

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVIII

Januari 2005

Aflevering

I

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

| | |
|---|---|
| Pilots, Pills and Proportionality. Disciplinaire afhandeling van een <i>friendly fire</i> incident in Afghanistan; door Luitenant-kolonel mr. Ben Klappe..... | 1 |
|---|---|

Bestuursrechtspraak

| | | |
|---|--|----|
| Raad van State Afd. Bestuurs- rechtspraak 02.07.03 | Strafrechtelijke informatie Verstrekking van informatie uit strafdossier ten behoeve van het nemen van rechtspositionele maatregelen in dit geval rechtmatig. Er is een zwaarwegend openbaar belang, in casu is de militair verdacht van een misdrijf (ontucht met een aan zijn gezag onderworpen mindere) waardoor twijfels kunnen rijzen over zijn behoorlijk beroepsmatig functioneren. Bij die afweging laat de Afdeling meespelen dat het strafdossier informatie kan bevatten die de Koninklijke Landmacht niet op een andere manier kan verkrijgen. (Naschrift mr. J.C. Groenheijde)..... | 13 |
| CRvB 08.01.04 | De vermiste parka, nat weer De verweten gedraging heeft plaatsgevonden in het kader van de dienst. Een verplichting tot schadevergoeding bestaat dus alleen in geval van opzet of bewuste roekeloosheid. (Naschrift G.L.C.)..... | 20 |

Burgerlijke rechtspraak

| | | |
|-------------|---|----|
| HR 06.02.04 | Militaire acties ná 11 september 2001 Het geweldverbod van art. 2 lid 4 van het Handvest van de VN strekt tot bescherming van staten. Een burger kan hier bij zijn nationale rechter geen beroep op doen. Art. 90 Gr.w. leidt niet tot een ander oordeel..... | 24 |
|-------------|---|----|

Opmerkingen en mededelingen

| | |
|--|----|
| Boeken en tijdschriften - Boekbespreking..... | 40 |
|--|----|

| | | |
|--------------|----------|--------------------------|
| 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 |
| | G.F.W. | - Mr G.F. Walgemoed |

BIJDRAGEN

Pilots, Pills and Proportionality

Disciplinaire afhandeling van een *friendly fire* incident in Afghanistan.

door

Luitenant-kolonel mr Ben Klappe*)

'You are hereby reprimanded. You flagrantly disregarded a direct order from the controlling agency, exercised a total lack of basic flight discipline over your aircraft, and blatantly ignored the rules of engagement and special instructions. Your willful misconduct directly caused the most egregious consequences imaginable, the death of four coalition soldiers and injury of eight others. The victims of your callous misbehavior were from one of our staunch allies in Operation ENDURING FREEDOM and were our comrades-in-arms'.¹⁾

Op 17 April 2002 deed zich in Afghanistan in de omgeving van *Tarnak Farms*²⁾, een ernstig incident voor waarbij vier Canadese militairen omkwamen en acht Canadese militairen gewond raakten. Twee F-16 vliegtuigen van de Amerikaanse Air National Guard, zagen tijdens een vlucht de met scherpe munitie oefenende Canadese infanteristen aan voor vijand. Zonder definitieve bevestiging van de vluchtleiding af te wachten over de aard van de bewegingen op de grond (*Friend or Foe*) en zich later beroepend op zelfverdediging, werd door één van de vliegtuigen een 500 *pound* lasergeleide bom³⁾ losgelaten. Na 22 seconden trof de bom doel met de hiervoor geschetste noodlottige afloop. Tien seconden daarna meldde de vluchtleiding omtrent de bewegingen op de grond: '*friendlylies*'.

Het incident heeft in Canada nogal wat opschudding veroorzaakt en is een langdurige bron van wrijving geweest tussen de Amerikaanse en Canadese regering. Ook werd door *Defense lawyers* namens de vlieger een nieuw licht geworpen op de zogenaamde *Go Pills*, al meer dan 30 jaar door de Amerikaanse luchtmacht in gebruik om vermoeidheid bij vliegtuigen tegen te gaan tijdens lange vluchten en om de alertheid te verhogen. Onlangs is een eind gekomen aan een langshepend juridisch proces tegen de *wingman*, een zeer ervaren majoor-vlieger, die de bom losliet. Zijn formatieleider in het andere toestel, had reeds in een eerder stadium ingestemd met *non-judicial punishment* (tuchtrechtelijke afhandeling). In dit artikel volgt een korte beschouwing over *friendly fire* incidenten, de achtergrond van *Operation Enduring Freedom* en een samenvatting van de belangrijkste conclusies van twee onderzoekscommissies: de Canadese en de Amerikaans-Canadese commissie. Tot slot volgt een weergave van de disciplinaire afhandeling van de zaak tegen de vlieger en een korte nabeschuiving van de scribent.

*) Luitenant-kolonel mr Ben Klappe is *Special Assistant to the United Nations Military Adviser, UNHQ-New York*.

¹⁾ <http://www.af.mil/news>, geraadpleegd op 10 July 2004, gedeelte van berisping in *non-judicial punishment* uitspraak tegen de *wingman*, Artikel 15, Uniform Code of Military Justice (UCMJ).

²⁾ Tarnak Farms, Kandahar, een voormalig trainingskamp van Al Qaeda en in gebruik door *'Coalition Forces'* sinds eind 2001.

³⁾ De Guided Bomb Unit-12, MK-84.

*Friendly fire*⁴⁾ of *fratricide*⁵⁾

Het gebruik van technologie, de grotere hoogtes en afstanden waarvan de vijand onder vuur kan worden genomen, het hoge operationele tempo en het vervagen van duidelijke frontlijnen heeft een percentuele stijging laten zien van het aantal *friendly fire* incidenten gedurende de laatste decennia. Gevechten vinden plaats in een verwarrende omgeving met coalitietroepen van divers pluimage met soms gebrekkige communicatiesystemen. Ook het moeizaam kunnen onderscheiden van vriend en vijand bij het optreden in steden, onder meer door het toenemend gebruik van contractanten draagt bij aan dit stijgende percentage. De *fog of war* is meer 'dense' vandaag de dag.

In de Tweede Wereldoorlog en gedurende de Vietnamoorlog bedroeg het percentage slachtoffers van *friendly fire* zo'n 2 %.⁶⁾ De Golfoorlog in 1991 gaf een forse stijging te zien naar 17 %. Slachtoffers tijdens deze laatste oorlog vielen met name gedurende de intensieve tankslagen. Meer dan driekwart van alle schade aan Amerikaans M1A1 tanks en de *Bradley Fighting Vehicles* werd veroorzaakt door *friendly fire*⁷⁾. Over *Operation Enduring Freedom* en de oorlog in Irak zijn nog geen percentages bekend. Wèl haalde de raadsman van de *wingman* een reeks incidenten uit beide operaties aan⁸⁾. Géén van die incidenten⁹⁾ heeft geleid tot juridische stappen tegen de betrokken vliegers of de bemanning. Hoewel techniek kan bijdragen aan het vergroten van *situational awareness* en het zelfvertrouwen van de soldaat kan versterken, heeft het soms een averechts effect. Een voorbeeld betrof het verwonden door een 2.000 *pound* bom van een aantal Amerikaanse en geallieerde soldaten bij de strijd om een gevangeniscomplex bij Mazar-e Sharif, Afghanistan. Het incident werd veroorzaakt door een militair die de batterijen van zijn *Global Positioning System* verving maar verzuimde de coördinaten opnieuw in te stellen. Dit had tot gevolg dat de bom door een Amerikaans toestel werd afgeworpen op de eigen positie in plaats van op de nabij gelegen vijand.

⁴⁾ 'Friendly fire' wordt in het rapport van de 'Coalition Investigation Board' gedefiniëerd als: 'A circumstance in which members of a U.S. or friendly force are mistakenly or accidentally killed or injured in action by U.S. or friendly forces actively engaged with an enemy or who are directing fire at a hostile force or what is thought to be a hostile force'.

⁵⁾ Fratricide: 'the killing one's brother or sister or the accidental killing of one's own forces in war', The Concise Oxford Dictionary, Tenth Edition, 1999.

⁶⁾ Lt Col Charles Schrader, Army Combat Studies Institute, Fort Leavenworth, Kansas, 1982.

⁷⁾ 107 Amerikanen en 22 Britten werden gedood of raakten gewond, Stewart M. Powell, Journal of the Air Force Association, Vol. 74, No.12, December 1991.

⁸⁾ Memorandum for 18 AF/CC, Charles W. Gittins, Middleton, VA, 15 July 2004.

⁹⁾ De incidenten deden zich voor in maart en april van 2003 in Afghanistan: *April 12: An American Marine Corps AV-8B mistakenly targeted a housing compound and killed 11 civilians-seven women and four men. In Iraq:*

March 22: A British Tornado jet is accidentally shot down by a US Patriot missile. The Tornado's two crew are killed.

March 23: Nine US Marines are killed when an American A-10 mistook them for Iraqi fighters and attacked them.

March 24: Two British soldiers are killed when their tank is mistakenly targeted by another British tank.

March 27: 37 US Marines are injured when US troops mistakenly fire at each other near Nasariyah.

March 28: A British soldier is killed and four injured near Basra when a USA-10 aircraft fires on them.

April 2: An F-18 US fighter jet is downed, by a US Patriot missile. The pilot was killed.

April 3: A US serviceman mistaken for an Iraqi soldier is shot dead by his own troops in central Iraq.

April 3: Three U.S. soldiers killed when F-15E Strike Eagle bombs a U.S. artillery position south of Baghdad.

April 6: 18 Kurdish fighters are killed and 45 wounded near Arbil when US aircraft bomb a joint US-Kurdish convoy.

April 6: Three American soldiers are killed and five are injured in an accident involving an F-15E Strike Eagle.

Tenslotte kunnen vraagtekens worden geplaatst bij het gelijke tred houden van de ontwikkeling van zeer complexe wapensystemen en de hulpmiddelen die vijand en eigen troepen uit elkaar kunnen houden. Ook command and control systemen tussen de verschillende krijgsmachtdelen kunnen bijdragen aan het voorkomen van *friendly fire* incidenten maar deze moeten dan aan de hoogste eisen voldoen.

Operation Enduring Freedom

Op 6 oktober 2001 wordt door de Verenigde Staten van Amerika en enkele coalitiepartners de *Operation Enduring Freedom* gestart, met als doel het vernietigen van het *al-Qaeda* terroristennetwerk en de ondersteunende bases in Afghanistan, inbegrepen het Taliban-regime. Aanvankelijk worden luchtstrijdkrachten en een beperkt aantal *special forces* ingezet, in samenwerking met de Afghaanse oppositie (*Northern Alliance*). Later neemt een groter aantal grondtroepen deel: mariniers, luchtmobiele eenheden en lichte infanterie. Omdat al-Qaeda en het Taliban-regime vrij snel verslagen zijn maar deels ook slechts uit elkaar geslagen zijn, doet zich een situatie voor waarbij geen traditionele confrontatielijnen herkenbaar zijn.

De Canadese Onderzoekscommissie¹⁰⁾

Een week na het incident wordt door de Canadese Minister van Defensie") een commissie ingesteld met als taak de aard, omstandigheden en toedracht van het incident vast te stellen.

Daarnaast wordt de commissie gevraagd aanbevelingen te doen voor het houden van oefeningen met scherpe munitie tijdens internationale operaties, de coördinatie en communicatie tussen grond- en luchtgebonden eenheden en de veiligheidsmaatregelen tijdens dergelijke oefeningen. Direct na de formatie vertrekt de commissie naar het operatiegebied en begint haar werk. De Canadese commissie initieert en onderhoudt nauw contact met de Amerikaanse onderzoekscommissie, welke later wordt omgevormd naar een *Coalition Investigation Board*. Gedurende haar onderzoek worden door de commissie 26 interviews afgenomen, 65 verklaringen onder ede afgenomen en 800 pagina's informatie en transcripten geproduceerd. Via de Amerikaanse commissie wordt beeldmateriaal en technische documentatie verkregen, met inbegrip van radiocommunicatie en van toepassing zijnde orders voor de operaties in Afghanistan.

Het eindrapport¹²⁾ bevat een gedetailleerd verslag van de minuten en seconden die voorafgaan aan het incident dat zich s'avonds tussen negen uur en half tien afspeelt [zie kader].

A-Company, 3rd Battalion, Princess Patricia's Canadian Light Infantry Brigade Group¹³⁾, is op dat moment ontplooid en bezig met een *Tank Stalk* oefening: met anti-tank wapens en klein-kaliber vuurwapens worden doelen op enige afstand onder vuur genomen.

Tegelijkertijd is een Amerikaanse F-16 tweemansformatie van 170th Expeditionary Fighter Squadron op terugreis na een ruim vijf uur durende vlucht en bereidt zich voor om in de lucht bij te tanken. Aangekomen boven *Tarnak Farms* constateert de *wingman* van de vlucht ('*Coffee flight 51*') vijandelijk grond-lucht vuur. Hij markeert het doel en meldt

¹⁰⁾ De Canadese 'Tarnak Farms' Board of Inquiry' bestond uit vijf leden: twee generaals, twee kolonels en een adjudant, versterkt met specialisten in 'airops', een F-16 vlieger van de Amerikaanse luchtmacht, juristen en administratieve ondersteuning.

¹¹⁾ Terms of Reference for the Board of Inquiry led by General Maurice Baril, 24 April 2002, Minister of National Defence Arthur C. Eggleton.

¹²⁾ Tarnak Farms Board of Inquiry, Final report, 19 June 2002, Ottawa.

¹³⁾ De eenheid is onder bevel van de Amerikaans geleide 'Task Force Rakassan'.

de positie ter identificatie via de formatieleider aan de *aircontroller* in de AWACS¹⁴). Twee minuten later verzoekt hij het doel met zijn boordwapen, een 20 mm kanon, te mogen aanvallen. De AWACS geeft opdracht '*stand-by*' en zendt het bericht voor doelverificatie door aan Combined Air Operations Center. De formatieleider bericht zijn *wingman*: '*let's make sure they're not friendlies*'. Ruim een minuut later geeft de *aircontroller* opdracht '*hold fire*' en verzoekt hij aanvullende informatie over de eerder gedane melding. Vier seconden later meldt de *wingman* dat hij mensen op een weg heeft waargenomen en een stuk artillerie dat hem onder vuur neemt. Hij roept zelfverdediging in en begint zijn aanval. De door hem afgeworpen bom ontploft nabij de rand van een drooggevalle rivierbedding waar de eenheid op dat moment is gegroepeerd.

De commissie constateert in haar rapport dat de oefenende infanteristen geen blaam treft; zij hebben zich gehouden aan de voorgeschreven coördinatieprocedures en hebben in overeenstemming gehandeld met veiligheidsvoorschriften. Door een aantal redenen waren de vliegers niet op de hoogte van de aanwezigheid van het *Tarnak Farms* oefengebied en de oefening met scherpe munitie. Door niet te beschikken over deze informatie, lijkt het duidelijk dat de vliegers het oefenen met scherpe munitie interpreterden als een bedreiging voor hun formatie. Vervolgens zijn zij begonnen aan een besluitvormingsproces dat leidde tot het inroepen van zelfverdediging en de inzet van een wapen tegen eigen troepen. Alle doden en gewonden zijn het gevolg van de schokgolf en scherfwerking van de exploderende bom.

De commissie stelt dat de acties van de vliegers de primaire oorzaak zijn van de doden en gewonden. Naast de aanvankelijke misinterpretatie van het vlakbaanvuur als een bedreiging voor de formatie, bestaat er een reeks gerelateerde storende tegenstellingen tussen de beleving van die bedreiging, de acties van de vliegers en geaccepteerde procedures zoals:

- Het ongeveer vier minuten vóór het inroepen van zelfverdediging doorgeven aan de *air controller* munitie aan boord te hebben. Dit is een ongebruikelijk bericht gelet op het feit dat de vlucht het operatiegebied verlaat. Het commentaar is ongepast en de reden van de melding is onduidelijk;

- Het verzoeken aan de vluchtleiding door de *wingman* om zijn boordwapen te mogen gebruiken tegen de waargenomen gronddoelen, zo'n 90 seconden vóór het inroepen van zelfverdediging. Gebaseerd op speciale instructies en talloze verklaringen, lijkt een dergelijk verzoek niet logisch en in strijd met de voorschriften. Mede gelet op de eerdere ongepaste mededeling en het feit dat géén van de vliegers ontwijkende acties onderneemt om de vermeende dreiging af te weren, zijn de bedoelingen van de *wingman* verdacht;

- Het door *Coffee Flight 51* beschrijven van de situatie op de grond als '*significant rapid fire*' in hun richting en op hun hoogte. Het grondvuur bestaat evenwel uit anti-tank granaten, afgevuurd met tussenpozen van 30-45 seconden, begeleid door automatische wapens en lichtspoomunitie. Het vuur wordt als vlakbaanvuur afgegeven op doelen op 200 meter;

- Het feit dat beiden hooggekwalificeerde vliegers zijn met gevechtservaring, inbegrepen het waarnemen van vijandelijke grond-lucht beschietingen. Een helikoptervlieger, net daarvoor in de omgeving van het incident, geeft aan dat de enkele ricochets die hij constateerde, niet boven de 300 meter uitkwamen. Gelet op het onbeperkte zicht en de ervaring van de vliegers is het verbazingwekkend dat hun waarnemingen over snelheid, rich-

¹⁴) Airborne Warning and Control System.

ting en hoek zo onnauwkeurig zijn;

- Het niet alleen in de onmiddellijke omgeving verblijven van de vermeende dreiging maar het risico verhogen door af te dalen en daarbij zodanig de snelheid verminderen dat de *wingman* beneden de optimale manoeuvreersnelheid komt. Dit is tamelijk verrassend en tegen de procedures omdat de vlieger zich daarmee bewust aan een hoger risico blootstelt;

- Gedurende de vier minuten vóór het inroepen van zelfverdediging vertoont géén van de stemmen van de vliegers een spoor van bezorgdheid over hun eigen veiligheid. Uit de door de vliegers afgegeven schriftelijke verklaringen en hun getuigenis na de vlucht, lijkt het erg duidelijk dat de vermeende dreiging zowel onmiddellijk en ernstig was (zijnde onder vuur). Logischerwijze zou dat hebben geleid tot bezorgdheid in hun stem en agressieve, verdedigende vliegbewegingen;

- Beide vliegers verblijven vóór en na het afgeven van vuur ongebruikelijk lang in het gebied. Het is alarmerend dat géén van de vliegers een defensieve reactie initieert na het treffen van het doel. Beiden blijven cirkelen in het vermeende gebied van de dreiging tot dat de AWACS opdracht geeft: '*Scram South*'.

- De *wingman* roept zelfverdediging in vanwege het feit dat de formatieleider in onmiddellijk gevaar verkeerde. Dit argument is strijdig met de feiten: de formatieleider blijft gedurende het gehele incident op veilige hoogte en afstand van de vermeende dreiging. Ook is het twijfelachtig dat de *wingman* voortdurend zichtcontact heeft met zijn formatieleider. Nimmer geeft de *wingman* aanwijzingen aan zijn formatieleider voor het nemen van defensieve maatregelen of beschrijft hij de richting en afstand van het gevaar.

- Gedurende de periode vóór en direct na het incident neemt de formatieleider geen enkel initiatief om de acties van de formatie (zijn *wingman*) onder controle te krijgen. De formatieleider is niet alleen formatieleider maar ook *commanding officer* van *170th Expeditionary Fighter Squadron*. Ondanks de langdurige blootstelling aan de vermeende dreiging en de oproepen en manoeuvres door zijn *wingman*, faalt hij om de controle over de situatie over te nemen en de formatie weg te dirigeren van het onderkende gevaar. De taak van de formatie was 'On-call Interdiction¹⁵⁾', niet het aanvallen van gelegenheidsdoelen.

De commissie constateert dat het bovenstaande leidt tot '*failure of leadership, airmanship and technique*'. De acties van beide vliegers zijn strijdig met schriftelijke aanwijzingen met betrekking tot de reactie op *Anti-Aircraft-Artillery* en het gebruik van munitie buiten de *engagement zone*. Hoewel het redelijk is om aan te nemen dat het geconstateerde grondvuur als vijandelijk grond-lucht vuur kon worden opgevat, had een meer gecontroleerde benadering vanaf veilige hoogte en vanuit veilige hoek kunnen bevestigen dat het hier om eigen troepen ging. De commissie constateert dat naast de eindverantwoordelijkheid van de vlieger, er systematische tekortkomingen waren op het gebied van luchtruimcoördinatie, controle-procedures en het voorbereiden van missies door de tactische eenheden. Zo bestond er bij *170th EFS* géén procedure om te bevestigen dat de vliegers kennis hadden genomen van alle van toepassing zijnde documenten vóór de uitvoering van de vlucht. Het uitoefenen van toezicht hierop betrof een verantwoordelijkheid voor commandanten. Deze tekortkoming strekte zich uit tot het Combined Forces Air Component Command (CFACC), dat niet over een vastomlijnd proces leek te beschikken om nieuw binnenkomend personeel bekend te maken met de organisatie, het operatiege-

¹⁵⁾ Toestellen verblijven in het gebied voor niet-geplande 'Close Air Support'

bied, de bestaande *Command and Control* procedures en de *Commander's Intent*. Deze procedures, hoewel belangrijk in elke operatie, waren met name relevant vanwege de relatief korte rotatieperiodes van reserve- en reguliere eenheden. Een ander voorbeeld van falend leiderschap van *170th squadron commander* bestond hierin dat onduidelijkheid bestond over de *mission planning* verantwoordelijkheden van het hoofd van de planingssectie en zijn teamleden en de verantwoordelijkheden van de inlichtingensectie van het *squadron*. Deze verwarring leidde tot opmerkelijke verschillen van mening over de grond-lucht dreiging in Afghanistan tussen een drietal sleutelfunctionarissen: Commander 332nd Air Expeditionary Wing, Commander Expeditionary Operational Support Squadron en de inlichtingenofficier van 170th EFS.

De Amerikaans-Canadese Commissie (Coalition Investigation Board)

Op 18 april 2002, één dag na het incident, wordt door Commander-in-Chief, United States Central Command (CINCCENT) opdracht gegeven een onderzoek in te stellen. Na opdracht van de *Secretary of Defence* om het onderzoek volledig te coördineren met het Canadese Ministerie van Defensie, wordt een Canadese brigade-generaal benoemd tot *co-president* en worden Canadese technische adviseurs toegevoegd aan de onderzoekscommissie, dan de *Coalition Investigation Board*.¹⁶⁾ In haar rapport") beschouwt de commissie uitvoerig de organisatie en werkwijze van de luchtmachtcomponent. CINCCENT heeft Commander 9th Air Force benoemd als Combined Forces Air Component Commander (CFACC) die zijn verantwoordelijkheden uitoefent via het Combined Air Operations Center (CAOC). CAOC geeft leiding aan de 332nd Air Expeditionary Wing (332 AEW) bestaande uit vier vliegende squadrons. Eén daarvan is 170 Expeditionary Fighter Squadron (170 EFS), samengesteld uit een tweetal squadrons van de Illinois Air National Guard¹⁸⁾. Omdat slechts een enkele *guardman* zich een vrijwillige afwezigheid van zijn burgerbetrekking van 90 opeenvolgende dagen kan veroorloven, is een rotatieplan bedacht om vliegers korte periodes uit te zenden. Vliegers worden geacht minimaal 30 dagen in het operatiegebied te zijn; enkelen verblijven 45 dagen of langer. Beide bij het incident betrokken vliegers arriveren medio maart 2002 in het operatiegebied. 170 EFS krijgt als taak om op 24-uurs basis missies boven Irak en Afghanistan uit te voeren. In een reguliere week zou een vlieger maximaal drie missies vliegen in twee verschillende operationele theaters.

De Commissie besteedt ruime aandacht aan de *Special Instructions* en de *Rules of Engagement* voor *Operation Enduring Freedom*. *Rules of Engagement* hebben onder meer als taak het gebruik van geweld door eigen troepen te bedwingen en zeker te stellen dat ondergeschikten handelen in de geest van de commandant. Daarbij kunnen de *Rules* bijdragen aan het voorkomen van nevenschade, het voorkomen dat eigen troepen slachtoffer worden en het waarborgen dat acties binnen de grenzen van het oorlogsrecht blijven. De

¹⁶⁾ De 'Coalition Investigation Board' bestond uit een twintigtal officieren en specialisten waaronder acht Canadezen.

¹⁷⁾ Summary of facts of the Coalition Investigation Board, Tarnak Farms friendly fire incident near Kandahar, Afghanistan 17 april 2002, Headquarters United States Central Command, 7 June 2002.

¹⁸⁾ Binnen de 'Air National Guard' worden de dagelijkse werkzaamheden uitgevoerd door beroepspersoneel. Het personeel omvat zowel militaire leden van de Guard alsook burgerwerknemers van de eenheid. De eigenlijke status hangt af van de werkzaamheden en de omstandigheden. In vredetijd ressorteren leden van 170 EFS onder de Gouverneur van de Staat Illinois en de State Adjutant General. Indien opgeroepen voor federal duty komen de Guardsmen onder directe leiding van de luchtmacht. Bij internationale operaties bezitten de Guardsmen de federale status.

Amerikaanse *Rules of Engagement* voor *Operation Enduring Freedom* voorzien onder meer in het recht op zelfverdediging tegen *Anti-Aircraft Artillery* (AAA): *Aircraft always have the right of self-defense against AAA, and'... aircraft should NOT deliberately descend into the AAA range to engage or destroy AAA units which fire well below their altitude'*. Deze *Rules of Engagement* wijken in beginsel niet af van de Amerikaanse *Standing Rules of Engagement* zoals deze gelden in andere gebieden. De beslissing om geweld te gebruiken tegen een vijandige handeling of een vijandige intentie") berust bij de commandant ter plaatse. Voor het toepassen van het recht op zelfverdediging tegen AAA en het daardoor buiten de *Rules of Engagement* treden in deze omstandigheden gold dat beide vliegers bevoegd waren zelfverdediging in te roepen: beide vliegers zijn commandant van hun vliegtuig. De Commissie beschouwt in haar rapport een aantal factoren om vast te stellen of het gebruik van dodelijk geweld, gelet op de vermeende AAA dreiging passend was. Aan de orde komen de begrippen noodzaak, proportionaliteit, alle in redelijkheid beschikbare informatie, de onmiddellijkheid van de dreiging en de noodzaak om daarom de *Rules of Engagement* te overtreden en tot slot het motief van vergelding.

De vele andere F-16 vliegers die door de commissie worden gehoord stellen dat zij in vergelijkbare omstandigheden het gevaar zouden ontwijken en het gebied met verhoogde snelheid zouden verlaten, waarmee de noodzaak voor dodelijk geweld zou zijn vervallen. De twee bij het incident betrokken vliegers deden in feite het tegenovergestelde en omcirkelden de vermeende dreiging. Over proportionaliteit stelt het rapport dat hoewel de vlieger uiteindelijk een 500 *pound* bom wierp, hij eerder toestemming had verzocht om minder geweld te gebruiken, nl. zijn 20 mm boordkanon. Hij heeft evenwel niet gekozen voor een niet-dodelijke vorm van zelfverdediging door zich bijvoorbeeld te verwijderen van de dreiging. De commissie haalt ook enkele voorbeelden aan van beschikbare informatie die niet gebruikt is of waar niet verder naar gevraagd is. Beide vliegers, maar ook hun eenheid, beschikten niet over volledig bijgewerkte kaarten, terwijl de informatie wel aanwezig was. De onmiddellijkheid van de dreiging moet volgens de Commissie blijken uit alle op dat moment beschikbare informatie.

De *Coalition* commissie haalt voorts nog een luchtmachtpublicatie²⁰⁾ aan: *'The pilot always retains the right of self-defense and the defense of other friendly assets unable to protect themselves. This right, however, should not be used as a planned work-around for solving poor tactics and decision trees. The F-16 pilot must make a conscious decision that the immediate threat outweighs the risk of fratricide. In situations where there is not an immediate threat, i.e., outside of abort range or nobody is spiked, or when SA on friendly positions is unknown, maintain a conservative, defensive approach to the situation until certain of compliance with the Rules of Engagement'*.

Ook het gebruik van *Go* en *No-Go* pillen door de vliegers komt uitgebreid aan de orde. Het gebruik door de Amerikaanse luchtmacht is strikt gereguleerd. Uitgebreide testen zijn vereist om de uitwerking en bijwerkingen op individuele vliegers vast te stellen. Beide vliegers kregen de pillen voorgeschreven om vermoeidheid tegen te gaan en voor aanpassing aan de tijdzone in het operatiegebied. Ongeveer twee uur voor het incident had de

¹⁹⁾ In de Amerikaanse doctrine zijn vijandige handelingen en vijandige intenties onderdeel van het recht op zelfverdediging. In andere NAVO landen, waaronder Nederland, vormen zij een zelfstandig begrip binnen de ROE en is optreden tegen dergelijke handelingen of intenties afhankelijk van het gestelde in de ROE.

²⁰⁾ AFTTP 3-1.5, *Tactical Employment F-16 C/D*.

wingman 10 mg van de *Go* pil ingenomen. De *Go* pil is bedoeld om te gebruiken in combinatie met maatregelen om vermoeidheid te bestrijden zoals een hygiënische slaapomgeving, beperkt gebruik van *No-Go* pillen (slaapopwekkende pillen) en maatregelen die slaapritmeverstoringen voorkomen. Van pogingen om deze maatregelen toe te passen was niet gebleken. Voorlichting hieromtrent aan commandanten en vluchtplanners bleef eveneens achterwege. Er was sprake van coördinatie tussen de commandant en de arts over het gebruik van de pillen, zoals vereist door het naasthogere commando, *Air Combat Command (ACC)*. Deze coördinatie en goedkeuring was evenwel niet gedocumenteerd zoals ACC voorschreef en er werd niet wekelijks gerapporteerd omtrent het *Go* pil gebruik. De beschikbare informatie over het gebruik door beide vliegers gaf geen indicatie van overmatig gebruik in verhouding tot het gebruik op de locatie. De artsen die de medicijnen voorschreven vonden dat beide vliegers goed op de medicijnen reageerden en dat de vliegers in de periode voorafgaand aan het incident voldoende rust hadden genoten. Hoewel er enkele administratieve tekortkomingen waren in het *Aircrew Fatigue Countermeasures Program* bleken deze geen factor van invloed op de gebeurtenissen op 17 april. Alle informatie verstrekt door de vliegers omtrent slaap- en vluchttijd werd in een 'standaard vermoeidheidsschema' ingebracht. Gebaseerd op die informatie werd geconstateerd dat acute of opeenhopende vermoeidheid een verwaarloosbare invloed zou hebben op effectiviteit en uitvoering door beide vliegers. Het schema gaf aan dat de *wingman* over 91% van zijn cognitieve effectiviteit beschikte ten tijde van het incident.

De *Coalition* commissie stelt dat er duidelijk en overtuigend bewijs is dat het incident te wijten is aan het gebrek aan vluchtdiscipline door de *wingman*. Dit resulteerde in het overtreden van de *Rules of Engagement* en het ongepast gebruik van dodelijk geweld. '*Major [Y] acted with reckless disregard for the foreseeable consequences of his actions, thereby endangering friendly forces in the Kandahar area,*' aldus de commissie. Als bijkomende oorzaak wordt het falen van de formatieleider genoemd. Deze oefende onvoldoende gezag uit tijdens de vlucht hetgeen resulteerde in de overtreding van de *Rules of Engagement* en het ongepaste gebruik van dodelijk geweld. De commissie noemt voorts enkele factoren die mede geleid hebben tot het incident: de Commandant 332nd Air Expeditionary Group stelde zijn meerderen niet in kennis van zijn zorgen omtrent gebrekkige commandovoerings-procedures en ernstige tekortkomingen in de inlichtingenvoorziening naar de eenheden. In plaats daarvan deelde hij zijn zorgen op een indiscrete manier met zijn ondergeschikten en zorgde daarmee voor een klimaat van wantrouwen. Hij verzuimde duidelijke richtlijnen vast te stellen voor het plannen en voorbereiden van vluchten en verzuimde dit proces te ondersteunen. Dit leidde tot het onvoldoende geïnformeerd zijn door *Flight 51*. Daarnaast was er geen duidelijke afbakening van bevoegdheden en verantwoordelijkheden bij de leiding van 170 Expeditionary Fighting Squadron, hetgeen bijdroeg aan gebrekkige uniforme training en richtlijnen voor het personeel. Ook werd door het squadron verzuimd om een bruikbaar planningsproces vast te stellen, resulterend in de gebrekkige vluchtvoorbereiding.

De juridische afhandeling

Het Amerikaanse militair strafrecht²¹⁾ is een interne krijgsmachtaangelegenheid, met militaire aanklagers en militaire rechters. Een nadrukkelijke rol is bovendien weggelegd

²¹⁾ Gebaseerd op haar grondwettelijke bevoegdheid heeft 'Congress' de 'Uniform Code of Military Justice (U.C.M.J.)' vastgesteld. De wet is van toepassing op alle krijgsmachtdelen en vormt het raamwerk voor het militair strafrecht.

voor de commandant op verschillende niveaus. In het voorliggende geval en gelet op de ernst van de zaak is Commander 9th Air Force, een luitenant-generaal, de *general court-martial convening authority*. In dit geval kan de commandant kiezen voor *non-judicial punishment*²²⁾ (tuchtrechtelijke afhandeling) of voor een *court-martial*, de militaire strafrechtsgang. Bij een *general court-martial* is er een militaire rechter en een panel van tenminste vijf militaire leden. De aanklager en de raadsman van de verdachte zijn militair juristen. Onder omstandigheden kan de *convening authority* na afronding van het vooronderzoek dat deel uit maakt van de *court-martial* procedure, alsnog besluiten om de verdachte *non-judicial punishment* aan te bieden.

De verdachte hoeft dat niet te accepteren. Enerzijds biedt de *court-martial* procedure meer juridische zekerheden en appelmogelijkheden, anderzijds is de strafbedreiging beduidend hoger. In het onderhavige geval gold een maximum strafbedreiging van 64 jaar militaire detentie indien schuldig bevonden aan alle telastegelegde feiten.

In een bijlage van het rapport van de Coalition Investigation Board komt de Amerikaanse co-voorzitter met aanbevelingen voor disciplinaire actie: *non-judicial punishment* voor Commander 332nd Air Expeditionary Group en *general court-martial* voor de beide vliegers. Op 16 augustus 2002 geeft Commander Air Combat Command opdracht aan Commander 9th Air Force om zijn disciplinaire bevoegdheid over de zaak over te dragen aan Commander 8th Air Force²³⁾. Deze reikt in september 2002 een beschuldiging uit aan de vliegers waarna in januari 2003 het vooronderzoek²⁴⁾ begint, geleid door één van zijn stafjuristen. De beschuldiging bestaat uit een drietal onderdelen. Het eerste deel²⁵⁾ betreft 'nalatigheid in de uitvoering van zijn taken als *wingman* en *aircraft commander* en het opzettelijk nalatig uitoefenen van vluchtdiscipline en nalaten gevolg te geven aan de van toepassing zijnde *Rules of Engagement* en de *Special Instructions* die op dat moment en ter plaatse golden'. Het tweede deel betreft 'het verwijtbaar, nalatig en onrechtmatig doden van een persoon door het toebrengen van dodelijke verwondingen met een lasergeleide bom (*Manslaughter*²⁶⁾, vier specificaties voor elk van de dodelijke slachtoffers één). Het laatste deel ziet op 'het plegen van een aanslag op een persoon met een voorwerp, een lasergeleide bom, dat waarschijnlijk de dood of zwaar lichamelijk letsel van deze persoon tot gevolg zal heb-

²²⁾ Uitkomst van een deze procedure kan in het voorliggende geval leiden tot: géén straf, een berisping, een uitgaansverbod tot 60 dagen, een arreststraf tot 30 dagen of een geldboete ten bedrage van een half maandsalaris gedurende maximaal twee maanden.

²³⁾ Dit eerstens om de schijn van belangenverstremgeling te vermijden aangezien Commander 9th Air Force als Combined Forces Air Component Commander tijdens Operation Enduring Freedom verantwoordelijk was voor beide vliegers. Ook zouden zijn huidige taken als Commandant van de luchtoperaties boven Afghanistan en Operation Southern Watch boven Irak kunnen verhinderen dat hij voldoende tijd zou kunnen wijden aan de zaak.

²⁴⁾ Article 32 UCMJ.

²⁵⁾ Art. 92 UCMJ, Failure to obey order or regulation; Any person subject to this chapter who (1) violates or fails to obey any lawful general order or regulation; (2) having knowledge of any other lawful order issued by any member of the armed forces, which it is his duty to obey, fails to obey the order; or (3) is derelict in the performance of his duties.

²⁶⁾ Art. 119 UCMJ, Manslaughter; (a) Any person subject to this chapter who, with an intent to kill or inflict great bodily harm, unlawfully kills a human being in the heat of sudden passion caused by adequate provocation is guilty of voluntary manslaughter and shall be punished as a court-martial may direct. (b) Any person subject to this chapter who, without an intent to kill or inflict great bodily harm, unlawfully kills a human being (1) by culpable negligence; or (2) while perpetrating or attempting to perpetrate an offense [...] is guilty of involuntary manslaughter and shall be punished as a court-martial may direct.

ben (Assault²⁷), acht specificaties). De formatieleider wordt alleen het eerste deel van de beschuldiging telastegelegd.

In maart 2003 wordt door de stafjurist²⁸) het vooronderzoek afgerond en in zijn rapport stelt hij dat er voldoende bewijs is voor de aanklachten en voor een *court-martial* proces. Hij betoogt echter dat in het belang van de goede orde en discipline, de aanklachten ook op een andere wijze kunnen worden afgehandeld en adviseert *non-judicial punishment* - de tuchtrechtelijke afhandeling - in plaats van gerechtelijke aktie. Commander 8th Air Force volgt het advies en biedt beide vliegers op 19 juni 2003 de mogelijkheid in te stemmen met de *non-judicial punishment procedure*. De formatieleider stemt in en krijgt een berisping vanwege *leadership failures*. Op eigen verzoek wordt hem ontslag verleend als *part-time guardsman*. De *wingman*, een *full-time guardsman*, kiest op 25 juni 2003 voor een *court-martial*. Na bijna een jaar verandert hij evenwel van gedachten en verzoekt alsnog de eerder aangeboden *non-judicial punishment*. Nadat Commander 8th Air Force instemt, bepleit de *wingman* op 1 juli 2004 zijn zaak bij deze in een besloten bijeenkomst.

Op 6 juli 2004 doet Commander 8th Air Force uitspraak. De *wingman* wordt schuldig bevonden aan *dereliction of duty* (plichtsverzuim). De commandant overweegt naast het in de kop van dit artikel aangehaalde onder meer: *'You acted shamefully on 17 April 2002 over Tarnak Farms, Afghanistan, exhibiting arrogance and a lack of flight discipline. When your flight lead warned you to 'make sure it's not friendlies' and the Airborne Warning and Control System aircraft controller directed you to 'stand by' and later to 'hold fire', you should have marked the location with your targeting pod. Thereafter, if you believed, as you stated, you and your leader were threatened, you should have taken a series of evasive actions and remained at a safe distance to await further instructions from AWACS. Instead, you closed on the target and blatantly disobeyed the direction to 'hold fire'. Your failure to follow that order is inexcusable. I do not believe you acted in defense of Major[U-de formatieleider] or yourself. Your actions indicate that you used your self-defense declaration as a pretext to strike a target, which you rashly decided was an enemy firing position, and about which you had exhausted your patience in waiting for clearance from the Combined Air Operations Center to engage. You used the inherent right of self-defense as an excuse to wage your own war.'*) Behalve de schriftelijke berisping omvat de straf een inhouding op zijn wedde ten bedrage van \$5,672 en overplaatsing naar een niet-vliegende functie bij de National Coast Guard.

De *wingman* gaat in beroep bij de naasthogere autoriteit, Commander Air Combat Command. In het door zijn raadsman opgestelde memorandum³¹) stelt de *wingman* ondermeer dat constatering en opgelegde straf niet gesteund worden door het door de commandant beschouwde bewijsmateriaal. Ook zou de commandant arbitrair en eigenzinnig

²⁷) Art 128 UCMJ, Assault; (a) Any person subject to this chapter who attempts or offers with unlawful force or violence to do bodily harm to another person, whether or not the attempt or offer is consummated, is guilty of assault and shall be punished as a court-martial may direct. (b) Any person subject to this chapter who (1) commits an assault with a dangerous weapon or other means or force likely to produce death or grievous bodily harm; or (2) commits an assault and intentionally inflicts grievous bodily harm with or without a weapon; is guilty of aggravated assault and shall be punished as a court-martial may direct.

²⁸) De Article 32 UCMJ hearing officer.

²⁹) Zie voetnoot 1

³⁰) Zie voetnoot 8.

straf hebben opgelegd voor niet telastegelegde feiten. Bovendien was de commandant bevooroordeeld en negeerde hij het door de *wingman* ingebrachte en niet weerlegde bewijs. In het beroep wordt uitvoerig stil gestaan bij gebreken in de informatievoorziening, de tekortkomingen in de commandovoering en de vermeende scapegoat-cultuur. Commander 332nd AEW wordt aangehaald naar aanleiding van zijn betoog dat de lange vluchten boven Afghanistan in strijd waren met luchtmachtregels") aangaande maximum vliegtijd. Dergelijke restricties waren opgelegd als veiligheidsmaatregel, maar werden tegelijkertijd ontkracht door het voorschrijven van de *Go* pillen. Tot slot wordt nog vermeld³²⁾ dat Commander 9th Air Force, die zijn disciplinaire bevoegdheid in de zaak moest overdragen, daags na het incident een e-mail zond aan al zijn *theater commanders* waarin hij stelde '*niet te geloven dat het hier om zelfverdediging ging*'. Commander Air Combat Command verwierpt het beroep op 3 Augustus 2004, waarmee het tuchtproces wordt afgesloten.

Nabeschuwing

Friendly fire is not particularly friendly if you are on the receiving end. Met de hoofdrolspeler in het incident, een ervaren majoor-vlieger, loopt het evenmin goed af. Het inleveren van de *wings* en ook overplaatsing naar een niet-vliegende functie is voor veel vliegers immers te vergelijken met langdurige opsluiting. Beide onderzoekscommissies komen tot een vergelijkbare vernietigende conclusie. De vlieger heeft op onverantwoorde wijze regels overtreden. In de uitspraak van de tuchtrechtelijke procedure wordt de vlieger in heldere vliegertermen verweten dat hij volstrekt onjuist heeft gehandeld. Zijn opdracht boven Afghanistan was *On-Call Interdiction* en niet het aangrijpen van gelegeheidsdoelen. Bij een vermeende dreiging geboden de regels het gevaar uit de weg te gaan. Door deze basisregel te schenden en het gevaar juist op te zoeken kwam de vlieger in de problemen. Zijn gebrek aan discipline leidde direct tot de dood van de vier Canadese militairen en de acht gewonden.

Zelden staan individuele militairen terecht voor incidenten waarbij eigen troepen zijn omgekomen. Meestal is er sprake van een ongelukkige samenloop van omstandigheden in *the heat and the fog of the battle*: een snel veranderende situatie op de grond waarbij men bij gebreke aan een overzichtelijk vijandbeeld 'blindelings' moet vertrouwen op identificatietechnologie of eigen waarneming. In deze zaak lag het evenwel anders. De situatie was tamelijk overzichtelijk en had zo kunnen blijven als beide vliegers zich aan de *Special Instructions* en *Rules of Engagement* hadden gehouden. Beide commissies rapporteerden daarom dat het nodige mis was met de organisatie en aansturing van de diverse eenheden. Gebrekkige commandovoering op diverse niveaus, tekortkomingen in de informatievoorziening en een haperende vluchtplanning waren mede oorzaak van het incident. Naast de vlieger zijn daarom ook de formatieleider (tevens *squadron leader*) en de naasthogere commandant berispt.

In alle hedendaagse militaire operaties zijn *Rules of engagement* een bepalende factor. *Rules of Engagement* zijn nadrukkelijk een commandantenverantwoordelijkheid. De commandant dient er op toe te zien dat zijn ondergeschikten de regels kennen en weten toe te passen. Het behoeft inmiddels geen toelichting meer dat dit valt of staat met het gericht en bij herhaling uitvoeren van oefeningen gebaseerd op voor de hand liggende en niet zo voor de hand liggende scenario's.

³¹⁾ Air Combat Command Guidelines.

³²⁾ Zie voetnoot 8.

Kader **De volgorde van de gebeurtenissen op 17 April 2002.**

| | |
|-----------|---|
| 15:20Z | De F-16 <i>Fighting Falcons</i> vlucht, bestaande uit twee éénzitters, met <i>call signs Coffee 51</i> , de <i>formatieleideren Coffee 52</i> , de <i>wingman</i> , vertrekt voor een patrouille boven noordoost Afghanistan. |
| 15:30Z | A-Company komt aan op <i>Tarnak Farms Range</i> en start voorbereidingen voor de oefening. |
| 16:01Z | Schietoefeningen A-Company beginnen; simultaan gebruik van nabijgevechtsbaan en een <i>Tank Stalk range</i> . |
| 20:35Z | Kandahar Air Facilities (KAF) Control Tower geeft order via radio aan A-Company ' <i>checkfire</i> ', vanwege een landend vliegtuig. |
| 20:51Z | ' <i>Checkfire</i> ' wordt beëindigd en A-Company hervat het schieten. |
| 21:00Z | De twee F-16 toestellen vertrekken uit het operatiegebied in zuidwestelijke richting naar Kandahar om onderweg in de lucht bij te tanken. |
| 21:15Z | Een sectie van de A-Company begint de schietoefening op de <i>Tank Stalk range</i> en ontplooit bovenaan de rand van een drooggevalle rivierbedding. |
| 21:21Z | Overvliegende F-16 ziet grondvuur en meldt dit aan de <i>airborne flight controller</i> (AWACS). |
| 21:22:52Z | <i>Wingman</i> poogt middels een sensor het doel te markeren en zendt de informatie via de formatieleider aan AWACS. |
| 21:23:34Z | <i>Wingman</i> verzoekt om doel met 20 mm boordkanon aan te mogen vallen. |
| 21:23:42Z | AWACS geeft opdracht ' <i>stand-by</i> ' en zendt de initiële informatie door aan CAOC. |
| 21:23:45Z | Formatieleider herinnert zijn <i>wingman</i> aan de noodzaak om zeker te stellen dat het geen eigen troepen zijn. |
| 21:24:50Z | Vijfde en laatste schot van AT wapen wordt afgevuurd door de infanterie-sectie. |
| 21:25:00Z | AWACS geeft aanwijzing ' <i>holdfire</i> ' en verzoekt aanvullende informatie voor de SAFIRE (<i>surface-air fire report</i>) aan CAOC. |
| 21:25:04Z | <i>Wingman</i> meldt waarneming van mensen op een weg en een stuk artillerie dat hem onder vuur neemt. Hij roept zelfverdediging in en begint zijn aanval. |
| 21:25:17Z | Formatieleider herinnert <i>wingman</i> eraan zijn wapeninstellingen te controleren. |
| 21:25:39Z | <i>Wingman</i> laat bom los en daalt vervolgens naar 13,210 ft MSL (bijna 3500 m). |
| 21:26:01Z | Bom explodeert op de westelijke rand van de drooggevalle rivierbedding. Vier infanteristen zijn op slag dood en zes leden van de sectie zijn gewond, evenals twee soldaten in de nabijheid van ondersteunende voertuigen. |
| 21:26:11Z | AWACS geeft <i>Coffee flight 51</i> opdracht te stoppen met aanval, en meldt ' <i>friendlies Kandahar</i> '. De formatieleider bevestigt het bericht. |

BESTUURSRECHTSPRAAK

Raad van State

Afdeling Bestuursrechtspraak

Uitspraak van 2 juli 2003

20020288811

Voorzitter: mr. J.H.B. van der Meer; *leden:* mr. H. Troostwijk en mr. A.W.M. Bijloos

Strafrechtelijke informatie

Verstrekking van informatie uit strafdossier ten behoeve van het nemen van rechtspositionele maatregelen in dit geval rechtmatig. Er is een zwaarwegend openbaar belang, in casu is de militair verdacht van een misdrijf (ontucht met een aan zijn gezag onderworpen mindere) waardoor twijfels kunnen rijzen over zijn behoorlijk beroepsmatig functioneren. Bij die afweging laat de Afdeling meespelen dat het strafdossier informatie kan bevatten die de Koninklijke Landmacht niet op een andere manier kan verkrijgen.

UITSPRAAK

op het hoger beroep van: het College van procureurs-generaal, appellant, tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank te Arnhem van 15 april 2002 in het geding tussen: [partij], wonend te [woonplaats] en de hoofdofficier van justitie te Arnhem.

1. Procesverloop

Bij besluit van 4 december 2001 heeft de officier van justitie te Arnhem het verzet van [partij] tegen het voornemen om informatie uit zijn strafdossier te verstrekken aan zijn werkgever, de Koninklijke Landmacht, ongegrond verklaard.

Bij besluit van 20 februari 2002 heeft de hoofdofficier van justitie te Arnhem (hierna: de hoofdofficier) het daartegen door [partij] gemaakte bezwaar gedeeltelijk gegrond en gedeeltelijk ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 15 april 2002, verzonden op 26 april 2002, heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank te Arnhem (hierna: de voorzieningenrechter) het daartegen door [partij] ingestelde beroep gegrond verklaard en de bestreden beslissing op bezwaar vernietigd. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft appellant bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 24 mei 2002, hoger beroep ingesteld. De gronden zijn aangevuld bij brief van 7 juni 2002. Deze brieven zijn aangehecht.

Bij brief van 30 augustus 2002 heeft appellant verzocht om geheimhouding als bedoeld in artikel 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) ten aanzien van de processen-verbaal uit het strafdossier van [partij]. Bij brief van 6 september 2002 heeft appellant aanvullend verzocht om geheimhouding als bedoeld in artikel 8:29 van de Awb ten aanzien van een proces-verbaal uit het strafdossier van [partij] dat niet was gevoegd bij de processen-verbaal die bij brief van 30 augustus 2002 zijn toegezonden. Bij ongedateerde brief en bij brief van 11 september 2002 heeft een enkelvoudige kamer van de Afdeling beslist dat beperking van de kennisneming van de desbetreffende stukken gerechtvaardigd is. Bij brief van 17 september 2002 is namens de Koninklijke Landmacht toestemming als bedoeld in het vijfde lid van artikel 8:29 van de Awb verleend om mede op basis van de geheime stukken uitspraak doen. Bij telefax-bericht van 2 oktober 2002 heeft ACOM, de CNV-bond van Militairen namens [partij] toestemming als bedoeld in het vijfde lid van

artikel 8:29 van de Awb verleend om mede op basis van de geheime stukken uitspraak doen.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 3 december 2002, waar appellant, vertegenwoordigd door mr. C.M. Bitter, advocaat te Den Haag, en [partij], vertegenwoordigd door [gemachtigde], werkzaam bij ACOM, de CNV-bond van Militairen, en mr. J.C. Groenheijde, ambtenaar bij het Ministerie van Defensie, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 124 van de Wet op de rechterlijke organisatie (hierna: Wet RO) is het openbaar ministerie belast met de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en met andere bij de wet vastgestelde taken.

Ingevolge artikel 125 van de Wet RO - voorzover hier van belang - worden de taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie, op de wijze bij of krachtens de wet bepaald, uitgeoefend door:

a. het College van procureurs-generaal (hierna: het College);

b. de officieren van justitie, plaatsvervangende officieren van justitie, de officieren enkelvoudige zittingen en de plaatsvervangende officieren enkelvoudige zittingen. Ingevolge artikel 127 van de Wet RO kan de minister van justitie algemene en bijzondere aanwijzingen geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie.

Ingevolge het tweede lid van artikel 130 van de Wet RO staat het College aan het hoofd van het openbaar ministerie.

Ingevolge het vierde lid van dit artikel kan het College algemene en bijzondere aanwijzingen geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie.

Ingevolge artikel 139, eerste lid, van de Wet RO zijn de hoofden van de parketten in hun ambtsuitoefening ondergeschikt aan het College.

Het tweede lid van dit artikel bepaalt dat de andere bij een parket werkzame ambtenaren in hun ambtsuitoefening ondergeschikt zijn aan het hoofd van het parket. Ingevolge artikel 1, aanhef en onder a, van de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp) wordt onder persoonsgegeven verstaan: elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon.

Ingevolge artikel 1, aanhef en onder b, van de Wbp wordt onder verwerking van persoonsgegevens verstaan: elke handeling of elk geheel van handelingen met betrekking tot persoonsgegevens, waaronder in ieder geval het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van gegevens.

Ingevolge artikel 1, aanhef en onder d, van de Wbp wordt onder verantwoordelijke verstaan: de natuurlijke persoon, rechtspersoon of ieder ander die of het bestuursorgaan dat, alleen of te zamen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt.

Ingevolge artikel 8, aanhef en onder e, van de Wbp - voor zover hier van belang - mogen persoonsgegevens slechts worden verwerkt indien de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de goede vervulling van een publiekrechtelijke taak door het bestuursorgaan waaraan de gegevens worden verstrekt.

2.2. De voorzieningenrechter heeft de beslissing op bezwaar vernietigd op grond van de

overweging dat die onbevoegd is genomen, aangezien ten aanzien van de verstrekking van strafrechtelijke persoonsgegevens van [partij], de Minister van Justitie (hierna: de minister) als verantwoordelijke in de zin van artikel 1, aanhef en onder d, van de Wbp dient te worden aangemerkt. Niet is gebleken dat de minister deze bevoegdheid heeft gedelegeerd aan de hoofdofficier of aan appellant, nog daargelaten dat de mandaatverlening van appellant aan de hoofdofficier dateert van na de beslissing op bezwaar, aldus de voorzieningenrechter.

2.3. De Afdeling stelt voorop dat de beslissing van de hoofdofficier van justitie om tot verstrekking van informatie uit het strafdossier van [partij] aan de Koninklijke Landmacht over te gaan, door de voorzieningenrechter terecht is aangemerkt als een besluit waarvan de grondslag wordt gevormd door artikel 8, aanhef en onder e, van de Wbp. Voorts neemt de Afdeling in aanmerking dat volgens de Memorie van Toelichting bij de Wbp (Kamerstukken II, 1997-1998, 25 892, nr. 3) bij de vraag, wie "verantwoordelijke" is in de zin van artikel 1, aanhef en onder d, van de Wbp, dient te worden uitgegaan van de formeel juridische verantwoordelijkheid voor de verwerking.

2.4. Tot de taak van het openbaar ministerie behoort ingevolge artikel 124 van de Wet RO de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Appellant staat ingevolge artikel 130, tweede lid, en artikel 139 van de Wet RO als hoogste, landelijke leiding aan het hoofd van het openbaar ministerie en heeft zeggenschap over doel en middelen van de verwerking van strafrechtelijke persoonsgegevens. Hij kan ingevolge het vierde lid van artikel 130 van de Wet RO zowel algemene als bijzondere aanwijzingen geven zoals ten aanzien van de verstrekking van de persoonsgegevens is gebeurd in de "Aanwijzing verstrekking van strafrechtelijke gegevens aan derden voor buiten de strafrechtspleging gelegen doeleinden" (Staatscourant 2001, 154; hierna: de Aanwijzing).

2.5. Gelet op het voorgaande dient naar het oordeel van de Afdeling voor de hierbedoelde verwerking van strafrechtelijke persoonsgegevens, appelland als verantwoordelijke in de zin van artikel 1, aanhef en onder d, van de Wbp te worden aangemerkt. Dat appelland op zijn beurt ingevolge artikel 127 van de Wet RO aanwijzingen kan krijgen van de minister, maakt dit niet anders. De taken en bevoegdheden in het kader waarvan de gegevensverwerking plaatsvindt, worden ingevolge artikel 125 van de Wet RO door appelland uitgeoefend. De voorzieningenrechter heeft dit miskend, zodat diens uitspraak voor vernietiging in aanmerking komt. De Afdeling ziet aanleiding de zaak niet terug te wijzen, maar zelf af te doen. Partijen hebben desgevraagd ter zitting verklaard hiertegen geen bezwaar te hebben.

2.6. Ingevolge onderdeel 8 van de Aanwijzing - voor zover thans van belang - ligt de beslissingsbevoegdheid met betrekking tot het al dan niet verstrekken van informatie voor niet-strafvorderlijke doeleinden bij het hoofd van het betreffende parket. Hieruit leidt de Afdeling af dat mandaat is verleend aan de hoofdofficier van justitie om, met inachtneming van de Aanwijzing, namens appelland te beslissen op een verzoek om informatieverstrekking als hier aan de orde. Hoewel de hoofdofficier van justitie terecht de beslissing op bezwaar heeft genomen, heeft hij in strijd met artikel 10:10 van de Awb niet vermeld dat hij namens appelland deze beslissing heeft genomen. Nu niet is gebleken dat [partij] hierdoor in zijn belangen is geschaad, kan vernietiging van de beslissing op bezwaar op deze grond achterwege blijven.

2.7. Ter beoordeling staat vervolgens, gelet op artikel 8, aanhef en onder e, van de Wbp, of het verstrekken van de strafrechtelijke persoonsgegevens van [partij] aan de Koninklijke Landmacht rechtmatig is. De hoofdofficier van justitie heeft zich daarbij in de beslissing op bezwaar gebaseerd op onderdeel 6.2 van de Aanwijzing.

2.8. Ingevolge de aanhef van onderdeel 6.2 kunnen voor buiten de strafrechtspleging gelegen doeleinden, indien dit voortvloeit uit een behoorlijke taakuitoefening van de officier van justitie en voor zover een zwaarwegend openbaar belang daartoe noodzaakt, de daarvoor benodigde persoonsgegevens over een individuele strafzaak uit de gegevensverwerking worden verstrekt aan derden. Daarvan is in de regel sprake in de nader in dat onderdeel aangegeven gevallen. Ingevolge onderdeel 6.2 onder a. I. kunnen ten behoeve van de beoordeling van de vraag of rechtspositionele dan wel tuchtrechtelijke maatregelen moeten worden getroffen tegen een werknemer of een lid van een beroepsgroep, die wordt verdacht van een misdrijf waarvan duidelijk is dat het twijfels kan doen rijzen over zijn behoorlijk beroepsmatig functioneren, voorzover noodzakelijk voor die beoordeling, over betrokkene uit de gegevensverwerking met betrekking tot een individuele zaak gegevens worden verstrekt aan de overheid als werkgever.

2.9. De verwerking van de strafrechtelijke persoonsgegevens van [partij] is de neerslag van de wijze waarop het openbaar ministerie zijn taak als omschreven in artikel 124 van de Wet RO invult. Vaststaat dat [partij] wordt verdacht van een misdrijf waarvan duidelijk is dat het twijfels kan doen rijzen over zijn behoorlijk beroepsmatig functioneren. Gelet hierop heeft de hoofdofficier van justitie zich op het standpunt kunnen stellen dat aan de noodzakelijkheidseis in artikel 8, aanhef en onder e, van de Wbp is voldaan en dat de beslissing om tot verstrekking van informatie uit het strafdossier van [partij] aan de Koninklijke Landmacht over te gaan, kon worden gehandhaafd. Daarbij dient in aanmerking genomen te worden dat het strafdossier gegevens kan bevatten die de Koninklijke Landmacht niet op een andere manier kan verkrijgen. In een strafdossier kunnen zich immers meer gegevens bevinden dan op een terechtzitting aan de orde zijn gekomen en in een vonnis of arrest zijn opgenomen. Van enige contra-indicatie die in het kader van een zorgvuldige belangenafweging aan verstrekking in de weg stond, is de Afdeling niet gebleken. Hetgeen [partij] naar voren heeft gebracht ter zake van de bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer leidt niet tot een andere conclusie. De beslissing op bezwaar kan de rechterlijke toets doorstaan.

2.10. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. De Afdeling zal doen hetgeen de rechtbank zou behoren te doen en zal het bij de rechtbank ingestelde beroep ongegrond verklaren.

2.11. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. *Beslissing*

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank te Arnhem van 15 april 2002, Awb 021442;

III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep ongegrond.

NASCHRIFT

Hoewel bovenstaande uitspraak van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) primair betrekking heeft op de rechtsverhouding tussen het Openbaar Ministerie en de militair die strafrechtelijk werd vervolgd, is de uitspraak ook van belang voor het militaire bestuursrecht. De vraag die namelijk centraal staat is of het Openbaar Ministerie (OM) bevoegd is om strafrechtelijke informatie te verstrekken aan de Koninklijke Landmacht op basis van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) ter

voorbereiding van een door het bevoegde gezag te treffen rechtspositionele maatregel. Het zal niet verbazen dat deze vraag voortkomt uit de bewaking van de balans tussen enerzijds het beschermen van de privacy van degene die strafrechtelijk wordt vervolgd en anderzijds het beschermen van het algemene belang dat met de verstrekking van strafrechtelijke informatie is gediend.

Wat was de aanleiding voor de procedure bij de Afdeling? De betrokken militair werd samen met een aantal collega's door het OM vervolgd wegens het plegen van ontucht met aan zijn gezag onderworpen leerlingen (zie ook MRT september 2003 en oktober 2004). Die vervolging leidde uiteindelijk tot een veroordeling van de militair door de militaire kamer van het Hof in Arnhem. Naar aanleiding van het bekend worden van de gedragingen die hadden geleid tot de strafrechtelijke vervolging is door de Koninklijke Landmacht onderzocht of de betrokken militair ontslagen diende te worden. Omdat de militair ten overstaan van de ontslagcommissie zeer terughoudend was met het verstrekken van informatie en deze informatie ook niet op een andere wijze te verkrijgen was, is namens de Bevelhebber der Landstrijdkrachten aan het OM verzocht informatie te verstrekken uit het strafrechtelijk dossier van de betrokken militair. Naar aanleiding van dit verzoek heeft de Officier van Justitie de vervolgte militair laten weten dat hij voornemens was het verzoek van de Koninklijke Landmacht te honoreren. Na een verzets- en een bezwaarprocedure, stelde de militair beroep in tegen het besluit om tot verstrekking over te gaan en vroeg hij de voorzieningenrechter het besluit te schorsen vanwege het spoedeisende belang dat hij had bij het voorkomen van die verstrekking. De voorzieningenrechter oordeelde in het voordeel van de militair en vernietigde het besluit om tot verstrekking van strafrechtelijke informatie over te gaan, omdat het besluit onbevoegd was genomen. De bevoegdheid zou berusten bij de minister van Justitie en niet bij het College van Procureurs-generaal of de (Hoofd)Officier van Justitie. Met deze uitspraak kon het OM zich niet verenigen en er werd hoger beroep ingesteld door het College van Procureurs-generaal bij de Afdeling. De minister van Defensie werd als partij vertegenwoordigd in deze procedure omdat hij was aangemerkt als belanghebbende krachtens artikel 8:26 van de Algemene wet bestuursrecht.

De Afdeling spreekt zich in deze uitspraak uit over twee vragen. In de eerste plaats over het bevoegdheidsaspect: wie is bevoegd tot verstrekking van strafrechtelijke informatie over te gaan? En in de tweede plaats over het rechtmatigheidsaspect: mocht in dit geval tot verstrekking worden overgegaan?

Ten aanzien van de bevoegdheid oordeelt de Afdeling dat het College van Procureurs-generaal, als hoofd van het OM, en niet de minister zoals de zienswijze luidde van de voorzieningenrechter, verantwoordelijke is in de zin van de Wbp en derhalve bevoegd is over te gaan tot het verstrekken van strafrechtelijke informatie dan wel hierover algemene en bijzondere aanwijzingen te geven. Dit laatste heeft plaatsgevonden middels de Aanwijzing verstrekking van strafrechtelijke gegevens aan derden voor buiten de strafrechtspleging gelegen doeleinden¹⁾ (hierna: de aanwijzing).

Ten aanzien van de rechtmatigheid plaatst de Afdeling het besluit om tot het verstrekken van strafrechtelijke informatie over te gaan in het licht van de aanwijzing. Deze vormt een nadere concretisering van bepaalde delen van de Wbp. In de Aanwijzing is onder meer opgenomen dat persoonsgegevens uit een individuele strafzaak aan derden (zoals de minister van Defensie) kunnen worden verstrekt voor zover dit noodzakelijk is in verband met een zwaarwegend openbaar belang. Het begrip zwaarwegend openbaar belang wordt

¹⁾ Staatscourant 2001, 154 p.8

ingevuld door een opsomming in de Aanwijzing van gevallen die als dusdanig worden gekwalificeerd. Eén van die gevallen betreft de situatie dat rechtspositionele dan wel tuchtrechtelijke maatregelen moeten worden getroffen tegen iemand die wordt verdacht van een misdrijf waarvan het duidelijk is dat het twijfels kan doen rijzen over zijn behoorlijk beroepsmatig functioneren. Het verstrekken van informatie is dan mogelijk voorzover dat noodzakelijk is voor de beoordeling van die vraag.

Toepassing van de bepalingen van de Aanwijzing op de concrete situatie brengt de Afdeling tot de conclusie dat het misdrijf waarvan de militair werd verdacht (ontucht met een aan zijn gezag onderworpen mindere) twijfels kan doen rijzen over zijn behoorlijk beroepsmatig functioneren. Dat maakt het verstrekken van strafrechtelijke informatie aan de werkgever mogelijk. Bij die afweging laat de Afdeling meespelen dat het strafdossier informatie kan bevatten die de Koninklijke Landmacht niet op een andere manier kan verkrijgen. In een dergelijk dossier kunnen zich immers andere gegevens bevinden dan op een terechtzitting aan de orde zijn gekomen en in een vonnis of arrest zijn opgenomen.

De uitspraak van de Afdeling is van groot belang voor de defensieorganisatie. Het komt namelijk met enige regelmaat voor dat militairen of burgerambtenaren in dienst van het ministerie van Defensie zich schuldig maken aan strafbare feiten die het noodzakelijk maken dat naast het strafrechtelijke traject een rechtspositioneel traject wordt ingezet. En hoewel het strafrechtelijk en het bestuursrechtelijk traject van elkaar zijn gescheiden, zijn de daartussen geplaatste schotten niet waterdicht. Het ministerie van Defensie als werkgever dient zorg te dragen voor het goed functioneren van de defensieorganisatie. Indien werknemers zich schuldig maken aan strafbare gedragingen die dat functioneren in gevaar brengen, moet daartegen worden opgetreden. In die gevallen dat rechtspositionele maatregelen vereist zijn, kan het noodzakelijk zijn dat Defensie beschikt over informatie die is opgenomen in het strafdossier van een werknemer. Het openbaar belang is in die gevallen gediend bij adequaat optreden tegen gedragingen die het goed functioneren van de defensieorganisatie in gevaar brengen en dat belang kan dan zwaarder wegen dan het privacybelang van de werknemer.

Sinds 1 april 2004²⁾ vormt niet meer de Wbp de basis voor het verstrekken van strafrechtelijke informatie, maar de Wet justitiële gegevens (Wjg)³⁾. Voor degenen die betrokken zijn bij de uitvoering van het aanvragen en verstrekken van strafrechtelijke informatie is die verandering niet ingrijpend. De toetsingscriteria in de Wjg zijn namelijk niet of nauwelijks gewijzigd ten opzichte van de Wbp en de Aanwijzing. Ook de Wjg maakt het mogelijk dat overgegaan wordt tot het verstrekken van strafrechtelijke gegevens indien dit nodig is voor het beoordelen van de noodzaak tot het treffen van een rechtspositionele of tuchtrechtelijke maatregel. Wel dienen die gegevens noodzakelijk te zijn met het oog op een zwaarwegend algemeen belang en in een zodanige vorm te worden verstrekt dat herleiding tot andere personen dan betrokkene redelijkerwijs wordt voorkomen.

Degeene die binnen het Openbaar Ministerie fungeert als aanspreekpunt voor de defensieorganisatie, is de Verbindingsofficier Krijgsmacht. Teneinde de verstrekking van strafrechtelijke informatie te waarborgen en de doorlooptijd van aanvragen te minimaliseren, heeft de Verbindingsofficier in een brief aan de hoofden Juridische Zaken Defensie uiteengezet hoe omgegaan dient te worden met aanvragen van strafrechtelijke informatie.

Het uitgangspunt is dat strafrechtelijke informatie slechts gebruikt mag worden voor een goede strafrechtspleging. Het verstrekken van informatie aan de defensieorganisatie betreft derhalve een uitzondering op dit uitgangspunt die per geval gemotiveerd zal moe-

²⁾ Staatsblad 2004, 129

³⁾ Staatsblad 2002, 552

ten worden.

De voorwaarden waaronder overgegaan kan worden tot het verstrekken van strafrechtelijke informatie zijn noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit. Die voorwaarden zijn gesteld om de belangenafweging tussen privacy en openbaar belang te kunnen uitvoeren.

Noodzaak: het doel waarvoor de informatie nodig is, bijvoorbeeld het nemen van rechtspositionele maatregelen, dient eenduidig te zijn vastgelegd. Bovendien mag de informatie slechts voor dat doel worden gebruikt en dient dat doel concreet te worden verwoord. Aangegeven dient derhalve te worden waarom het in dit specifieke geval nodig is dat Defensie deze informatie verkrijgt.

Subsidiariteit: aangetoond moet worden dat de verstrekking van strafrechtelijke informatie de enige manier is waarop het doel (het treffen van een rechtspositionele maatregel) kan worden bereikt. Het mag dus niet gaan om verstrekking ter bevestiging van reeds bekende feiten of om informatie die ook op een andere (minder ingrijpende) manier is te verkrijgen. Een minder ingrijpende manier zou kunnen bestaan uit het instellen van een huishoudelijk onderzoek, het vragen om opheldering bij de persoon zelf of het bijwonen van openbare zittingen van de strafrechter. In de aanvraag dient derhalve aangegeven te worden waarom die minder ingrijpende manier van informatieverzameling niet mogelijk is. Dat kan bijvoorbeeld zijn omdat de persoon zelf geen informatie loslaat of omdat een huishoudelijk onderzoek niet mogelijk is in verband met een lopend strafrechtelijk onderzoek. De eis van subsidiariteit betekent ook dat indien kan worden volstaan met inzage in (delen van) het strafdossier niet een afschrift van het hele dossier wordt verstrekt.

Proportionaliteit: aangegeven dient te worden welke informatie wordt verlangd, waarbij het uitgangspunt is dat niet meer gegevens worden verstrekt dan nodig is voor het doel dat wordt nagestreefd. Hoe dieper wordt ingegrepen in de privacy van de persoon hoe groter het algemene belang moet zijn dat gediend is bij informatieverstrekking. Aanknopingspunten voor het maken van die afweging kunnen zijn: is het feit bekend bij Justitie, wordt er wel of niet vervolgd, wat is de uitslag van de vervolging, wat heeft de betrokkene verklaard en wat staat er in het proces-verbaal?

Procedure: commandanten die strafrechtelijke informatie willen hebben, dienen zich (door tussenkomst van de stafjurist) te wenden tot het Hoofd Juridische Zaken van het krijgsmachtdeel. De stafjurist en Hoofd Juridische Zaken beoordelen de aanvraag op de aspecten noodzaak, subsidiariteit en proportionaliteit. Het Hoofd Juridische Zaken zendt de aanvraag vervolgens door naar de Verbindingsofficier Krijgsmacht, waarna de Verbindingsofficier zorgdraagt voor bewaking van de afhandeling van het verzoek door het OM.

De conclusie kan zijn dat indien het goed functioneren van de defensieorganisatie dat vereist het mogelijk blijft ter voorbereiding van rechtspositionele maatregelen ten aanzien van werknemers informatie uit het strafdossier op te vragen bij het Openbaar Ministerie. Voordat tot informatieverstrekking wordt overgegaan, maakt het OM een belangenafweging tussen enerzijds het beschermen van de privacy van degene die strafrechtelijk wordt vervolgd en anderzijds het beschermen van het algemene belang dat met de verstrekking van strafrechtelijke informatie is gediend. Om die belangenafweging mogelijk te maken dient een aanvraag tot het verstrekken van strafrechtelijke informatie aan de eisen noodzaak, subsidiariteit en proportionaliteit te voldoen.

MI: J.C. Groenheijde

Centrale Raad van Beroep
Uitspraak van 8 januari 2004
021748 MAW

Voorzitter: Mr. H.A.A.G. Vermeulen; *leden:* Mr. M.S.E. Wulffraat-van Dijk en Mr. R. Kooper.

De vermiste parka, nat weer

Aan een onderofficier van de Koninklijke Landmacht werd door de commandant van de eenheid waarbij hij diende, wegens vermissing van een zgn. parka, nat weer; de verplichting opgelegd tot vergoeding van de schade ten bedrage van f 170. Hem werd nalatigheid verweten. Toen de onderofficier tegen dit (na bezwaar gehandhaafde) besluit beroep instelde, verklaarde de rechtbank het beroep ongegrond (Rb Den Haag 10 december 2001, MRT 2002, p. 292, m.nt. G.L.C.). Zoals hieronder valt te lezen, oordeelt de Centrale Raad van Beroep anders. De Raad begint met vast te stellen dat de aan de onderofficier verweten gedraging heeft plaatsgevonden in het kader van de dienst. Dit betekent, gelet op artikel 145 AMAR, dat alleen een verplichting tot schadevergoeding bestaat in geval van opzet of bewuste roekeloosheid. Opzet is niet aan de orde, aldus de Raad. Evenmin kan worden gezegd dat de onderofficier bewust roekeloos heeft gehandeld. Volgt: vernietiging van de uitspraak van de rechtbank en gegrondverklaring van het beroep.

(Schadeverhaal; art. 145 AMAR)

UITSpraak

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

I. Ontstaan en loop van het geding

Appellant heeft op daartoe bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 10 december 2001, nr. AWB 011958 MAW, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 20 november 2003, waar namens appellant is verschenen mr. B. Damen, advocaat te Amersfoort. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. A.E.P. van Zandbergen, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. Appellant, sergeant bij het Wapen der Genie en in opleiding aan de Koninklijke Militaire School te Weert, volgde ten tijde in geding op de Bruggenschool te Hedel de opleiding tot pontonnier, was daartoe geleverd op het Genie Opleidingscentrum te Vught en gedetacheerd bij de Sappeursschool. In verband met zijn opleiding is appellant een zogeheten "parka nat weer" uitgereikt. Op 15 mei 2000 heeft appellant bij de Koninklijke Marechaussee te Uden aangifte gedaan van ontvreemding van deze parka van de kapstok in de hal van het kantinegebouw van de Bruggenschool. Op 23 mei 2000 heeft de commandant van de Sappeursschool appellant vermissing van de parka nat weer ten laste gelegd en hem meegedeeld dat hij het voornemen heeft hem een verplichting tot vergoeding van de schade van f 170,- op te leggen. Nadat appellant zich ter zake had verantwoord, is hem bij besluit van 22 juni 2000 genoemde verplichting opgelegd op de grond

dat de schade, ontstaan buiten het kader van de aan hem opgedragen diensten en/of werkzaamheden, het gevolg is van nalaten van zijn zijde. Bij het bestreden besluit van 5 maart 2001 heeft gedaagde appellants bezwaren tegen het besluit van 22 juni 2000 ongegrond verklaard.

2. De rechtbank heeft het door appellant tegen het besluit van 5 maart 2001 ingestelde beroep ongegrond verklaard.

3. Namens appellant is in hoger beroep onder meer aangevoerd dat de vermissing van de parka evident heeft plaatsgevonden in het kader van de hem opgedragen diensten en werkzaamheden als bedoeld in artikel 145, eerste lid, aanhef en onder a, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR), dat de ontvreemding van de parka niet is veroorzaakt door opzet of grove schuld van appellant en dat hij derhalve ten onrechte is verplicht tot het vergoeden van de schade.

4. De Raad overweegt als volgt.

4.1. Ingevolge artikel 145, eerste lid, van het AMAR kan de Minister van Defensie de militair verplichten tot gehele 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.

4.2. De Raad gaat uit van de volgende, door partijen niet bestreden feiten. Op vrijdag 12 mei 2000 is appellant na de ochtendinstructie gaan lunchen in de kantine van de Bruggenschool en heeft toen zijn parka, handschoenen en helm in de garderobe in de hal van de kantine gehangen. Om 12.30 uur zijn appellant en zijn medecursisten naar het zwembad te Vught gebracht voor zweminstructie. Appellant heeft de parka, de handschoenen en de helm in de hal van de kantine achtergelaten. Omstreeks 16.00 uur is de kantine afgesloten. Na het zwemmen zijn de manschappen rechtstreeks naar Vught teruggebracht. Bij terugkomst in Hedel tegen 10.30 uur op maandagmorgen constateerde appellant dat zijn parka niet meer in de hal van de kantine hing.

4.3. Ter zitting van de rechtbank heeft de gemachtigde van gedaagde verklaard dat gedaagde het niet redelijk zou hebben gevonden de schade op appellant te verhalen indien appellant om 16.00 uur uit Hedel was vertrokken, aangezien het gebouw op dat tijdstip voor het weekeinde wordt afgesloten. De Raad concludeert hieruit dat appellant alleen dan een verwijt treft indien de ontvreemding van de parka vrijdagmiddag tussen 12.30 uur en 16.00 uur heeft plaatsgevonden.

4.4. Nu appellant vrijdagmiddag om 12.30 uur in het kader van de hem opgedragen dienst naar Vught werd vervoerd voor zweminstructie en daarna in het kader van de dienst naar de kazerne is vervoerd, is de Raad van oordeel dat, in aanmerking genomen de in 4.3. vermelde tijdsspanne, het achterlaten van de parka in de hal van de kantine heeft plaatsgehad in het kader van de aan appellant opgedragen dienst. Derhalve is, zoals appellant terecht heeft aangevoerd, niet artikel 145, eerste lid, aanhef en onder b, van het AMAR maar artikel 145, eerste lid, aanhef en onder a, van het AMAR op hem van toepassing.

4.5. Nu de appellant verweten gedraging in het kader van de dienst heeft plaatsgevonden, kan appellant alleen dan worden verplicht tot vergoeding van de schade indien de ontvreemding van de parka te wijten is aan opzet of bewuste roekeloosheid van appellant.

4.6. Opzet op de vermissing is in dit geval niet aan de orde. Naar het oordeel van de Raad kan evenmin worden gezegd dat appellant door zijn parka in het kantinegebouw achter te laten bewust roekeloos heeft gehandeld. Appellant stond voor een dilemma: de parka in de hal van de kantine achterlaten of hem meenemen naar het zwembad. Vaststaat dat op

de Bruggenschool de cursisten geen lockers of legeringsruimte, waar zij hun persoonlijke uitrusting achter slot en grendel kunnen opbergen, ter beschikking staan. Daarom hebben de instructeurs de leerlingen toestemming gegeven hun jacks, handschoenen en helmen in de garderobe van het kantinegebouw te hangen. Dat appellant ervan is uitgegaan dat hij de parka beter in het kantinegebouw, dat gedurende het weekeinde gesloten was, kon achterlaten dan meenemen naar het zwembad komt de Raad niet onbegrijpelijk voor. Appellant wist dat het meenemen van de parka naar het zwembad risicovol was. Weliswaar waren er kluisjes in de hal van het zwembad, maar uit eerdere bezoeken aan het zwembad was appellant bekend dat er een tekort aan kluisjes was, dat de reguliere bezoekers van het zwembad als eersten in aanmerking kwamen voor het gebruik van de kluisjes en dat in verband daarmee de militairen was verzocht hun kleding in een gemeenschappelijke, niet afgesloten ruimte op te hangen. Ook in de bus waarmee de manschappen naar Vught werden vervoerd kon appellant zijn parka niet achterlaten, nu daarin geen uitrustingsstukken mochten achterblijven, omdat de bus direct weer voor een volgende klus moest worden gebruikt. Voorzover gedaagde een andere lezing van de feiten heeft gegeven, is niet gebleken dat deze berust op enig feitelijk onderzoek en moet de Raad eraan voorbijgaan.

5. Gezien het vorenstaande kan het besluit van gedaagde om appellant te verplichten de schade in verband met de vermissing van de parka te vergoeden geen stand houden. Gelet hierop kan de aangevallen uitspraak niet in stand blijven en dient zowel het bestreden besluit van 5 maart 2001 als het primaire besluit van 22 juni 2000 te worden vernietigd.

6. In het vorenoverwogene vindt de Raad aanleiding gedaagde op grond van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht te veroordelen in de proceskosten van appellant in eerste aanleg tot een bedrag van € 644,- en in hoger beroep tot een bedrag van f 644,-, in totaal € 1.288,-.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het beroep van appellant tegen het besluit op bezwaar van 5 maart 2001 gegrond;

Vernietigt dat besluit alsmede het primaire besluit van 22 juni 2000;

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appellant in eerste aanleg tot een bedrag van € 644,- en in hoger beroep tot een bedrag van € 644,-, in totaal € 1288,-, 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 van in het totaal € 267,10 vergoedt.

NASCHRIFT

1. Niets belet een militair de schade, die de dienst door zijn toedoen heeft geleden, eigener beweging te vergoeden. Gebeurt dit niet, dan kan de militair in een aantal gevallen tot gehele of gedeeltelijke vergoeding van de schade worden verplicht. De bevoegdheid hier toe berust bij de Minister van Defensie. Dit is bepaald in artikel 145 AMAR. In het eerste lid van dit artikel wordt onderscheid te worden gemaakt tussen:

– schade die in het kader van de vervulling van aan de militair opgedragen diensten en/of werkzaamheden is ontstaan;

– schade die buiten het kader van aan de militair opgedragen diensten en/of werkzaamheden is ontstaan.

In het eerste geval is opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de militair vereist. 'Het uitgangspunt is immers, dat dergelijke schade in beginsel het risico is van de werkgever', aldus de nota van toelichting (Stb. 1998, 528). In het tweede geval is voldoende dat verwijtbaar handelen kan worden aangetoond.

Artikel 145 AMAR sluit aan bij hetgeen is bepaald in artikel 7:661 BW. Het eerste lid van dit artikel luidt: 'De werknemer die bij de uitvoering van de overeenkomst schade toebrengt aan de werkgever of aan een derde jegens wie de werkgever tot vergoeding van die schade is gehouden, is ter dier zake niet jegens de werkgever aansprakelijk, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. ~~Uit~~ de omstandigheden van het geval kan, mede gelet op de aard van de overeenkomst, anders voortvloeien dan in de vorige zin is bepaald.'

2. In de onderhavige zaak komt de Raad, gelet op alle aanwezige omstandigheden, tot de slotsom dat de aan de onderofficier (appellant) verweten gedraging heeft plaatsgevonden in het kader van de dienst. Dit betekent, aldus de Raad, dat 'appellant alleen dan kan worden verplicht tot vergoeding van de schade indien de ontvreemding van de parka te wijten is aan opzet of bewuste roekeloosheid van appellant'. Noch het een, noch het ander deed zich naar het oordeel van de Raad voor:

3. Hoe de eerste rechter en de annotator destijds tegen de zaak aankeken, valt te lezen in Rb Den Haag 10 december 2001, MRT 2002, p. 292, m.nt. G.L.C. Het naschrift van de annotator eindigde met de opmerking: '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, veiliger, opbergmogelijkheden voorhanden zijn, bewust roekeloos handelt.'

4. Verwezen wordt in dit verband eveneens naar: CRvB 3 februari 1995, MRT 1995, p. 288, m.nt. G.L.C. (De tien verdwenen pistolen). Ook toen kwam de Raad, gelet op hetgeen tijdens het geding naar voren was gekomen, tot de slotsom dat niet van opzet of van bewuste roekeloosheid kon worden gesproken.

G.L.C.

BURGERLIJKE RECHTSPRAAK

Hoge Raad der Nederlanden

Eerste Kamer

6 februari 2004

Voorzitter: Mr. P. Neleman, raadsheren: Mr. O. de Savornin Lohman, Mr. A. Hammerstein, Mr. E.J. Numann en Mr. F.B. Bakels

Militaire acties ná 11 september 2001

Een aantal politieke partijen en verenigingen heeft in kort geding gevorderd de Staat te verbieden de (bondgenoten van) VS steun te verlenen bij hun militaire acties tegen personen die door de VS in verband worden gebracht met de aanslag van 11 september 2001, dan wel de Staat te verbieden zelf dergelijke acties uit te voeren. Daarnaast wordt gevorderd de Staat te bevelen de (bondgenoten van) de VS en de VN mee te delen dat dergelijke acties in strijd zijn met het geweldverbod, met het Handvest van de VN en met beginselen en regels van internationaal gewoonterecht, en een ontwerp-resolutie in te dienen waarin die mededeling is verwoord.

De Hoge Raad oordeelt dat het geweldverbod, zoals verwoord in art. 2 lid 4 van het Handvest van de VN strekt tot bescherming van staten en dat een burger voor zijn nationale rechter geen beroep kan doen op deze bepaling en evenmin op de nauw hiermee samenhangende art. 42 en 51 van het Handvest.

Art. 90 Gr.w., waarop de vorderingen mede zijn gegrond, leidt niet tot een ander oordeel. Weliswaar behelst dit artikel een instructie aan de regering de internationale rechtsorde te bevorderen, maar noch dit noch enig ander artikel bepaalt op welke wijze hieraan uitvoering moet worden gegeven. De vorderingen hebben betrekking op het beleid van de Staat op het gebied van buitenlandse politiek en defensie. Het is niet aan de burgerlijke rechter om deze politieke afwegingen te maken en op verlangen van een burger de Staat (de regering) bepaalde handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van buitenlands beleid of defensie te verbieden of hem te gelasten op dit gebied een bepaalde gedragslijn te volgen.

ARREST

in de zaak van: 1. Vereniging van Juristen voor de Vrede, gevestigd te Utrecht, 2. Politieke partij De Groenen, gevestigd te Utrecht, 3. Vrouwen voor Vrede, gevestigd te Amersfoort, 4. Haags Vredesplatform, gevestigd te 's-Gravenhage, 5. Nieuwe Communistische Partij - NCPN, gevestigd te Amsterdam, eiseressen tot cassatie, advocaat: mr. J. Groen,
tegen

De Staat der Nederlanden (Ministeries van Algemene Zaken, van Defensie en van Buitenlandse Zaken), gevestigd te 's-Gravenhage, verweerder in cassatie, advocaat: mr. G.J.H. Houtzagers.

1. Het geding in feitelijke instanties

Eiseressen tot cassatie - verder te noemen: VJV c.s. - hebben bij exploit van 9 oktober 2001 verweerder in cassatie - verder te noemen: de Staat - in kort geding gedagvaard voor de president van de rechtbank te 's-Gravenhage en - zakelijk weergegeven - gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

I. de Staat te verbieden medewerking te verlenen aan de dreiging met of het gebruik van militair geweld door (bondgenoten van) de VS tegen personen die door de VS in verband worden gebracht met de aanslag van 11 september 2001, dan wel de Staat te verbieden zelf dat geweld te gebruiken of daarmee te dreigen, een en ander zolang de Veiligheidsraad niet door middel van een nadere resolutie op grond van artikel 42 van het Handvest opdracht daartoe heeft verleend;

II. de Staat te bevelen terstond aan de regering van (bondgenoten van) de VS, de Veiligheidsraad, de Algemene Vergadering en de secretaris-generaal van de VN mee te delen dat iedere dreiging met of het gebruik van militair geweld door (bondgenoten van) de VS tegen personen die door de VS in verband worden gebracht met de aanslag van 11 september 2001, onverenigbaar is met het geweldverbod, met het Handvest en met beginselen en regels van internationaal gewoonterecht, alsmede aan de Veiligheidsraad, de Algemene Vergadering en de secretaris-generaal van de VN een ontwerp resolutie te doen toekomen waarin die mededeling is verwoord.

De Staat heeft de vordering bestreden.

De president heeft bij vonnis van 26 oktober 2001 de vordering afgewezen. Tegen dit vonnis hebben VJV c.s. hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage. De Staat heeft incidenteel hoger beroep ingesteld.

Bij arrest van 16 mei 2002 heeft het hof het vonnis waarvan beroep bekrachtigd. Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof hebben VJV c.s. beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding en het herstelexploot zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit. De Staat heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor de Staat mede door mr. M.W. Scheltema, advocaat bij de Hoge Raad.

De conclusie van de Advocaat-Generaal F.F. Langemeijer strekt tot verwerping van het beroep.

De advocaat van VJV c.s. heeft bij brief van 23 november 2003 op deze conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van de middelen

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.1.

3.2 In het onderhavige kort geding hebben VJV c.s. de hiervoor in 1 weergegeven vorderingen ingesteld. De president heeft deze vorderingen afgewezen, welke beslissing is gebaseerd op zijn oordeel dat de militaire acties van de VS op grond van art. 51 van het Handvest van de Verenigde Naties niet in strijd kunnen worden geacht te zijn met dwingende beginselen en regels van het volkenrecht, hetgeen meebrengt dat de steun van de Staat aan die acties ook niet in strijd is met art. 90 Gr.w.

Het hof heeft in het incidentele appel van de Staat overwogen dat de door VJV c.s. ingeroepen bepalingen van internationaal recht, meer in het bijzonder art. 2 lid 4, 42 en 51 van het Handvest van de Verenigde Naties, geen bepalingen zijn die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden in de zin van art. 93 Gr.w. en waarop de burger voor de nationale rechter een beroep kan doen, zodat hier voor de nationale, burgerlijke rechter geen taak is weggelegd. Het Hof heeft geoordeeld dat de desbetreffende grief in het incidentele appel doel treft en dat de in het principale appel voorgedragen grieven falen bij gebrek aan belang, en

het heeft het vonnis van de president bekrachtigd.

3.3 Middel I verwijt het hof te zijn uitgegaan van een verkeerde lezing van de vorderingen van VJV c.s., doordat het heeft miskend dat VJV c.s. tevens hebben gevorderd dat de regering mededeling doet aan de Verenigde Staten en haar bondgenoten en aan de Verenigde Naties dat het onderhavige optreden onverenigbaar is met het geweldverbod, het Handvest van de Verenigde Naties en met beginselen en regels van internationaal gewoonterecht. Het middel kan bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Het hof heeft kennelijk deze vorderingen op het oog waar het in zijn samenvattende weergave van de vorderingen van VJV c.s. spreekt van "nevenvorderingen" en het heeft op de in zijn rov. 3 vermelde gronden ook deze vorderingen als ongegrond aangemerkt.

3.4 In art. 2 lid 4 van het Handvest van de Verenigde Naties is onder meer het tot de lidstaten gerichte verbod neergelegd geweld te gebruiken tegen de territoriale integriteit of de politieke onafhankelijkheid van een staat. Dit geweldverbod strekt derhalve tot bescherming van staten en het hof heeft dan ook met juistheid geoordeeld dat een burger voor zijn nationale rechter geen beroep kan doen op deze bepaling en evenmin op de nauw hiermee samenhangende art. 42 en 51 van het Handvest (vgl. HR 29 november 2002, nr. C01/027, NJ 2003, 35, rov. 3.5).

Art. 90 Gr.w., waarop VJV c.s. hun vorderingen mede hebben gegrond, leidt niet tot een ander oordeel. Weliswaar behelst dit artikel een instructie aan de regering de internationale rechtsorde te bevorderen, maar noch dit noch enig ander artikel bepaalt op welke wijze hieraan uitvoering moet worden gegeven. In dit verband merkt de Hoge Raad op dat de onderhavige vorderingen van VJV c.s. 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. Het is, ook waar het het geweldverbod betreft, niet aan de burgerlijke rechter om deze politieke afwegingen te maken en op verlangen van een burger de Staat (de regering) bepaalde handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van buitenlands beleid of defensie te verbieden of hem te gelasten op dit gebied een bepaalde gedragslijn te volgen.

Het betoog van VJV c.s. dat het geweldverbod in verband met het beginsel van individuele verantwoordelijkheid betreffende misdrijven tegen de vrede een volkenrechtelijke norm is die een ieder verbindt, doet hieraan niet af. Dat ook een individuele burger ingevolge dit beginsel verantwoordelijk kan worden gehouden voor handelen in strijd met het geweldverbod, betekent nog niet dat een individuele burger op grond van dit beginsel jegens de Staat in rechte een beroep op het geweldverbod kan doen.

Het betoog van VJV c.s. dat het geweldverbod en art. 90 Gr.w. strekken tot bescherming van fundamentele rechten als het recht op een vreedzame internationale orde, het recht op leven en het recht op ongestoord genot van persoonlijke bezittingen, en dat dit rechtstreeks meebrengt dat de burgerlijke rechter de door VJV c.s. aangevoerde stellingen moet onderzoeken dat de Staat de uit art. 90 Gr.w. voortvloeiende verplichtingen niet nakomt en dat daardoor de belangen van VJV c.s. op onrechtmatige wijze worden aangetast, treft evenmin doel. Dit betoog stuit reeds af op hetgeen hiervoor is overwogen en miskent bovendien dat VJV c.s. in feitelijke instantie niet een inbreuk op deze fundamentele rechten aan hun vorderingen ten grondslag hebben gelegd, en dat de vraag of van zodanige inbreuk sprake is geweest mede een onderzoek van feitelijke aard vergt waarvoor in cassatie geen plaats is.

Op hetgeen hiervoor is overwogen stuiten alle klachten in de onderscheiden onderdelen van middel II af.

3.5 Voor zover middel III klaagt dat het hof slechts een niet ter zake doende vraag heeft beantwoord, te weten of de door VJV c.s. ingeroepen bepalingen naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden in de zin van art. 93 Gr.w., mist het feitelijke grondslag. Het hof heeft immers terecht ook de vraag onderzocht of het gaat om bepalingen waarop een burger voor de nationale rechter een beroep kan doen. Zoals volgt uit hetgeen hiervoor is overwogen, is het oordeel van het hof dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, tevergeefs bestreden. Met dit een en ander ontvalt de grond aan het aan art 6 EVRM ontleende verwijt dat het hof zich geen eerlijke en onpartijdige rechter heeft getoond, zodat middel III ook voor het overige faalt.

4. Beslissing

De Hoge Raad:
verwerpt het beroep;
veroordeelt VJV c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Staat begroot op € 301,34 aan verschotten en € 1.365, voor salaris.

CONCLUSIE A.-G. MR. F.F. LANGEMEIJER

inzake: 1. Vereniging van Juristen voor de Vrede, 2. de vereniging De Groenen, 3. de vereniging Vrouwen voor Vrede, 4. de vereniging Haags Vredes Platform, 5. de vereniging Nieuwe Communistische Partij
tegen
de Staat der Nederlanden

Dit geding heeft in hoofdzaak betrekking op de vraag of de rechter aan de Staat een last kan geven met betrekking tot de steunverlening door de Nederlandse regering aan bepaalde acties van de Verenigde Staten van Amerika waarbij geweld wordt gebruikt.

1. De feiten en het procesverloop

1.1. In cassatie kan m.i. van het volgende worden uitgegaan¹⁾:

1.1.1. Naar aanleiding van de bekende aanslagen in de V.S. op 11 september 2001 heeft de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties op 12 september 2001 resolutie nr. 1368 (2001) en op 28 september 2001 resolutie nr. 1373 (2001) aangenomen²⁾.

1.1.2. De regering van de V.S. heeft Osama bin Laden aangewezen als degene in wiens opdracht de aanslagen zijn gepleegd. Bin Laden is leider van de Al-Qaeda-beweging. De regering van de V.S. vermoedde dat Bin Laden en een deel van deze beweging (waaronder trainingskampen) zich in Afghanistan bevinden. Het Taliban-regime in Afghanistan steunde de Al-Qaeda-beweging.

1.1.3. Op 20 september 2001 heeft de regering van de V.S. aan het Taliban-regime bepaalde eisen gesteld, welke niet zijn ingewilligd.

1.1.4. Op 7 oktober 2001 zijn de V.S. en het Verenigd Koninkrijk (V.K.) begonnen met militaire acties tegen militaire installaties van de Taliban en tegen trainingskampen van de Al-Qaeda-beweging in Afghanistan.

1.1.5. Bij brieven van 7 oktober 2001 hebben de regeringen van de V.S. en het V.K. de voorzitter van de Veiligheidsraad op de hoogte gesteld van deze militaire acties. In een verklaring op 8 oktober 2001 heeft de secretaris-generaal van de V.N. onder meer het vol-

¹⁾ In het bestreden arrest ontbreekt een afzonderlijke feitenvaststelling. Zie evenwel het vonnis in eerste aanleg d.d. 26 oktober 2001 onder 1, voor zover dit niet in appel is bestreden in de grieven I - III.

²⁾ Prod. 13 bij CvE. Deze en andere V.N.-resoluties zijn ook te vinden via www.un.org.

gende medegedeeld:

"Immediately after the 11 September attacks on the United States, the Security Council expressed its determination to combat, by all means, threats to international peace and security caused by terrorist acts. The Council also reaffirmed the inherent right of individual or collective self-defence in accordance with the Charter of the United Nations. The States concerned have set their current military action in Afghanistan in that context."

1.1.6. Op 8 oktober 2001 heeft de voorzitter van de Veiligheidsraad een persverklaring afgelegd in verband met de militaire acties. In deze persverklaring heeft de voorzitter onder meer meegedeeld:

"The members of the Security Council took note of the letters that the representatives of the United States and of the United Kingdom sent yesterday to the President of the Security Council, in accordance with article 51 of the United Nations Charter, in which they state that the action was taken in accordance with the inherent right of individual and collective self-defence following the terrorist attacks in the United States of 11 September 2001.

The permanent representatives made it clear that the military action that commenced on 7 October was taken in self-defence and directed at terrorists and those who harboured them. (...) "

1.1.7. Bij brief van 9 oktober 2001 hebben de Nederlandse ministers van Buitenlandse Zaken, van Defensie en voor Ontwikkelingssamenwerking aan de Tweede Kamer medegedeeld zich achter de acties van de V.S. te scharen, op grond van het uitgangspunt dat de V.S. het recht hebben te reageren op de terreuracties van 11 september 2001).

1.2. Op 9 oktober 2001 hebben eiseressen de Staat in kort geding gedagvaard voor de president van de rechtbank te 's-Gravenhage. De vordering luidt⁴⁾:

I. aan de Staat te verbieden om zolang de Veiligheidsraad niet door middel van een nadere resolutie, op grond van art. 42 van het Handvest en naar aanleiding van de terroristische aanslagen van 11 september 2001 of van terroristische activiteiten in het algemeen, opdracht of machtiging heeft verleend aan de VS en diens bondgenoten om met militaire middelen op te treden tegen personen, objecten en terreinen die door de VS of diens bondgenoten in verband worden gebracht met de terroristische aanslagen van 11 september 2001 of met terroristische activiteiten in het algemeen en die zich bevinden op het grondgebied van andere soevereine staten, zonder dat de laatstbedoelde staten met dat gebruik van militaire middelen hebben ingestemd,

a. op welke manier dan ook, al dan niet onder gebruikmaking van militaire middelen, medewerking te verlenen aan de dreiging met of het gebruik van militair geweld door de VS, gericht tegen personen, objecten of terreinen die door de VS of diens bondgenoten in verband worden gebracht met de terroristische aanslagen van 11 september 2001 of met terrorisme in het algemeen en die zich bevinden op het grondgebied van andere soevereine staten, zonder dat de laatstbedoelde staten met die dreiging met of dat gebruik van militair geweld hebben ingestemd;

b. op welke manier dan ook, al dan niet onder gebruikmaking van militaire middelen, medewerking te verlenen aan de dreiging met of het gebruik van militair geweld door andere bondgenoten van de VS, gericht tegen personen, objecten of terreinen die door de VS of diens bondgenoten in verband worden gebracht met de terroristische aanslagen van

³⁾ Zie Kamerstukken II 2001/02, 27 925, nr. 11, blz. 2; prod. 6 bij CvA.

⁴⁾ Deze weergave is nodig: in cassatiemiddel I wordt aan het hof een onjuiste lezing van de vorderingen verweten. In hoger beroep (grief IV) werd geklaagd over de wijze waarop de vordering in het vonnis van de president was samengevat.

11 september 2001 of met terrorisme in het algemeen en die zich bevinden of het grondgebied van andere soevereine staten, zonder dat de laatstbedoelde staten met die dreiging met of dat gebruik van militair geweld hebben ingestemd;

c. op welke manier dan ook zelf te dreigen met geweld of geweld te gebruiken tegen personen, objecten of terreinen die door de Nederlandse regering, de VS of diens bondgenoten in verband worden gebracht met de terroristische aanslagen van 11 september 2001 of met terrorisme in het algemeen en die zich bevinden of het grondgebied van andere soevereine staten, zonder dat de laatstbedoelde staten met die dreiging met of dat gebruik van militair geweld hebben ingestemd;

II. Aan de Staat te bevelen:

a. om terstond aan de regering van de VS de mededeling te doen dat, zolang de Veiligheidsraad niet de hierboven onder I bedoelde resolutie heeft aangenomen, iedere dreiging met of ieder gebruik van geweld tegen personen, objecten of terreinen die door de VS of diens bondgenoten in verband worden gebracht met de terroristische aanslagen van 11 september 2001 of met terrorisme in het algemeen en die zich bevinden of het grondgebied van andere soevereine staten, zonder dat de laatstbedoelde staten met die dreiging met of dat gebruik van militair geweld hebben ingestemd, onverenigbaar is met het geweldverbod, met het Handvest en met beginselen en regels van internationaal gewoonterecht, zodat de VS zich daarvan behoren te onthouden;

b. om terstond aan de regeringen van bondgenoten van de VS die:

(i) hebben ingestemd met de onder a bedoelde bedreiging met geweld, of

(ii) die zich bereid hebben verklaard tot steunverlening aan het onder a bedoelde gebruik van geweld, of

(iii) die te kennen hebben gegeven zelfstandig tot het onder a bedoelde gebruik van geweld te zullen overgaan,

de mededeling te doen dat, zolang de Veiligheidsraad niet de hierboven onder I bedoelde resolutie heeft aangenomen, iedere dreiging met of ieder gebruik van geweld tegen personen, objecten of terreinen die door de VS of diens bondgenoten in verband worden gebracht met de terroristische aanslagen van 11 september 2001 of met terrorisme in het algemeen en die zich bevinden op het grondgebied van andere soevereine staten, zonder dat de laatstbedoelde staten met die dreiging met of dat gebruik van militair geweld hebben ingestemd, onverenigbaar is met het geweldverbod, met het Handvest en met beginselen en regels van internationaal gewoonterecht, zodat die bondgenoten van de VS zich daarvan behoren te onthouden;

c. om terstond aan de Veiligheidsraad, aan de Algemene Vergadering en aan de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties mededeling te doen van het gegeven dat, zolang de Veiligheidsraad niet de hierboven onder I bedoelde resolutie heeft aangenomen, iedere dreiging met of ieder gebruik van geweld tegen personen, objecten of terreinen die door de VS of diens bondgenoten in verband worden gebracht met de terroristische aanslagen van 11 september 2001 of met terrorisme in het algemeen en die zich bevinden op het grondgebied van andere soevereine staten, zonder dat de laatstbedoelde staten met die dreiging met of dat gebruik van militair geweld hebben ingestemd, onverenigbaar is met het geweldverbod, met het Handvest en met beginselen en regels van internationaal gewoonterecht, zodat iedere staat zich daarvan behoort te onthouden;

d. om terstond aan de Veiligheidsraad, aan de Algemene Vergadering en aan de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties een ontwerp-resolutie te doen toekomen, waarin tot uitdrukking wordt gebracht dat iedere dreiging met of ieder gebruik van geweld tegen personen, objecten of terreinen die door de VS of diens bondgenoten in verband

worden gebracht met de terroristische aanslagen van 11 september 2001 of met terrorisme in het algemeen en die zich bevinden of het grondgebied van andere lidstaten van de Verenigde Naties, zonder dat de laatstbedoelde lidstaten met die dreiging met of dat gebruik van militair geweld hebben ingestemd en zonder de uitdrukkelijke opdracht of machtiging daartoe van de Veiligheidsraad op grond van artikel 42 van het Handvest, onverenigbaar is met het geweldverbod, met het Handvest en met beginselen en regels van het internationaal gewoonterecht, zodat iedere staat zich daarvan behoort te onthouden.

1.3. Eiseressen hebben ter onderbouwing van hun vorderingen aangevoerd dat sprake is van schending van het volkenrechtelijk geweldverbod wanneer de V.S. en haar bondgenoten militair optreden op een wijze zoals bedoeld in de vordering, zonder dat aan dit optreden een opdracht of machtiging van de Veiligheidsraad ten grondslag ligt (art. 42 van het Handvest van de Verenigde Naties). Het geweldverbod geldt volkenrechtelijk als dwingend recht, *ius cogens*, zodat staten dit niet naast zich neer kunnen leggen, ook al zijn zij soeverein. De Veiligheidsraad heeft geen opdracht of machtiging tot deze acties gegeven op grond van art. 42 van het Handvest. Voor zover de rechtvaardiging van de militaire acties van de V.S. en haar bondgenoten wordt gezocht in het recht op individuele of collectieve zelfverdediging in geval van een gewapende aanval, zoals bedoeld in art. 51 van het Handvest, zijn eiseressen van mening dat deze rechtvaardiging niet opgaat. Volgens eiseressen vormden de terreurdaden op 11 september 2001 niet een "gewapende aanval" in de zin van art. 51 van het Handvest. Zij hebben in dit verband aangevoerd dat er geen uitspraak van de Veiligheidsraad is waaruit kan worden afgeleid dat terroristische aanslagen in het algemeen gelijk gesteld mogen worden met een "gewapende aanval". Subsidiair hebben zij aangevoerd dat, voor zover de gebeurtenissen van 11 september 2001 wel zijn aan te merken als een "gewapende aanval" in de zin van art. 51 van het Handvest, deze aanval inmiddels is beëindigd. Het recht van zelfverdediging geldt slechts totdat de Veiligheidsraad de noodzakelijke maatregelen heeft genomen. Daarnaast wordt het recht van verdediging tegen een "gewapende aanval" begrensd door de eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en onmiddellijkheid. Eiseressen zijn van mening dat de door de president van de V.S. aangekondigde militaire acties tegen het terrorisme niet hieraan voldoen.

1.4. Voor wat betreft de betrokkenheid van de Nederlandse regering, hebben eiseressen gesteld dat de Nederlandse regering ingevolge art. 90 Grondwet (Gw) de internationale rechtsorde dient te bevorderen. Iedere vorm van steun van de regering aan de militaire acties van de V.S. en haar bondgenoten achten zij onverenigbaar met deze verplichting, omdat deze dreiging met of dit gebruik van geweld door de V.S. en haar bondgenoten onverenigbaar is met dwingende beginselen en regels van het volkenrecht).

1.5. De Staat heeft aangevoerd dat eiseressen in hun vorderingen niet-ontvankelijk zijn omdat hun belang niet wordt aangetast. Evenmin is voldaan aan de eis dat de vorderingen strekken tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge hun statuten behartigen (art. 3:305a BW). Voorts heeft de Staat als verweer aangevoerd dat de vorderingen hoe dan ook niet toewijsbaar zijn omdat zij treden in het buitenlands beleid van de Staat, op welk gebied aan de Staat een ruime politieke en beleidsvrijheid toekomt. Inhoudelijk heeft de Staat aangevoerd dat de V.S. het recht op zelfverdediging uitoefenen overeenkomstig art. 51 van het Handvest. In dit verband heeft de Staat aangevoerd dat de terroristische aanslagen van 11 september 2001 niet alleen kunnen worden aangemerkt als een "gewapende aanval" in de zin van art. 51 van het Handvest, maar ook feitelijk door de hierbij betrokken internationale en nationale

⁵⁾ Inl. dagvaarding onder 24.

organen (Veiligheidsraad, NAVO-Raad, regering en grote meerderheid van de Tweede Kamer) als een "gewapende aanval" in de zin van art. 51 van het Handvest worden opgevat. Vervolgens heeft de Staat gesteld dat de militaire acties in Afghanistan naar aard en omvang voldoen aan de eisen van proportionaliteit en noodzakelijkheid. Een opdracht of machtiging van de Veiligheidsraad als bedoeld in art. 42 van het Handvest is volgens de Staat daarom niet noodzakelijk.

1.6. Bij vonnis van 26 oktober 2001 heeft de president eiseressen in hun vorderingen ontvankelijk geacht. De president heeft de vorderingen echter afgewezen op de grond dat de militaire acties van de V.S. en haar bondgenoten zijn gebaseerd op art. 51 van het Handvest en dus niet in strijd zijn met dwingende beginselen en regels van het volkenrecht. Om deze reden achtte de president de steun van de Nederlandse regering aan de militaire acties niet in strijd met art. 90 Grondwet.

1.7. Eiseressen hebben hoger beroep ingesteld. De Staat heeft incidenteel geappelleerd. Het hof heeft bij arrest van 16 mei 2002 het beroepen vonnis bekrachtigd. Het hof heeft de grieven van de zijde van de Staat, als meest verstrekkende verweer, als eerste behandeld en overwogen:

"In het midden kan thans blijven of, zoals de Staat betoogt, naleving van art. 90 Grondwet nimmer op vordering van belangenverenigingen als VJV c.s. in rechte kan worden afgedwongen. Ook indien een dergelijke vordering in beginsel mogelijk zou worden geacht kan dat er immers niet toe leiden dat de rechter zich zou moeten uitspreken over de vraag of de Staat (of een andere staat, zoals de Verenigde Staten) de door VJV c.s. genoemde normen van internationaal recht, meer in het bijzonder de artikelen 2 lid 4, 42 en 51 Handvest van de Verenigde Naties, hebben overtreden of dreigen te overtreden. Dit zijn immers geen bepalingen die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden in de zin van art. 93 Grondwet en waarop de burger voor de nationale rechter een beroep kan doen. Het betoog van de Staat dat hier voor de nationale, burgerlijke rechter geen taak is weggelegd en dat de president ten onrechte ten gronde op de vordering van VJV c.s. heeft beslist, is in zoverre dus juist. Anders dan de Staat betoogt dient dit niet te leiden tot niet-ontvankelijkverklaring van VJV c.s. in hun vordering maar dient deze te worden afgewezen."

1.8. Eiseressen hebben - tijdig⁶⁾ - beroep in cassatie ingesteld. De Staat heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Beide partijen hebben de zaak schriftelijk toegelicht. Eiseressen hebben gerepliceerd.

2. Inleidende opmerkingen

2.1. Art. 39 van het Handvest van de Verenigde Naties houdt in dat de Veiligheidsraad vaststelt of sprake is van een bedreiging van de vrede, verbreking van de vrede of daad van agressie. De Veiligheidsraad doet in dat geval aanbevelingen en beslist welke maatregelen zullen worden genomen overeenkomstig de artikelen 41 en 42 tot handhaving of herstel van de internationale vrede en veiligheid. In 1974 heeft de Algemene Vergadering van de V.N. een resolutie aangenomen waarin (onder verwijzing naar art. 39 van het Handvest: "daad van agressie") een nadere omschrijving van het begrip "agressie" wordt gegeven⁷⁾. Vervolgens bepaalt art. 51 van het Handvest (in vertaling):

⁶⁾ Ingevolge art. 402 lid 2 Rv jo. art. 339 lid 2 Rv is de cassatietermijn 8 weken.

⁷⁾ Resolutie d.d. 14 december 1974 nr. 3314/XXIX (prod. 9 bij CvE). In deze resolutie wordt "agressie" omschreven als: "the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter (...)". Art. 3 van deze resolutie geeft een niet-limitatieve omschrijving van gevallen waarin sprake is van agressie. Zie ook: Internationaal Gerechtshof 27 juni 1986 (Nicaragua vs. U.S.A.), ICJ Reports 1986, nr. 14.

"Geen enkele bepaling van dit Handvest doet afbreuk aan het inherente recht tot individuele of collectieve zelfverdediging in geval van een gewapende aanval tegen een Lid van de Verenigde Naties, totdat de Veiligheidsraad de noodzakelijke maatregelen ter handhaving van de internationale vrede en veiligheid heeft genomen. Maatregelen die door Leden zijn genomen bij de uitoefening van dit recht tot zelfverdediging dienen onverwijld ter kennis van de Veiligheidsraad te worden gebracht en tasten op geen enkele wijze de bevoegdheid en de verantwoordelijkheid van de Veiligheidsraad ingevolge dit Handvest aan om op enigerlei tijdstip over te gaan tot zulk optreden als hij nodig acht voor de handhaving of het herstel van de internationale vrede en veiligheid."

2.2. In art. 2 van het Handvest is het geweldverbod gecodificeerd. Het luidt (in vertaling), voor zover in cassatie van belang:

"Bij het nastreven van de in artikel 1 genoemde doelstellingen, dienen de Organisatie en haar Leden te handelen overeenkomstig de volgende doelstellingen:

(...)

4. In hun internationale betrekkingen onthouden alle Leden zich van bedreiging met of het gebruik van geweld tegen de territoriale integriteit of de politieke onafhankelijkheid van een staat, en van elke andere handelwijze die onverenigbaar is met de doelstellingen van de Verenigde Naties."

2.3. Bij lezing hiervan valt op dat de term "gewapende aanval" in art. 51 van het Handvest een andere is dan "bedreiging met of het gebruik van geweld" in art. 2. Niet ieder gebruik van geweld kan worden aangemerkt als een "gewapende aanval". Het is niet onaanvaardbaar dat de opstellers van het Handvest bij "gewapende aanval" een betrekkelijk groot-schalig militair optreden van de ene staat tegen de andere voor ogen hebben gehad; denk aan de aanval van Japan op Pearl Harbour. De geschiedenis nadien heeft evenwel bedreigingen van de internationale vrede en veiligheid laten zien, welke moeilijk zijn in te passen in het concept van een klassieke aanvalsoorlog. In grote lijnen bestaat er overeenstemming over dat, om te kunnen spreken van een "gewapende aanval" in de zin van art. 51, vereist is dat het gaat om een aanval waarbij een andere staat (dan de aangevallen staat) betrokken is en dat de aanval ten minste een bepaalde omvang heeft⁸⁾. Of in een concreet geval sprake is van een "gewapende aanval" in de zin van art. 51, kan telkens opnieuw voorwerp van discussie zijn. Bij voorbeeld: is het tot zinken brengen van één oorlogsschip te beschouwen als het schot waarmee de vijandelikheden worden geopend of betreft het een eenmalig incident? Zijn aanvallen door niet-geüniformeerde strijders⁹⁾ aan een staat toe te rekenen? Tot op welke afstand moet een optrekkend leger de landsgrens zijn genaderd om te kunnen spreken van een verdediging tegen een gewapende aanval? e.d.

2.4. In de vakliteratuur worden enkele problemen m.b.t. het geweldverbod behandeld:

(a) Het handhavingsmechanisme van art. 39-50 Handvest kan in de praktijk tekort schieten doordat de Veiligheidsraad (door een vetorecht of anderszins) niet steeds tot een besluit kan komen en doordat de V.N. niet beschikken over een eigen krijgsmacht en dus afhankelijk zijn van de militaire middelen die de lidstaten aan de V.N. ter beschikking willen stellen. Dit probleem klemmt wanneer een staat wordt bedreigd door agressie die (nog) niet het niveau van een "gewapende aanval" heeft bereikt: als de Veiligheidsraad niet daar-

⁸⁾ Het Internationaal Gerechtshof maakte in de eerder genoemde Nicaragua-zaak onderscheid tussen een gewapende aanval en grensincidenten, ook al wordt daarbij het grondgebied van een andere Staat gerchonden.

⁹⁾ De eerder genoemde V.N.-resolutie uit 1974 noemt in art. 3 onder g als één van de vormen van agressie: "the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein".

tegen optreedt, mag de bedreigde staat dan zelf zijn territorium verdedigen?

(b) Het Handvest laat volgens sommigen te weinig ruimte om met militair geweld in te grijpen voor humanitaire doeleinden wanneer door een burgeroorlog in een land op grote schaal mensenrechten worden geschonden zonder dat gezegd kan worden dat dit land andere staten met agressie bedreigt (bijv. voormalig Joegoslavië).

(c) De behoefte van staten om in het buitenland met militair geweld op te treden ten einde eigen onderdanen te beschermen (bijv. de Israëliëse raid op Entebbe).

2.5. Verscheidene malen hebben lidstaten van de V.N. militaire acties ondernomen met een beroep op het recht van zelfverdediging, waarna de internationale gemeenschap telkens voor de vraag kwam te staan of het recht van zelfverdediging niet te ruim door die lidstaat was opgevat¹⁰). In de s.t. namens de Staat is uiteengezet dat, en op welke wijze, de internationale gemeenschap kort na de aanslagen van 11 september 2001 begrip heeft getoond voor de op 7 oktober 2001 door de V.S. met een beroep op art. 51 van het Handvest aangevangen operatie "Enduring freedom" in Afghanistan"). Wie het nieuws heeft gevolgd weet dat de internationale gemeenschap minder begrip heeft getoond voor latere acties van de V.S. buiten Afghanistan. Binnen de internationale gemeenschap is op dit moment volop in discussie of de V.S. militaire acties in andere landen dan Afghanistan kan rechtvaardigen met een beroep op het recht van zelfverdediging. Reeds het feit dat hierover discussie bestaat is niet zonder betekenis: het volkenrecht wordt voor een belangrijk deel gevormd door de internationale statenpraktijk voor zover deze berust op een internationale opinio iuris¹²).

2.6. De Nederlandse afdeling van de Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre heeft in november 2002 aan het onderwerp een conferentie gewijd¹¹). De inleiders zijn van mening dat de aanslagen van 11 september 2001 in elk geval de drempel van het begrip "gewapende aanval" halen. Of de V.S. en haar bondgenoten militaire acties in het buitenland kunnen rechtvaardigen met een beroep op het recht van zelfverdediging tegen deze gewapende aanval of een dreigende herhaling, hangt volgens de inleiders vooral af van de vraag of de betrokkenheid van het desbetreffende land kan worden aangetoond. Uit de conclusie van inleider Gill:

¹⁰) Hierover is veel geschreven. Zie onder meer: S.A. Alexandrov, *Self-Defense Against the Use of Force in International Law* (uitg. Kluwer Law International 1996), met voorbeelden uit de internationale statenpraktijk; i.h.b. blz. 95-105 en blz. 182-188; B. Simma, *The Charter of the United Nations, a commentary* (Oxford University Press 1994), ad art. 51; Ian Brownlie, *The Rule of Law in international Affairs* (uitg. Martinus Nijhoff 1998), hoofdstuk XIV; T.D. Gill, *Legal and some political limitations on the power of the UN Security Council to exercise its enforcement powers under Chapter VII of the Charter, Netherlands Yearbook of International Law 1995*, blz. 33 e.v., i.h.b. par. 3.5; G.G.J. Knoops, *Interstatelijk noodweerrecht: disculpatiegrond voor internationaal-rechtelijke onrechtmatige daad?*, NJB 1999, blz. 2016-2021; A. Cassese, *International law* (Oxford University Press 2001), par. 14.4; P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht* (2000) blz. 137-143.

¹¹) Zie de feiten genoemd in alinea 1.1.5-1.1.7. Ook in de vakliteratuur is dit vraagstuk behandeld. Zie: N. Schrijver, *Responding to international terrorism: moving the frontiers of international law for "Enduring freedom"?*, NILR 2001, blz. 271-291, i.h.b. blz. 285; N. Schrijver, *De aanval op de Verenigde Staten en het volkenrecht*, NJB 2001 blz. 1613-1614; van dezelfde auteur is de kroniek in NJB 2002, i.h.b. blz. 501-504; E.P.J. Myjer, *Twin Tower-aanval: een onbelemmerd recht op zelfverdediging?*, NJB 2001, blz. 1888-1890; W.G. Werner, *Artikel 5 van het NAVO-verdrag*, MRT 2001, blz. 373-377.

¹²) Zie over het internationale gewoonterecht als rechtsbron: P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht* (2000), blz. 9-12.

¹³) W.P. Heere (red.), *Terrorism and the Military. International Legal Implications* (Den Haag: T.M.C. Asser Press 2003). Zie met name de bijdragen van Y. Dinstein, *Ius ad bellum aspects of the "war on terrorism"*, en van T.D. Gill, *The Eleventh of September and the Right of Self-Defense*.

"Provided an act, or series of related acts meets the threshold of an 'armed attack', as the attack of 11 September unquestionable did, the law of self-defense will become applicable and can provide a legal basis for the undertaking of military action in the context of self-defense against a State (or States) which is (are) either directly responsible for the attack, or which has incurred a significant degree of complicity with a terrorist organization through the provision of assistance, sanctuary or encouragement to a terrorist organization responsible for such an attack."

3. *Bespreking van de cassatiemiddelen*

3.1. Middel I klaagt over de wijze waarop het hof in rov. 1 de vorderingen heeft samengevat. Volgens het middel hebben de vorderingen niet alleen betrekking op de militaire acties die de V.S. en haar bondgenoten in Afghanistan hebben ondernomen. Volgens eiseressen behoort de Staat zich in het algemeen te onthouden van deelname aan en van het verlenen van steun aan een aantasting van de internationale rechtsorde in het kader van de door de president van de V.S. aangekondigde "oorlog tegen het terrorisme". Het middel wijst erop dat eiseressen naast het verbod ook hebben gevorderd dat de Nederlandse regering aan de V.S. en haar bondgenoten, respectievelijk aan de Verenigde Naties, een mededeling zal doen welke inhoudt dat het gewelddadige optreden van de V.S. en haar bondgenoten in het kader van de oorlog tegen het terrorisme onverenigbaar is met het geweldverbod, met het Handvest en met beginselen en regels van internationaal gewoonterecht, zodat iedere staat zich van dat gewelddadige optreden behoort te onthouden.

3.2. In het algemeen moet aan de rechter enige redactionele vrijheid worden vergund bij het samenvatten van eisen en stellingen van de gedingvoerende partijen. Dit geldt te meer voor vonnissen in kort geding. In de rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad wordt dan ook niet de eis gesteld dat de rechter alle stellingen stuk voor stuk bespreekt; de rechter mag zich in de motivering van zijn beslissing beperken tot de essentiële stellingen. De maatstaf is, of de rechterlijke beslissing tenminste zodanig is gemotiveerd dat zij inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtegang opdat de beslissing zowel voor partijen als voor derden, de hogere rechter daaronder begrepen, controleerbaar en aanvaardbaar is. Dit brengt mee dat uit het vonnis, gelezen tegen de achtergrond van en in verband met de gedingstukken, met een redelijke mate van zekerheid moet zijn op te maken dat een verweer door de rechter onder ogen is gezien en op welke grond het is verworpen¹⁴⁾. Mutatis mutandis geldt deze regel ook voor de grondslagen van de vordering. In rov. I omschrijft het hof het hoofdpunt van geschil en vat de rest samen in de vraag "of zekere daarmee verband houdende nevenvorderingen moeten worden toegewezen".

Hieruit volgt dat het hof de in middel I bedoelde stellingen en vorderingen onder ogen heeft gezien, ook al heeft het hof deze niet met zoveel woorden herhaald. Dat het hof zich niet heeft beperkt tot de op 7 oktober 2001 aangevangen militaire acties in Afghanistan, maar zich in ruimere zin heeft gericht op de vraag of Nederland dan wel andere staten, zoals de V.S., de door eiseressen genoemde normen van internationaal recht hebben overtreden dan wel dreigen te overtreden, blijkt uit rov. 3. De klacht mist daarom feitelijke grondslag.

3.3. Middel III, dat de omvang van het geschil betreft, gaat logisch vooraf aan middel II. In het middel wordt geklaagd over een schending van art. 6 EVRM, hierin bestaande dat het hof op basis van een, volgens het middel, "uitermate gewrongen en niet relevante redenering, dus op oneerlijke en partijdige wijze" zich bereid heeft getoond een "apert

¹⁴⁾ EHRM 9 december 1994, NJ 1997, 20; HR 7 april 1995, NJ 1997, 21 m.nt. EAA.

onrechtmatige handelwijze van de Nederlandse regering te sauveren". Dat zijn nogal grote woorden, wanneer de lezer bekijkt waar het in feite om gaat. Art. 90 Grondwet bepaalt dat de regering de ontwikkeling van de internationale rechtsorde bevordert. De stelling van eiseressen in feitelijke instanties was dat de Staat op grond van art. 90 Gw jegens eiseressen verplicht is zich van deelname en steun aan de militaire acties van de V.S. en haar bondgenoten te onthouden en zelfs verplicht is bepaalde stappen te ondernemen (nl. het doen van de gevorderde mededeling). De Staat heeft deze stelling bestreden met het argument dat art. 90 Grondwet slechts een instructienorm is en niet een rechtsregel waarvan de naleving door eiseressen kan worden afgedwongen¹⁵). Het hof heeft in het midden gelaten of juist is dat eiseressen zich nimmer op art. 90 Gw kunnen beroepen, zoals de Staat stelt. Het hof heeft evenwel geconstateerd dat de door eiseressen ingeroepen bepalingen (art. 2 lid 4, art. 42 en art. 51 van het Handvest) niet behoren tot de een ieder verbindende bepalingen (in de zin van art. 93 Gw) waarop burgers voor de nationale rechter een beroep kunnen doen. De grond waarop het hof de vorderingen heeft afgewezen komt dus overeen met het verweer van de Staat, nl. dat de door eiseressen ingeroepen verplichting van de Staat niet een verplichting jegens eiseressen is. Het middel verwijt ten onrechte aan het hof "een probleemstelling in geding te brengen die redelijkerwijs niet in verband kan worden gebracht met de vraagstelling die in het geding werkelijk aan de orde is". De slotsom is dat het hof de eis van onpartijdigheid, zoals bedoeld in art. 6 EVRM, niet heeft geschonden.

3.4. Voor zover in de laatste alinea van middel III wordt geklaagd dat het hof de bevoegdheid van de rechter voor wat betreft het internationaal publiekrecht heeft beperkt tot normen als bedoeld in art. 93 Grondwet zonder dat voor deze beperking een rechtsgrond kan worden aangewezen, valt de klacht samen met middel II. Overigens is niet de bevoegdheid van de rechter aan de orde (het hof heeft zich immers bevoegd geacht), maar de vraag hoever de toetsing door de rechter van het buitenlands beleid van de regering moet gaan.

3.5. Middel II is gericht tegen rov. 3 en valt uiteen in vijf onderdelen. Deze onderdelen lenen zich voor gezamenlijke bespreking. Het is juist, dat de Staat volkenrechtelijk gebonden is aan de geschreven en ongeschreven regels van het volkenrecht (waaronder het geweldverbod) en dat deze volkenrechtelijke gebondenheid niet beperkt is tot die bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties, welke naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden (vgl. onderdeel 11.3). Met de klacht wordt evenwel miskend, dat de volkenrechtelijke gebondenheid van de Staat uitsluitend verplichtingen meebrengt jegens andere staten. Indien de Staat een op hem rustende verplichting jegens een of meer andere staten verzaakt, behoeft dit nog niet te betekenen dat de Staat onrechtmatig handelt jegens eiseressen.

3.6. Reeds eerder heeft de Hoge Raad beslist dat het geweldverbod, zoals dit voortvloeit uit ongeschreven regels van volkenrecht en thans is gecodificeerd in art. 2 punt 4 van het Handvest, strekt tot bescherming van staten en dat uitsluitend staten de naleving van dit verbod kunnen vorderen¹⁶). Deze beslissing van de Hoge Raad strookt met hetgeen in de tekst van art. 2 punt 4 van het Handvest tot uitdrukking is gebracht, namelijk dat het volkenrechtelijk geweldverbod strekt tot bescherming van de territoriale integriteit en de politieke onafhankelijkheid van staten.

3.7. Eiseressen hebben zich niet rechtstreeks op het geweldverbod beroepen¹⁷), maar

¹⁵) MvA/MvG incid. onder 2.5-2.6.

¹⁶) HR 29 november 2002, NJ 2003, 35, rov. 3.5 in verbinding met de conclusie van A-G Strikwerda onder 30.

¹⁷) Dat stellen eiseressen zelf: zie blz. 7-8 van de cassatiedagvaarding.

indirect, via art. 90 Grondwet. Volgens onderdeel 11.2 legt art. 90 Gw aan de Nederlandse regering ook jegens eiseressen een verplichting op. Deze verplichting kan weliswaar op verschillende wijzen door de regering worden ingevuld - dat uitgangspunt is volgens eiseressen niet in discussie -, maar zij houdt ten minste in dat de Staat de dwingende regels van het volkenrecht, waaronder het geweldverbod, respecteert. Dit standpunt geeft aanleiding om art. 90 Gw nader in beschouwing te nemen.

3.8. De Grondwet bepaalde aanvankelijk dat de Koning het opperbestuur heeft van de buitenlandse betrekkingen. Deze bepaling stond in hoofdstuk II, zesde afdeling (Van de Magt des Konings), en hield verband met de verdeling van taken tussen de diverse organen van het Nederlandse staatsbestel. Sedert de Grondwetwijziging van 1922 bepaalde art. 59 Gw: "De Koning tracht geschillen met vreemde Mogendheden op te lossen door rechtspraak en andere vreedzame middelen." Na de Tweede Wereldoorlog is deze bepaling vervallen en is, als een tweede lid, aan art. 58 oud Gw toegevoegd: "Hij bevordert de ontwikkeling der internationale rechtsorde"¹⁸⁾.

3.9. Bij de grondwetwijziging van 1983 heeft de regering voorgesteld de bepaling van art. 58 (oud) Gw te laten vervallen. Zij werd beschouwd als overbodig: "de traditie van Nederland mede te werken aan de bevordering van de internationale rechtsorde zal ook zonder zulk een bepaling ongetwijfeld worden voortgezet"¹⁹⁾. Dit voorstel stuitte op bezwaren van de Tweede Kamer. Zo werd van de zijde van de P.v.d.A. opgemerkt dat het ongerijmd is allerlei zorgplichten in de grondwet op te nemen, zoals bijv. de bevordering van voldoende werkgelegenheid (art. 19) of zorg voor de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu (art. 21), en te zelfder tijd een bepaling als art. 58 (oud) Gw te laten vervallen²⁰⁾. De regering heeft bij nota van wijzigingen alsnog een met het tweede lid van art. 58 (oud) Gw vergelijkbare bepaling aan het wetsvoorstel toegevoegd²¹⁾. Uit de toelichting wordt geciteerd:

"Bij nadere overweging menen wij aan deze bezwaren tegemoet te moeten komen. Bij het pogen de bestaande grondwettelijke bepalingen over de buitenlandse betrekkingen te verduidelijken en te bekorten past niet dat enige ruimte wordt gelaten voor het misverstand, nationaal of internationaal, dat de traditie van Nederland mede te werken aan de bevordering van de internationale rechtsorde niet zou worden voortgezet. Wij stemmen in met de gedachte dat om deze reden een uitdrukkelijke grondwetsbepaling de voorkeur verdient."

3.10. De regering voelde er niet voor, de doelen van het buitenlands beleid in de Grondwet nader vast te leggen:

"Wij geven er de voorkeur aan de thans bestaande doelstelling te handhaven, waarbij het begrip "internationale rechtsorde" dient te worden verstaan in de ruime zin van een internationaal bestel gebaseerd op universeel geldende rechtsnormen (...).

Sinds de Tweede Wereldoorlog heeft de Regering bij herhaling uitdrukking gegeven aan de overtuiging, dat een internationaal stelsel van geheel soevereine staten niet meer past bij de vraagstukken waarmee de huidige wereld zich geconfronteerd ziet en dat het daarom gewenst is dit stelsel om te bouwen tot een nieuwe wereldorde waarin nationale belangen zonodig ondergeschikt gemaakt kunnen worden aan meer omvattende belangen. De

¹⁸⁾ Wet van 6 juni 1953, Stb. 295. Zie verder: F.J.F.M. Duynstee, Grondwetsherziening 1953 (1954), blz. 1-2 en 47-55; A.K. Koekkoek (red.), de Grondwet, een systematisch en artikelsgewijs commentaar (2000), blz. 442-449, met verdere verwijzingen aldaar.

¹⁹⁾ Kamerstukken II 1977/178, 15 049 (R 1100), nr. 3, blz. 9.

²⁰⁾ Kamerstukken II 1978/179, 15 049 (R 1100), nr. 6, blz. 6-7.

²¹⁾ Kamerstukken II 1979/180, 15 049 (R 1100), nr. 7, blz. 4-5, en nr. 8 (art. 5.2.0). De tekst van art. 5.2.0, thans art. 90 Gw, is later (om thans niet relevante redactionele redenen) gewijzigd door een amendement (ibidem nr. 15; zie ook nr. 9, blz. 3).

tegen de achtergrond van deze overtuiging (...) in 1953 in de Grondwet opgenomen bepaling inzake bevordering der internationale rechtsorde doet dan ook in de eerste plaats uitkomen, dat in het Nederlandse constitutionele bestel de nationale soevereiniteit niet als een absolute norm wordt beschouwd. Tegelijkertijd omvat het streven naar een op universeel geldende rechtsnormen gebaseerd internationaal stelsel ook naar onze mening het bevorderen van universele verwezenlijking van de rechten van de mens, en wel in de breedste zin van het woord, dat wil zeggen zowel de burgerrechten en politieke rechten als de economische, sociale en culturele rechten. Uit dien hoofde kan ook de bevordering van het welzijn der wereldbevolking hieronder worden begrepen".²²⁾)

3.11. Uit het voorgaande mag worden afgeleid dat het bepaalde in art. 90 Gw. niet slechts een afbakening van taken tussen regering en parlement behelst, maar ook een opdracht aan de regering inhoudt, in die zin dat de regering zich, in het algemeen, dient te beijveren voor de ontwikkeling van de internationale rechtsorde²³⁾. Dit is wat de Staat in dit geding bedoelt met zijn standpunt dat art. 90 Gw. slechts een instructienorm is: aan de regering wordt een bepaalde opdracht toebedeeld, zoals de Grondwet wel meer taken aan de regering toevertrouwt. De Grondwet geeft echter geen regels voor de wijze waarop deze taak moet worden ingevuld. De wijze waarop aan deze grondwettelijke opdracht gevolg wordt gegeven behoort tot de discretionaire bevoegdheden van de regering. Met de steller van het middel aannemend dat deze discretionaire bevoegdheid van de regering wordt begrensd door de dwingende regels van het volkenrecht, gaat het - nog steeds - om een verplichting van de Staat jegens andere staten en niet om een verplichting van de Staat jegens eiseressen.

3.12. De rechter kan beoordelen of de Staat door een bepaalde gedraging inbreuk maakt op een internationale norm waaraan burgers rechtstreeks rechten kunnen ontleen en of de Staat, aldus, onrechtmatig handelt jegens die burgers²⁴⁾. Het hof heeft zich daarom de vraag gesteld of de door eiseressen ingeroepen bepalingen van het Handvest (art. 2 punt 4, art. 42 en art. 51) behoren tot de een ieder verbindende bepalingen als bedoeld in art. 93 Gw. Die vraag heeft het hof ontkennend beantwoord. Gelet op HR 29 november 2002, reeds aangehaald, moet deze beslissing juist worden geacht. Voor zover in middel II wordt betoogd dat het hof art. 2 punt 4 van het Handvest had behoren aan te merken als een voor een ieder verbindende bepaling, faalt het middel.

3.13. In het middel wordt op verschillende wijzen getracht een verplichting van de Staat tot naleving van het volkenrechtelijk geweldverbod te construeren die (niet alleen jegens andere staten, maar ook) tegenover eiseressen geldt. Onderdeel 11.4 bevat een standpunt, maar geen concrete klacht. Dit standpunt houdt in dat in diverse (in het middelonderdeel aangehaalde) internationaal-publiekrechtelijke normen het beginsel is aanvaard van een individuele verantwoordelijkheid voor misdrijven tegen de vrede. Kennelijk willen eiseressen hieruit afleiden dat het verbod van agressie niet alleen geldt tussen staten onderling, maar behoort tot de voor een ieder verbindende bepalingen.

3.14. Voor wat betreft de handhaving van de internationale vrede en veiligheid voorziet het Handvest van de V.N. in een regeling waarmee de Veiligheidsraad van iedere staat²⁵⁾

²²⁾ Zie ook: Hand. II 18 maart 1980, blz. 3914 (Van den Broek over terughoudende toetsing door de rechter van het buitenlandse beleid van de regering); Hand. 25 maart 1980, blz. 4081-4082 (minister Wiegel), blz. 4086-4087 (minister Van der Klaauw) en blz. 4093-4094 (regeringscommissaris Simons).

²³⁾ In gelijke zin: MvA I, Kamerstukken I 1980/181, 15 049 (R 1100) nr. 19, blz. 2.

²⁴⁾ HR 10 november 1989, NJ 1991, 248 m.nt. P.H. Kooijmans.

²⁵⁾ De naleving van het geweldverbod kan zelfs worden geëist van niet-lidstaten van de V.N.: zie art. 2 lid 6 Handvest.

de naleving van het in art. 2 punt 4 van het Handvest gecodificeerde geweldverbod kan eisen. Dit handhavingsmechanisme kan tekort schieten wanneer het staatsbestel geheel uiteengevallen is (bijv. in Somalië) of wanneer het heersende regime in het desbetreffende land stelselmatig de dwingende regels van het volkenrecht naast zich neerlegt. Daarom is, naast de staatsaansprakelijkheid²⁶⁾, in het internationaal publiekrecht een concept ontwikkeld voor een individuele verantwoordelijkheid van personen. Dit concept heeft ertoe geleid dat, aanvankelijk in het handvest voor het Tribunaal van Neurenberg en later ook in het Statuut voor het Internationaal Strafhof (art. 5, lid 1 onder d), "agressie" is aangewezen als een internationaal misdrijf waarvoor personen individueel strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld²⁷⁾. Deze uitbreiding van de handhavingsmogelijkheden staat echter los van de vraag die thans aan de orde is, namelijk of de Staat (via art. 90 Gw) inbreuk maakt op een rechtsregel waaraan eiseressen rechten kunnen ontleenen. Onderdeel 11.4 treft daarom geen doel.

3.15. In onderdeel 11.2 en in de cassatiedagvaarding blz. 3-4 is door eiseressen aangevoerd dat het volkenrechtelijk geweldverbod en art. 90 Gw tot doel hebben de fundamentele rechten van burgers te beschermen. Eiseressen noemen in dit verband het recht van een ieder op het bestaan van een zodanige maatschappelijke en internationale orde dat de rechten en vrijheden, genoemd in de Universele Verklaring van de rechten van de mens, daarin ten volle kunnen worden verwezenlijkt (art. 28 Universele Verklaring van de rechten van de mens), het recht op leven en het recht op het ongestoord genot van eigen bezittingen. Eiseressen zijn klaarblijkelijk van mening dat een schending van het volkenrechtelijk geweldverbod per definitie een schending van deze fundamentele mensenrechten met zich meebrengt²⁸⁾.

3.16. De Universele Verklaring is niet een besluit van een volkenrechtelijke organisatie in de zin van art. 93 Gw²⁹⁾. Verder gaat dit onderdeel van het cassatiemiddel uit van stellingen die de eiseressen in feitelijke instanties niet hebben ingenomen. Eiseressen hebben hun vorderingen slechts gebaseerd op een (dreigende) schending van het volkenrechtelijk geweldverbod en niet op een (dreigende) aantasting van het recht op leven of van het recht op het ongestoord genot van de eigendom. In het laatste geval zou - naar valt aan te nemen - in feitelijke instanties een debat met een andere inhoud zijn gevolgd. Zo zou bijvoorbeeld ter discussie hebben gestaan voor wier (met aantasting van leven of goed bedreigde) belangen eiseressen in deze zaak optreden; in dit verband kan worden opgemerkt dat het EVRM beperkt is in zijn territoriale reikwijdte³⁰⁾. Ook zou bij een vordering op die grondslag aandacht zijn besteed aan de uitzonderingen welke zijn vervat in het tweede lid van art. 2 EVRM en in art. 15, lid 1 en 2, EVRM³¹⁾. In zoverre is de klacht m.i. te beschouwen als een ontoelaatbaar novum in cassatie. De slotsom is in elk geval dat middel II in geen van zijn subonderdelen slaagt.

3.17. Mogelijk hebben eiseressen verwachtingen ontleend aan de waarschuwing Ubi

²⁶⁾ Zie laatstelijk: M. Noortmann, De ontwerpartikelen inzake staatsaansprakelijkheid van de VN-Commissie voor Internationaal Recht, NJB 2003, blz. 878-882, met een reactie van W. van Genugten op blz. 1336.

²⁷⁾ Voor nadere gegevens: J. Hogan-Doran en B.T. van Ginkel, Aggression as a crime under international law and the prosecution of individuals by the proposed International Criminal Court, *Netherlands International Law Review* (NILR) 1996, blz. 321 e.v.

²⁸⁾ Dit leid ik af uit een opmerking van eiseressen in de MvA in het incid. appel onder 18.

²⁹⁾ HR 23 november 1984, NJ 1985,604 m.nt. EAA.

³⁰⁾ Vgl. EHRM 12 december 2001 (Bancovic e.a./NAVO-landen), MRT 2003 blz. 144 e.v. m.nt. Th. van Boven.

³¹⁾ Vgl. s.t. zijdens de Staat, par. 2.4. Art. 15 is via art. 5 van het Eerste Protocol bij het EVRM overeenkomstig van toepassing op de bescherming van de eigendom volgens art. 1 van dat Protocol.

iudicia deficiunt, incipit bellum, welke wordt voorgehouden aan ieder die het gebouw van de Hoge Raad betreedt. In verband daarmee wil ik - kort en ten overvloede - ingaan op de vraag of de vordering toewijsbaar zou zijn geweest indien de rechter zou aanvaarden dat de verplichting van de regering tot bevordering van de internationale rechtsorde een verplichting jegens eiseressen meebrengt.

3.18. Het oordeel van het hof dat hier voor de rechter "geen taak is weggelegd kan in verband worden gebracht met het leerstuk van de trias politica. De Hoge Raad heeft bij herhaling overwogen dat de burgerlijke rechter, zeker de rechter in kort geding, een grote mate van terughoudendheid aan de dag zal moeten leggen bij de beoordeling van vorderingen die ertoe strekken handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van het buitenlands beleid en defensie als onrechtmatig en derhalve als verboden aan te merken. Het is niet aan de burgerlijke rechter om deze politieke afwegingen te maken. Bovendien dient de rechter aan de daartoe geroepen organen van de Staat niet op voorhand de ruimte te ontnemen die bij zaken van buitenlands beleid en defensie nu eenmaal nodig is om rekening te kunnen houden met onvoorziene omstandigheden³²). De Staat heeft zich op deze jurisprudentieregel beroepen.

3.19. In de opvatting van eiseressen laat het volkenrechtelijk geweldverbod slechts één gedragslijn voor de regering (de Staat) toe, namelijk de gedragslijn zoals omschreven in de onderhavige vorderingen. Dat is nog maar de vraag. In rubriek 2 van deze conclusie werd opgemerkt dat binnen de internationale gemeenschap uiteenlopend wordt gedacht over de vraag óf, en zo ja, in hoeverre, de V.S. en haar bondgenoten hun (voorgenomen) militaire acties kunnen rechtvaardigen met een beroep op art. 51 van het Handvest. Op dit moment kan ten aanzien van dit onderwerp niet worden gesproken van een internationaal aanvaarde opinio iuris. De nationale rechter, die een antwoord op deze vraag zou willen geven, kan zich niet beroepen op een internationaal aanvaarde gezaghebbende opinie. Niet gesteld is dat de Veiligheidsraad de acties van de V.S. reeds heeft verboden. Evenmin heeft het Internationale Hof van Justitie zich over dit specifieke onderwerp uitgesproken. Weliswaar kan Nederland, als één van de lidstaten van de Verenigde Naties, enige invloed uitoefenen op de besluitvorming over dit onderwerp in de daarvoor geëigende internationale fora, maar deze beïnvloeding betreft, bij uitstek, een vraagstuk van buitenlands beleid ten aanzien waarvan de nationale burgerlijke rechter terughoudendheid past. Bij deze stand van zaken heeft het hof de vorderingen mogen afwijzen³³).

4. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

³²) Over de noodzaak van deze vrije beleidsruimte: HR 21 december 2001, NJ 2002, 217 m.nt. TK; HR 29 november 2002, NJ 2003, 35. Zie ook: HR 21 maart 2003, RvdW 2003, 58.

³³) Ik laat in het midden of het petitum voldoende concreet de omstandigheden weergeeft waaronder sprake is van een schending van het geweldverbod; zie daarover de s.t. van de Staat onder 2.2 en de cassatiereplek. Die vraag komt eerst aan de orde wanneer de rechter de vordering zou willen toewijzen. De aangekondigde en in de dagvaarding bedoelde "oorlog tegen het terrorisme" is een nauwelijks omlinnende politieke term. Vgl. HR 21 december 2001, NJ 2002, 217 m.nt. TK.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Boeken en tijdschriften

Boekbespreking

E. van Sliedregt, The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law. T.M.C. Asser Press, The Hague, 2003.

De auteur promoveerde op deze studie op 19 september 2003 aan de Universiteit Tilburg. Promotores waren N. Keijzer, W.J.M. van Genugten en G.L. Coolen, allen niet onbekend voor de lezers van dit tijdschrift. Het onderzoek werd financieel mogelijk gemaakt door de Universiteit Tilburg en het T.M.C. Asserinstituut in Den Haag. Nico Keijzer prijst het boek van zijn promotie in een voorwoord aan: "Worldwide, the legal community can be very grateful to Dr. Van Sliedregt for this extremely valuable contribution to the literature on international criminal law." Als promotor steek je dan wel je nek uit, zeker wanneer de promotie zelf zich jegens deze promotor evenmin onbetuigd laat ("I could not have wished for a better mentor" enzovoort). Voorwaar een 'société d'admiration mutuelle', zou je zeggen. In ieder geval zijn de verwachtingen van de lezer hoog gespannen, en dat geldt ook voor de recensent die extra kritisch moet lezen.

Srebrenica en My Lai zetten de toon voor deze studie, aldus de schrijfster. Zij wil een antwoord op de vraag naar bereik en inhoud van de individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid voor schendingen van het internationaal humanitair recht (genocide, misdrijven tegen de mensheid en oorlogsmisdrijven). Wat de zoektocht naar het antwoord lastig maakt is enerzijds dat de aard van het toepasselijk recht een 'ongemakkelijke combinatie' is van twee soorten recht: strafrecht en internationaal recht; en anderzijds dat schendingen van internationaal humanitair recht door hun grootschaligheid een collectief karakter hebben ('systeemcriminaliteit'). Dat houdt het gevaar in dat de aansprakelijkheid zeer ruim wordt bemeaten, en dat men ongaarne mogelijke verweren erkent.

De werkwijze van de auteur is als volgt. Zij neemt het Statuut van het ICC als vertrekpunt. Van daaruit wordt het recht van de 'voorgangers' zoals het Neurenbergtribunaal en het ICTY besproken. Voortdurend wordt ook het nationaal recht van diverse stelsels erbij betrokken, hetgeen betekent dat de auteur zich zeer breed heeft moeten documenteren (dat blijkt ook uit het goed verzorgde en instructieve notenapparaat en de omvangrijke literatuurlijst).

Het eerste deel van de studie analyseert de vormen van individuele aansprakelijkheid en heeft vooral deelnemingsvormen als thema. Allereerst wordt de ontwikkeling van Neurenberg (sterk accent op collectieve aansprakelijkheid) naar art. 25 Statuut ICC (uitwerking van vormen van daderschap en deelneming) geschetst. Hoofdstuk 2 gaat op art. 25 in, door de inhoud ervan af te zetten tegen relevante stukken nationaal recht en internationaal strafrecht uit andere bronnen, zoals de rechtspraak van de ad hoc tribunaal. De lezer wordt hier op de proef gesteld, maar dat ligt geenszins aan de auteur die duidelijk weet wat ze wil en steeds greep op de stof houdt. Wie vertrouwd is met de Nederlandse rechtsoontwikkeling rond de deelnemingsvormen, met name de recente jurisprudentie en literatuur over het medeplegen, kan zich voorstellen hoe ingewikkeld het wordt als concepten afkomstig van diverse civil law en common law rechtstelsels aan de orde worden gesteld. Daar komt bij dat de conceptuele onderscheidingen in de bronnen niet altijd even duidelijk zijn; zie bijvoorbeeld het onderscheid tussen directe en indirecte aansprakelijkheid in art. 7 lid 1 ICTY-statuut (p. 59-60). De auteur komt na een zorgvuldige en afge-

wogen analyse tot een gunstig oordeel over art. 25 lid 3 onder d (bijdragen aan de 'commission of a crime by a group of persons acting with a common purpose'), zij het dat ze signaleert dat de omstandigheid dat 'collateral liability', welke figuur situaties als 'mob violence' bestrijkt, niet onder de bepaling valt wellicht een lacune oplevert. Het statuut voorziet evenwel in de aansprakelijkheid van de leiders door middel van de daderschapsfiguur 'perpetration by means', terwijl anderzijds de aansprakelijkheid niet zozeer is uitgedijd dat het pure lidmaatschap van een organisatie (ook in een hogere positie) volstaat voor de aansprakelijkheid. De auteur juicht het terecht toe dat de regeling van het ICC-statuut vergeleken met de statuten van de ad hoc-tribunalen het voordeel heeft dat degenen die achter de schermen aan de touwtjes trekken niet terminologisch als 'medeplichtigen' of secundaire partijen worden ingedeeld. Het gedifferentieerde daderschaps- en deelnemingsmodel van het ICC-statuut betekent dus een vooruitgang.

In deel II komt de 'superior responsibility' (strafbaar leiding geven) aan de orde; in de visie van de auteur een bijzondere vorm van deelneming, namelijk van commandanten aan de (fysieke) gedragingen van hun ondergeschikten. Dit concept is vooral door de Neurenberg- en Tokioprocessen ontwikkeld en beroemd geworden, maar reeds Grotius formuleerde het in zijn 'De Iure Belli ac Pacis' (zie p. 119). De auteur behandelt relevante uitspraken van diverse instanties; onder meer de (My Lai) zaak tegen kapitein Medina, de directe meerdere van Calley. Hij werd vrijgesproken, hetgeen een opmerkelijke afwijking betekende van de door het Tokiotribunaal in de zaak Yamashita ingezette koers (p. 133). In hoofdstuk 4 komt de rechtspraak van de ad hoc-tribunalen en de regeling van het ICC-statuut (art. 28) aan bod. Van Sliedregt gaat uiteraard ook in op de Blaskic-zaak van het ICTY, maar zij heeft het oordeel van de Appeal Chamber in die zaak niet meer kunnen meenemen. Aan de aanzienlijk lichtere straf en verschillende bewezenverklaring in hoger beroep in deze zaak kan men zien hoe lastig het is om te werken met het concept superior responsibility. De Trial Chamber verweet Blaskic onder meer ook dat hij zijn plicht had verzaakt om informatie over de activiteiten van zijn minderen te vergaren terwijl dat op zijn weg als commandant had gelegen (dat hij niet van hun wandaden op de hoogte was nam men dus wel aan) (p. 161 e.v.). Het 'should have known'-criterium van art. 28 ICC-statuut vergt een behoedzame toepassing, vergelijkbaar met het feitelijk leidinggeven bij voorwaardelijk opzet zoals in het Nederlands recht bekend uit de Slavenburg-rechtspraak. Van Sliedregt typeert 'superior responsibility' als een vorm van plichtsverzuim (p. 190). Dat komt ook naar voren uit de structuur van art. 28 ICC-statuut, waarin de cognitieve en operationele elementen zijn geformuleerd als voorwaarden van een falende controle door de meerdere. Art. 28 creëert met de 'conditional crime of omission' een apart strafbaar feit, los van de door de ondergeschikten begane misdrijven. Dat is een stap voorwaarts vergeleken bij de regeling in de statuten van de ad hoc-tribunalen, die moeten werken met het concept van 'joint criminal enterprise' aan de ene kant en 'complicity by omission' aan de andere kant. Voor wie de zaak heeft gevolgd zijn de opmerkingen die Van Sliedregt maakt over de te verwachten bewijsproblemen in de zaak Milosevic (p. 196) pikant. De auteur betreurt het overigens dat het statuut onderscheid maakt tussen militaire en civiele meerdere, omdat dat principieel niet gerechtvaardigd is. Dat het voor de beoordeling van de feitelijke situatie verschil kan maken is een andere zaak, maar dat rechtvaardigt nog niet een verschillend juridisch regime (p. 191). In het boeiende hoofdstuk 5 gaat de auteur nog eens dieper in op het concept, aan de hand van diverse vooral nationaalrechtelijke bronnen en casus, waarbij de Franse bloedbesmettingszaak en de Nederlandse Srebrenica-affaire ter sprake komen. Van Sliedregt beklemtoont terecht dat de politieke verantwoordelijkheden scherp van de strafrechtelijke moeten worden onderscheiden (p. 209). De

regeling van art. 28 ICC-statuut elimineert de van verschillende zijden gesignaleerde logische contradictie die erin bestaat dat door nalatigheid een opzet-delict (bijvoorbeeld genocide) wordt gepleegd. Door het verzaken van de controleplicht als een separaat misdrijf te formuleren is deze anomalie verdwenen (p. 221).

Met hoofdstuk 6 opent het derde en laatste deel van het boek, afgezien van de (belangwekkende) epiloog. Het is geheel gewijd aan verweren. Aan dit onderwerp kan uitstekend worden geïllustreerd welke inhaalslag het internationaal strafrecht heeft moeten maken: in het ICC-statuut zijn voor het eerst verweren uitdrukkelijk voorzien. Ook nieuw is dat het ICC-statuut psychische overmacht ('duress') als een volwaardig verweer behandelt en niet slechts als een strafverminderende omstandigheid. Tijdens de voorbereidingen van het ICC-statuut toonden niet alle partijen veel animo voor een uitdrukkelijke regeling van de 'defences', en er is dan ook stevig over onderhandeld. Het resultaat is een 'curieuze mix' (p. 200) van concepten, deels aan common law, deels aan civil law ontleend. Van Sliedregt doet de aanbeveling om - zoals onder meer in het Nederlands strafrecht gebeurt - onderscheid te maken tussen overmacht als rechtvaardigingsgrond en overmacht als schuldsluitingsgrond. Dat zou meer recht doen aan de concrete situatie en aan de verdachte, omdat de drempel om het verweer te aanvaarden lager wordt wanneer buiten twijfel wordt gesteld dat de daad hoe dan ook niet wordt gerechtvaardigd (dus wederrechtelijk blijft), al kan deze de dader niet persoonlijk worden verweten (p. 289-290). Interessant is ook de omstreden regeling van de noodweer (self-defence), die volgens sommige rechtsgeleerden zelfs in strijd zou zijn met de beginselen van het internationaal humanitair recht (p. 259), omdat de 'laws of humanity' altijd zwaarder wegen dan welke politieke, militaire of nationale belangen ook. Van Sliedregt betoogt echter dat er toch situaties kunnen zijn waarin het verweer beschikbaar moet zijn, en dat het niet per definitie onverenigbaar is met het internationaal humanitair recht (voor een aansprekend voorbeeld ontleend aan promotor Keijzer, zie p. 264). Wel heeft de auteur kritiek op de manier waarop het verweer in het statuut is geformuleerd in art. 31 lid 1. Met name het onderdeel 'property which is essential for accomplishing a military mission' (lid 1 onder c) zet de deur wellicht te ver open (p. 259). Behalve de in het statuut voorziene verweren worden enkele niet geregelde, traditionele verweren besproken: gewapende vergeldingsacties, *tu yuoque* en militaire noodzaak. *Tu quoque* zal door het ICC niet worden geaccepteerd, zo betoogt Van Sliedregt, gelet op het *erga omnes* karakter van het humanitair oorlogsrecht (p. 295). Voor militaire noodzaak ziet zij nog wel enig perspectief, mits niet opgevat als 'Kriegsrason' (à la guerre comme à la guerre) (p. 298). In hoofdstuk 7 komen de dwalingen (*error facti* en *error iuris*) en het handelen krachtens bevel, respectievelijk art. 32 en art. 33 ICC-statuut, aan de orde. Hoewel art. 32 geen clause over de vermijdbaarheid van de dwaling betreft houdt Van Sliedregt het ervoor dat deze ingelezen moet worden. Zij meent dat de bepaling voorzover op rechtsdwaling betrekking hebbend (lid 2) weinig praktische waarde toegevend moet worden omdat het betoog van de verdachte dat hij een bepaalde juridische regeling niet kende hem niet zal baten. Bovendien speelt de Garantstelling hier een rol: militairen worden geacht van de regels van het humanitair oorlogsrecht op de hoogte te zijn. De lat zal dus in de regel hoger worden gelegd dan het criterium van de 'Parallelwertung in der Laiensphäre' (p. 304-305). De formulering van art. 32 lid 2 lijkt innerlijk tegenstrijdig, hetgeen geweten kan worden aan de verdeeldheid onder de opstellers van de tekst en de onbekendheid van het verweer in een aantal jurisdicties. Toch ziet de auteur de opname van deze verweren in het statuut als een teken dat het internationaal strafrecht aan het 'rijpen' is (p. 315). Art. 33 van het statuut regelt een heikele materie, die sinds Neurenberg ('Befehl ist Befehl') erg gevoelig ligt. Alleen de mindere die een bevel van

zijn (formele meerdere te goeder trouw opvolgt en bovendien niet weet dat dat bevel onrechtmatig is gaat vrijuit. Daar komt nog de eis bij dat er geen sprake mag zijn van evident onrechtmatige bevelen (hoewel je natuurlijk kunt betogen dat, wanneer daarvan in redelijkheid sprake is, aan de eis van goede trouw niet zal zijn voldaan). Bevelen om genocide of misdrijven tegen de mensheid te plegen zijn altijd manifest onrechtmatig, zegt het tweede lid nog maar eens voor alle zekerheid. Het probleem zal in de praktijk echter kunnen zijn dat geen meerdere zijn minderen het bevel zal geven: "Mannen! Vandaag gaat gijlieden genocide plegen op de moslims in S." De auteur stelt - mijns inziens terecht - dat het ICC in voorkomende gevallen, wanneer het een beroep op 'superior orders' aannemelijk acht, a contrario moet redeneren dat er dan ook geen sprake kan zijn van misdrijven tegen de mensheid of genocide (wel van oorlogsmisdrijven, die door de opstellers van het statuut als minder ernstig zijn ingeschaald) (p. 326). De aangesloten staten moeten erop bedacht zijn dat zij niet meer ruimte geven voor het onderhavige verweer dan het statuut toestaat, omdat zij anders door toedoen van het complementariteitsbeginsel riskeren dat het ICC rechtsmacht claimt omdat de betrokken staten 'unable or unwilling' blijken om de zaak voor de nationale rechter te brengen (p. 333). Het opvolgen van een bevel dat strijdig is met het internationaal humanitair recht kan nooit een rechtvaardigingsgrond opleveren, betoogt de auteur; wel een verontschuldigungsgrond (vergelijk het Nederlandse artikel art. 43 WvSr, dat uitdrukkelijk onderscheidt tussen het opvolgen van rechtmatige en onrechtmatige ambtelijke bevelen) (p. 336). De gedachte dat de militaire mindere een willoos radertje is in de grote oorlogsmachinerie is in alle rechtstelsels - zeker sinds Neurenberg - wel verlaten, zo blijkt uit het fascinerende overzicht van de 'national underpinnings' dat de auteur biedt. In haar evaluatie van de regeling in het ICC-statuut geeft de auteur - in discussie met andere auteurs - een uitvoerige rechtvaardiging voor de juistheid van de keuze die de opstellers van dat statuut hebben gemaakt. Zij spreekt zelfs van de 'kroon op het werk van de opstellers', en van een duidelijk afstand nemen van de absolute aansprakelijkheidsleer van Neurenberg (p. 342). Blijft evenwel het probleem dat Hannah Arendt (niet Hanna, zoals Van Sliedregt spelt, p. 340) signaleert in haar bekende boek 'Eichmann in Jerusalem': kunnen handelingen ter opvolging van bevelen in het kader van misdadige grootschalige operaties zoals die van het Naziregime ooit ruimte laten voor het superior orders-verweer? Arendt meent van niet, en het ICC-statuut heeft die opinie kennelijk overgenomen in het tweede lid van art. 33, al is dat volgens Van Sliedregt overbodig (p. 341).

In de epiloog van zo'n 30 pagina's herneemt de auteur het thema van de collectieve aansprakelijkheid, of beter: de vraag naar de aansprakelijkheid van het individu binnen een misdadig opererend collectief. Niet alleen in het volkenrecht, maar ook in de nationale rechtstelsels hebben zich veranderingen voorgedaan. De nationale systemen, die zich de laatste eeuwen juist hadden afgekeerd van het daderstrafrecht ten gunste van het daadstrafrecht, keren weer terug naar het criminaliseren van de kwaliteit, rol of functie van het individu in plaats van zijn daden. De neiging naar 'systeemstrafrecht' ter bestrijding van 'systeemcriminaliteit' is dus niet aan het volkenrecht voorbehouden. Dit loopt om zo te zeggen een stapje achter in zijn ontwikkeling omdat het van oudsher met collectieve aansprakelijkheidsconcepten werkte en niet een 'omweg' heeft gemaakt zoals de nationale stelsels. De geschetste ontwikkelingen in het nationaal recht zijn evenwel op kritiek gestoten. Het klassieke beginsel van het schuldstrafrecht dat zich op de verantwoordelijkheid van het eigen individuele handelen richt is nog vitaal gebleken, en eist ook een plaats op in het internationaal humanitair recht. Na een korte, naar mijn gevoel niet helemaal uitgekristalliseerde beschouwing over het verschil tussen juridische en morele verantwoordelijkheid, waarin zij een weinig overtuigend voorbeeld gebruikt dat aan Feinberg is ont-

leend (p. 349), bespreekt de auteur de concepten van systeemaansprakelijkheid en collectieve aansprakelijkheid. Zij betoont zich opnieuw kritisch ten aanzien van de ruime leer die door de tribunalen van Tokio en Neurenberg werd toegepast. Dat wil natuurlijk niet zeggen dat het collectieve element in de toerekening geen rol mag spelen. Moderne concepten ontwikkeld door het ICTY, zoals 'collateral common purpose' of 'joint criminal enterprise', zouden ook voor het ICC goede diensten kunnen bewijzen, ook al zijn zij niet uitdrukkelijk voorzien in het statuut. De aansprakelijkheid strekt zich in deze benadering uit tot daden die verder gaan dan voorzien in het oorspronkelijke gemeenschappelijke plan; een figuur die ook in het Nederlands nationaal recht niet onbekend is (maar wel voorzichtig gehanteerd moet worden; zie de ongeruste opmerkingen van de auteur over de beslissing van de ICTY Trial Chamber in de zaak Krnojelac, p. 357). Ook 'mob violence' kan wellicht met dit concept succesvol worden vervolgd. De auteur pleit ervoor dat het ICC zijn eigen in het statuut geschreven recht en de in de rechtspraak van de ad hoc tribunalen ontwikkelde concepten 'voorzichtig' in elkaar zal schuiven (p. 359). Om de eenheid van recht te bewaren voorziet zij evenwel dat het hof, gezien de soms tegenstrijdige in tijdens de voorbereidingen omstreden tekst van het statuut, vaak behoefte zal hebben aan een teleologische in plaats van een grammaticale interpretatie (p. 361). Alles overziend constateert de auteur een duidelijke toenadering van nationaal en internationaal strafrecht. Het slotakkoord van de studie is een waarschuwing tegen moralisering van het (internationaal) strafrecht, omdat dit daardoor op langere termijn legitimiteit zal verliezen (zie bijvoorbeeld de zaak-Yamashita).

Het boek bevat een Engelstalige en Nederlandstalige samenvatting. De auteur vertaalt 'responsability' met 'aansprakelijkheid', zoals ik eveneens heb gedaan omdat het gangbaar is. Strikt genomen zijn verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid verschillende begrippen. Als ik bijvoorbeeld als commandant mijn verantwoordelijkheid niet neem en door niemand aansprakelijk wordt gesteld blijf ik verantwoordelijk, maar mijn aansprakelijkheid wordt niet geactiveerd. Voorts bevat het boek een Annex met een selectie uit de bepalingen van de statuten van het ICC en de ad hoc tribunalen ICTY en ICTR, een uitgebreide literatuurlijst, een rechtspraakregister gesplitst naar internationaal en nationaal recht, een tabel van internationale verdragen en andere documenten, en een zakenregister.

Moet ik nu als lid van de wereldwijde 'legal community' dr. Van Sliedregt dankbaar zijn voor deze studie? Het antwoord is zonder meer bevestigend, dus de nek van promotor Keijzer blijft wat mij betreft gespaard. Het boek laat zich lezen als een handleiding voor belangrijke bepalingen in het ICC-statuut, het is breed opgezet en goed gedocumenteerd en in weerwil van de soms duizelingwekkende hoeveelheid besproken concepten bijna steeds goed leesbaar en duidelijk gestructureerd. De verzorging van het boek is ook uitstekend (ik vond weinig drukfouten, enkele in Franse teksten). De auteur is in ruim voldoende mate in staat om boven de stof te staan en een eigen mening te vertolken, en dat op een aansprekende en genuanceerde wijze. De kern van haar betoog is in mijn ogen de noodzaak van hoge juridische kwaliteit voor het ICC, omdat anders de legitimiteit en de - uiteindelijk - vredesbevorderende functie van het hof gevaar lopen. Die boodschap is uiterst actueel, nu de ad hoc-tribunalen weliswaar meer dan menig een verwachte de vleugels hebben kunnen uitslaan, maar bepaald niet uit de gevarenszone zijn gekomen. Men denke aan de omstreden schikking met Plavcic en de onzekere uitkomst van de zaak-Milosevic.

Prof. mr. Th. A. de Roos

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.C. <i>Zuidema</i> , Brigade-generaal b.d. van de Militair Juridische dienst; |
| Secretaris/penningmeester | Mr <i>J.F. Stinissen</i> , Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst; |
| Leden: | |
| voor de Koninklijke Landmacht: | Mr <i>R. in het Veld</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 Koninklijke Marechaussee: | Mr <i>C.P.C. Kuijs</i> , Kolonel der Koninklijke Marechaussee; |
| 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. 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; |
| 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 b.d. van de Militair Juridische Dienst |
| Adres van de Redactiecommissie: | Koningin Wilhelminalaan 50, 2264 BN Leidschendam |

VASTE MEDEWERKERS:

Prof. Mr G.L. *Coolen*, Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;

Prof. Dr *K.A. Lawson*, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.

Dr. *M. Boot-Matthijssen*, wetenschappelijk medewerker verbonden aan het Nederlands Instituut voor Internationale Betrekkingen 'Clingendael' .

WIJZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt tien keer per jaar.

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1-2003 E 36,75. Men abonneert zich bij Sdu Servicecentrum Uitgevers, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. tel.: 070-378 9880, fax: 070-378 9783, e-mail: sdu@sdu.nl, of bij zijn boekhandelaar. De prijs van losse afleveringen bedraagt E 3,95. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar tegen de prijs van E 25. Auteurs van bijdragen van meer dan één pagina ontvangen een vergoeding van € 35 p.p., tot een maximum E 230 per aflevering, benevens vijf presentexemplaren van de desbetreffende aflevering. Het auteursrecht wordt met de publicatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u van informatie te voorzien over Sdu Uitgevers bv en zorgvuldig geselecteerde andere bedrijven. Als u geen prijs stelt op deze informatie, kunt u dit schriftelijk melden bij Servicecentrum Uitgever., postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar. Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan Sdu Servicecentrum Uitgevers. Zij die het M.R.T. van rijkswege verstrekt krijgen, dienen zich voor kennisgeving van adreswijzigingen 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"


Vereniging
uitgeversverbond
**Groep uitgevers voor
vak en wetenschap**

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVIII

Februari 2005

Aflevering

2

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

| | |
|--|----|
| Geweldgebruik op grond van de Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten: de definitie van een "militair object" en extraterritoriale werking?; door Luitenant-kolonel mr.dr.s. P.A.L. Ducheine..... | 45 |
|--|----|

Strafrechtspraak

| | | |
|-------------|---|----|
| Ah 21.10.02 | De Nederlandse strafwet is toepasselijk op de militair die zich buiten Nederland aan enig strafbaar feit schuldig maakt (Naschrift J.R.G.J.)..... | 56 |
| HR 27.01.04 | Economische delicten in de militaire strafrechtspraak De kennisneming van de economische delicten door de rechters met de militaire strafrechtspraak belast is per 1 januari 2002 anders geregeld. De gevolgen van de nieuwe regeling bij overdracht van een strafzaak vanuit Arnhem naar een van de andere gerechten. (Naschrift J.R.G.J.)..... | 58 |
| Ah 29.03.04 | Ook het gedrag van de verdachte ná het strafbare feit kan worden meegewogen De verdachte die een verkeersongeluk heeft veroorzaakt waarbij een ander zwaar lichamelijk letsel oploopt heeft tot op de zitting op geen enkele wijze contact met dat slachtoffer opgenomen. De militaire kamer spreekt van een 'oorverdovende stilte' naar het slachtoffer toe en zegt dat dit meegewogen wordt in de strafoplegging. (Naschrift J.R.G.J.)..... | 61 |

Tuchtrechtspraak

| | | |
|-------------|---|----|
| Ah 29.03.04 | De ziek-thuis-regeling KL en de ongeoorloofde afwezigheid a. Voor de afdoening door de commandant van een langere ongeoorloofde afwezigheid dan vier dagen is toestemming van de officier van justitie vereist. b. Een beklagschrift dient te worden ingediend bij de commandant. c. Na de zeven dagen bereikbaarheidsplicht bij een ziekmelding volgens IK 2-50, 2e druk, hoeft de zieke zich slechts te houden aan de verplichtingen die hem uitdrukkelijk zijn opgelegd. d. Slechts niet voldoen aan verplichtingen opgelegd bij algemene maatregel van (rijks)bestuur of vastgesteld door de minister kunnen als ongeoorloofde afwezigheid worden aangemerkt. e. De militaire kamer kan ook een tuchtrechtelijk beroep behandelen en afdoen buiten aanwezigheid van de gestrafte. f. 'Op grondslag van de beschuldiging' geldt ook voor het onderzoek door de militaire kamer in beroep..... | 67 |
|-------------|---|----|

Bestuursrechtspraak

| | | |
|---------------|---|----|
| CRvB 18.03.04 | Te snelle diensthervatting Soldaat KL na rugklachten en herniaoperatie dienst te snel hervat. Communicatiefout tussen neurochirurg CMH en onderdeelarts / onderdeel komt voor rekening van Staatssecretaris van Defensie. Verzoek om schadevergoeding ten onrechte afgewezen..... | 72 |
|---------------|---|----|

BIJDRAGEN

Geweldgebruik op grond van de Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten: de definitie van een "militair object" en extraterritoriale werking?

door

LUITENANT-KOLONEL MR. DRS. P.A.L. DUCHEINE

In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan twee aspecten van de Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten (de Rijkswet): de achterliggende - maar 'verborgen' - definitie van het begrip "militair object" en de vermeende extraterritoriale werking van de Rijkswet.

De bevoegdheid tot geweldgebruik in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak onder de Rijkswet heeft slechts betrekking op objecten – voorwerpen – die naar haar aard, ligging, bestemming of gebruik bijdragen aan de taakvervulling van de krijgsmacht, inclusief die van bondgenoten. Op basis van het volkenrecht en de wetsgeschiedenis moet voorts extraterritoriale werking worden afgewezen.

Militaire objecten

De Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten (hierna: de Rijkswet¹⁾) voorziet in de bevoegdheid van militairen (en burgerbewakers) om bij de uitvoering van de bewakings- en beveiligingstaak in voorkomend geval geweld te gebruiken. Alhoewel de Rijkswet – in titel en considerans – de term "*militaire objecten*" hanteert, keert dit begrip in de bijbehorende wetgeving niet terug. Wel worden in het Rijksbesluit houdende aanwijzing van te bewaken en te beveiligen objecten (hierna: het Rijksbesluit²⁾) de *objecten* aangewezen waarbij in de bewakings- en beveiligingstaak geweld mag worden gebruikt. Met Coolen ben ik het eens dat uiteraard slechts *militaire* objecten bedoeld worden,³⁾ zoals ook de titel van de Rijkswet tegenwoordig aangeeft. Opvallend is echter dat in het Rijksbesluit permanente - vaste en mobiele - objecten worden opgesomd én de bevelhebbers in mandaat nog tijdelijke objecten mogen aanwijzen zonder dat wordt teruggegrepen naar de definitie van het begrip "*militair object*".

De vraag is of het ontbreken van een definitie een gemis is? Naar mijn mening is het dat wel. Ik demonstreer dit aan de hand van een voorbeeld met een drietal vragen.

Het voorbeeld heeft betrekking op de 'heidagen' van de minister van Defensie met zijn ambtelijke en militaire top. Het gezelschap verblijft drie nachten in hotel "De Dikke van Dale" in Sint Anna ter Muiden. In verband met de algehele veiligheid, maar vanwege recente dreiging in het bijzonder, is het wenselijk dat het gezelschap en de locatie op enige manier beveiligd worden. Vanwege het vakantie seizoen (half augustus) is de regiopolitie Zeeland druk bezet. Men overweegt het hotel door militairen onder de Rijkswet te laten bewaken en beveiligen. De eerste vraag is of dat hotel überhaupt aan te merken is als een

¹⁾ Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten, Rijkswet van 24-2-2003, *Stb.* 2003, 134.

²⁾ *Stcrt.* 2000, 185, p. 16, hierna: het Rijksbesluit.

³⁾ G.L. Coolen, *De Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten*, In: *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, XCVII, 3, pp. 89-96, p. 91.

militair object?

De tweede vraag sluit hier nauw op aan. Het aanmerken van het hotel voor de periode van de defensie-heidagen als tijdelijk te bewaken en beveiligen object brengt met zich mee dat geweld ter bewaking/beveiliging van het hotel kan worden toegepast. Wat zal het effect zijn als een militaire bewaker functioneel geweld toepast op een indringer, terwijl de rechter achteraf oordeelt dat het object ten onrechte door de minister als zodanig is aangemerkt? De geweldstoepassing is daarmee mogelijk onrechtmatig, waardoor de geweldtoepasser én de Staat aansprakelijk kunnen worden gesteld wegens een onrechtmatige daad. Vanuit rechtstatelijk oogpunt (kenbaarheid, legaliteit) zou toetsing aan een definitie van militair object niet misstaan. Vooral omdat deze wet één van de ernstigste inbreuken op de lichamelijke integriteit regelt.

De laatste vraag betreft de gevolgen van de aanwijzing als te bewaken object voor de bevoegdheid van de Koninklijke marechaussee als militaire politieorganisatie. (Op plaatsen in beheer van defensie zijn marechaussees competent.") Door de daadwerkelijke aanwezigheid van militairen in de bewakings- en beveiligingstaak in en om een aangewezen (tijdelijk) object. ontstaat ook op andere plaatsen - dan die in beheer bij het ministerie - zoals bijvoorbeeld het hotel, een bevoegdheidsgrondslag voor de Kmar.⁵⁾

Met behulp van enkele methoden zal ik tot een achterliggende notie van het begrip militair object trachten te komen. Allereerst, door Coolen reeds toegepast, de systematische interpretatie. Daarna de grammaticale interpretatie en tenslotte via de weg van analogie.

Uit de context van de Rijkswet volgt, aldus Coolen, dat met objecten *militaire objecten* bedoeld worden.⁶⁾ Dit valt af te leiden uit de citeertitel van de wet (zie boven) én uit de considerans:

"Alzo Wij in overweging hebben genomen dat het wenselijk is om nieuwe regels te geven met betrekking tot het geweldgebruik bij de bewaking van militaire objecten".)

De uitoefening van de geweldbevoegdheid in de bewakings- en beveiligingstaak geldt slechts voor door de minister van Defensie aangewezen te bewaken en beveiligen objecten.⁸⁾ De aanwijzing van de objecten is geregeld in het Rijksbesluit. De Rijkswet en het Rijksbesluit hadden beter van *militaire* objecten kunnen spreken. Het besluit onderkent twee categorieën: permanent door de minister aangewezen objecten⁹⁾ en tijdelijke, o.a. in mandaat door de bevelhebbers van de krijgsmachtdelen aan te wijzen objecten. Uiteraard komt ook de minister de bevoegdheid toe om op basis van art. 2 Rijkswet - in aanvulling op het Rijksbesluit - nog extra objecten (permanent en/of tijdelijk) aan te wijzen.

Tot de permanent door de minister aangewezen objecten horen allereerst *vaste* - niet mobiele - objecten, onder andere: kazernes, vlieg- en marinebases, havencomplexen en oefenterreinen, zenderparken e.d., militaire hoofdkwartieren, steunpunten en vitale onderdelen voor de Kustwacht van de NL Antillen en Aruba, vitale onderdelen van de Defensie

⁴⁾ Ex art. 6, lid 1, onder e Politiewet.

⁵⁾ Ex art. 6, lid 1, onder b Politiewet.

⁶⁾ Supra noot 3.

⁷⁾ Let wel in de considerans wordt slechts over "bewaking" gesproken

⁸⁾ Art. 3 Rijkswet.

⁹⁾ Art. 1 Rijksbesluit.

Pijpleidingen Organisatie."") Ten tweede worden *mobiele* objecten aangeduid, onder andere: tactische voertuigen, mobiele wapensystemen, luchtvaartuigen en schepen (in gebruik bij of ten behoeve van de krijgsmacht), mobiele installaties waarin vitale goederen of gerubriceerde documenten aanwezig zijn (bijvoorbeeld commandoposten en verbindingsovertuigen) en transporten van wapens, munitie, gevaarlijke stoffen of vitale voorwerpen.¹¹⁾

Daarnaast kunnen de bevelhebbers – in mandaat – voor ten hoogste twaalf weken tijdelijke objecten aanwijzen.¹²⁾ "Het gaat [...] bijvoorbeeld om tijdelijke opslag van munitie [en/of militaire uitrusting] in een haventerrein".¹³⁾ Een voorbeeld hiervan is de aanduiding van Haven 1054 te Vlissingen als te bewaken en beveiligen militair object¹⁴⁾ ten tijde van de stationering van het Nederlandse Patriot-detachement in Turkije (voorjaar 2003).¹⁵⁾ De haven werd gebruikt voor het inschepen van het uit te zenden materieel. De bevoegdheid van de bevelhebbers laat de mogelijkheid voor de minister onverlet om in aanvulling op het Rijksbesluit andere (tijdelijke) objecten aan te wijzen.

Op zich geeft het Rijksbesluit een aardig idee van de verschillende objecten die als te bewaken en beveiligen *militair* object aangewezen kunnen worden. Dat neemt niet weg dat een definitie nog steeds ontbreekt. In ieder geval dient het object ten behoeve van de bewakings- en beveiligingstaak van de krijgsmacht te zijn aangewezen.

Het gemis van een heldere omschrijving van deze bewakings- en beveiligingstaak is in dit kader natuurlijk ook interessant. In het oude Besluit geweldgebruik krijgsmacht in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak (1997)¹⁶⁾ werd dit omschreven als: "de bewaking en beveiliging van door de Minister van Defensie aangewezen objecten". Deze omschrijving is inmiddels als een 'beperkende voorwaarde' voor geweldgebruik opgenomen in de Rijkswet (art. 3) waarmee de 'definitie' uit het Besluit geweldgebruik verdween.¹⁷⁾

De Algemene Rekenkamer hanteert in haar rapport "Beveiliging militaire objecten" definities die ze aan de Ministeriële Publicatie 10-10 ontleent.¹⁸⁾ Bewaken en beveiligen wordt in militaire kringen wel aangeduid met de metafoor van de waakhond. Blaffen is bewaken, bijten is beveiligen. In het kader van de bestrijding van internationaal terrorisme werd duidelijk wat onder de bewakings- en beveiligingstaak taak moest worden verstaan. De minister van Defensie (De Grave): "Defensie [heeft] de verantwoordelijkheid voor het

¹⁰⁾ Bijlage A bij art. 1 van het Rijksbesluit.

¹¹⁾ Bijlage B bij art. 1 van het Rijksbesluit.

¹²⁾ Art. 2 lid 1 Rijksbesluit.

¹³⁾ Toelichting bij Rijksbesluit, *Stcrt.* 2000, 185, p. 16.

¹⁴⁾ Besluit houdende de tijdelijke aanwijzing van Haven 1054 ([...] Vlissingen) als te bewaken en te beveiligen object, Besluit van 14-2-2003, *Stcrt.* 2003, 33, p. 8.

¹⁵⁾ TK, 2002-2003, 23 432, nr. 75.

¹⁶⁾ Besluit geweldgebruik krijgsmacht in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak, Rijksbesluit van 19-7-1997, *Stb.* 1997, 354.

¹⁷⁾ Besluit geweldgebruik defensiepersoneel in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak, Rijksbesluit van 22-7-2000, *Stb.* 2000, 337, Nota van toelichting.

¹⁸⁾ TK, 2003-04, 29 415, nrs. 1-2, Beveiliging militaire objecten, p. 11:

Een militair object is gedefinieerd als een gebouw, een terrein, een (werk)ruimte, een compartiment, een schip, een vliegtuig en een onderzeeboot, alsmede een gedeelte daarvan.

Onder beveiligen wordt verstaan het nemen van maatregelen ter bescherming van een eenheid, gebied, object, personeel, materieel of (informatie)systeem met als doel schade of verlies te voorkomen.

Onder bewaken verstaat defensie het systematisch en onafgebroken toezicht houden op en waarnemen van een gebied, object, personeel, materieel of (informatie)systeem teneinde te waarschuwen of te alarmeren bij inbreuken op de veiligheid daarvan. (bron: Richtlijnen inzake de toepassing van het integraal voorschrift Defensie. Ministeriële publicatie (MP) 10-10).

beschermen van eigen eenheden, objecten en terreinen".¹⁹⁾ Door deze koppeling aan te brengen begeef ik mij overigens op het – niet aangekondigde pad – van de sociologisch-teleologische interpretatiemethode.

Wetshistorische interpretatie levert weinig op omdat de parlementaire stukken geen aanknopingspunten bieden. Gelukkig brengt in grammaticaal opzicht "De Dikke van Dale" uitkomst. Een 'object' is volgens Van Dale: "elk ding dat zich aan de zintuigen, vooral aan de ogen, voordoet". Als synoniem noemt van Dale: een voorwerp. Mensen, personen, zijn geen dingen, geen voorwerpen dus, en lijken mij dus niet in de definitie besloten.

'Militair' is volgens Van Dale: "wat op het krijgswezen betrekking heeft, daartoe behoort". De komma lijkt mij te duiden op een nevenschikking: of daartoe behoort. 'Krijgswezen' is "alles wat tot de militaire dienst of tot de oorlogszaken behoort of ermee in betrekking staat" en ik zou het willen vervangen door de krijgsmacht in de moderne zin van het woord. In taalkundig opzicht is een militair object dus een voorwerp dat op de krijgsmacht betrekking heeft of daartoe behoort.

Waarschijnlijk heeft een dergelijke definitie (onbewust) het concipiëren van het Rijksbesluit beïnvloed. Het Rijksbesluit bevat namelijk een opsomming van objecten die (op één of andere manier) aan deze taalkundige definitie voldoen. De lijst bevat objecten die in eigendom zijn van de Staat en in gebruik bij de krijgsmacht: kazernes, voertuigen, oefenterreinen. Van deze objecten kan worden gezegd dat ze tot de krijgsmacht behoren. Daarnaast bevat de lijst objecten die op de krijgsmacht betrekking hebben, bijvoorbeeld transporten van munitie, gevaarlijke stoffen en vitale voorwerpen, al dan niet in eigendom van de Staat.

Niet opgenomen in het Rijksbesluit, maar wel betrekking hebbend op de krijgsmacht, zijn bijvoorbeeld verdedigende opstellingen – exclusief eventuele uitrusting – of infrastructuur – een spoorwegemplacement – die nog niet in beheer is, maar wel binnen afzienbare tijd in (tijdelijk) gebruik genomen wordt. Deze zouden in voorkomend geval als tijdelijk object kunnen worden aangewend.

Concluderend zou ik willen stellen dat Van Dale een meer dan bruikbare definitie biedt van een militair object, namelijk: *Een militair object is een voorwerp dat betrekking heeft op de krijgsmacht, of daartoe behoort.*

De laatste methode is de analogie. In welke rechtsbron kan een aanknopingspunt worden gevonden voor een bruikbare definitie van een militair object? Onmiskenbaar denkt de militair jurist, maar ook de operationele planner daarbij aan het humanitair oorlogsrecht. In het Eerste Aanvullende Protocol bij de Geneefse Verdragen (API) wordt namelijk de veel bediscussieerde definitie van een militair doel gegeven. Door de constellatie van de omschrijving – ingepast in de bescherming van *burgerobjecten* – wordt een de volgende omschrijving van een *militair doel* gegeven.

"1. [...] Burgerobjecten zijn alle objecten die geen militaire doelen als omschreven in het tweede lid, zijn.

2. Aanvallen dienen strikt tot militaire doelen te worden beperkt. Voor zover het objecten betreft, zijn militaire doelen [...]"

Verder kan worden afgeleid dat militaire doelen objecten en personen (combattanten)

¹⁹⁾ Handelingen TK, 2001-02, 17, 31 oktober 2001, Defensiebegroting 2002. p. 1079.

kan betreffen. Wat dan *militaire objecten* zijn is in het vervolg van deze tweede zin omschreven:

"[...] militaire doelen [zijn] uitsluitend die objecten die naar hun aard, ligging, bestemming of gebruik een daadwerkelijke bijdrage tot de krijgsv verrichtingen leveren en waarvan de gehele of gedeeltelijke vernietiging, verovering of onbruikbaarmaking onder de omstandigheden van dat moment een duidelijk militair voordeel oplevert."

Aan het toonaangevende commentaar op de Protocolen is de volgende explicitering ontleend.

'Objecten naar hun aard' betreft "*all objects directly used by the armed forces: weapons, equipment, transports, fortifications, depots, buildings occupied by armed forces, staff headquarters, communications centres etc.*"') 'Objecten naar hun gebruik' regardeert objecten die naar het huidige gebruik een militaire functie hebben, bijvoorbeeld een schiet- of oefenterrein. In het Rijksbesluit worden deze als permanente objecten aangewezen die naar aard of gebruik een militair karakter kennen (Bijlage A en B).

'Objecten naar hun bestemming' kennen een potentiële of beoogde militaire functie. Primair zijn ze geen militair object, maar worden dat wel door militair gebruik. Bijvoorbeeld zodra een deel van Schiphol gebruikt wordt voor de doorreis van een Amerikaanse militaire eenheid. 'Objecten naar hun ligging' betreft objecten die vanwege hun ligging een effectieve bijdrage leveren; bijvoorbeeld een brug of een terreingedeelte.²¹⁾ Beide categorieën objecten behoren tot de tijdelijke objecten en kunnen door de aanwezigheid van bijvoorbeeld materieel of personeel (havengebied) of door militair gebruik (spoorwegemplacement) als zodanig worden aangemerkt.

Niet noodzakelijk lijkt mij dat de objecten "daadwerkelijk" bijdragen aan "krijgsv verrichtingen". Beter zou in dit verband passen: objecten die naar hun aard, ligging, bestemming of gebruik bijdragen aan de taakvervulling van de krijgsmacht, inclusief die van bondgenoten.²²⁾ Ook het oorlogsrechtelijke vereiste dat vernietiging etc. een "duidelijk militair voordeel" op moet leveren, treft in dit kader geen doel. De regeling – de Rijkswet - ziet juist toe op het bewaren van de integriteit en veiligheid van de objecten.

De Algemene Rekenkamer, in haar rapport over de beveiliging van militaire objecten,²³⁾ ontleent een definitie aan interne beveiligingsvoorschriften van het ministerie van Defensie. De betreffende definitie is echter duidelijk beperkter van aard dan de opsomming van militaire objecten in het Rijksbesluit.²⁴⁾ Daarom wordt hier aansluiting gezocht bij de hiervoor geïntroduceerd internationale definitie van een militair doel uit het Eerste Aanvullende Protocol.

Aldus komt het mij voor dat naar analogie van de definitie van een militair doel, een

²⁰⁾ Y. Sandoz, C. Swinarski & B. Zimmerman, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Martinus Nijhof, Geneva, 1987, p. 636.

²¹⁾ Ibid.

²²⁾ Bijvoorbeeld in het geval van *Host Nation Support*. Zie TK, 2002-03, 23 432, nr. 84, De situatie in het Midden-Oosten; TK, 2002-03, 23 432, nr. 91.

²³⁾ Supra noot 18.

²⁴⁾ Een militair object is gedefinieerd als een gebouw, een terrein, een (werk)ruimte, een compartiment, een schip, een vliegtuig en een onderzeeboot, alsmede een gedeelte daarvan. (bron: Richtlijnen inzake de toepassing van het integraal voorschrift Defensie. Ministeriële publicatie (MP) 10–10).

militair object als volgt omschreven kan worden:

Een militair object is een object dat naar zijn aard, ligging, bestemming of gebruik bijdraagt aan de taakvervulling van de krijgsmacht, inclusief die van bondgenoten.

De uitkomsten van de grammaticale interpretatie - een militair object is een voorwerp dat betrekking heeft op de krijgsmacht, of daartoe behoort - en de hierboven beschreven methode van analogie combinerend, kan gesteld worden dat hetgeen "betrekking heeft op de krijgsmacht" nader omschreven kan worden aan de hand van hetgeen tot de "taakvervulling van de krijgsmacht" is vastgelegd. Hiervoor kan verwezen worden naar art. 97 Grondwet.²⁵⁾ De omschrijving krijgt aldus de volgende vorm:

Een militair object is een object - een voorwerp - dat naar zijn aard, ligging, bestemming of gebruik bijdraagt aan de taakvervulling van de krijgsmacht, inclusief die van bondgenoten.

Toegepast op hotel "De Dikke van Dale" in Sint Anna ter Muiden, waar de minister met de defensietop zijn 'heidagen' heeft belegd, kan het hotel gezien worden als een voorwerp dat door het gebruik bijdraagt aan de taakvervulling van de krijgsmacht. Immers, we mogen aannemen dat de bedoeling van de heidagen gelegen is in een effectieve (en uiteraard efficiënte) aansturing van de krijgsmacht. Dat betekent dat het hotel als te bewaken/beveiligen militair object aangemerkt kan worden en dat in voorkomend geval (militaire) bewakers functioneel geweld mogen gebruiken. Uiteraard zal enige afstemming met de burgemeester van Sluis - de gemeente waartoe Sint Anna ter Muiden behoort - nodig zijn voordat het allemaal zo ver komt. Indien militairen ter bewaking zouden worden ingezet, leidt dit eveneens tot de bevoegdheid van de Kmar.

Extraterritoriale werking²⁶⁾

Het tweede deel van deze bijdrage betreft de toepasselijkheid van de Rijkswet buiten het Koninkrijk, de extraterritoriale werking. In zijn eerder aangehaalde bijdrage, waarbij hij ook aandacht besteedt aan de toepasselijkheid van de Rijkswet buiten het Koninkrijk, concludeert Coolen:

"(buiten oorlogstijd en zonder dat wordt deelgenomen aan een vredesoperatie) zijn, op grond van het 'vlagbeginsel', Rijkswet en [Rijks]besluit in beginsel ook in het buitenland op Nederlandse militairen van toepassing".[accentuering: PD]²⁷⁾

Hieruit zou afgeleid kunnen worden dat de Rijkswet en het Rijksbesluit werking buiten het Koninkrijk toekomt, met andere woorden, dat deze regelingen extraterritoriale wer-

²⁵⁾ Hierover onder meer: G.L. Coolen, *De nieuwe defensiebepalingen in de Grondwet*, In: *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, 2001, XCIV, 2, pp. 45-48; en E. Soetendal, *Boeiend en geboeid, enige beschouwingen over de wijziging van de defensiebepalingen in de Grondwet*, In: *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, XC, 9, pp. 285-297; Zie ook TK, 1996-97, 25 367 (R 1593), nr. 3 (MvT), Grondwetsbepalingen inzake verdediging; en Handelingen TK, 1997-98, 13 januari 1998, 40, 3243-3279, Grondwetsbepalingen inzake verdediging.

²⁶⁾ Ook wel exterritoriaal. Van Dale: "Buiten het staatsgebied vallend.

²⁷⁾ Supra noot 3, p. 95.05

king hebben. Naar mijn mening hebben de Rijkswet (en het Rijksbesluit) echter in beginsel **&** extraterritoriale werking. Dat volgt op de eerste plaats uit het volkenrecht, en op de tweede plaats uit de wetsgeschiedenis. Ik zal de argumenten voor mijn stelling in deze volgorde – volkenrecht, wetsgeschiedenis – uiteenzetten.

Volkenrecht

De territoriale jurisdictie van de staat geldt als hoofdregel in het volkenrecht. Kooijmans omschrijft de staat als een territoriaal bepaalde gezagseenheid. Dat betekent dat de staat op zijn territoir de exclusieve bevoegdheid heeft het gezag uit te oefenen "door het stellen, doorvoeren en afdwingen (handhaven) van regels".²⁸⁾ Akehurst hanteert overigens de Engelstalige begrippen *prescriptive, judicial and enforcement jurisdiction*.²⁹⁾

Deze exclusieve bevoegdheid is in beginsel alomvattend en treft iedereen, ongeacht nationaliteit binnen het territoir van de staat. Met andere woorden: wetten gelden binnen de grenzen van het territoir. We vinden dit principe onder meer terug in art. 2 Sr en art. 8 Wet Algemene Bepalingen. De hoofdregel heeft ook overigens een keerzijde: respect voor de exclusieve territoriale jurisdictie van andere staten.

Op de hoofdregel – alomvattende exclusieve territoriale jurisdictie – kent het volkenrecht een tweetal inperkingen. Allereerst immuniteiten – zoals bij buitenlandse oorlogsschepen of diplomaten – en daarnaast door de 'overdracht' van jurisdictie – via bijvoorbeeld een (status)verdrag.

Op de hoofdregel bestaat echter ook een uitbreiding: extraterritoriale jurisdictie. Deze uitzondering op de volkenrechtelijke hoofdregel is slechts mogelijk binnen de grenzen van het volkenrecht: via een algemeen aanvaard beginsel of met toestemming van andere staat op wiens territoir men extraterritoriale jurisdictie claimt. Het spreekt vanzelf dat een staat van herkomst ('zendstaat') de extraterritoriale jurisdictie wel moet stellen (in bijvoorbeeld wetgeving).")

Coolen lijkt de extraterritoriale werking van de Rijkswet op de eerste plaats ook aan het volkenrecht te ontleen en wel aan het 'vlagbeginsel'. Daarbij spelen verschillen vormen van jurisdictie een belangrijke rol:

*"Het vlagbeginsel houdt algemeen gezegd, in dat de wetgeving van een land de militair volgt, overal waar hij door de regering van zijn land wordt heengezonden. Of zoals, het in de tijd van Napoleon werd geformuleerd: "l'Armée est un Etat qui voyage; là ou est le drapeau, là est la France"."*³¹⁾

Het citaat weerspiegelt de oude volkenrechtelijk opvatting uit de Napoleontische tijd. Op verzoek van een bondgenoot – b.v. ter afwering van een aanval – konden tijdelijk regimenten op bevriend grondgebied worden ondergebracht. Ze kwamen daarmee feitelijk buiten de jurisdictie van de soeverein. Praktisch gezien werd op grond van "vlag volgt

²⁸⁾ Kooijmans, P.H., 2002, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, 9^e druk, Kluwer, Deventer. [Accentuering: PD].

²⁹⁾ Malanczuk, P., i997, *Akehurst's Modern introduction to international law*, 7th edition, Routledge, London-New York, p. 576-577.

³⁰⁾ Zoals bijvoorbeeld artikel 1.2 Wet Luchtvaart. Zie hierover TK, 1995-96, 24 513, nr. 3 (MvT), Wijziging Wet Luchtverkeer, p.13: "Het eerste lid geeft aan dat de wet boven Nederland en een gedeelte van de Noordzee van toepassing is op alle luchtvaartuigen. Daarbuiten is de wet alleen van toepassing op Nederlandse luchtvaartuigen."

³¹⁾ Supra noot 3.

leger" toch jurisdictie door het land van herkomst ('de zendstaat') uitgeoefend.

Het Napoleontische beginsel "vlag volgt leger" bevat alle elementen van het begrip jurisdictie zoals Kooijmans en Akehurst dat hanteren: stellen, doorvoeren en afdwingen (Kooijmans) of *prescriptive, judicial & enforcement jurisdiction* (Akehurst).

Later, na de Tweede Wereldoorlog, bestond de structurele noodzaak omvangrijke contingents op vreemd territoir onder te brengen. Om problemen met jurisdictie te voorkomen werden statusverdragen, *Status of Forces Agreements*, afgesloten. Als grondslag voor extraterritoriale jurisdictie neemt het statusverdrag de plaats in van het oude Napoleontische vlagbeginsel. In het statusverdrag doet een staat van verblijf – onder voorwaarden – 'afstand' van haar jurisdictie ten gunste van de staat van herkomst, de zendstaat.

Toepassing van het beginsel "vlag volgt leger" vinden we echter nog terug bij militaire luchtvaartuigen en oorlogsschepen: zij genieten in het buitenland nog steeds (een bepaalde mate van) immuniteit; de staat van herkomst ('de zendstaat') heeft de jurisdictie.

Tegenwoordig komen we - ten aanzien van de prescriptieve jurisdictie - het vlagge-staatbeginsel (art. 3 Sr) naast andere volkenrechtelijke beginselen (bijvoorbeeld het nationaliteitsbeginsel, art. 5 Sr) tegen bij de extraterritoriale uitbreiding van de criminele jurisdictie. Ook voor bepaalde categorieën onderdanen, bijvoorbeeld militairen, geldt de Nederlandse strafwet in het buitenland (art. 4 WMS). Duidelijk is dat het hier slechts gaat om de prescriptieve jurisdictie. Duidelijk is ook dat de wetgever deze extraterritoriale werking van de strafwet expliciet heeft gesteld.

De daadwerkelijke uitoefening van de *enforcement and judicial jurisdiction* is daarmee echter nog niet geregeld. Daarvoor is ook nog een volkenrechtelijke grondslag nodig zoals bijvoorbeeld – ten aanzien van opsporingsbevoegdheden - in art. 62 Wet militaire strafrechtspraak expliciet erkend wordt:

"Buiten het Koninkrijk kunnen bevoegdheden inzake opsporing, vervolging en berechting van strafbare feiten en tenuitvoerlegging van vonnissen slechts worden uitgeoefend voorzover het volkenrecht dit toestaat."

Zo ook art. 539a Sv:

"1. De bevoegdheden, bij enige wetsbepaling toegekend in verband met de opsporing van strafbare feiten of in verband met het onderzoek daarnaar, anders dan ter terechtzitting, kunnen, voorzover in deze Titel niet anders is bepaald, buiten het rechtsgebied van een rechtbank worden uitgeoefend.

2. [...]

3. De bevoegdheden, in de bepalingen van deze Titel toegekend, kunnen slechts worden uitgeoefend, voorzover het volkenrecht en het interregionale recht dit toelaten."

Uit deze bepalingen blijkt op de eerste plaats de expliciete extraterritoriale claim - ten gunste van de *enforcement jurisdiction* - door de wetgever, en anderzijds de erkenning dat deze extraterritoriale werking door het volkenrecht begrensd wordt.

Wanneer we terugkeren naar de extraterritoriale werking van de Rijkswet dan moeten we controleren of aan de twee hiervoor genoemde voorwaarden voor extraterritoriale werking – volkenrechtelijke grondslag in de vorm van een verdrag of een algemeen aanvaard beginsel én een expliciete claim van de wetgever – is voldaan.

Op de eerste plaats zou het toekennen van extraterritoriale werking van de Rijkswet impliceren dat bevoegdheden buiten het eigen territoir toegepast zouden kunnen worden. Dat zou een inbreuk op de territoriale jurisdictie van de staat van verblijf inhouden. Zoiets is slechts mogelijk voorzover het volkenrecht dit toelaat via een verdrag of een algemeen aanvaard beginsel. We zagen dat hierboven bevestigd voor opsporingsbevoegdheden. Coolen die de geweldsbevoegdheden passend vergelijkt met opsporingsbevoegdheden (het betreft immers in beide gevallen een vorm van *enforcement jurisdiction*) merkt in dit verband op:

"Wel is voor het daadwerkelijk optreden in het buitenland kunnen uitoefenen van geweldsbevoegdheden op grond van het volkenrecht de toestemming van de land van het verblijf vereist; zoals deze toestemming ook is vereist voor bijvoorbeeld het daadwerkelijk kunnen uitoefenen van opsporingsbevoegdheden".

Coolen geeft daarmee duidelijk aan dat – wil de Rijkswet extraterritoriale werking hebben – het gastland toestemming dient te verlenen. Zoiets kan in een statusverdrag gebeuren. Coolen's citaat toont ook aan dat zonder toestemming de Rijkswet dus géén extraterritoriale werking kan hebben. Er lijkt mij in deze ook geen algemeen aanvaard volkenrechtelijk beginsel te zijn dat, los van toestemming van het gastland, de grondslag voor deze extraterritoriale werking zou moeten opleveren.

Op de tweede plaats moeten we bezien of de wetgever extraterritoriale jurisdictie expliciet claimt. Dat is – anders dan bijvoorbeeld in art. 1.2 Wet Luchtvaart - niet het geval.³²⁾ Ook impliciet is dit niet gebeurd, zoals hierna bij de wetsgeschiedenis aan de orde zal komen.

De voorlopige conclusie moet dus zijn dat op basis van het volkenrecht de Rijkswet in beginsel géén extraterritoriale werking heeft. Dat zou slechts anders kunnen zijn indien de staat van verblijf hier toestemming voor zou verlenen in - bijvoorbeeld – een statusverdrag. Hierna ga ik na of extraterritoriale werking überhaupt beoogd is door de wetgever.

Wetsgeschiedenis

Ook op het punt van de wetsgeschiedenis moet extraterritoriale werking worden afgevoerd. Vanwege de – ongelukkige - formulering van de regering in de Memorie van Toelichting kon een opening gezien worden voor toepassing van de wet buiten het Koninkrijk.³³⁾

"Of de onderhavige wetgeving bij verblijf in het buitenland in een concreet geval van toepassing is hangt mede af van de bevoegdheden die aan de militairen door het land van het verblijf expliciet of impliciet zijn gegeven. Aangezien de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak bij uitstrek de rechtsorde van het land van verblijf kan raken, zullen de autoriteiten van dat land in beginsel de eigen normen willen doen toepassen. In de praktijk betekent dit dat een bepaalde regeling (de Nederlandse dan wel de regeling van het land van verblijf) van toepassing wordt verklaard."

De daarop ontstane onduidelijkheid werd met de Nota naar aanleiding van het Verslag

³²⁾ Supra noot 30.

³³⁾ Zie TK, 1993-94, 23 787 (R 1506), nr. 3 (MvT), Rijkswet geweldgebruik krijgsmacht in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak, p. 2.

niet weggenomen, integendeel zelfs, de verwarring nam slechts toe:³⁴)

"De tweede situatie waarop de leden van de CDA-fractie wezen betreft de uitvoering van de bewakings- en beveiligingstaken buiten het Koninkrijk, hetzij in bondgenootschap-pelijk, hetzij in het kader van internationale vredesoperaties. Zij achtten de Memorie van Toelichting op dit punt niet overtuigend en vroegen zich dun ook af of het in de wet neergelegde evenredigheidsbeginsel niet ook van toepassing moet worden verklaard op NL militairen die een militaire bewakings- of beveiligingstaak in het buitenland uitvoeren. Ik ben het gaarne eens met de leden van de CDA-fractie dat het beginsel dat is neergelegd in artikel 1 van het voorstel van wet, ook geldt indien buiten het Koninkrijk militaire bewakings- en beveiligingstaken worden verricht. De militair die dienst verricht in het buitenland valt in beginsel onder de jurisdictie van het gastland. Doorgaans is echter door de bevoegde autoriteiten (bv. De VN) met het gastland een overeenkomst gesloten die de status van de militair in dat land regelt, waarbij die militair het recht van het gastland dient te respecteren, maar waarbij hij dan wel een volledige immuniteit voor dat recht geniet. De militair valt in dat geval onder de exclusieve jurisdictie van het zendende land. Het ligt in die situatie voor de hand dat de geweldsinstructie die op grond van de onderhavige wet zal worden opgesteld van toepassing wordt verklaard. uiteraard voor zover in de overeenkomst ter zake geen andere regels zijn opgenomen." [onderstreping: PD]

Alhoewel de regering hier een opening voor extraterritoriale werking leek te bieden, bleek dit tijdens het kamerdebat toch niet zo te zijn. Minister van Defensie Voorhoeve verschaftte uiteindelijk de gewenste duidelijkheid³⁵):

"De Rijkswet geldt binnen het Koninkrijk" en "Het is wel zo dat deze rijkswet niet geldt voor andere landen dan de landen die de wet aannemen, namelijk de drie koninkrijkpartners. Er staan wel principes in die een algemene strekking hebben die ook in de wetgeving van andere landen kan worden teruggevonden.

Kamerlid Van den Doel legt de vinger op de zere plek:

"Waar het om gaat, is dat er in de wet niets geregeld is omtrent de reikwijdte van deze wet. Uit de memorie van toelichting blijkt dat zij ook buiten het Koninkrijk geldt. [...]"

Minister Voorhoeve gaat in op de ontstane onduidelijkheid:

"[...] Ten eerste geldt per definitie de wetgeving van het land waar men optreedt. Nederlandse wetten hebben geen extraterritoriale werking in andere landen."

Kamerlid Valk legt (de oorzaak van) de verwarring bloot:

"Ik denk dat de verwarring een beetje is gecreëerd door de nota naar aanleiding van het verslag. De minister zegt nu dat deze wet geen extraterritoriale werking heeft, maar een wet is die voor het Koninkrijk geldt. Daar hebben wij in eerste termijn ook vragen over

³⁴) Zie TK, 1994-95, 23 787 (R 1506), nr. 6 (Nota nav Verslag), Rijkswet geweldgebruik krijgsmacht in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak, p. 2.

³⁵) Handelingen TK, 1995-96, 20 februari 1996, 57, 4133-4141, Rijkswet geweldgebruik krijgsmacht in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak, pp. 4138-4139.

gesteld. Maar in de nota naar aanleiding van het verslag schrijft de minister: "Ik ben het gaarne eens dat het beginsel dat is neergelegd in artikel 1 van het voorstel van wet ook geldt indien buiten het Koninkrijk militaire bewakings- en beveiligingstaken worden verricht." Ik zie daar enig licht tussen." [accentuering: PD]

Minister Voorhoeve:

"Nee, want die beginselen kom je overal tegen. Regelingen ter zake van geweldgebruik zitten ook in het internationale recht en in de rules of engagement."

De heer Valk:

"De beginselen dus, niet de wet?"

Minister Voorhoeve concludeert:

"Ja. De wet geldt voor het Rijk, en dat Rijk heeft zijn beperkingen."

Uit deze uiteenzetting blijkt dat de verwarring - ontstaan met de tekst van de Memorie van Toelichting - in ieder geval tijdens het kamerdebat is weggenomen. Overduidelijk blijkt dat de wet volgens de regering zelf geen extraterritoriale werking kent, de beginselen die erin zijn opgenomen, in casu het evenredigheidsbeginsel, echter wel. Ook om deze wetshistorische reden moet de werking van de Rijkswet (en het Rijksbesluit) tot het Koninkrijk beperkt blijven.-

Alhoewel de Rijkswet géén extraterritoriale werking heeft, zou – bij afwezigheid van enige regeling terzake – de geweldsinstructie zoals die in het Besluit geweldgebruik defensiepersoneel in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak³⁶⁾ is neergelegd, naar analogie toegepast kunnen worden. Via een statusverdrag zou bijvoorbeeld toestemming van het gastland verkregen kunnen worden voor de bewaking en beveiliging ter plekke van bijvoorbeeld helikopteropstelling waarbij men tevens akkoord gaat met die geweldsinstructie van de Rijkswet. Het grote voordeel daarvan is dat militairen met deze geweldsinstructie bekend zullen zijn.

Een min of meer vergelijkbare situatie deed zich al eens voor ten aanzien van te hantieren milieunormen in uitzendinggebieden. Zonder dat de Nederlandse milieuwetgeving in het buitenland bij uitzendingen van toepassing is, kan defensie (onder andere uit oogpunt van veiligheid) – waar mogelijk - wel de normen uit die wetgeving toepassen. Het mag duidelijk zijn dat het hier uiteindelijk om een beleidsbeslissing gaat. e de tijdelijke aanwijzing van Haven 1054 ([...] Vlissingen) als te bewaken en te beveiligen object, Besluit van 14-2-2003, Stcrt. 2003, 33, p. 8.

³⁶⁾ Besluit geweldgebruik defensiepersoneel in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak, Besluit van 17-6-2003.

STRAFRECHTSPRAAK

Rechtbank Arnhem

Sector strafrecht

Militaire Kamer

Vonnis van 21 oktober 2002

Voorzitter: Mr. B.N. Crol, *rechter:* Mr. A. van Waarden, *militair lid:* Luitenant-kolonel mr. A.M. van Gorp

De Nederlandse strafwet is toepasselijk op de militair die zich buiten Nederland aan enig strafbaar feit schuldig maakt

(art. 4 WvMS)

VERKORT VONNIS

in de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen A. geboren op te, adres te

Raadsman: mr. P. Reitsma, advocaat te Harderwijk

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd dat:

hij als militair op of omstreeks 05 oktober 2001 te El Arenal (Spanje), door geweld of een andere feitelijkheid en/of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid X. heeft gedwongen tot het plegen en/of dulden van ontuchtige handelingen, bestaande uit het opzettelijk ontuchtig tongzoenen met die X. en/of het vastpakken/betasten van de borsten van die X. en/of het vastpakken/betasten van het kruis van die X. en welk geweld of andere feitelijkheid en/of welke bedreiging met geweld of andere feitelijkheid bestond uit het opzettelijk gewelddadig en/of dreigend naar binnen duwen in de wc-ruimte en/of het afsluiten van die wc-ruimte en/of het beletten van die X. de wc-ruimte te verlaten.

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 07 oktober 2002 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte niet verschenen. Zijn raadsman mr. P. Reitsma, advocaat te Harderwijk, heeft als gemachtigde van verdachte het woord tot verdediging gevoerd.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot: militaire detentie voor de duur van 6 maanden geheel voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren en voorts tot een werkstraf voor de duur van 200 uren subsidiair 100 dagen vervangende hechtenis.

De raadsman heeft het woord ter verdediging gevoerd.

3. De beslissing inzake het bewijs

De militaire kamer acht wettig en overtuigend bewezen dat verdachte het tenlastegelegde heeft begaan, met dien verstande dat bewezen wordt geacht dat:

hij als militair op of omstreeks 05 oktober 2001 te El Arenal (Spanje), door geweld en een andere feitelijkheid X. heeft gedwongen tot het dulden van ontuchtige handelingen,

bestaande uit het opzettelijk ontuchtig tongzoenen met die X. en het betasten van de borsten van die X. en het betasten van het kruis van die X. en welk geweld en andere feitelijkheid bestonden uit het opzettelijk gewelddadig naar binnen duwen in de wc-ruimte en het afsluiten van die wc-ruimte en het beletten van die X. de wc-ruimte te verlaten.

Hetgeen verdachte meer of anders is tenlastegelegd is niet bewezen. Verdachte moet daarvan worden vrijgesproken.

De beslissing dat verdachte het bewezenverklaarde heeft begaan, is gegrond op de feiten en omstandigheden die in de bewijsmiddelen zijn vervat.

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.

4. De strafbaarheid van het bewezenverklaarde

Het bewezenverklaarde levert op:

feitelijke aanranding van de eerbaarheid,
voorzien en strafbaar gesteld bij artikel 246 van het Wetboek van 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 militaire kamer 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 10 september 2002, waaruit blijkt dat verdachte niet eerder met justitie in aanraking is geweest.

De militaire kamer overweegt verder nog als volgt.

Het feit is weliswaar gepleegd tijdens het passagieren, maar het betreft een vrouwelijke collega die onverwacht en tegen haar wil in een voor haar bedreigende situatie is terechtgekomen waaraan zij zich niet dadelijk kon onttrekken en waarbij inbreuk werd gemaakt op haar lichamelijke integriteit, hetgeen nadelige gevolgen voor het slachtoffer heeft gehad en heeft geleid tot minder goed functioneren aan boord. Oplegging van een voorwaardelijke militaire detentie en een werkstraf is - alles in aanmerking nemende - een passende sanctie.

De voorwaardelijke militaire detentie dient als waarschuwing voor verdachte om zich voortaan van het plegen van delicten te onthouden.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is, behalve het hiervoor genoemde wettelijke voorschrift, gegrond op de artikelen 10, 14a, 14b, 14c, 22c, 22d en 91 van het Wetboek van Strafrecht en op de artikelen 4 en 11 van het Wetboek van Militair Strafrecht.

8. De beslissing

De militaire kamer, rechtdoende:

(volgt: oplegging van een voorwaardelijke militaire detentie van 4 maanden met een proeftijd van 2 jaren en het verrichten van een werkstraf van 200 uren bij niet naar behoren verrichten te vervangen door 100 dagen hechtenis – *Red.*).

NASCHRIFT

In deze zaak een voorbeeld van de toepassing van art. 4 WvMS waarin is bepaald dat de strafwet ook in het buitenland op de militair van toepassing is. En wel de strafwet, dat wil zeggen alle Nederlandse strafbepalingen (behalve die welke uit hun aard slechts territoriaal kunnen werken) en niet alleen die uit het Wetboek van Militair Strafrecht.

Voor de militair geldt het personaliteitsbeginsel; hij neemt zijn strafrecht (la loi du drapeau) overal mee naar toe.

J.R.G.J.

Hoge Raad der Nederlanden

Strafkamer

Arrest van 27 januari 2004

Voorzitter: Mr. W.J.M. Davids, Raadsheren: Mrs. W.A.M. van Schendel en J.W. IJssink,

Economische delicten in de militaire strafrechtspraak

De kennisneming van de economische delicten door de rechters met de militaire strafrechtspraak belast is per 1 januari 2002 anders geregeld. De gevolgen van de nieuwe regeling bij overdracht van een strafzaak vanuit Arnhem naar een van de andere gerechten.

(Art. 2 en 3 WMSv en art. 38 WED)

ARREST

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Arnhem, Militaire Kamer, van 18 december 2002, nummer 21/.....-02, in de strafzaak tegen: V. geboren te Y op, wonende te Z.

I. De bestreden uitspraak

Het Hof heeft in hoger beroep - met vernietiging van een vonnis van de Militaire Politierechter in de Rechtbank te Arnhem van 27 maart 2002 de verdachte ter zake van "overtreding van een voorschrift gesteld bij artikel 8.1, lid 1 van de Wet Milieubeheer, opzettelijk begaan" veroordeeld tot een werkstraf voor de duur van 120 uren, subsidiair zestig dagen hechtenis.

2. Geding in cassatie

Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze heeft mr. R. Zilver, advocaat te Utrecht, bij schriftuur een middel van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Advocaat-Generaal Jörg heeft geconcludeerd dat de Hoge Raad het beroep zal verwerven.

3. *Beoordeling van het middel*

Het middel kan niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu het middel niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. *Slotsom*

Nu het middel niet tot cassatie kan leiden, terwijl de Hoge Raad ook geen grond aanwezig oordeelt waarop de bestreden uitspraak ambtshalve zou behoren te worden vernietigd, moet het beroep worden verworpen.

5. *Beslissing*

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

NASCHRIFT

Dit arrest is een voorbeeld van de afdoening van een economisch delict in de militaire strafrechtspraak.

Inhoudelijk ging het om de vraag of er sprake was geweest van een 'inrichting' in de zin van art. 1.1 van de Wet Milieubeheer voor het houden / verhandelen van honden. De militaire kamer van het hof te Arnhem achtte dat bewezen, de veroordeelde bestreed dat en ging in cassatie. De Hoge Raad was er - zie het arrest - snel mee klaar.

Belangrijker dan de inhoudelijke aspecten van deze zaak is de wijze waarop de afdoening van economische delicten thans is geregeld in de militaire strafrechtspraak.

Bij de herziening van het militaire straf-, strafproces- en tuchtrecht per 1 januari 1991 werd de Wet militaire strafrechtspraak¹⁾ tot stand gebracht en art. 2 WMSv had toen een vierde lid, dat luidde:

"4. Met betrekking tot de economische delicten blijft buiten tijd van oorlog de Wet op de economische delicten (Stb. 1950, K 258) van toepassing."

Het gevolg van die bepaling was dat buiten tijd van oorlog art. 38 WED ook van toepassing was als het betrof een verdachte van een economisch delict die militair of een met een militair gelijkgestelde was (art. 2, eerste lid, WMSR).²⁾ Voor militairen en daarmee gelijkgestelden was het dus in vreedstijd ten eerste niet een militaire kamer maar een economische meervoudige kamer of een economische politieregister die economische delicten behandelde en besliste en ten tweede was die behandeling en beslissing ook niet beperkt tot de rechtbank te Arnhem maar kon dagvaarding plaatsvinden ook voor andere rechtbanken met toepassing van de regelingen voor de relatieve bevoegdheid.

Bij de evaluatie van het militair straf-, strafproces- en tuchtrecht³⁾ in 1992 en 1993 werd de beperking tot tijd van oorlog in het vierde lid van art. 2 WMSR aan de orde gesteld door de Bevelhebbers van de zeestrijdkrachten en de luchstrijdkrachten en door het Openbaar ministerie. De evaluatiecommissie deed in het rapport echter geen aanbeveling⁴⁾ aange-

¹⁾ Stb. 1990, 370. Inwerkingtredingsbesluit in Stb. 1990, 583.

²⁾ Art. 38 WED luidt: De kennisneming van de economische delicten in eerste aanleg is bij uitsluiting opgedragen aan de rechtbank. Economische delicten worden behandeld en beslist door de economische kamers van de rechtbank, bedoeld in artikel 52 van de Wet op de rechterlijke organisatie.

³⁾ De instellingsbeschikking voor de Evaluatiecommissie militair straf- en tuchtrecht (samenstelling en opdracht) is gepubliceerd in de Staatscourant van 23 april 1992, nr. 79.

⁴⁾ Rapport van de Commissie evaluatie militair straf- en tuchtrecht, 7 juni 1993, Ministerie van Defensie, blz. 82 en 83, punt 9.2.

zien volgens de commissie de discussie over de afdoening van economische delicten en de vragen rond milieuhandhaving het niveau van de evaluatie te boven ging.

Ondanks het ontbreken van een advies met betrekking tot de economische delicten werd in de rijkswet⁵⁾ die naar aanleiding van de evaluatie tot stand werd gebracht de regeling van de afdoening van economische delicten in militaire strafzaken aangepast.

De wijze waarop de afdoening van economische delicten nu geregeld is in de militaire strafrechtspraak doet wel enige vragen rijzen.⁶⁾

Problemen kunnen zich voordoen op het gebied van de rechtsmacht/bevoegdheid.

Het vierde lid bij art. 2 WMSR is komen te vervallen en daarvoor in de plaats kreeg art. 3 WMSR een nieuw (het huidige) vierde lid dat luidt:

4. De rechtsmacht strekt zich eveneens uit over de strafbare feiten omschreven in de Wet op de economische delicten.

Art. 3 WMSR regelt de bevoegdheid van de militaire kamers in Arnhem en het nieuwe vierde lid is een afwijking van art. 38 WED. De militaire kamers van de rechtbank te Arnhem nemen dus sinds de inwerkingtreding⁷⁾ van de evaluatiewetgeving (1 januari 2000) ook in eerste aanleg kennis van de economische delicten waarvan een militair of daarmee gelijkgestelde wordt verdacht. De beperking tot tijd van oorlog is nu vervallen.

Er zijn echter behalve in Arnhem nog meer rechters met militaire rechtspraak belast en wel in de Nederlandse Antillen, in Aruba en - na instelling - een of meer mobiele rechtbanken.

Voor de rechtsmacht van de gerechten in eerste aanleg in de Nederlandse Antillen en in Aruba geeft art. 17 WMSR de regeling. Daarin wordt in het eerste lid gesteld dat deze gerechten de rechtsmacht uitoefenen omschreven in art. 2 WMSR als de verdachte zich bevindt in het rechtsgebied van die gerechten. Door de verwijzing naar art. 2 WMSR is dus niets geregeld met betrekking tot de economische delicten, want die regeling is bij de evaluatiewetgeving verplaatst van art. 2, vierde lid, naar art. 3, vierde lid, WMSR. Voor de Nederlandse Antillen en Aruba blijft dus art. 38 WED gelden.

Ook een probleem is er met de mobiele rechtbank(en). Voor de rechtsmacht van een mobiele rechtbank is het derde lid van art. 10 WMSR bepalend, waarin gesteld wordt dat art. 2, eerste, tweede en derde lid, WMSR van toepassing zijn bij de mobiele rechtbank. Ook hier dus geen verwijzing naar het vierde lid van art. 3 WMSR.

De vraag is nu wat er moet gebeuren als een militair of daarmee gelijkgestelde die wordt verdacht van het begaan van een economisch delict terwijl er voor hem een mobiele rechtbank is aangewezen. De mobiele rechtbank is niet bevoegd het economisch delict te behandelen. De verdachte bevindt zich echter altijd ook in een rechtsgebied van een militaire kamer van de gerechten te Arnhem (art. 3, derde lid, WMSR), of van die in de Nederlandse Antillen of in Aruba (art. 17, eerste en tweede lid, WMSR). Als hij zich bevindt in een rechtsgebied van de gerechten in de Nederlandse Antillen of in Aruba dan zal art. 38 WED van toepassing zijn, terwijl als hij zich bevindt in het rechtsgebied van de militaire kamers te Arnhem art. 3, vierde lid jo. art. 10 vierde lid WMSR bepalend zijn. Voor het economische delict zal de rechter in militaire strafzaken in Arnhem dan bevoegd zijn; voor de andere delicten de mobiele rechtbank.

⁵⁾ Rijkswet van 2 juni 1999 tot wijziging van de Wet militair tuchtrecht, het Wetboek van Militair Strafrecht en de Wet militaire strafrechtspraak naar aanleiding van het gehouden evaluatie-onderzoek, Stb. 1999, 343.

⁶⁾ Zie ook Van den Bosch, c.s. Militair straf- en tuchtrecht, art. 3 WMSR, aantekening 7 en 8.

⁷⁾ Per 1 januari 2000. Zie inwerkingstredingsbesluit in Stb. 1999, 496.

Wellicht lijkt het een academische kwestie omdat economische delicten zich niet voordoen in de Nederlandse Antillen of in Aruba omdat die delicten over het algemeen territoriaal aan Nederland zijn gebonden en de instelling van mobiele rechtbanken toch niet gauw verwacht wordt, maar dan wordt over het hoofd gezien dat in militaire strafzaken de zaak de militair volgt.

Overdracht van zaken geschiedt als de militair of daarmee gelijkgestelde zich verplaatst van het ene (militaire) rechtsgebied naar het andere. Het is dus bijvoorbeeld heel goed mogelijk dat een gerecht in eerste aanleg in de Nederlandse Antillen of in Aruba te maken krijgt met een economisch delict omdat de militair of daarmee gelijkgestelde dit zou hebben begaan voordat hij in de Nederlandse Antillen of in Aruba werd geplaatst of de strafzaak liep al bij een militaire kamer in Arnhem en de overplaatsing vindt plaats voordat die zaak is afgerond. Staat op de dagvaarding naast een militair of algemeen strafbaar feit ook een economisch delict dan kan dat economische delict niet worden afgedaan in de Nederlandse Antillen of in Aruba. De rechter in militaire strafzaken daar zal zich voor die zaak onbevoegd moeten verklaren.

J.R.G.J.

^{*)} Zie de artikelen 12, eerste lid, 17, elfde lid, WMSR)

Rechtbank Arnhem
Militaire Kamer
Vonnissen van 29 maart 2004

Voorzitter: Mr. E.G. Smedema; Lid: Mr. A.G. van Doorn; Militair lid: Luitenant-kolonel Mr. A.M. van Gorp

Ook het gedrag van de verdachte ná het strafbare feit kan worden meegewogen

De verdachte die een verkeersongeluk heeft veroorzaakt waarbij een ander zwaar lichamelijk letsel oploopt heeft tot op de zitting op geen enkele wijze contact met dat slachtoffer opgenomen. De militaire kamer spreekt van een 'oorverdovende stilte' naar het slachtoffer toe en zegt dat dit meegewogen wordt in de strafoplegging.

VERKORT VONNIS BIJ VERSTEK

In de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen A, geboren op te, adres ,

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd dat:

1 . hij op of omstreeks 30 april 2003, te P, als verkeersdeelnemer, namelijk als bestuurder van een motorrijtuig (personenauto) daarmede op de weg, de Q-weg, welke weg ter plaatse bestond uit een tunnelbak en/of één rijbaan, welke rijbaan middels een doorgetrokken streep was verdeeld in twee rijstroken, bestemd voor het verkeer in beide richtingen, komende uit de richting X en gaande in de richting Y, zeer, althans aanmerkelijk onoplettend, onvoorzichtig en/of onachtzaam - terwijl aan verdachte, door de daarvoor bevoegde autoriteit, geen geldig rijbewijs voor het besturen van motorrijtuigen van de categorie waartoe dat motorrijtuig (personenauto) behoorde, was afgegeven - met een

snelheid van ongeveer 100 km per uur, althans met een aanzienlijk grotere snelheid dan de ter plaatse toegestane maximum snelheid van 50 km per uur, heeft gereden en/of naar links heeft gestuurd en/of naar links is uitgeweken en/of een doorgetrokken streep, welke zich tussen voormelde rijstroken bevond, als bedoeld in artikel 76 lid a van het Reglement verkeersregels en verkeerstekens 1990, heeft overschreden, teneinde één of meer voor hem uit over die weg rijdend/e anderle motorrijtuig(en) (personenauto's) in te halen, althans met dat door hem, verdachte bestuurde motorrijtuig (personenauto) geheel of gedeeltelijk op het voor het tegemoetkomend verkeer bestemde weggedeelte van die weg is terechtgekomen, terwijl één of meer op dat voor dat tegemoetkomende verkeer bestemde weggedeelte, rijdende anderle motorrijtuig(en) (Opel Vectra en/of BMW 318) (zeer) dicht was/waren genaderd en/of tegen dat/die zich op dat voor het tegemoetkomende weggedeelte zich bevindende motorrijtuig(en) (Opel Vectra en/of BMW 318) is gebotst, althans aangerezen en/of is gaan draaien/tollen en/althans óver de kop is geslagen en/althans tegen een op de rijstrook bestemd voor het verkeer komende uit de richting X en gaande in de richting Y rijdende personenauto (Audi A3) is gebotst of geschoven, althans in aanrijding is gekomen en aldus zich zodanig heeft gedragen dat een aan verdachtes schuld te wijten verkeersongeval heeft plaatsgevonden, waardoor een ander (W. H.) zwaar lichamelijk letsel, althans zodanig lichamelijk letsel dat daaruit tijdelijke ziekte of verhindering in de uitoefening van de normale bezigheden is ontstaan, werd toegebracht, terwijl het een ongeval betrof waardoor een ander lichamelijk letsel werd toegebracht en/of welk ongeval door hem, verdachte is veroorzaakt of mede is veroorzaakt doordat hij, verdachte een krachtens de Wegenverkeerswet 1994 vastgestelde maximumsnelheid, te weten 50 kilometer per uur, met 50 kilometer per uur, althans in ernstige mate heeft overschreden;

althans, indien het vorenstaande onder 1 niet tot een veroordeling leidt:

hij op of omstreeks 30 april 2003, te P, als bestuurder van een motorrijtuig (personenauto) daarmee op de weg, de Q-weg, welke weg ter plaatse bestond uit een tunnelbak en/of één rijbaan, welke rijbaan middels een doorgetrokken streep was verdeeld in twee rijstroken, bestemd voor het verkeer in beide richtingen, komende uit de richting X en gaande in de richting Y, met een snelheid van ongeveer 100 km per uur, althans met een aanzienlijk grotere snelheid dan de ter plaatse toegestane maximum snelheid van 50 km per uur, heeft gereden en/of naar links heeft gestuurd en/of naar links is uitgeweken en/of een doorgetrokken streep, welke zich tussen voormelde rijstroken bevond, als bedoeld in artikel 76 lid a van het Reglement verkeersregels en verkeerstekens 1990, heeft overschreden-, teneinde één of meer voor hem uit over die weg rijdende andere motorrijtuigen (personenauto's) in te halen, althans met dat door hem, verdachte bestuurde motorrijtuig (personenauto) geheel of gedeeltelijk op het voor het tegemoetkomend verkeer bestemde weggedeelte van die weg is terechtgekomen, terwijl één of meer op dat voor dat tegemoetkomende verkeer bestemde weggedeelte, rijdend/e anderle motorrijtuig(en) (Opel Vectra en/of BMW 318) (zeer) dicht was/waren genaderd en/of tegen dat/die zich op dat voor het tegemoetkomende weggedeelte zich bevindende motorrijtuig(en) (Opel Vectra en/of BMW 318) is gebotst, althans aangerezen en/of is gaan draaien/tollen en/althans over de kop is geslagen en/althans tegen een op de rijstrook bestemd voor het verkeer komende uit de richting X en gaande in de richting Y rijdende personenauto (Audi A3) is gebotst of geschoven, althans in aanrijding is gekomen, door welke gedragingen) 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;

2. hij te P op of omstreeks 30 april 2003 opzettelijk wederrechtelijk een motorrijtuig, (personenauto), toebehorende aan S, in elk geval aan een ander of anderen dan aan verdachte, als bestuurder heeft gebruikt op de weg, de Q-weg, in elk geval op een weg;

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;

3. hij op of omstreeks 30 april 2003 te P als bestuurder van een motorrijtuig (personenauto) heeft gereden op de weg, Q-weg, zonder dat aan hem door de daartoe bevoegde autoriteit, als bedoeld in artikel 116 lid 1 van de Wegenverkeerswet 1994 een rijbewijs was afgegeven voor de categorie van motorrijtuigen, waartoe dat motorrijtuig behoorde;

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;

2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is op 15 maart 2004 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte niet verschenen.

Als benadeelde partijen hebben zich schriftelijk in het geding gevoegd:

- E., wonende, ..;
- L. wonende, ..;
- W, wonende,

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het onder 1 primair en 2 tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 9 maanden, waarvan 3 maanden voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren. Voorts heeft de officier van justitie geëist dat verdachte ter zake van het onder 1 primair tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een ontzegging van de bevoegdheid motorrijtuigen te besturen voor de duur van 18 maanden. De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het onder 3 tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een geldboete van € 180,-, subsidiair 3 dagen hechtenis.

De officier van justitie heeft voorts verzocht dat de vordering van de benadeelde partij E., wonende, tot een bedrag van € 416,50 wordt toegewezen en dat er een schadevergoedingsmaatregel ex artikel 36f van het Wetboek van Strafrecht wordt opgelegd tot dit bedrag, bij gebreke van betaling en verhaal te vervangen door 8 dagen hechtenis. Voor het overige heeft de officier van justitie verzocht dat de benadeelde partij niet-ontvankelijk zal worden verklaard in de vordering.

De officier van justitie heeft voorts gesteld dat de vordering van de benadeelde partij L., wonende, niet ontvankelijk dient te worden verklaard in haar vordering nu gebleken is dat de geleden schade reeds is vergoed door de verzekering.

De officier van justitie heeft voorts gesteld dat de vordering van de benadeelde partij W., wonende, niet ontvankelijk dient te worden verklaard in haar vordering nu gebleken is dat de geleden schade reeds is vergoed door de verzekering.

3. De beslissing inzake het bewijs

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

De militaire kamer acht wettig en overtuigend bewezen dat verdachte het onder 1 primair, 2 en 3 tenlastegelegde heeft begaan, met dien verstande dat bewezen wordt geacht dat:

1. hij op 30 april 2003, te P, als verkeersdeelnemer, namelijk als bestuurder van een motorrijtuig (personenauto) daarmee op de weg, de Q-weg, welke weg ter plaatse bestond uit een tunnelbak en één rijbaan, welke rijbaan middels een doorgetrokken streep was verdeeld in twee rijstroken, bestemd voor het verkeer in beide richtingen, komende uit de richting X en gaande in de richting Y, zeer onoplettend, onvoorzichtig en onachtzaam - terwijl aan verdachte, door de daarvoor bevoegde autoriteit, geen geldig rijbewijs voor het besturen van motorrijtuigen van de categorie waartoe dat motorrijtuig (personenauto) behoorde, was afgegeven - met een aanzienlijk grotere snelheid dan de ter plaatse toegestane maximum snelheid van 50 km per uur, heeft gereden en naar links heeft gestuurd en naar links is uitgeweken en een doorgetrokken streep, welke zich tussen voormelde rijstroken bevond, als bedoeld in artikel 76 lid a van het Reglement verkeersregels en verkeerstekens 1990, heeft overschreden -, teneinde één of meer voor hem uit over die weg rijdende andere motorrijtuigen (personenauto's) in te halen, terwijl één of meer op dat voor dat tegemoetkomende verkeer bestemde weggedeelte, rijdende andere motorrijtuigen (Opel Vectra en/of BMW 318) dicht waren genaderd en tegen die zich op dat voor het tegemoetkomende weggedeelte zich bevindende motorrijtuigen (Opel Vectra en/of BMW 318) is gebotst, is gebotst, en is gaan draaien/tollen en over de kop is geslagen en tegen een op de rijstrook bestemd voor het verkeer komende uit de richting X en gaande in de richting Y rijdende personenauto (Audi A3) is gebotst en aldus zich zodanig heeft gedragen dat een aan verdachtes schuld te wijten verkeersongeval heeft plaatsgevonden, waardoor een ander (W. H.) zwaar lichamelijk letsel, werd toegebracht, terwijl het een ongeval betrof waardoor een ander lichamelijk letsel werd toegebracht en welk ongeval door hem, verdachte mede is veroorzaakt doordat hij, verdachte een krachtens de Wegenverkeerswet 1994 vastgestelde maximumsnelheid, te weten 50 kilometer per uur, in ernstige mate heeft overschreden;

2. hij te P op 30 april 2003 opzettelijk wederrechtelijk een motorrijtuig, (personenauto), toebehorende aan S. als bestuurder heeft gebruikt op de weg, de Q-weg;

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;

3. hij op 30 april 2003 te P als bestuurder van een motorrijtuig (personenauto) heeft gereden op de weg, Q-weg, zonder dat aan hem door de daartoe bevoegde autoriteit, als bedoeld in artikel 116 lid 1 van de Wegenverkeerswet 1994 een rijbewijs was afgegeven voor de categorie van motorrijtuigen, waartoe dat motorrijtuig behoorde;

Hetgeen verdachte onder 1 primair, 2 en 3 meer of anders is tenlastegelegd is niet bewezen. Verdachte moet daarvan worden vrijgesproken.

De beslissing dat verdachte het bewezenverklarde heeft begaan, is gegrond op de feiten en omstandigheden die in de bewijsmiddelen zijn vervat. Voor zover meer feiten bewezen zijn verklaard, worden de bewijsmiddelen alleen gebruikt voor het feit of de feiten waarop deze betrekking hebben.

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.

4. De strafbaarheid van het bewezenverklarde

Het bewezenverklarde levert op:

feit 1: "overtreding van artikel 6 van de Wegenverkeerswet 1994, terwijl het een ongeval betreft waardoor een ander zwaar lichamelijk letsel wordt toegebracht",

strafbaar gesteld bij artikel 175, eerste lid, aanhef en onder b. van de Wegenverkeerswet 1994;

feit 2: "overtreding van artikel 11 van de Wegenverkeerswet 1994",

strafbaar gesteld bij artikel 176, tweede lid, van de Wegenverkeerswet 1994;

feit 3: "overtreding van artikel 107, eerste lid, van de Wegenverkeerswet 1994"

strafbaar gesteld bij artikel 177, eerste lid, aanhef en onder a. van de Wegenverkeerswet 1994.

De feiten zijn 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 militaire kamer rekening gehouden met:

- de aard en de ernst van het bewezenverklarde 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 12 februari 2004.

De militaire kamer overweegt in het bijzonder het navolgende.

Verdachte heeft zich schuldig gemaakt aan het veroorzaken van een verkeersongeval waarbij aan het slachtoffer zwaar lichamelijk letsel is toegebracht en daarnaast grote schade aan een aantal voertuigen is ontstaan. Verdachte heeft dit alles veroorzaakt met een door hem ten behoeve van joyriding weggenomen auto, zonder in het bezit te zijn van een geldig rijbewijs. Dit zijn ernstige feiten. Door deze handelwijze heeft verdachte de verkeersveiligheid in groot gevaar gebracht. De militaire kamer heeft in haar oordeel meegewogen dat verdachte een oorverdovende stilte heeft laten bestaan voor wat betreft een gebaar naar de slachtoffers van zijn handelen.

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen oordeelt de militaire kamer dat voor de afdoening van de onderhavige zaak geen andere straf in aanmerking komt dan een militaire detentie die deels voorwaardelijk zal zijn, gecombineerd met een ontzegging van de bevoegdheid motorrijtuigen te besturen en een geldboete.

6a. De beoordeling van de civiele vordering(en), alsmede de gevorderde oplegging van de schadevergoedingsmaatregel

De benadeelde partijen hebben overeenkomstig het bepaalde in artikel 51b van het Wetboek van Strafvordering opgave gedaan van de inhoud van de vordering, strekkende tot vergoeding van geleden schade.

De vordering van E., wonende,, komt de militaire kamer niet onrechtmatig of ongegrond voor. De militaire kamer zal de vordering dan ook in haar geheel toewijzen te weten een bedrag van € 1090,16.

Voor de toewijsbare vordering geldt tevens dat de militaire kamer de schadevergoedingsmaatregel ex art. 36f van het Wetboek van Strafrecht zal toepassen en dus verdachte de verplichting zal opleggen een bedrag, gelijk aan het door de militaire kamer toe te wijzen schadebedrag, aan de Staat te betalen ten behoeve van de benadeelde partijen.

De militaire kamer zal de benadeelde partij L., wonende,, niet-ontvankelijk verklaren in de vordering omdat de door haar geleden schade reeds door de verzekering is

vergoed.

De militaire kamer zal de benadeelde partij W., wonende, niet-ontvankelijk verklaren in de vordering omdat de door hem geleden schade reeds door de verzekering is vergoed.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is, behalve de hiervoor genoemde wettelijke voorschriften, gegrond op de artikelen 10, 14a, 14b, 14c, 23, 24, 24c, 36f, 57, 62 en 91 van het Wetboek van Strafrecht, op artikel 178 van de Wegenverkeerswet 1994 en op artikel II van het Wetboek van Militair Strafrecht.

8. De beslissing

[Volgt: veroordeling wegens de feiten genoemd onder 1 primair en 2 tot militaire detentie van zes maanden waarvan een maand voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren en een ontzegging van de bevoegdheid motorrijtuigen inclusief bromfietsen te besturen voor de duur van achttien maanden en voor het feit genoemd onder 3 een geldboete van € 180,-, subsidiair 3 dagen hechtenis. Daarnaast vergoeding van de schade aan E groot € 1090,16 en tevens voor dat bedrag oplegging van de schadevergoedingsmaatregel, subsidiair 21 dagen hechtenis. -Red.]

NASCHRIFT

Ook het gedrag van een verdachte ná het begaan van een strafbaar feit kan meewegen bij de strafoplegging. In deze zaak met verkeersslachtoffers geeft de militaire kamer te kennen dat de 'oorverdovende stilte' van de verdachte in de richting van de slachtoffers heeft meegewerkt bij de bepaling van de straf. En gezien de context zal dat zeker niet ten voordele van de verdachte zijn geweest.

J.R.G.J.

TUCHTRECHTSPRAAK

Rechtbank Arnhem

Sector Strafrecht

Militaire kamer

Uitspraak in beroep van 29 maart 2004

Voorzitter: Mr. E.G. Smedema, rechter: Mr. A.G. van Doorn, militair lid: Luitenant-kolonel Mr. A.M. van Gorp.

De ziek-thuis-regeling KL en de ongeoorloofde afwezigheid

a. Voor de afdoening door de commandant van een langere ongeoorloofde afwezigheid dan vier dagen is toestemming van de officier van justitie vereist.

b. Een beklagschrift dient te worden ingediend bij de commandant.

c. Na de zeven dagen bereikbaarheidsplicht bij een ziekmelding volgens IK 2-50, 2e druk, hoeft de zieke zich slechts te houden aan de verplichtingen die hem uitdrukkelijk zijn opgelegd.

d. Slechts niet voldoen aan verplichtingen opgelegd bij algemene maatregel van (rijks)bestuur of vastgesteld door de minister kunnen als ongeoorloofde afwezigheid worden aangemerkt.

e. De militaire kamer kan ook een tuchtrechtelijk beroep behandelen en afdoen buiten aanwezigheid van de gestrafte.

f. 'Op grondslag van de beschuldiging' geldt ook voor het onderzoek door de militaire kamer in beroep.

(Art. 7, 18, 79, 80a, 88 WMT en 96, 114 WvMS)

UITSPRAAK

van de meervoudige militaire kamer van de rechtbank Arnhem, op het beroep van: S., sergeant, rnr:, wonende te Y,straat ..., - hierna aangeduid als gestrafte - waarbij de hierna te noemen uitspraak wordt bestreden.

Verloop van de procedure

Aan gestrafte werd op 24 september 2003 een beschuldiging uitgereikt, luidend:

"gedurende ongeveer 4 dagen ongeoorloofd afwezig geweest door niet bereikbaar te zijn op het opgegeven ziek thuis-adres. 1^e poging tot contact op 8 september 2003 te 10.00 uur, 1^e maal contact op 12 september 2003 te 10.30 uur",

met vermelding van de artikelen 7 en 18 van de Wet militair tuchtrecht juncto IK 2-50, 2^e druk.

Het onderzoek in eerste aanleg vond plaats op 24 september 2003.

Op 24 september 2003 werd gestrafte door majoor X. van ...Cie ... brig, wegens schending van de gedragsregel van de artikelen 7 en 18 van de Wet militair tuchtrecht, juncto IK 2-50, 2e druk, gestraft met een berisping op grond van de bewezen gedraging welke luidt als volgt:

"In strijd met de IK-2-50 2' druk niet bereikbaar geweest voor zijn commandant tijdens een ziek thuis-periode. Hierdoor gedurende 4 dagen en een halfuur, namelijk van 8 september 2003 10.00 uur tot 12 september 10.30 uur, ongeoorloofd afwezig geweest.",

en werd op die dag de uitspraak aan hem uitgereikt.

Gestrafte heeft tijdig, namelijk op 26 september 2003 een beklagschrift ingediend bij de beklagmeerdere.

Het beklag is op 22 oktober 2003 behandeld. De beklagmeerdere heeft op 23 oktober 2003 de beslissing op beklag genomen. Deze beslissing houdt in dat de bestreden beslissing wordt bevestigd. De uitspraak op beklag is aan gestrafte uitgereikt op 23 oktober 2003.

Gestrafte is in beroep gegaan tegen deze uitspraak op beklag door indiening van een beroepschrift op 27 oktober 2003. 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 ontvangen op 6 november 2003.

Gestrafte stelt in zijn beroepschrift onder andere, zakelijk weergegeven:

Belanghebbende heeft zich zijns inziens op de juiste wijze "ziek thuis" gemeld. Op 28 augustus 2003 heeft belanghebbende een arts bezocht op het gezondheidscentrum van de kazerne, in de periode volgend op dit bezoek heeft belanghebbende zoals vermeld in de Regeling Sociaal Medische begeleiding bij ziekteverzuim militair personeel Koninklijke landmacht en de IK-2-50 gehandeld. Hij is dus de eerste zeven dagen volgend op de dag dat hij gemeld heeft dat hij niet in staat is tot dienstverrichting, van 09.00 uur tot 17.00 uur voor zijn commandant, onderdeelarts en de sociaal medisch begeleider c.q. bedrijfsarts van de Arbodienst KL bereikbaar geweest op het door hem opgegeven adres.

Daarnaast is het nog zo dat de arts van het gezondheidscentrum belanghebbende naar huis heeft gestuurd met de mededeling dat hij zich, nadat de kuur was afgelopen, moest melden óf wanneer de medicatie door klachten moest worden verdubbeld. In dit laatste geval diende hij zich na 14 dagen te melden. Verder moest hij zich ontspannen. Zoals vermeld in de IK-2-50 zal bij verzuim langer dan zeven kalenderdagen de commandant in alle gevallen de Arbodienst KL inschakelen en sociaal medische begeleiding aanvragen. Dit is in het geheel niet gebeurd. De commandant heeft belanghebbende proberen te bereiken op 8 september 2003 en hij is langs geweest op 9 september 2003. Wanneer de commandant een bericht had achtergelaten op de voicemail van belanghebbende of een brief had achtergelaten in de brievenbus dan had belanghebbende geweten dat de commandant contact met hem zocht. Eerst nadat belanghebbende op vrijdag 12 september 2003 zelf gebeld heeft met de commandant heeft deze hem medegedeeld dat hij van mening was dat belanghebbende ongeoorloofd afwezig was. Dit bestrijdt belanghebbende ten zeerste. Allereerst heeft hij zich zoals hiervoor vermeld correct ziek gemeld. Daarnaast heeft hij voldaan aan hetgeen de arts met hem heeft afgesproken.

Op grond van het vorenstaande is belanghebbende dan ook van mening dat verweerder Item ten onrechte ongeoorloofd afwezig heeft geacht. Gelet hierop stelt belanghebbende zich op het standpunt dat zijn beklag gegrond dient te worden verklaard en het straffenformulier dient te worden vernietigd.

De zaak is in beroep onderzocht ter terechtzitting van 15 maart 2004. Hierbij is gestrafte niet verschenen, hoewel hij behoorlijk was opgeroepen. De militaire kamer heeft ex artikel 88, derde en vierde lid van de Wet Militair Tuchtrecht, de aanwezigheid van gestrafte niet noodzakelijk geacht en heeft de behandeling van de zaak aanstonds voortgezet.

De officier van justitie heeft zijn oordeel gegeven en onder meer gezegd:

Uit het dossier blijkt dat de duur van de ongeoorloofde afwezigheid langer was dan 4 dagen. Gelet op artikel 96, aanhef en onder 2" van het Wetboek van Militair Strafrecht, levert deze afwezigheidsduur een strafbaar feit op en dient de commandant voor tuchtrechtelijke afdoening toestemming te vragen aan het Openbaar Ministerie op grond van artikel 79, eerste lid van de Wet militair tuchtrecht. Dit is niet gebeurd en dus was de com-

mandant niet tot afdoening bevoegd. Vernietiging van de uitspraak dient dan ook te volgen.

De militaire kamer heeft beraadslaagd naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting in beroep. Uitgangspunt daarbij is de aan gestrafte destijds uitgereikte beschuldiging.

De motivering van de beslissing

De militaire kamer overweegt ambtshalve, mede gelet op het oordeel van de officier van justitie, als volgt:

De militaire kamer gaat bij haar oordeel uit van de aan de beschuldiging in eerste aanleg ten grondslag liggende feiten en omstandigheden.

Uit het onderzoek is gebleken dat van gestrafte (die in Seedorf (BRD) was gelegerd) een verblijfadres in Zeven (BRD) bekend was, terwijl gestrafte zich een paar dagen in Disneyland bij Parijs (Frankrijk) heeft opgehouden en die verandering van verblijfplaats niet aan zijn commandant heeft doorgegeven zoals voorgeschreven in het voorschrift IK 2-50, 2e druk onder punt 2, welke schending gestrafte evenwel niet is verweten.

Uit de feiten en omstandigheden is naar het oordeel van de militaire kamer onvoldoende gebleken dat er sprake is geweest van een situatie van ongeoorloofde afwezigheid ex artikel 7 van de Wet militair tuchtrecht. Gestrafte heeft gesteld zich op de juiste wijze ziek gemeld te hebben na zijn doktersbezoek op 28 augustus 2003. De tot straffen bevoegde meerdere betwist dit niet gezien de vermelding in de bewezen gedraging dat het ging om een situatie van ongeoorloofde afwezigheid in een ziek-thuis-periode. De tot straffen bevoegde meerdere heeft echter vervolgens pas een situatie van ongeoorloofde afwezigheid aangenomen op 8 september 2003, op grond van het niet telefonisch bereikbaar zijn van gestrafte voor de commandant. Volgens de IK 2-50, 2e druk punt 5 dient degene die ziek thuis verblijft slechts de eerste zeven dagen volgend op de ziekmelding bereikbaar te zijn voor zijn commandant op het opgegeven adres.

Na deze periode geldt deze verplichting op de door de sociaal medische begeleider of door de bedrijfsarts vastgestelde tijdstippen..

Zulks laat onverlet dat de ziek thuis verblijvende militair bereikbaar dient te zijn voor zijn commandant. Nu deze bereikbaarheid in dit concrete geval niet nader was geregeld kan niet zonder meer bij incidenteel contact zoeken door of namens de commandant geconcludeerd worden tot ongeoorloofde afwezigheid. Daarvoor is nodig dat er of nadere afspraken zijn gemaakt tussen de commandant en de militair of dat door de commandant op duidelijke wijze contactopname is verzocht, waaraan de militair vervolgens geen gehoor geeft.

Uit het telefonisch door de commandant aan de rechtbank gegeven antwoord op een hem schriftelijk gestelde vraag is gebleken dat noch door de medische begeleider, noch door de bedrijfsarts voor gestrafte is vastgesteld op welke tijdstippen hij bereikbaar diende te zijn op het door gestrafte opgegeven adres. Op grond hiervan is artikel 18 van de Wet militair tuchtrecht juncto de IK 2-50, 2e druk, punt 5 niet geschonden.

De militaire kamer acht in het vervolg daarop de verweten ongeoorloofde afwezigheid niet wettig en overtuigend bewezen.

Ten overvloede wordt overwogen, dat de tot straffen bevoegde meerdere bij constatering dat de ongeoorloofde afwezigheid langer had geduurd dan vier dagen (zie de bewezen gedraging) had moeten handelen zoals beschreven in artikel 78 WMT en dit feit niet zonder toestemming van het Openbaar ministerie - ex art. 79 lid 1 WMT - had mogen behandelen en afdoen.

Beslissing:

De militaire kamer, rechtdoende in beroep:

Vernietigt de bestreden uitspraak en spreekt gestrafte vrij van de hem verweten gedraging.

NASCHRIFT

a. Een tuchtrechtelijke beschuldiging waarin een strafbaar feit is opgenomen.

Tuchtvergrijpen die tevens een strafbaar feit opleveren kunnen slechts in de gevallen genoemd in art. 79, eerste lid, WMT en dan alleen met toestemming van het openbaar ministerie door de commandant worden afgedaan. Naast commune strafbare feiten, te weten bepaalde vormen van belediging, mishandeling, verduistering en vernieling (resp. art. 267, aanhef en onder 1° en 2°, 300, eerste lid, 310, 311, aanhef en onder 4° en 5°, 321 en 350 Sr) kunnen ook een drietal militaire delicten, te weten ongeoorloofde afwezigheid, militaire joy-riding en niet voldoen aan de regels met betrekking tot het verkeer of de scheepvaart (resp. art. 96, aanhef en onder 2° en 3°, 98, aanhef en onder 2°, 166 en 169 WvMS) met die toestemming van het openbaar ministerie tuchtrechtelijk worden afgedaan. Voor de ongeoorloofde afwezigheid is daarbij in art. 79 WMT bepaald dat die afwezigheid niet langer mag zijn dan acht dagen.

Hier heeft de commandant in zijn beschuldiging een strafbaar feit opgenomen door een ongeoorloofde afwezigheid op te nemen die langer is dan vier dagen en wel van 8 september 10.00 tot 12 september 10.30 uur. Hij acht later vier dagen en een halfuur ongeoorloofde afwezigheid bewezen en legt daarvoor straf op.

Uit de conclusie van de officier van justitie blijkt dat er geen toestemming van het openbaar ministerie is gevraagd om deze ongeoorloofde afwezigheid tuchtrechtelijk af te doen.

Ook de militaire kamer stelt in een overweging ten overvloede dat de commandant niet juist heeft gehandeld. Op deze grond alleen al had de militaire kamer, zoals de officier van justitie al stelde, tot vernietiging kunnen overgaan.

In deze zaak blijkt uit de in de beschuldiging opgenomen periode duidelijk dat het om meer dan vier dagen gaat, maar een opsteller van een beschuldiging waarin ongeoorloofde afwezigheid wordt verweten, moet goed uitkijken dat hij niet door gebruik van andere woorden ongewild een strafbaar feit opneemt.

Zo kunnen beschuldigingen die beginnen met:

- ongeveer 4 dagen ongeoorloofd afwezig geweest door
- circa vier dagen ongeoorloofd afwezig geweest, aangezien ...
- plusminus 4 dagen ongeoorloofd afwezig geweest.
- ± 4 dagen ongeoorloofd afwezig geweest;

tevens een strafrechtelijke ongeoorloofde afwezigheid bevatten van meer dan vier dagen omdat 'ongeveer', 'circa', 'plusminus' en '±' ook kunnen wijzen op net iets meer dan vier dagen.

b. Indienen van een beklagschrift

De termijnen leveren in deze tuchprocedure geen probleem op. Alleen stelt de militaire kamer vast dat het beklagschrift tijdig bij de beklagmeerdere is ingediend. Mogelijk is dit een verschrijving want bepalend voor de tijdige indiening is het moment waarop de gestrafte het beklagschrift bij de commandant indient (art. 80b, eerste lid, WMT).

c. De verplichtingen bij ziek thuis zijn.

De gestrafte stelt dat hij gedurende de eerste zeven dagen volgend op de ziekmelding

thuis bereikbaar is geweest. Dat is na een ziekmelding op 28 augustus dus in de periode van 29 augustus tot en 4 september 2003. Verder geeft hij aan welke afspraken de arts met hem heeft gemaakt.

De militaire kamer stelt ook vast dat de verplichting om voor de commandant bereikbaar te zijn zonder dat er nadere afspraken zijn gemaakt op grond van de IK 2-50, 2e druk, slechts geldt voor de periode van zeven dagen na de dag van de ziekmelding. Na die periode gelden verplichtingen die door de arts of sociaal medische begeleider zijn opgelegd.

Nu voor de periode na die zeven dagen in deze zaak geen verplichtingen aan de zieke militair zijn opgelegd, kan niet gezegd worden dat hij ongeoorloofd afwezig is als hij een telefoontje van zijn commandant niet opneemt of als de commandant aan de deur komt en hem niet thuis treft.

d. Kwalificatie

Een vraag die in het midden blijft is (als er een tuchtvergrijp zou zijn gepleegd) of er hier sprake zou zijn geweest van ongeoorloofde afwezigheid of van schending van een dienstvoorschrift.

De commandant heeft bij zijn strafoplegging zowel art. 7 als art. 18 WMT vermeld en gaat er dus van uit dat ook sprake was van een ongeoorloofde afwezigheid.

Ervan uitgaande dat de IK 2-50, 2e druk, een dienstvoorschrift is (zie art. 135 WvMS voor de eisen daarvan) zou in ieder geval dan wel sprake zijn geweest van schending van een dienstvoorschrift (art. 18 WMT).

Maar om bij schending van regelingen bij dienstverhinderings tot een ongeoorloofde afwezigheid te kunnen komen moeten die regelingen wel bij algemene maatregel van (rijks)bestuur of door de Minister van Defensie zijn vastgesteld. Slechts dan levert een schending van die regelingen tevens een ongeoorloofde afwezigheid op (zie art. 114, derde lid, WvMS).

e. Tuchtrechtelijk 'verstek' ?

De militaire kamer stelt in deze zaak vast dat de gestrajie goed is opgeroepen voor de zitting, maar dat hij niet is verschenen. Art. 88, derde lid, WMT bepaalt dat in dat geval een tweede oproep moet uitgaan als de militaire kamer de aanwezigheid van de gestrafte bij de behandeling van het beroep nodig vindt. Die noodzaak van aanwezigheid is volgens de militaire kamer niet aanwezig en het onderzoek wordt voortgezet.

Pas als in het andere geval na die tweede oproep de gestrafte weer niet verschijnt, kan de militaire kamer een beroep vervallen verklaren. De beslissing die in beklag werd genomen, is dan definitief.

f. Het onderzoek door de militaire kamer wordt gehouden op grondslag van de beschuldiging.

De militaire kamer stelt vast dat de gestrafte zich niet heeft gehouden aan een verplichting die ook in de IK 2-50, 2e druk, is opgenomen, te weten het opgeven aan de commandant van een verandering van de verblijfplaats. De gestrafte was naar Disneyland gegaan en had dit niet gemeld. Wat de militaire kamer echter ook allemaal aan tuchtvergrijpen constateert, het onderzoek wordt begrensd door het verwijt of de verwijten die in de beschuldiging (in eerste aanleg) zijn opgenomen (zie art. 93, vierde lid, WMT). En het niet doorgeven van de nieuwe verblijfplaats was niet in de beschuldiging opgenomen, dus blijft het slechts bij die constatering.

J.R.G.J.

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak 18 maart 2004

0211887 MAW

Voorzitter: mr. H.A.A.G. Vermeulen; *leden:* mr. J.H. van Kreveld en mr. A.W.M. Bijloos

Te snelle diensthervatting

Een vrouwelijke soldaat van de Koninklijke Landmacht werd vrij snel na haar opkomst in het najaar van 1995 geteisterd door rugpijn. Na behandelingen bij het onderdeel en enige mutaties onderging zij in februari 1996 een herniaoperatie. In april van dat jaar hervatte zij haar dienst voor hele dagen in het zogenoemde remedial peloton; in mei nam zij deel aan een oefening in het zogeheten ACB-dorp. Vervolgens kwamen de rugklachten terug en deed zij nog slechts korte tijd voor halve dagen dienst. In 1999 werd zij uit hoofde van een ziekte of gebrek ontslagen (Algemeen militair ambtenarenreglement artikel 39, tweede lid, aanhef en onder f).

In 1999 stelde zij de Staatssecretaris van Defensie aansprakelijk voor het ontstaan en verergeren van haar medische klachten en verzocht zij om vergoeding van de nog nader vast te stellen schade. Dit verzoek werd ook na een ingediend bezwaarschrift afgewezen. Het beroep hiertegen werd door de rechtbank S-Gravenhage ongegrond verklaard.

De Centrale Raad van Beroep is tot een ander oordeel gekomen; de Raad heeft de uitspraak van de rechtbank vernietigd. Hij hecht met name betekenis aan het oordeel van de neurochirurg uit het Centraal Militair Hospitaal dat het onjuist is geweest betrokkene in april 1996 de dienst voor hele dagen te laten hervatten, ook in de setting van het remedial peloton, en dat het ook onjuist is geweest haar op 9 mei 1996 te laten deelnemen aan de oefening in het ACB-dorp, die zelfs meer dan een hele werkdag duurde.

De Raad concludeert vervolgens dat er sprake is van een aan de Staatssecretaris toe te rekenen communicatiefout en een in het licht daarvan onterecht gegeven opdracht aan betrokkene tot hervatting van de dienst voor hele dagen in april 1996 en tot deelname aan de oefening in het ACB-dorp.

Schadevergoeding

UITSPRAAK

in het geding tussen: [appellante], wonende te [woonplaats], appellante, en de Staatssecretaris van Defensie, gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Namens appellante is op de daartoe bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 12 februari 2002, nr. 0112074 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 12 februari 2004, waar appellante in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. P. Reitsma, advocaat te Harderwijk, en waar gedaagde zich heeft laten vertegenwoordigen door mr. C.J. Gijzen, 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 en omstandigheden.

1.1. Blijkens proces-verbaal van 23 oktober 1995 heeft appellante, kort na haar opkomst als beroepssoldaat, na het doen van een grondoefening tijdens velddienst op een bivakterrein een stekende pijn in haar rug gevoeld. Door een gewondenverzorger is de rug ingesmeerd met een soort tijgerbalsem. Vervolgens heeft appellante een tentje opgezet, waarbij de rug "verder opspeelde".

De volgende ochtend heeft een militaire arts appellante op het bivak onderzocht en haar naar de kazerne gestuurd voor nader onderzoek, hetgeen resulteerde in bedrust. Er was sprake van lumbago met radiculaire uitstraling.

1.2. Nadat appellante in de eerste week van oktober 1995 weer dienst had gedaan met een zogenoemde mutatie voor sport, marsen, exercitie en velddienst (mutatie SMEV), heeft zij zich na een mars op 10 oktober 1995 weer met klachten gemeld. Zij kreeg opnieuw de mutatie SMEV.

Vervolgens is zij nader onderzocht en behandeld en is de diagnose hernia vastgesteld.

1.3. Bij besluit van 19 december 1995 is het appellante op 26 september 1995 overkomen ongeval aangemerkt als dienstongeval.

1.4. Na een goed verlopen hernia-operatie in het Centraal militair hospitaal (CMH) op 8 februari 1996 heeft appellante op 1 april 1996 haar dienst voor hele dagen moeten hervatten. Ze werd geplaatst bij het zogenoemde remedial peloton. Al spoedig ondervond appellante weer last van benen en rug en volgde een mutatie 'vrijgesteld van rugbelasting'. Op 1 mei 1996 werd op doktersvoorschrift een plank onder haar matras gelegd. Nadat appellante op 7 mei 1996 een consult had gehad bij haar onderdeelarts R. Alsema moest zij op 9 mei 1996 de gehele dag en een deel van de avond deelnemen aan een oefening in het zogeheten ACB-dorp. De dag erna was ze niet in staat uit bed te komen en vervolgens is zij weer onderzocht en behandeld, onder meer in het Militair Revalidatie Centrum te Doorn. Nadat appellante nog kort is teruggekeerd voor halve dagen dienst heeft gedaan, is zij uiteindelijk onderworpen aan een militair geneeskundig onderzoek dat heeft geresulteerd in een ontslag uit hoofde van een ziekte of gebrek, zulks met toepassing van artikel 39, tweede lid, onder f, van het Algemeen militair ambtenarenreglement, met ingang van 25 juli 1999.

1.5. Op 12 mei 1999 heeft appellante gedaagde aansprakelijk gesteld voor het ontstaan en verergeren van haar medische klachten en heeft zij om vergoeding gevraagd van de, nog nader vast te stellen, schade.

1.6. Bij primair besluit van 16 augustus 1999 is het verzoek om schadevergoeding afgewezen, welke afwijzing na bezwaar is gehandhaafd bij bestreden besluit van 1 mei 2001.

2. De rechtbank heeft het tegen het bestreden besluit ingestelde beroep ongegrond verklaard. Zij heeft geoordeeld dat bij de door appellante aan haar verzoek ten grondslag gelegde voorvallen van 26 september 1995 en 9 mei 1996 geen sprake is geweest van een verwijtbaar tekortschietende zorg van gedaagde jegens appellante. De rechtbank heeft zich hierbij gericht naar de uitspraak van de Raad van 22 juni 2000, TAR 2000, 112. Omdat voorts naar het oordeel van de rechtbank gedragingen van door appellante genoemde ondergeschikten van gedaagde niet tot het ontstaan of het verergeren van medische klachten van appellante hebben bijgedragen, leidt ook toetsing van het bestreden besluit aan de in de uitspraak van de Raad van 25 oktober 2001, TAR 2002, 21, vervatte norm niet tot een vernietiging van dat besluit.

3. Namens appellante is gesteld dat gedaagde op meerdere momenten niet heeft voldaan

aan zijn (zorg)verplichtingen.

Met een beroep op het rapport van de door haar geraadpleegde deskundige drs. R. Westerweel betoogt appellante dat zij op 26 september 1995 onmiddellijk uit de oefening gehaald had moeten worden voor raadpleging van een arts. Voorts had zij op 10 oktober 1995 niet zonder voorafgaand medisch onderzoek aan de mars mogen deelnemen. Met betrekking tot april/mei 1996 heeft appellante benadrukt dat zij ten onrechte gedwongen is geweest, zonder de mogelijkheid van rust, voor hele dagen te hervatten. Gewezen is op twee brieven van de neurochirurg van het CMH dr. J.W. Berkelbach van de Sprenkel waaruit blijkt dat appellante "door een fout in de communicatie" direct maximaal is ingezet. De neuroloog heeft de verklaring over deze fout vervolgd met de mededeling: "Dit heeft er toe geleid dat ze opnieuw een pseudoradiculair beeld ontwikkelde met uitstraling in de benen." Daarmee is volgens appellante de causale relatie alsmede de fout en het onzorgvuldig handelen een gegeven. Het moet voor risico van gedaagde blijven dat een deel van het medisch dossier zoek is en mocht twijfel bestaan dan dient onder deze omstandigheden te worden aangenomen dat appellante tengevolge van de miscommunicatie schade heeft opgelopen.

4. Namens gedaagde is betoogd dat bij geen van de vier in geding zijnde meetmomenten sprake is geweest van aan gedaagde verwijtbaar onzorgvuldig handelen.

Ten aanzien van het dienstongeval van 26 september 1995 is gewezen op de door appellante kenbaar gemaakte klachten, die bepaald niet te duiden waren als herniaklachten. Met betrekking tot de mars van 10 oktober 1995 is gewezen op de eigen verantwoordelijkheid van de militair voor het verkrijgen of verlengen van een mutatie SMEV. Betwist wordt dat appellante in april 1996 direct maximaal is ingezet. Zij is niet opnieuw gewoon in de opleiding teruggeplaatst, maar juist onder toezicht van (para)medici in een speciaal programma in het remedial peloton geplaatst. De brief van de neurochirurg en het vermeende causale verband komen daarmee in een heel ander daglicht te staan, aldus gedaagde.

De deelname aan het ACB-dorp in mei 1996 vergde geen rugbelastende werkzaamheden, zodat ook hier niet van schending van zorgplicht of onrechtmatig handelen gesproken kan worden.

5. De Raad overweegt als volgt

5.1. Hij stelt voorop dat de rechtbank bij de toetsing van het hier aan de orde zijnde zui-vere schadebesluit de juiste normen heeft gehanteerd. De Raad volstaat met verwijzing naar zijn beide onder 2. vermelde uitspraken.

5.2. De Raad kan de rechtbanken gedaagde volgen in hun standpunten over het gebeuren op 26 september 1995. Uitgaande van de gegevens die in het proces-verbaal zijn vermeld, is ook de Raad van oordeel dat de door appellante geuite rugklachten niet zodanig waren dat het de gewondenverzorger of het aanwezige kader verweten kan worden dat zij appellante niet onmiddellijk hebben doorverwezen naar een arts en haar hebben laten meedoen aan de oefening. Ook de in het dossier aanwezige dagboekantekeningen van appellante werpen geen wezenlijk ander licht op die feiten. Een ongeoorloofde druk of dwang om aan het bivak te blijven deelnemen terwijl duidelijk zou zijn dat de gezondheidstoestand die deelname niet toeliet, is niet aannemelijk gemaakt.

De afwijzing van het verzoek om schade te vergoeden die een gevolg is van de gebeurtenis op 26 september 1995, houdt daarom stand.

5.3. De Raad kan gedaagde eveneens volgen in zijn opvatting dat het op de weg van appellante had gelegen ten aanzien van de mars op 10 oktober 1995 zelf de nodige actie te ondernemen. Vastgesteld moet worden dat appellante niet naar een arts is gegaan en zich

evenmin heeft beklagd over de opdracht tot deelname aan die mars. Er is hier geen sprake van onzorgvuldig of anderszins verwijtbaar handelen aan de zijde van gedaagde, zodat ook in zoverre de afwijzing door gedaagde van het verzoek om schadevergoeding standhoudt.

5.4.1. Aan gedaagde kan naar het oordeel van de Raad wel worden verweten dat niet voldoende zorgvuldig is gehandeld bij de opdracht aan appellante tot hervatting in april 1996 en bij de opdracht aan haar om op 9 mei 1996 deel te nemen aan de oefening in het ACB-dorp.

5.4.2. De Raad stelt vast dat de neurochirurg dr. Berkelbach van de Sprenkel in de onder 3. vermelde verklaring duidelijk is over een communicatiefout aan de zijde van gedaagde en dat deze arts tussen die fout en de klachten van appellante betreffende een pseudoradiculair beeld met uitstraling in de benen, causaal verband ziet. Ten aanzien van een eventueel opnieuw hervatten stelt de neurochirurg dat hij te allen tijde adviseert dat zij met halve dagen begint en niet meteen totaal. De Raad ziet in deze formuleringen van de deskundige van gedaagde een duidelijk aanknopingspunt voor het oordeel dat het onjuist is geweest appellante in april 1996 voor hele dagen te laten hervatten, ook in de setting van het remedial peloton, en dat het ook onjuist is geweest appellante op 9 mei 1996 te laten deelnemen aan de oefening in het ACB-dorp, die zelfs meer dan een hele werkdag duurde.

5.4.3. Hetgeen de toenmalige onderdeelarts Alsema over de medische consulten van appellante in zijn brief van 8 juni 2000 heeft verklaard, kan hieraan niet afdoen. Deze stelt weliswaar dat hij aan de gegevens in het GDBK-computersysteem - de zogenoemde groene kaart en andere bewijsstukken zijn onvindbaar gebleven - over het consult van 7 mei 1996 ontleent dat appellante toen als hoofdklacht keelklachten had, maar hij vermeldt uit dat systeem, naast de diagnose pharyngitis, voorts: "Tevens geringe paraesthesieën linkerbeen; tevens uitslag neurologie-consult besproken: pseudoradiculair syndroom bij status HNP L4-5 operatie. Verwijzing MRC Doorn voor verdere revalidatie (consult door ondergetekende)". Dit geeft steun aan de verklaring van de neurochirurg.

Aan laatstbedoelde verklaring wordt ook niet afgedaan door de omstandigheid dat de medisch adviseur van gedaagde H.A.J. Smink zich heeft afgevraagd "of dit zo genomen moet worden dat betrokkene meteen aan zodanig zware lichamelijke belasting is blootgesteld dat dit wel tot klachten moest leiden". Enige onderbouwde weerlegging van de opvatting van de neurochirurg wordt door die adviseur immers niet gegeven.

5.4.4. De Raad kan aldus slechts concluderen dat er sprake is van een aan gedaagde toe te rekenen communicatiefout en een in het licht daarvan onterecht gegeven opdracht aan appellante tot hervatting voor hele dagen in april 1996 en tot deelname gedurende (meer dan) een hele dag aan de oefening in het ACB-dorp op 9 mei 1996.

6. Het vorenstaande leidt tot de slotsom dat het bestreden besluit niet in stand kan blijven. Ten onrechte is daarbij het verzoek afgewezen om schade te vergoeden die een gevolg is van de aan appellante gegeven opdracht om direct voor hele dagen te hervatten in het remedial peloton in april 1996 en van de opdracht om op 9 mei 1996 deel te nemen aan het ACB-dorp. Het bestreden besluit en de aangevallen uitspraak moeten worden vernietigd. Gedaagde zal een nieuwe beslissing op bezwaar moeten nemen met inachtneming van hetgeen de Raad heeft overwogen.

7. De Raad acht termen aanwezig gedaagde te veroordelen in de proceskosten van appellante in eerste aanleg tot een bedrag van € 9,96 aan reiskosten en van € 644,- aan kosten van juridische bijstand, van € 15,66 aan reiskosten en van € 644,- aan kosten van juridische bijstand in hoger beroep en van € 284,05 aan kosten van het ten behoeve van haar opgestelde rapport door drs. R. Westerweel, in totaal € 1.597,67.

III. Beslissing

CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het beroep tegen het bestreden besluit van 1 mei 2001 gegrond en vernietigt dat besluit;

Bepaalt dat gedaagde een nieuw besluit op bezwaar neemt met inachtneming van de uitspraak van de Raad;

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appellante in eerste aanleg en in hoger beroep tot een bedrag van in totaal € 1.597,67, te betalen door de Staat der Nederlanden aan de griffier van de Raad;

Bepaalt dat de Staat der Nederlanden aan appellante het door haar in eerste aanleg en in hoger beroep betaalde griffierecht van in totaal E 267,10 vergoedt.

Centrale Raad van Beroep
Uitspraak van 2 april 2004
0315351-5353-6125-6126MAW

Voorzitter: Mr. J.C.F. Talman; leden: Mr. T. Hoogenboom en Mr. W. van den Brink.

Het ingetrokken aanstellingsbesluit

Een sollicitant ontving op 16 april 2003 van de Staatssecretaris van Defensie de schriftelijke mededeling dat hij met ingang van 4 augustus 2003 als beroepsmilitair werd aangesteld (in de stand van soldaat der 3e klasse). Enkele maanden later berichtte de staatssecretaris hem dat hij het voornemen tot aanstelling introk: de in het regeerakkoord aan Defensie opgelegde bezuinigingen noopten hiertoe. Toen de sollicitant tegen dit tegen dit besluit bezwaar maakte, verklaarde de staatssecretaris het bezwaarschrift niet-ontvankelijk: tegen een besluit tot aanstelling kon geen beroep worden ingesteld, tenzij het beroep werd ingesteld door een ambtenaar als zodanig. De voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage verklaarde het tegen deze niet-ontvankelijkverklaring gerichte beroep gegrond: verzoeker moest vanaf 16 april 2003 te worden aangemerkt als militair ambtenaar. Tevens stelde de voorzieningenrechter dat voorshands onvoldoende was aangetoond dat de voorgenomen bezuinigingen noodzaakten tot intrekking van het aanstellingsbesluit. Ook diende naar het oordeel van de voorzieningenrechter intrekking, indien geoorloofd, gepaard te gaan met een schadevergoeding. Ter uitvoering van deze uitspraak nam de staatssecretaris op 5 december 2003 een nieuwe beslissing op bezwaar: de intrekking van het aanstellingsbesluit bleef gehandhaafd; aan de sollicitant (hierna: gedaagde) werd echter een schadevergoeding toegekend ter grootte van een maandsalaris van een soldaat der 3e klasse. Tevens stelde de staatssecretaris (hierna: appellant) hoger beroep in. Zoals hieronder valt te lezen bevestigt de Centrale Raad van Beroep de aangevallen uitspraak en verklaart het beroep van gedaagde, dat werd geacht gericht te zijn tegen het (nieuwe) besluit van 5 december 2003, ongegrond.

(Art. 8:4 onder d Awb)

UITSPRAAK

in het geding tussen de Staatssecretaris van Defensie, appellant, en G., wonende te W., gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Namens appellant is op daartoe bij beroepsschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de onder toepassing van artikel 8:86 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gegeven uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage van 22 september 2003, nrs. AWB 0313280 en 3281, alsmede 0313713 MAWKLU, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Ter uitvoering van de aangevallen uitspraak heeft appellant op 5 december 2003 een nieuwe beslissing op bezwaar genomen. Gedaagde heeft zijn reactie op dit besluit gegeven, waarop appellant weer heeft gereageerd.

Het onderhavige geding is behandeld ter zitting van 20 februari 2004, waar appellant zich heeft laten vertegenwoordigen door mr. S. van Waegeningh, advocaat te 's-Gravenhage, en mr. J.W. Selles, werkzaam bij het Ministerie van Defensie. Gedaagde is in per-

soon verschenen, bijgestaan door mr. M.J. de Haas, werkzaam bij VBM/NOV.

II. Motivering

1. Bij zijn oordeelsvorming gaat de Raad uit van de volgende feiten en omstandigheden.

1.1. Bij brief van 16 april 2003 heeft appellante gedaagde meegedeeld dat hij met ingang van 4 augustus 2003 aangesteld wordt als beroepsmilitair voor bepaalde tijd (BBT) bij de Koninklijke Luchtmacht. Gedaagde was bestemd voor de functie van korporaal geneeskundige verzorging. Deze aanstelling geschiedde in de stand van soldaat der derde klasse, met een proeftijd van zes maanden.

1.2. Bij brief van 7 juli 2003, gewijzigd bij brief van 9 juli 2003 (tezamen hierna aangeduid als: het intrekingsbesluit) heeft appellante gedaagde meegedeeld dat hij het voornemen intrekt gedaagde per 4 augustus 2003 aan te stellen als militair bij de Koninklijke Luchtmacht. Daarbij heeft appellante overwogen dat in het nieuwe regeerakkoord aan Defensie ingrijpende bezuinigingen zijn opgelegd, dat de omvang daarvan zo groot is dat op personeelsgebied drastische maatregelen moeten worden genomen, dat het heel moeilijk zal zijn om gedwongen ontslagen te voorkomen en dat, om het aantal personeelsleden in de organisatie te verkleinen, de instroom van nieuw personeel sterk wordt teruggedrongen.

1.3. Het tegen het intrekingsbesluit ingediende bezwaarschrift is bij beslissing op bezwaar van 18 augustus 2003 kennelijk niet-ontvankelijk verklaard. De niet-ontvankelijkverklaring is hierop gebaseerd dat ingevolge artikel 8:4, aanhef en onder d, van de Awb geen beroep kan worden ingesteld en bezwaar kan worden gemaakt tegen een besluit tot aanstelling, tenzij beroep wordt ingesteld door een ambtenaar als bedoeld in artikel 1 van de Ambtenarenwet (AW) als zodanig. Volgens appellante kan gedaagde niet worden aangemerkt als een ambtenaar als bedoeld in artikel 1 van de AW, zodat hij geen bezwaar kan indienen tegen het intrekingsbesluit.

2. De voorzieningenrechter heeft het tegen het bestreden besluit gericht beroep gegrond verklaard, dat besluit vernietigd, bepaald dat appellante met inachtneming van zijn uitspraak een nieuwe beslissing op bezwaar neemt, het door gedaagde gedane verzoek om een voorlopige voorziening afgewezen en beslissingen gegeven over de proceskosten en het griffierecht.

2.1. Daarbij heeft de voorzieningenrechter overwogen dat gedaagde reeds op 16 april 2003 is aangesteld in militaire openbare dienst, met het oogmerk om vanaf 4 augustus 2003 werkzaam te zijn bij de Luchtmacht. Gelet hierop dient gedaagde naar het oordeel van de voorzieningenrechter te worden aangemerkt als een militaire ambtenaar in de zin van artikel 1 van de Militaire Ambtenarenwet. Gedaagdes bezwaar is dan ook ten onrechte met toepassing van artikel 8:4, aanhef en onder d, van de Awb niet-ontvankelijk verklaard door appellante. Om die reden is het beroep van gedaagde gegrond verklaard. Met het oog op de nieuwe beslissing die appellante zal moeten nemen heeft de voorzieningenrechter overwogen dat voorshands onvoldoende is aangetoond dat de voorgenomen bezuinigingen zonder meer noodzaken tot het terugkomen van het onderhavige aanstellingsbesluit. Daarnaast heeft de voorzieningenrechter opgemerkt dat toepassing van algemene beginselen van behoorlijk bestuur met zich kan brengen dat, voorzover appellante bevoegd zou zijn de aanstelling van gedaagde in te trekken, dit naar zijn voorlopig oordeel gepaard dient te gaan met schadevergoeding.

3. Appellante handhaaft in hoger beroep zijn standpunt dat gedaagde in zijn bezwaar terecht niet-ontvankelijk is verklaard. Gedaagde bepleit bevestiging van de aangevallen uitspraak.

4. Naar aanleiding van hetgeen partijen in hoger beroep naar voren hebben gebracht

overweegt de Raad het volgende.

4.1.1. De Raad staat allereerst voor de vraag of hij van het onderhavige hoger beroep kennis kan nemen.

4.1.2. Ingevolge artikel 18, eerste lid, aanhef en onder a, van de Beroepswet kunnen een belanghebbende en het bestuursorgaan bij de Raad hoger beroep instellen tegen, voorzover hier van belang, een uitspraak van de rechtbank inzake een besluit of een andere handeling van een bestuursorgaan waarbij een ambtenaar als bedoeld in artikel 1 van de AW als zodanig, zijn nagelaten betrekkingen of rechtverkrijgenden belanghebbende zijn. De strekking van bedoelde bepaling is om de Raad rechtsmacht toe te kennen terzake van besluiten gegeven in het kader van een ambtelijke rechtsverhouding. Van zo'n besluit is in dit geval sprake, nu het hier gaat om de intrekking van een besluit waarbij gedaagde per een in de toekomst gelegen datum werd aangesteld als militair ambtenaar. De Raad is dan ook van oordeel dat hij bevoegd is om van het onderhavige geschil kennis te nemen.

4.2. Het betoog van appellant dat de beslissing, vervat in het intrekkingbesluit, gelijk moet worden gesteld met een weigering een aanstelling te verlenen, en dat gedaagde dus ingevolge artikel 8:4, aanhef en onder d, eerste zinsnede, van de Awb geen bezwaar kon instellen tegen het intrekkingbesluit faalt reeds omdat deze besluiten wezenlijk van elkaar verschillen. Door de weigering een aanstelling te verlenen weigert het bestuursorgaan immers een bepaalde nog niet bestaande (ambtelijke) rechtsverhouding in het leven te roepen, terwijl door het intrekkingbesluit een bepaalde reeds bestaande rechtsverhouding teniet wordt gedaan.

4.3. Partijen worden voorts inhoudelijk verdeeld gehouden door de stellige overwegingen in de aangevallen uitspraak met betrekking tot de vraag of de voorgenomen bezuinigingen al dan niet noodzaken tot intrekking van het onderhavige aanstellingsbesluit.

4.3.1. Daaromtrent overweegt de Raad dat gedaagde op grond van het aanstellingsbesluit van 16 april 2003 er aanspraak op mocht maken met ingang van 4 augustus 2003 als militair ambtenaar zijn werkzaamheden te mogen aanvangen. Niettemin kunnen zich zodanige bijzondere omstandigheden voordoen dat het belang van appellant zich niet langer verdraagt met de effectuering van die aanstelling. De rechter heeft in zo'n geval te beoordelen of de grond waarop appellant die omstandigheden aanwezig acht deugdelijk is en of appellant overigens in redelijkheid niet tot het besluit heeft kunnen komen de aanstelling in te trekken.

4.3.2. Met appellant is de Raad van oordeel dat reeds ten tijde van het nemen van het intrekkingbesluit sprake was van voldoende concrete noodzaak tot bezuinigingen.

Appellant heeft in zijn brief van 30 juni 2003 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer uiteengezet dat, onder meer in verband met het kort daarvoor afgesloten Hoofdlijnen-accord, een personeelsreductie binnen Defensie van 9600 functies nodig was. Enig voorbehoud is daarbij niet gemaakt. Daarmee was duidelijk dat er een personeelsreductie zou plaatsvinden van een zodanige omvang dat gedwongen ontslagen op grote schaal niet zouden kunnen uitblijven.

4.3.3. Door een aanstelling van een nieuw aangetrokken militair ambtenaar niet te laten doorgaan, werd ruimte gecreëerd voor toekomstige herplaatsing van een militair ambtenaar die reeds werkzaam was binnen het Ministerie van Defensie, waardoor gedwongen ontslag werd voorkomen. Daarbij heeft appellant erop gewezen dat de functie van gedaagde - korporaal geneeskundige verzorging - een functie is die zich leent als uitwisselbare functie voor al zittend personeel, nu het een functie betreft waarvoor slechts beperkte medische kennis is vereist.

4.3.4. De Raad kan het hiervoor uiteengezette beleid niet onaanvaardbaar achten. De

Raad is dan ook, anders dan de voorzieningenrechter, van oordeel dat appelland zich op het standpunt kon stellen dat vanwege de beoogde bezuinigingen op het terrein van Defensie sprake was van zodanige bijzondere omstandigheden dat er een noodzaak bestond gedaagdes aanstelling in te trekken.

4.4. Dit neemt evenwel niet weg dat, zoals de voorzieningenrechter terecht als zijn oordeel heeft gegeven, een intrekkingbesluit als hier aan de orde alleen dan geoorloofd is, indien betrokkene het ten gevolge van de intrekking van de aanstelling ontstane nadeel krijgt vergoed in zoverre dit niet of niet geheel te zijnen laste behoort te blijven. Appellant heeft dit inmiddels onderkend en bij de nieuwe beslissing op bezwaar een bedrag toegekend ter grootte van een maandsalaris van een soldaat derde klasse.

5.1. De Raad stelt vast dat het geding in hoger beroep zich op de voet van artikel 6:19 van de Awb mede uitstrekt tot het ter uitvoering van de aangevallen uitspraak gegeven nadere besluit van 5 december 2003.

5.2. In dit besluit is allereerst de grondslag voor het intrekkingbesluit nader uiteengezet en is die intrekking gehandhaafd.

Verder heeft appelland ter compensatie van mogelijk geleden nadeel - volgens appelland heeft gedaagde niet geconcretiseerd waaruit de precieze omvang van de door hem gestelde schade bestaat - een bedrag toegekend ter hoogte van een maandsalaris van een soldaat derde klasse. Daarbij heeft appelland meegewogen dat gedaagde tijdens de hoorzitting heeft meegedeeld dat hij zijn werk bij het uitzendbureau had opgezegd ten behoeve van de functie waarin hij door appelland was aangesteld, maar dat hij binnen vier weken na het intrekkingbesluit reeds weer aan het werk was.

5.3. Onder verwijzing naar hetgeen de Raad hiervoor in 4.3.1. tot en met 4.4. heeft overwogen, overweegt de Raad dat het nadere besluit van 5 december 2003, waar het de handhaving van de intrekking van de aanstelling betreft, op een deugdelijke grondslag berust. De Raad wijst er hierbij nog op dat de noodzaak de aanstelling van gedaagde in te trekken alleen maar is versterkt door het gegeven dat de bezuinigingsmaatregelen ten tijde van het nemen van de nieuwe beslissing op bezwaar inmiddels zodanig waren geconcretiseerd, dat het duidelijk was dat, uitgaande van het bestaande bestand aan BBT-militairen, appelland reeds per 1 januari 2004 14,3 personen te veel zou hebben die de functie van korporaalgeneeskundige verzorging uitoefenden.

5.4. Verder acht de Raad, mede gelet op het feit dat gedaagde de gestelde door hem geleden schade niet nader heeft onderbouwd, de door appelland aan gedaagde gegeven compensatie toereikend. Onder deze omstandigheden kan de nadere beslissing op bezwaar de toetsing van de Raad doorstaan en moet het beroep van gedaagde dat geacht wordt daartegen te zijn gericht ongegrond worden verklaard.

5. In het vorenstaande vindt de Raad aanleiding appelland op grond van artikel 8:75 van de Awb te veroordelen in de proceskosten van gedaagde in hoger beroep tot een bedrag van € 805,- aan kosten van rechtsbijstand.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het beroep van gedaagde dat geacht wordt te zijn gericht tegen het besluit van 5 december 2004 ongegrond;

Veroordeelt appelland in de proceskosten van gedaagde in hoger beroep tot een bedrag van € 805,-, te betalen door de Staat der Nederlanden.

NASCHRIFT

1. Ingevolge artikel 8:4 onder d Algemene wet bestuursrecht (Awb) kan tegen een besluit tot aanstelling geen beroep worden ingesteld, tenzij het beroep wordt ingesteld door een ambtenaar als zodanig. Dit betekent dat - in geval van afwijzing van een sollicitatie - niet een niet-ambtenaar; maar wel iemand die reeds ambtenaar is beroep kan instellen, op voorwaarde dat het besluit hem treft in zijn hoedanigheid van ambtenaar: Dit laatste is bijvoorbeeld het geval indien sollicitatie past in het carrièrepatroon van de ambtenaar; of wanneer bij de ambtenaar door het bestuur bepaalde verwachtingen zijn gewekt. Zie hieromtrent bijvoorbeeld CRvB 21 oktober 1999, TAR 1999, nr. 158: 'Ambtshalve overweegt de Raad dat appelland door het primaire besluit - dat naar zijn strekking niet alleen een oordeel over de geschiktheid (of passendheid) van de functie van directeur/secretaris inhoudt, maar ook een weigering om appelland in die functie of in een andere passende of geschikte functie te benoemen - in zijn door artikel 8:4, aanhef en onder d, van de Algemene wet bestuursrecht geëiste hoedanigheid van ambtenaar is getroffen. Dat is, indien het gaat om een functie bij een andere werkgever, in het algemeen niet het geval. Nu echter het sociaal statuut beoogt de personele gevolgen van de reorganisaties die voortkomen uit de taakverschuiving naar het Regionaal Openbaar Lichaam Arnhem/Nijmegen op te vangen en steunt op afspraken met en regeling door alle betrokken werkgevers, en appelland overeenkomstig dat statuut als herschikkingskandidaat is voorgedragen, moet worden geoordeeld dat het in geding zijnde besluit in het kader van een herplaatsingsonderzoek is genomen zodat appelland niet als een (gewone) sollicitant bij dit besluit is betrokken, maar als ambtenaar: 'Zie ook CRvB 16 maart 2000, TAR 2000, nr. 63: "In zijn bovengenoemde uitspraak van 21 oktober 1999 heeft de Raad overwogen dat een ambtenaar door een weigering hem te benoemen in een functie bij een andere (overheids)werkgever dan waarbij hij als ambtenaar in dienst was, in het algemeen niet getroffen is in zijn door artikel 8:4, aanhef en onder d, van de Algemene wet bestuursrecht geëiste hoedanigheid van ambtenaar: In verband met zeer bijzondere (herplaatsings)omstandigheden achtte de Raad in het geval dat aan de orde was in die uitspraak, een uitzondering aanwezig op het algemene uitgangspunt."

2. In de zaak waarbij dit naschrift is geschreven oordeelde de voorzieningenrechter dat gedaagde reeds op 16 april 2003 was aangesteld in militaire openbare dienst, met het oogmerk om vanaf 4 augustus 2003 werkzaam te laten zijn bij de luchtmacht. Dit betekende dat hij als militair ambtenaar in de zin van de Militaire Ambtenarenwet 1931 moest worden aangemerkt. Ik deel dit standpunt van de voorzieningenrechter niet. Gedaagde was weliswaar op 16 april 2003 aangesteld, maar de aanstelling zou pas ingaan op 4 augustus 2003. Evenmin als een ontslagen ambtenaar, wiens ontslag nog niet is ingegaan, als een gewezen ambtenaar kan worden beschouwd, kan mijns inziens een niet-ambtenaar; wiens aanstelling nog niet is ingegaan, als een ambtenaar worden aangemerkt.

3. De Centrale Raad van Beroep kiest voor een andere benadering. De Raad begint met vast te stellen dat in gevallen als het onderhavige bij de Raad hoger beroep kan worden ingesteld, indien de uitspraak in eerste aanleg een besluit betreft waarbij de ambtenaar als zodanig belanghebbende is. De strekking van deze bepaling is, aldus de Raad, om rechtsmacht toe te kennen 'ter zake van besluiten gegeven in het kader van een ambtelijke rechtsverhouding'. In de onderhavige zaak was naar het oordeel van de Raad van een zodanig besluit sprake, 'nu het hier gaat om de intrekking van een besluit waarbij gedaagde per een in de toekomst gelegen datum werd aangesteld als militair ambtenaar'.

4. Ook het betoog van appelland dat de intrekking van de aanstelling gelijk diende te worden gesteld met een weigering een aanstelling te verlenen, treft naar het oordeel van

de Raad geen doel. 'Door de weigering een aanstelling te verlenen weigert het bestuursorgaan (...) een bepaalde nog niet bestaande (ambtelijke) rechtsverhouding in het leven te roepen, terwijl door het intrekkingbesluit een bepaalde reeds bestaande rechtsverhouding teniet wordt gedaan.'

5. De vraag ten slotte of de voorgenomen bezuinigingen intrekking van het onderhavige aanstellingsbesluit noodzakelijk maakten, beantwoordt de Raad bevestigend: appellant kon zich redelijkerwijs op het standpunt stellen dat vanwege de beoogde bezuinigingen sprake was van zodanige bijzondere omstandigheden dat er een noodzaak bestond gedaagdes aanstelling in te trekken. Wel is, aldus de Raad, intrekking in gevallen als het onderhavige slechts geoorloofd, 'indien betrokkene het ten gevolge van de intrekking van de aanstelling ontstane nadeel krijgt vergoed in zoverre dit niet of niet geheel te zijnen laste behoort te komen'.

G.L.C.

Commissie gelijke behandeling
Oordeel 2004-53 van 14 mei 2004

Voorzitter: Mr. E.N. Brons; leden: Mr.dr. A.C. Hendriks en Mr.dr. A.B. Terlouw

Geen onderscheid naar geslacht

Met betrekking tot een vrouwelijke burgerambtenaar van de Koninklijke Landmacht was door de Staatssecretaris van Defensie een inspanningsverplichting opgelegd aan het Defensie Interservice Commando tot het vinden van een functie voor haar op MBO-niveau als ware zij herplaatsingskandidaat. Zij werd daarop voorgedragen voor de functie van administratief medewerker Dependance Breda / Roosendaal bij de afdeling Integraal Loopbaan Management van de Directie Personeel en Organisatie. Bij het sollicitatiegesprek kwamen de zwangerschap van betrokkene en haar wens om in elk geval aansluitend op de bevalling gebruik te maken van de ouderschapsverlofregeling ter sprake. Enige weken later werd haar schriftelijk meegedeeld dat zij niet in aanmerking kwam voor de functie. De reden voor de afwijzing was dat verzoekster pas tijdens het gesprek duidelijk had gemaakt dat zij in deeltijd wilde werken. Haar bezwaarschrift tegen deze afwijzing werd ongegrond verklaard. Tegen deze beschikking heeft zij beroep ingesteld. Daarnaast heeft zij de Commissie gelijke behandeling verzocht om een oordeel over de vraag of namens de staatssecretaris is gehandeld in strijd met de wetgeving gelijke behandeling door haar af te wijzen voor een functie van administratief medewerker.

De Commissie gelijke behandeling heeft als haar oordeel uitgesproken dat de staatssecretaris jegens verzoekster verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door haar af te wijzen vanwege haar zwangerschap en ook verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door haar af te wijzen vanwege haar wens om ouderschapsverlof op te nemen.

Gelijke behandeling

OORDEEL

op het verzoekschrift van 20 januari 2004 van ... wonende te Breda, verzoekster verschenen in persoon, bijgestaan door . . . , gemachtigde tegen de Staatssecretaris van Defensie kantoorhoudend te 's-Gravenhage, verweerder verschenen in de persoon van . . . , Staffunctionaris Personeelszaken Haagse Staven, . . . , medewerker afdeling juridische aangelegenheden, en . . . , Personeelsadviseur Directie Personeel en Organisatie

1. Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoekster de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht om een oordeel over de vraag of namens verweerder is gehandeld in strijd met de wetgeving gelijke behandeling door haar af te wijzen voor een functie van administratief medewerker.

1.2 Verzoekster heeft gevraagd om toepassing van de spoedprocedure, in verband met het voeren van een beroepsprocedure bij de arrondissementsrechtbank Breda. De Commissie heeft dit verzoek niet gehonoreerd, gelet op de te korte tijdsperiode tussen de datum van ontvangst van het verzoekschrift en het verstrijken van de beroepstermijn.

1.3 Desgevraagd heeft verzoekster op 9 februari 2004 nadere informatie aan de Commissie verstrekt.

1.4 De Commissie heeft verweerder in de gelegenheid gesteld op het verzoek te reageren.

Op 15 maart 2004 is het verzoekschrift bij de Commissie ontvangen.

1.5 Op 30 maart 2004 heeft de Commissie zitting gehouden waar partijen in de gelegenheid zijn gesteld hun standpunten mondeling toe te lichten.

2. Feiten

2.1 Verzoekster is in de periode van 8 augustus 1994 tot 30 maart 2002 werkzaam geweest als beroepsmilitair bepaalde tijd bij de Koninklijke Landmacht, hierna: de KL. Vanaf

1 april 2002 is verzoekster aangesteld als burgerambtenaar bij de Koninklijke Militaire Academie, hierna: de KMA, van de KL. Als zodanig verricht verzoekster werkzaamheden als beheerder drukwerk en als secretaresse van de werkgroep KMA 175 jaar.

2.2 Naar aanleiding van een incident in een banenwinkel heeft verweerder voor de periode van 1 januari 2003 tot en met 31 december 2004 jegens verzoekster een inspanningsverplichting opgelegd aan het Defensie Interservice Commando van het Ministerie van Defensie tot het vinden van een functie voor verzoekster op MBO-niveau als ware zij herplaatsingskandidaat. Dit is bij brief van 11 december 2002 namens verweerder aan verzoekster meegedeeld.

2.3 De herplaatsingsadviseur van verzoekster, . . . , hierna: de herplaatsingsadviseur, heeft haar voorgedragen voor de functie van administratief medewerker Dependance Breda / Roosendaal bij de afdeling Integraal Loopbaan Management van de Directie Personeel en Organisatie. Naar aanleiding van deze sollicitatie heeft verzoekster op 20 augustus 2003 een gesprek voor deze functie gevoerd met . . . , Plaatsvervangend Hoofd van het Regionaal Loopbaancentrum Oirschot (RLC Oirschot), hierna: het plaatsvervangend hoofd, . . . , Hoofd Bedrijfsvoering RLC Oirschot en . . . , Personeelsadviseur RLC Oirschot, hierna: de personeelsadviseur.

2.4 Verzoekster was ten tijde van het sollicitatiegesprek zwanger. De uitgerekenede datum voor de bevalling was 1 oktober 2003. Tijdens het gesprek zijn de zwangerschap van verzoekster en haar wens om in elk geval aansluitend op de bevalling gebruik te

maken van de ouderschapsverlofregeling ter sprake gekomen.

2.5 Verzoekster heeft op 21 augustus 2003 een e-mailbericht gestuurd aan de personeelsadviseur om haar ongenoegen te uiten over het verloop van het sollicitatiegesprek. De personeelsadviseur heeft hierop niet gereageerd.

2.6 Bij brief van 17 september 2003 heeft de personeelsadviseur van de Directie Personeel en Organisatie verzoekster meegedeeld dat zij niet in aanmerking kwam voor de functie van administratief medewerker. De reden voor de afwijzing was dat verzoekster pas tijdens het gesprek duidelijk heeft gemaakt dat zij in deeltijd wilde werken.

2.7 Namens de Directie Personeel en Organisatie heeft . . . , Hoofd RLC Oirschot, aan de herplaatsingsadviseur door middel van een daarvoor bestemd formulier gerapporteerd over het resultaat van het sollicitatiegesprek. Onder het kopje 'resultaat gesprek' is ingevuld dat verzoekster niet de meest geschikte kandidaat bleek te zijn. Daarbij is opgenomen dat verzoekster niet volledig inzetbaar was, vanwege haar wens om drie dagen per week te werken, en niet direct inzetbaar was (per 1 oktober 2003).

2.8 Verzoekster heeft bij brief van 26 september 2003 bezwaar gemaakt tegen het onder 2.6 genoemde afwijzingsbesluit.

2.9 Op 4 december 2003 heeft verzoekster een gesprek gevoerd met . . . , Commodore bij het Defensie Interservice Commando. Partijen hebben in dit gesprek geconstateerd dat de herplaatsing van verzoekster niet verliep zoals dat in eerder stadium met haar was besproken. Partijen zijn daarom overeengekomen de status van verzoekster als herplaatsingskandidaat te herzien. Op haar verzoek is namens verweerder aan verzoekster een bedrag ter beschikking gesteld van € 10.000,- voor het volgen van een opleiding tot schoonheidsspecialiste. Met ingang van 1 januari 2004 is de status van verzoekster als herplaatsingskandidaat opgeheven.

2.10 Bij beschikking van 22 december 2003 is het bezwaarschrift van verzoekster ongegrond verklaard. Verzoekster heeft tegen deze beschikking beroep ingesteld.

2.11 Bij brief van 11 maart 2004 heeft de Plaatsvervangend Directeur Personeel en Organisatie, . . . , hierna: de plaatsvervangend directeur, namens verweerder aan verzoekster zijn visie kenbaar gemaakt omtrent de sollicitatieprocedure en zijn excuses gemaakt voor de manier waarop deze is verlopen.

3. Standpunten van verzoekster en gronden van het verzoek

3.1 Gelet op de herplaatsingsstatus van verzoekster had bij geschiktheid voor de functie, of indien zij daarvoor geschikt had kunnen worden gemaakt, aan haar de absolute voorkeur moeten worden gegeven bij de toewijzing van de functie.

3.2 Uit het rapportageformulier met betrekking tot de voordracht van verzoekster, genoemd onder 2.7, blijkt dat verzoekster geschikt is beoordeeld op de voor de functie relevante aspecten, te weten motivatie, opleiding en werkervaring. Verzoekster is echter vergeleken met andere kandidaten uit lagere categorieën en afgewezen op grond van haar zwangerschap en vanwege haar wens om in deeltijd te werken. Verweerder heeft daardoor jegens verzoekster onderscheid gemaakt op grond van geslacht en op grond van arbeidsduur.

3.3 Tijdens het sollicitatiegesprek is de zwangerschap van verzoekster ter sprake gekomen, naar aanleiding van de vraag met ingang van welke datum verzoekster inzetbaar zou kunnen zijn. Op het voordrachtsformulier is ingevuld dat verzoekster niet de meest geschikte kandidaat was, omdat zij niet direct inzetbaar was. Hoewel deze grond niet is aangevoerd in de onder 2.6 genoemde afwijzingsbrief, heeft de zwangerschap van verzoekster dus een rol gespeeld bij de beoordeling van haar geschiktheid voor de functie.

3.4 De wens van verzoekster om gebruik te maken van de ouderschapsverlofregeling en de functie op termijn mogelijk in deeltijd te kunnen vervullen, is ter sprake gekomen naar aanleiding van vragen van de personeelsadviseur omtrent verzoeksters zwangerschap. Verzoekster heeft daarop haar voornemen kenbaar gemaakt om ouderschapsverlof op te nemen gedurende het eerste halfjaar van haar functioneren en vervolgens in overleg te bezien of werken in deeltijd mogelijk is. Ook is bij het gesprek aan verzoekster gevraagd hoe zij zou omgaan met eventuele ziekte van haar kinderen. Verzoekster is van mening dat dergelijke vragen niet zouden zijn gesteld aan een man en zij heeft tijdens het sollicitatiegesprek dan ook gezegd dat deze vragen aan haar werden gesteld omdat ze zichtbaar zwanger was.

4. Standpunten van verweerder en gronden van het verweer

4.1 Bij de selectieprocedure is verzoekster als herplaatsingskandidaat ten onrechte een voorkeurspositie onthouden.

4.2 Tijdens het sollicitatiegesprek was duidelijk zichtbaar dat verzoekster zwanger was. Het kostte haar merkbaar moeite de trappen op te komen. Het was vervolgens niet ongepast te informeren naar de zwangerschap. De personeelsadviseur heeft ten onrechte gevraagd hoe verzoekster dacht om te gaan met de combinatie van een voltijdse functie en de zorg voor haar kinderen. Verzoekster heeft hierop geïrriteerd gereageerd met de opmerking dat zwangerschap geen beletsel mag vormen voor een functietoewijzing. Door beide voorvallen nam het gesprek een ongelukkige wending. Hoewel tijdens het gesprek vragen zijn gesteld over hoe verzoekster dacht om te gaan met de functievervulling in relatie tot haar taken als moeder, is haar zwangerschap geen reden geweest om haar de functie te onthouden.

4.3 De betrokkenen functionarissen waren vooraf niet op de hoogte van verzoeksters wens om in deeltijd te werken. Dit had geen reden mogen zijn om haar af te wijzen. Om bedrijfseconomische redenen is evenwel de voorkeur gegeven aan een andere kandidaat.

4.4 Vanwege de toonzetting van het sollicitatiegesprek heeft de personeelsadviseur niet gereageerd op het onder 2.5 genoemde e-mailbericht. De personeelsadviseur wilde voorkomen dat buiten de selectiecommissie om een discussie zou worden gevoerd over het verloop van het gesprek. Wel heeft de personeelsadviseurcontact opgenomen met de herplaatsingsadviseur. Met laatstgenoemde is afgesproken dat in de afwijzingsbrief zou worden ingegaan op het door verzoekster gestelde. Desalniettemin is dit niet gebeurd.

4.5 De betrokken functionarissen hadden beter met verzoekster moeten communiceren. Verweerder betreurt het dat dit niet is gebeurd. Namens verweerder zijn verzoekster excuses aangeboden voor de wijze waarop het sollicitatiegesprek is verlopen.

5. Beoordeling van het verzoek

5.1 In geding is of verweerder jegens verzoekster verboden onderscheid heeft gemaakt naar geslacht en naar arbeidsduur als bedoeld in de wetgeving gelijke behandeling door verzoekster af te wijzen voor een functie van administratief medewerker.

5.2 Ten aanzien van deze vraag is het van belang te benadrukken dat het niet de taak van de Commissie is te beoordelen of verzoekster al dan niet geschikt is voor de betreffende functie. De bevoegdheid van de Commissie is beperkt tot de beantwoording van de vraag of bij de beoordeling van de (mate van) geschiktheid onderscheid is gemaakt in voorbedeelde zin.

Ten aanzien van de vraag of onderscheid is gemaakt op grond van geslacht vanwege de

zwangerschap van verzoekster

5.3 Ingevolge het bepaalde in artikel 3, eerste lid, Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) is het verboden onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen bij onder andere de vervulling van een openstaande betrekking.

5.4 In artikel 6a WGB is bepaald dat indien degene die meent dat te zijnen nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet, in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, de verweerder dient te bewijzen dat niet in strijd met deze wet is gehandeld.

5.5 Verzoekster heeft in dit verband zowel tijdens de bezwaarprocedure als in haar verzoekschrift aangevoerd dat haar zwangerschap (mede) een rol heeft gespeeld bij het besluit haar af te wijzen. Zij baseert zich hiervoor op de rapportage aan haar herplaatsingsadviseur, waarin onder meer is opgenomen dat zij niet direct inzetbaar was.

5.6 Deze feiten kunnen op zich onderscheid doen vermoeden. Daarmee verschuift de bewijslast naar verweerder.

5.7 Met betrekking tot de waardering van het gestelde gelden de volgende overwegingen.

Tussen partijen staat vast dat tijdens het sollicitatiegesprek vragen zijn gesteld over de zwangerschap van verzoekster. Voorts staat vast dat in het rapportageformulier aan de herplaatsingsadviseur is opgenomen dat verzoekster niet de meest geschikte kandidaat bleek. Op het rapportageformulier is als één van de argumenten expliciet genoemd dat zij niet direct inzetbaar is, te weten met ingang van 1 oktober 2003.

Hieruit volgt dat de niet directe inzetbaarheid van verzoekster, die een rechtstreeks gevolg was van haar zwangerschap, (mede) een rol heeft gespeeld bij het besluit om verzoekster af te wijzen.

5.8 Ingevolge artikel 1 WGB betreft onderscheid zowel direct als indirect onderscheid tussen mannen en vrouwen. Onder direct onderscheid wordt mede verstaan onderscheid op grond van zwangerschap. De Commissie heeft reeds eerder geoordeeld dat afwezigheid of verminderde inzetbaarheid wegens zwangerschaps- en bevallingsverlof als een onlosmakelijk en onvermijdelijk gevolg van de zwangerschap moet worden beschouwd en daarom op één lijn moet worden gesteld met die zwangerschap zelf (zie onder meer CGB 15 oktober 1996, oordeel 1996-84). Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft zich later in dezelfde zin uitgelaten (HvJ EG 3 februari 2000, JAR 2000, 65 (Mahlburg/Mecklenburg)). Onderscheid op grond van niet directe inzetbaarheid vanwege zwangerschap en bevalling, is derhalve een vorm van direct onderscheid.

5.9 Door verzoekster af te wijzen vanwege haar niet directe inzetbaarheid, heeft verweerder jegens verzoekster direct onderscheid gemaakt naar geslacht.

Ten aanzien van de vraag of onderscheid is gemaakt op grond van arbeidsduur vanwege de wens om de functie in deeltijd te vervullen

5.10 Verzoekster meent dat verweerder onderscheid heeft gemaakt door haar af te wijzen mede op basis van haar wens om in deeltijd te werken. Blijkens het verhandelde ter terechtzitting ziet verzoekster ook de wens om ouderschapsverlof op te nemen als deeltijdwerken. Daarom verstaat de Commissie haar stelling aldus, dat ook met de afwijzing op grond van de omstandigheid dat zij ouderschapsverlof wil opnemen, onderscheid op grond van arbeidsduur wordt gemaakt.

5.11 Ingevolge artikel 125g, eerste lid, Ambtenarenwet (AW) mag het bevoegd gezag geen onderscheid maken op grond van een verschil in arbeidsduur in de voorwaarden waaronder een aanstelling wordt verleend, verlengd dan wel beëindigd.

5.12 Onderscheid op grond van arbeidsduur heeft echter slechts betrekking op een ver-

schil in behandeling vanwege de omvang van de aanstelling. Aangezien het opnemen van ouderschapsverlof door verzoekster niet zou hebben geleid tot een wijziging in de omvang van de aanstelling, kan de afwijzing voor de functie vanwege het voornemen tot het opnemen van ouderschapsverlof niet leiden tot een onderscheid op grond van arbeidsduur.

5.13 Ten aanzien van het voornemen van verzoekster om, na afloop van haar ouderschapsverlof, te bezien of werken in deeltijd mogelijk zou zijn, geldt dat aan artikel 125g AW niet het recht kan worden ontleend in deeltijd te worden aangesteld noch om de arbeidsduur te verminderen in een bestaande arbeidsverhouding (vergelijk CGB 10 april 2003, oordeel 2003-51). Ten aanzien van het recht op vermindering van de arbeidsduur heeft de wetgever een aparte regeling getroffen: de Wet aanpassing arbeidsduur (WAA).

Deze wet is met ingang van 1 juli 2000 in werking getreden (*Stb.* 2000, 114).

De Commissie is evenwel niet bevoegd de naleving van de WAA te toetsen, zodat dit aspect van het verzoek om een oordeel buiten beschouwing moet blijven.

5.14 Door verzoekster af te wijzen vanwege haar wens om ouderschapsverlof op te nemen en aansluitend eventueel in deeltijd te werken, heeft verweerder jegens verzoekster derhalve geen onderscheid naar arbeidsduur gemaakt.

Ten aanzien van de vraag of onderscheid is gemaakt op grond van geslacht vanwege de wens van verzoekster om ouderschapsverlof op te nemen

5.15 Ingevolge artikel 3, eerste lid, WGB is het niet toegelaten onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen bij onder andere de vervulling van een openstaande betrekking. Direct onderscheid omvat onder andere onderscheid op grond van moederschap, terwijl er sprake kan zijn van indirect onderscheid ingeval onderscheid naar gezinsomstandigheden.

5.16 Tussen partijen is niet in geschil dat verweerder de wens van verzoekster om aansluitend aan het zwangerschaps- en bevallingsverlof ouderschapsverlof op te nemen heeft meegewogen bij de afwijzing van verzoekster voor de functie van administratief medewerker. Verzoekster heeft onweersproken gesteld dat haar wens om ouderschapsverlof op te nemen ter sprake kwam naar aanleiding van vragen van de personeelsadviseur omtrent de zwangerschap van verzoekster. Verzoekster heeft voorts aangevoerd dat vragen omtrent het combineren van werk en zorgtaken voor haar kinderen niet aan een man zouden zijn gesteld. In de onder 2.11 genoemde brief aan verzoekster heeft verweerder erkend dat vragen over hoe verzoekster dacht om te gaan met de functie vervulling in relatie tot haar taken als moeder, niet hadden behoren te worden gesteld.

5.17 Hoewel ouderschapsverlof op zich een seksneutrale arbeidsvoorwaarde betreft die nauw samenhangt met het criterium gezinsomstandigheden, volgt uit het eerdergenoemde complex van feiten dat de wens van verzoekster om als aanstaande moeder gebruik te maken van de ouderschapsverlofregeling is meegewogen in het afwijzingsbesluit. Daarmee is onderscheid gemaakt op grond moederschap, hetgeen leidt tot direct onderscheid op grond van geslacht.

6. Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat de Staatssecretaris van Defensie jegens :

- verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door haar af te wijzen voor een functie van administratief medewerker vanwege haar zwangerschap;
- geen onderscheid heeft gemaakt op grond van arbeidsduur door haar af te wijzen voor een functie van administratief medewerker;

- verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door haar af te wijzen voor een functie van administratief medewerker vanwege haar wens om ouderschapsverlof op te nemen.

NASCHRIFT

1. In 1989 zijn de *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de burgerlijke openbare dienst (1980)* en de *Wet gelijk loon voor mannen en vrouwen (1975)* opgenomen in de *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Wgb)*. Het doel van de Wgb is het realiseren van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en in het arbeidsproces en daarmee de bevordering van gelijke posities van mannen en vrouwen op het gebied van de arbeid. De wet is nu overigens niet meer beperkt tot de burgerlijke overheidsdienst; zij is ook toepasselijk op het militair overheidsperoneel. Voor de onderhavige casus was met name het eerste lid van artikel 3 van de wet van belang: "Het is niet toegelaten bij de aanbidding van een betrekking of bij de behandeling van de vervulling van een openstaande betrekking onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen." Onder onderscheid tussen mannen en vrouwen verstaat de wet direct en indirect onderscheid. Onder direct onderscheid wordt mede verstaan onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap; onder indirect onderscheid wordt verstaan onderscheid op grond van andere hoedanigheden dan het geslacht, bijvoorbeeld echtelijke staat of gezinsomstandigheden, dat onderscheid op grond van geslacht tot gevolg heeft.

2. Bij de invoering in 1994 van de *Algemene wet gelijke behandeling (Awgb)* werd de taak van de *Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid* overgenomen door de (algemene) *Commissie gelijke behandeling*. Zie thans hoofdstuk 2 van de Awgb. Van belang is dat een oordeel van de *Commissie gelijke behandeling* geen rechtskracht heeft. Een oordeel is geen rechtens afdwingbare beslissing. Er is ook geen sprake van een veroordeling door de commissie. Toch is het oordeel van de *Commissie* niet zonder betekenis. In de eerste plaats door het gezag dat de *Commissie* in de afgelopen jaren op het terrein van de gelijke behandeling heeft opgebouwd. Maar ook voor rechterlijke instanties zijn oordelen van belang. Zo heeft de Hoge Raad in een arbeidsrechtelijke zaak geoordeeld dat voor een afwijking van het oordeel van de *Commissie gelijke behandeling* een deugdelijke motivering moet worden gegeven. In vergelijkbare zin hebben Centrale Raad van Beroep en rechtbanken geoordeeld.

3. Voor een militaire aangelegenheid die aan de *Commissie gelijke behandeling* werd voorgelegd zij verwezen naar Rb Den Haag 6 juli 1999, MRT 2000, blz. 299, naschrift G.F.W. Daar speelde het oordeel van de *Commissie* een rol bij het beroep van twee wachtmeesters van de Koninklijke Marechaussee tegen het weigeren van toestemming van hun districtscommandant tot het dragen van een klein oorknopje bij het verrichten van geüniformeerde dienst.

G.F.W.

| | | |
|---------------|---|----|
| CRvB 02.04.04 | Het ingetrokken aanstellingsbesluit Tegen intrekking van besluit tot aanstelling kan beroep worden ingesteld. Beroep ongegrond. (Naschrift G.L.C.)..... | 77 |
| CCB 14.05.04 | Geen onderscheid naar geslacht Commissie gelijke behandeling oordeelt dat Staatssecretaris van Defensie ten onrechte onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door vrouwelijke burgerambtenaar af te wijzen voor een functie van administratief medewerker vanwege haar zwangerschap en vanwege haar wens ouderschapsverlof op te nemen. (Naschrift G.F.W.)..... | 82 |

| | |
|--------------|---|
| 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 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 verrocht 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.C. Zuiderna, Brigade-generaal b.d. van de Militair Juridische dienst; |
| Secretaris/penningmeester | Mr J.F. Stinissen, Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst; |
| Leden: | |
| voor de Koninklijke Landmacht: | Mr R. <i>in het Veld</i> , 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; |
| voor de Koninklijke Marechaussee: | Mr C.P.C. Kuijs, Kolonel der Koninklijke Marechaussee; |
| voor de Centrale Organisatie: | Mr J.J. Buirma, Hoofd Afdeling Bestnurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie; |
| 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; |
| 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 b.d. van de Militair Juridische Dienst |
| Adres van de Redactiecommissie: | Koningin Wilhelminalaan 50, 2264 BN Leidschendam |

VASTE MEDEWERKERS:

Prof. Mr C.L. Coolen, Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;

Prof. Dr R.A. Lawson, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.

Dr. M. Boot-Matthijssen, wetenschappelijk medewerker verbonden aan het Nederlands Instituut voor Internationale Betrekkingen 'Clingendael'.

WIJZE VAN UITGAVE:


Het M.R.T. verschijnt tien keer per jaar.

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1-2003 € 36,75. Men abonneert zich bij Sdu Klantenservice Uitgevers, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. tel.: 070-378 9880, fax: 070-378 9783, e-mail: sdu@sdu.nl, of bij zijn boekhandelaar. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 3,95. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar tegen de prijs van E 25. Auteurs van bijdragen van meer dan één pagina ontvangen een vergoeding van € 35 p.p., tot een maximum € 230 per aflevering, benevens vijf presentemplaren van de desbetreffende aflevering. Het auteursrecht wordt met de publicatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomsten en om u van informatie te voorzien over Sdu Uitgevers bv en zorgvuldig geselecteerde andere bedrijven. Als u geen prijs stelt op deze informatie, kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice, postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar.

Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan Sdu Servicecentrum Uitgevers. Zij die het M.R.T. van rijkswege verstrekt krijgen, dienen zich voor kennisgeving van adreswijzigingen 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"

**uitgeversverbond**
Groep uitgevers voor
wak en wetenschap

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVIII

Maart 2005

Aflevering

3

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

| | |
|--|----|
| De EU SOFA; Status of Forces Agreement van de Europese Unie; door Ltkol mr Joop Voetelink..... | 89 |
| Opmerkelijke zaken – De Euveldaad; door prof. mr. G.L. Coolen..... | 98 |

Strafrechtspraak

| | | |
|----------------|---|-----|
| Ah 26.04.02 | Apeldoornse aanrijding Mariniers beledigen islamieten wegens godsdienst en/of levensovertuiging. (Naschrift M.M.D.)..... | 101 |
| R'dam 07.04.04 | Congolese folteraar Congolese politiechef – bijgenaamd 'Roi des bêtes' – heeft samen met anderen een havenarbeider meermalen zwaar mishandeld, omdat hij geweigerd had een auto in te klaren, c.q. om hem te dwingen die auto in te klaren. Foltering – voorheen strafbaar gesteld in de Uitvoeringswet folterverdrag – is sinds 1 oktober 2003 strafbaar gesteld in de Wet internationale misdrijven: geen verandering van wetgeving. (Naschrift M.M.D.).. | 104 |

Tuchtrechtspraak

| | | |
|-------------|--|-----|
| Ah 07.06.04 | Onherstelbare vormfouten Een onderofficier wordt, wegens het uitschelden van een meerdere, met toepassing van artikel 20 van de Wet militair tuchtrecht tuchtrechtelijk gestraft met een berisping. Deze uitspraak wordt, na beklag, door de beklagmeerdere bevestigd. Als de onderofficier tegen de beslissing op beklag beroep instelt, vernietigt de militaire kamer de bestreden uitspraak en spreekt de onderofficier vrij. Naar het oordeel van de militaire kamer is sprake van (twee) onherstelbare vormfouten: de in de artikelen 76 lid 1 en 80p lid 1 genoemde termijnen zijn niet in acht genomen. (Naschrift G.L.C.)..... | 110 |
|-------------|--|-----|

Bestuursrechtspraak

| | | |
|---------------|---|-----|
| CRvB 15.04.04 | Rijden in een dienstauto is niet altijd een dienstreis Aalmoezenier gaat met de dienstauto van de kazerne naar huis en wil de volgende dag van huis uit naar een redactievergadering. Tijdens de reis naar huis overkomt hem een ongeval. Er is sprake van normaal woonwerkverkeer, dus geen dienstverrichting (Naschrift W.J.S.)..... | 114 |
| CRvB 06.05.04 | Heeft de uit 1953 daterende WPC-schaal haar langste tijd gehad? Een gewezen militair ontvangt een invaliditeitspensioen van 20%, in beroep verhoogd naar 30%. De ter zake geldende datum van ingang is in hoger beroep aan de orde. De Raad geeft betrokkene het voordeel van de twijfel omdat op grond van de WPC-schaal de mate van invaliditeit van de bij de militair bestaande PTSS niet exact kan worden bepaald. (Naschrift W.J.S.)..... | 118 |

BIJDAGEN

De EU SOFA; Status of Forces Agreement van de Europese Unie

door

Ltkol mr Joop Voetelink¹⁾

Inleiding

Op 17 november 2003 is in Brussel de Status of Forces Agreement voor de Europese Unie (EU SOFA) getekend.²⁾ Dit verdrag regelt de status van het bij de instellingen van de Europese Unie gedetacheerde defensiepersoneel en de status van de hoofdkwartieren, de strijdkrachten en het defensiepersoneel die deelnemen aan door de EU geleide operaties.³⁾ Vervolgens is in april 2004 het EU Claims Akkoord getekend.⁴⁾ Hierin is een regeling getroffen voor vorderingen van een lidstaat tegen een andere lidstaat in geval van schade die buiten het grondgebied van de lidstaten is ontstaan in het kader van een EU-crisisbeheersingsoperatie.

Beide verdragen vloeien voort uit de ontwikkeling van het Gemeenschappelijk Buitenlands en Veiligheidsbeleid (GBVB) van de Europese Unie dat in Titel V van het Verdrag betreffende de EU (EUV)⁵⁾ een plaats kreeg. Hierbinnen zijn in de afgelopen jaren steeds meer de militaire structuren zichtbaar geworden met als meest recente exponent het Europees Defensieagentschap (EDA).⁶⁾ Inmiddels is de EU ook daadwerkelijk militair actief op het gebied van crisisbeheersingsoperaties met als laatste wapenfeit de overname van de NATO missie in Bosnië onder de nieuwe naam Operatie Anthea.

De verdragen zullen pas in werking treden als alle lidstaten⁷⁾ de nationaal vereiste goedkeuringsprocedures hebben doorlopen. Voor Nederland betekent dit dat op grond van arti-

¹⁾ Schrijver is docent recht aan de Koninklijke Militaire Academie te Breda en heeft dit artikel op persoonlijke titel geschreven. Hij bedankt prof. dr. T.D. Gill voor zijn commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

²⁾ Akkoord tussen de lidstaten van de Europese Unie betreffende de status van de militairen en leden van het burgerpersoneel die bij de instellingen van de Europese Unie gedetacheerd zijn, van de hoofdkwartieren en de strijdkrachten die ter beschikking van de Europese Unie kunnen worden gesteld in het kader van de voorbereiding en de uitvoering van de opdrachten bedoeld in artikel 17, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie, en van de militairen en leden van het burgerpersoneel van de lidstaten die aan de Europese Unie beschikbaar zijn gesteld om in dit kader op te treden (EU SOFA); Brussel, 17 november 2003. De Nederlandse tekst van het verdrag is gepubliceerd in het Tractatenblad (Trb.) 2004, 142 en Pb Nr. C 321 van 31.12.2003 blz. 6–16.

³⁾ Dit betreft specifiek de opdrachten zoals bedoeld in artikel 17, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (EUV): *'humanitaire en reddingsoperaties, vredeshandhavingsoopdrachten en opdrachten van strijdkrachten op het gebied van crisisbeheersing, met inbegrip van het tot stand brengen van vrede'*.

⁴⁾ Akkoord tussen de lidstaten van de Europese Unie betreffende de vorderingen van een lidstaat tegen een andere lidstaat ter zake van schade aan goederen die zijn eigendom zijn of door hem worden gebruikt of geëxploiteerd, dan wel van letsel of overlijden van een militair of een lid van het burgerpersoneel van zijn strijdkrachten in het kader van een EU-crisisbeheersingsoperatie; Brussel, 28 april 2004. De Nederlandse tekst van het verdrag is gepubliceerd in Trb.2004, 162 en Pb Nr. C 116 van 30.04.2004 blz. 1-7.

⁵⁾ De Nederlandse vertaling van het EU-Verdrag is opgenomen in Trb.1992, 74.

⁶⁾ Gemeenschappelijk optreden 2004/551/GBVB van de Raad van 12 juli 2004, PB L 245 van 17.7.2004, blz. 17 e.v.

⁷⁾ België, Denemarken, Duitsland, Finland, Frankrijk, Griekenland, Ierland, Italië, Luxemburg, Nederland, Oostenrijk, Portugal, Spanje, het Verenigd Koninkrijk en Zweden.

kel 91 van de Grondwet de Staten-Generaal de verdragen nog zullen moeten goedkeuren.

Inwerkingtreding van de verdragen zal zo nog wel even op zich laten wachten. Toch zullen zij op termijn de status kunnen bepalen van Nederlandse troepen die tijdelijk worden geplaatst in andere EU-landen in het kader van de voorbereiding of uitvoering van EU-operaties. Zeker gezien de recente beslissingen tot verdere Europese militaire samenwerking, is aandacht voor beide EU-verdragen op zijn plaats. Op het ogenblik is voor Europese landen vooral de SOFA van betekenis die is opgesteld in het kader van de Noord-Atlantische Verdragsorganisatie (Hier verder aangeduid met de Engelse afkorting NATO).⁸⁾ De EU SOFA is echter niet primair bedoeld ter vervanging van deze of andere SOFA's.

Het doel van deze bijdrage is na te gaan hoe de nieuwe EU verdragen zich verhouden tot bestaande afspraken; met name de NATO SOFA. Hierbij zal ik ingaan op de achtergronden en de inhoud van beide verdragen. Voor een goed begrip van de militaire status-regelingen zullen deze eerst in het algemeen worden besproken. Vervolgens kom ik bij de ontwikkeling van beide EU-verdragen en zal daarbij de inhoud van de verdragen bekijken in relatie tot de NATO SOFA.

Status of Forces Agreements (SOFA's)

Afgezien van de situatie dat een land met militair ingrijpen het grondgebied van een ander land onder zijn gezag heeft gebracht⁹⁾, zal de juridische status van troepen die tijdelijk in een ander land verblijven, moeten worden vastgesteld in overleg tussen het land dat de troepen stuurt (de zendstaat) en het land van verblijf (ontvangststaat).¹⁰⁾ Deze landen zullen over en weer de rechten en verplichtingen ten aanzien van die troepen bij verdrag¹¹⁾, de Status of Forces Agreement (SOFA), vastleggen. Hoewel de inhoud van geval tot geval kan verschillen, wordt de kern steeds gevormd door de regeling van de strafrechtelijke jurisdictie; welke rechter is bevoegd te oordelen over misdrijven begaan door een militair van de zendstaat op het grondgebied van de ontvangststaat. De zendstaat zal met een beroep op het vlagbeginsel ook in het buitenland rechtsmacht over zijn troepen willen behouden. De toepassing van dit beginsel staat echter haaks op de territoriale soevereiniteit van de ontvangststaat op grond waarvan zij volledige rechtsmacht kan doen gelden binnen haar gehele grondgebied. Zendstaat en land van verblijf zullen in onderling overleg de verdeling van de soevereine rechten in de SOFA moeten zien vast te leggen.¹²⁾ Naast regeling van de strafrechtelijke jurisdictie kan een breed scala aan zaken aan de orde komen die, kort samengevat, de binnenkomst van troepen in een vreemd land bespoedigen en het verblijf vereenvoudigen. De meest elementaire SOFA's zullen zich beperken tot afspraken over de strafrechtelijke en civielrechtelijke jurisdictie, schadeafhandeling, (beperkte) belastingfaciliteiten, het dragen van wapens en uniformen en paspoort- en

⁸⁾ De NATO SOFA: Verdrag tussen de Staten bij het Noord-Atlantisch Verdrag nopens de rechtspositie van hun krijgsmachten (Londen, 19 juni 1951). De Nederlandse vertaling is gepubliceerd in Trb. 1953, 10.

⁹⁾ Op grond van het humanitair oorlogsrecht is dan sprake van bezetting; zie bijvoorbeeld UK Ministry of Defence, *The Manual of the law of armed conflict*, Oxford 2004, p. 274 ev.

¹⁰⁾ Dit zijn de begrippen zoals die worden gehanteerd in de EU SOFA (zie artikel 1). De NAVO SOFA gebruikt hier respectievelijk de termen 'staat van herkomst' en 'staat van verblijf'.

¹¹⁾ In uitzonderlijke gevallen wordt de status van troepen door middel van een niet juridisch verbindende Memorandum of Understanding (MOU) afgesloten zoals het geval was bij stationering van een Maritiem Patrouille vliegtuig in de Verenigde Arabische Emiraten (Brief van de Minister van Defensie aan de Tweede Kamer van 27 juni 2002, TK 2001-2002, 27 925, nr. 63).

¹²⁾ Richard J Erickson, *Status of Forces Agreements: a sharing of sovereign prerogative*, *The Air Force Law Review*, 1994, vat dit samen als: 'The purpose of a SOFA is to share the sovereign prerogative between the receiving and the sending state.'

visumverplichtingen. Daarbij is het niet ongebruikelijk om in deze SOFA's af te spreken dat aan de strijdkrachten dezelfde voorrechten en immuniteiten worden verleend als die welke op grond van het Verdrag inzake diplomatiek verkeer aan de administratieve en technische staf worden verleend.¹³⁾ Dit betekent dat het uitgezonden defensiepersoneel immuniteit geniet van strafrechtelijke en deels ook civiel- en administratiefrechtelijke jurisdictie van het land van verblijf. Verder is men gevrijwaard van arrestatie of gevangenhouding en uitgezonderd van de meeste heffingen en belastingen. Nederland heeft bijvoorbeeld bij de stationering van troepen in Kirgizië van dit type SOFA gebruik gemaakt.¹⁴⁾ Een andere mogelijkheid is dat, vaak met het oog op een langer of herhaald verblijf van de troepen in het buitenland, wordt gekozen voor een meer omvattend verdrag. Naast de eerder genoemde onderwerpen komen hierin zaken aan de orde op logistiek en medisch gebied, op het gebied van vergunningen en ontheffingen en ten aanzien van het gebruik van infrastructuur en communicatiemiddelen.

De status en bescherming van uitgezonden personeel is primair een nationale verantwoordelijkheid en in het algemeen zullen landen dan ook zelf stappen ondernemen om statusafspraken op te stellen met de ontvangstaat. Zo heeft Nederland de afgelopen jaren diverse SOFA's afgesloten in het kader van de ondersteuning van Operation Enduring Freedom en andere internationale crisisbeheersingsoperaties.¹⁵⁾ De procedures om tot een SOFA te komen zijn echter vaak omslachtig en kunnen daardoor de nodige tijd kosten hetgeen de voorbereiding en uitvoering van internationale militaire samenwerking vertraagt en belemmert.¹⁶⁾ In de loop van de tijd is mede daarom naar oplossingen gekeken die niet specifiek zijn bedoeld voor één bepaalde operatie of situatie. Een belangrijk voorbeeld is de model SOFA die de Secretaris Generaal van de Verenigde Naties (VN) op verzoek van de Algemene Vergadering van de VN hebben opgesteld.¹⁷⁾ Verder zijn meer duurzame regelingen ontworpen om langdurige stationering (in vreedestijd) van vreemde troepen te faciliteren. In dit verband moet met name de NATO SOFA worden genoemd.

In 1949 werd binnen West-Europees verband de eerste multilaterale en wederkerige SOFA ontwikkeld.¹⁸⁾ Dit betekende een breuk met de bestaande praktijk waarbij landen de rechtsmacht over uitgezonden personeel zoveel mogelijk bij de zendstaat legden. De nieuwe SOFA voorzag in een afgewogen regeling waarbij de uitoefening van de strafrechtelijke rechtsmacht werd verdeeld tussen zendstaat en land van verblijf. Hoewel dit verdrag uiteindelijk niet in werking is getreden was het van betekenis doordat het model stond voor de jurisdictieregeling die in 1951 door de NATO lidstaten in de NATO SOFA werd overeengekomen. Deze SOFA bevat naast deze jurisdictieverdeling tevens een zeer uitgebreide statusregeling die voor de lidstaten geldt zowel wanneer zij optreden als zendstaat als ontvangstaat. De bepalingen van dit verdrag hebben vervolgens in 1995 een bredere

¹³⁾ Zie artikel 37, tweede lid j^o artikelen 29 – 35, Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer; Wenen, 18 april 1961 (Nederlandse vertaling in Trb. 1962, 159).

¹⁴⁾ Notawisseling houdende een verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Kirgizstan inzake de status van het in Kirgizstan gestationeerde NL defensiepersoneel; Almaty/Bishkek, 16 januari/12 maart 2002 (Trb. 2002, 107).

¹⁵⁾ Zie bijvoorbeeld de hiervoor genoemde SOFA met Kirgizstan (Trb. 2002, 107), en de SOFA's met Qatar (Trb. 2002, 98) en Koeweit (Trb. 2004, 40).

¹⁶⁾ Zie bijvoorbeeld de eindevaluatie van Operation Enduring Freedom, p. 33 (opgenomen als bijlage bij de brief van de Ministers van Defensie en van Buitenlandse Zaken aan de Tweede Kamer van 12 juli 2004, TK 2003–2004, 27 925, nr. 135).

¹⁷⁾ Model status-of-forces agreement for peace-keeping operations, Report of the Secretary-General, A/45/594, 9 October 1990.

¹⁸⁾ Statuut voor de strijdkrachten van de landen bij het Verdrag van Brussel van 21 december 1948. Partijen bij dit verdrag waren het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk, België, Nederland en Luxemburg.

werking gekregen doordat ze op grond van het Partnership for Peace (PfP) verdrag ook van toepassing werden binnen de landen die deelnemen in het PfP-programma.¹⁹⁾ Daarnaast is de NATO SOFA, zeker op het punt van strafrechtelijke jurisdictie, het voorbeeld geweest voor veel andere bilaterale verdragen.²⁰⁾ De SOFA is nog steeds van kracht en wordt ook veelvuldig toepast.

De aanzet tot de EU SOFA en het Claims Akkoord

Inmiddels zet ook de EU stappen om te komen tot een '*eigen*', overkoepelende SOFA. Dit initiatief is terug te voeren op de ontwikkeling van een gemeenschappelijk beleid op het gebied van veiligheid en defensie (het Europees Veiligheids- en Defensiebeleid (EVDB)) als onderdeel van het GBVB. De afgelopen decennia zagen de lidstaten van de EU in dat in internationaal verband de EU niet de positie op het internationale toneel kon waarmaken die het zelf voor ogen had. Dit bleek bijvoorbeeld bij het conflict in het voormalige Joegoslavië waar de EU niet in staat was actief en pro-actief op te treden. Uiteindelijk gaf het de aanzet tot verdere ontwikkeling van het GBVB. Deze pijler van de Unie werd in de daaropvolgende jaren verder versterkt waarbinnen met name ook het EVDB de nodige aandacht kreeg. Tijdens de Europese Raad van Nice in december 2000 werd al overeenstemming bereikt over de vereiste institutionele aanpassingen. In 2001 volgde het formele besluit tot de oprichting van een permanente militaire en politieke structuur binnen de Raad van de Europese Unie, met als belangrijkste organen: het Politiek en Veiligheidscomité (PVC), het Militair Comité van de Europese Unie (EUMC) en de Militaire Staf van de Europese Unie (EUMS).²¹⁾ Tot slot is op 12 juli 2004 het Europees Defensieagentschap opgericht dat de opdracht heeft meegekregen de deelnemende landen te ondersteunen bij de ontwikkeling van het defensievermogen van de EU op het gebied van crisisbeheersing.

Inmiddels is de EU ook daadwerkelijk actief betrokken bij militaire operaties. Op 31 maart 2003 nam de EU de tot dan toe door de NATO geleide operatie Allied Harvest in Macedonië over onder de naam Operatie Concordia. De EU strijdmacht (EU Force, EUF) zorgde tot 15 december 2003 voor ondersteuning van en bijstand aan de internationale waarnemers in het gebied. In hetzelfde jaar ging Operatie Artemis van start in Bunia, het oosten van Kongo. Met de operatie, die duurde van 12 juni tot 1 september 2003, werd uitvoering gegeven aan de VN resolutie inzake een Interim Emergency Multinational Force voor het gebied.²²⁾ Na de succesvolle uitvoering van deze twee kleinere missies treft de EU inmiddels de voorbereidingen voor een veel grotere operatie. Aan het einde van 2004 zal het met 7000 man onder de naam Operatie Althea van de NATO de SFOR-missie (Stabilisation Force) in Bosnië overnemen. Een nieuwe stap is gezet op de informele bijeenkomst van de Ministers van Defensie van de EU op 16 en 17 september 2004 in Noordwijk. Hier is besloten tot oprichting van 'battle groups' (gevechtsgroepen) waarvoor Nederland en Duitsland als eersten een principeakkoord

¹⁹⁾ In artikelen 1 en 2 van het Verdrag tussen de Staten bij het Noord-Atlantisch Verdrag en de overige aan het Partnerschap voor Vrede deelnemende Staten nopens de rechtspositie van hun krijgsmachten (Brussel, 19 juni 1995, PfP-SOFA) hebben de partijen bij het verdrag vastgelegd dat zij de bepalingen van de NAVO SOFA op hun grondgebied zullen toepassen als ware alle Staten partij bij de NAVO SOFA.

²⁰⁾ Bijvoorbeeld de oorspronkelijke statusregelingen die de VS overeenkwamen met Japan, Korea en de Filipijnen.

²¹⁾ Zie de inatellingsbesluiten van de Raad nr. 01/78/GBVB, 01/79/GBVB en 01/80/GBVB van 22 januari 2001 (PB L 27, van 30.1.2001, blz. 1 ev.).

²²⁾ S/RES/1484 (2003) van 30 mei 2003.

hebben getekend.²³⁾

Deze ontwikkelingen vormden de aanzet voor het opstellen van de EU SOFA. In de eerste plaats was het verdrag nodig om de positie van het personeel bij de EUMS te regelen. Dit personeel wordt door de lidstaten bij het secretariaat-generaal van de Raad gedetacheerd. Zij zijn dus niet in dienst van de EU maar blijven 'in bezoldigde dienst van een strijdmacht van een *lidstaat*'²⁴⁾ en vallen daarmee ook niet onder de werking van Protocol betreffende de voorrechten en immuniteiten van de Europese Gemeenschappen (1965).²⁵⁾ Deel II van de EU SOFA (Bepalingen uitsluitend van toepassing op bij de EG-instellingen gedetacheerde militairen en leden van het burgerpersoneel) vult deze lacune op. Bij het EUMS gedetacheerd personeel geniet zo, overigens net als EU-personeel op grond van het Protocol, functionele immuniteit. Dit betekent dat zij zijn vrijgesteld van rechtsvervolging voor hetgeen zij in hun officiële hoedanigheid hebben gedaan, gezegd of geschreven. Voor de volledigheid kan worden gemeld dat dit ook geldt voor het personeel van het EDA. Dit agentschap heeft echter eigen rechtspersoonlijkheid zodat de status van EDA-personeel in een apart verdrag zal worden geregeld.²⁶⁾

De EU SOFA was in de tweede plaats noodzakelijk om de positie van de strijdkrachten die worden ingezet voor een door de EU geleide operatie op uniforme wijze te regelen. Voor optreden buiten het EU gebied zal in het algemeen met het land of de landen van verblijf een SOFA worden opgesteld.") In de praktijk zal de EU dit ten behoeve van de lidstaten op zich nemen zoals zij dat ook heeft gedaan bij de eerste EU-operaties.²⁸⁾ Dit type SOFA wijkt echter sterk af van de EU SOFA en blijft verder buiten deze bespreking.

Operaties op het grondgebied van een van de EU lidstaten lijken niet echt waarschijnlijk. Toch valt dit voor de toekomst ook niet geheel uit te sluiten. Wanneer bijvoorbeeld Cyprus lid wordt van de EU zal ook de sinds 1964 lopende VN missie 'United Nations Peacekeeping Force in Cyprus (UNFICYP)' de EU direct raken. Meer waarschijnlijk is dat operaties vanaf het grondgebied van een lidstaat worden voorbereid en ondersteund. Een voorbeeld waren de activiteiten van de European Airlift Co-ordination Cell (EACC) ten behoeve van operatie Artemis.²⁹⁾ Personeel van dit Europese militaire samenwerkingsverband op het gebied van luchttransport werd bijvoorbeeld tijdelijk bij het EUF hoofdkwartier in Parijs geplaatst. Belangrijker is dat met de oprichting van 'battle groups' het regelmatig zal voorkomen dat ter voorbereiding op operaties gezamenlijke trainingen en oefen-

²³⁾ Defensiekrant 23 september 2004. De beslissing werd formeel op 22 november 2004 genomen (Defensiekrant van 25 nov 2004).

²⁴⁾ Zie Besluit 2003/479/EG, van 16 juni 2003 betreffende de regeling die van toepassing is op nationale deskundigen en militairen die bij de Raad zijn gestationeerd en tot intrekking van besluiten van 25 juni 1997 en 22 maart 1999, van Besluit 2001/41/EG en van Besluit 2001/496/GBVB (PB L 160, blz. 72).

²⁵⁾ Zie Hoofdstuk V Protocol (Ambtenaren en overige personeelsleden van de Europese Gemeenschappen) en Hoofdstuk VII (Algemene bepalingen).

²⁶⁾ Besluit van 10 september 2004 van de vertegenwoordigers van de regeringen van de lidstaten, in het kader van de Raad bijeen, betreffende voorrechten en immuniteiten die aan het Europees Defensieagentschap en zijn personeel worden verleend.

²⁷⁾ Zie ook EU SOFA, Preambule, overweging 3: '*Er moeten met de betrokken derde landen specifieke overeenkomsten worden gesloten in het geval van oefeningen of opdrachten buiten het grondgebied van de lidstaten.*'. Het EU Claims Akkoord bevat eenzelfde bepaling maar geeft daarbij expliciet aan dat het hier om SOFA's handelt (Preambule, overweging 4).

²⁸⁾ Zie bijvoorbeeld de Overeenkomst tussen de Europese Unie en de Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië over de status van de door de Europese Unie geleide troepenmacht in de Voormalige Joegoslavische Republiek Macedonië, Besluit 2003/222/GBVB van de Raad van 21 maart 2003 (PB L82 van 29.3.2003, blz. 45-51).

²⁹⁾ Het EACC is geplaatst op de vliegbasis Eindhoven; in verband met een uitbreiding van de taken is het met ingang van 1 juli 2004 omgedoopt tot het European Airlift Centre (EAC).

ningen worden gehouden waarbij militairen op het grondgebied van een andere lidstaat aanwezig zullen zijn. Voor deze situaties is een regeling van de positie van het deelnemende personeel nodig.

De NATO SOFA en EU SOFA

Hoewel het voor de hand ligt om op het grondgebied van de EU de NATO-SOFA toe te passen, is hier niet voor gekozen. Doorslaggevend was het feit dat niet alle EU lidstaten rechtstreeks of via het PfP verdrag zijn gebonden aan de bepalingen van de NATO-SOFA. Concreet betrof dit Ierland dat ook op politieke gronden niet kon meewerken aan een oplossing waarbij het land direct of indirect zou worden gebonden aan de NATO SOFA. Daarnaast speelde een rol dat sommige landen de NATO SOFA niet toepassen als een activiteit niet expliciet plaatsvindt binnen het kader van de NATO of PfP. Dit kan van betekenis zijn aangezien de EU ook zelfstandig operaties uitvoert, los van de NATO. Dit was bijvoorbeeld de situatie bij Operatie Artemis waar Frankrijk als *'Framework Nation'* het voortouw had en ook het EUF hoofdkwartier leverde.

Anderzijds is het uitdrukkelijk de bedoeling dat de EU gebruik zal maken van NATO middelen bij de uitvoering van door haar geleide operaties.³⁰⁾ Vanuit dit gezichtspunt bezien vonden veel landen het wenselijk dat de EU SOFA zou aansluiten bij de bestaande NATO afspraken. In artikel 19, zesde lid, onder a, is daarom opgenomen dat de EU SOFA slechts van toepassing is zover de status van het personeel niet in een ander verdrag is geregeld. In overleg tussen de betrokken landen en organisaties kunnen specifieke afspraken over de toepassing van de verschillende verdragen worden gemaakt (zesde lid, onder b), maar bij ontbreken van specifieke afspraken hebben andere verdragen voorrang op de EU SOFA (zesde lid, onder c).

In veel situaties zullen hierdoor de NATO afspraken gewoon van toepassing kunnen blijven. Dit heeft voornamelijk betrekking op de NATO SOFA maar ook het NATO Hoofdkwartierenprotocol.³¹⁾ Dit verdrag zorgt, kort gezegd, dat de NATO SOFA van toepassing is op de hoofdkwartieren en hun personeel en regelt hoe de verantwoordelijkheden van de partijen bij de NATO SOFA zullen worden uitgeoefend ten aanzien van de hoofdkwartieren.³²⁾ Specifieke clausules zijn verder opgenomen over de uitoefening van de rechtspersoonlijkheid, de noodzaak aanvullende afspraken te maken tussen gastland en hoofdkwartier en de onschendbaarheid van archieven en documenten van het hoofdkwartier. Over dit laatste onderdeel is ook in de EU SOFA een bepaling opgenomen (artikel 15, eerste lid). De SOFA voorziet niet in de toekenning van internationale rechtspersoonlijkheid aan een hoofdkwartier.

De belangrijkste onderdelen van de NATO SOFA (strafrechtelijke immuniteit en afhandeling van schadeclaims) zijn uiteindelijk vrijwel letterlijk in de EU SOFA overgenomen (artikelen 17 en 18). Ten aanzien van de regeling van de strafrechtelijke immuniteiten kiest Nederland daarmee ook in EU verband voor verdeling van de strafrechtelijke jurisdictie

³⁰⁾ De afspraken hiervoor zijn in 2003 uitgewerkt in het 'Berlijn Plus'-pakket en in de praktijk gebracht bij Operatie Concordia, Zie het rapport van het Institute for Security Studies, European defence, A proposal for a White Paper, May 2004.

³¹⁾ Protocol nopens de rechtspositie van internationale militaire hoofdkwartieren, ingesteld uit hoofde van het Noord-Atlantisch verdrag; Parijs, 28 augustus 1952 (Trb. 1953, 11). Op werkzaamheden van NAVO hoofdkwartieren en haar personeel, die plaatsvinden op het grondgebied van een partij bij het Nader Aanvullend Protocol bij het PfP verdrag (supra voetnoot 15) wordt dit NAVO Hoofdkwartierenprotocol op gelijke wijze toegepast.

³²⁾ De NAVO SOFA brengt rechten en plichten voor de lidstaten met zich mee; in sommige gevallen zal het hoofdkwartier als zelfstandige entiteit in de plaats van de landen moeten treden.

tussen zend- en ontvangstaat en streeft geen exclusieve rechtsmacht voor de zendstaat na.³³⁾ De Nederlandse vertaling kan overigens aanleiding geven tot verwarring. De Engelse versie van artikel 17, derde en vierde lid, spreekt over de *'the right to exercise exclusive jurisdiction'*. Door *'exclusive'* als bijvoeglijk naamwoord te gebruiken wordt uitoefening van rechtsmacht door anderen uitgesloten. In het Nederlands is dit echter vertaald als de zendstaat die 'uitsluitend'rechtsmacht heeft over personeel hetgeen in principe niets zegt over de bevoegdheid van de ontvangstaat. In het vierde lid is de vertaling van *'exclusive'* zelfs helemaal weggefallen. In beide gevallen had moeten worden verwezen naar de *'uitsluiten&'* rechtsmacht.³⁴⁾ In de bepaling over schadeclaims heeft de enige afwijking van betekenis betrekking op de inschakeling van een arbiter bij de afhandeling van claims. In de NATO tekst is inzet van een arbiter het uitgangspunt terwijl de EU kiest voor het in overleg tussen betrokken landen afhandelen van een vordering. Alleen als de partijen er zelf niet uitkomen kan een geschil over de afwikkeling van een vordering worden voorgelegd aan een arbiter (artikel 18, elfde lid). Andere onderdelen zijn vrij standaard en komen ook voor in de NATO SOFA. Het gaat dan over zaken als het eerbiedigen van het recht van de ontvangstaat, het dragen van uniformen, het bezit van vuurwapens, de erkenning van militaire rijbewijzen en registratie van dienstvoertuigen.

De wens van de landen om aan te sluiten bij de NATO afspraken betekent zeker niet dat de EU SOFA een kopie is van de NATO SOFA. In de NATO regeling zijn veel bepalingen van douanetechnische of fiscale aard terug te vinden. Gezien de communautaire voorzieningen op deze punten kan de EU SOFA hierin veel beperkter zijn. Zo is op fiscaal gebied alleen een bepaling over dubbele belastingheffing opgenomen terwijl douaneregelingen vrijwel in het geheel ontbreken. Verder zijn de NATO bepalingen over arrestatie en overlevering van verdachten, en bepaalde vormen van rechtshulp in Europees verband al voldoende uitgewerkt en komen dan ook niet terug in de EU SOFA. Tot slot hebben de in de NATO SOFA opgenomen minimum rechten bij vervolging inmiddels in de internationale mensenrechten verdragen een veel uitgebreidere plaats gekregen en zijn niet overgenomen.

Nieuw in vergelijking met oudere SOFA's is de verwijzing in de preambule naar het in juli 2002 in werking getreden Internationale Strafhof. Overweging 4 luidt: *'Dit akkoord laat de rechten en plichten van de partijen uit hoofde van internationale overeenkomsten en van andere internationale rechtsinstrumenten tot instelling van internationale tribunaal, waaronder het Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof, onverlet,'*. Interessant is dat het Statuut van het Strafhof³⁵⁾ de mogelijkheid schept om bij verdrag te voorkomen dat personeel dat is uitgezonden naar een ander land zonder toestemming van de zendstaat door het land van verblijf wordt overgedragen aan het Strafhof (artikel 98, tweede lid, van het Statuut³⁶⁾). Met name de Amerikaanse delegatie heeft zich tijdens de

³³⁾ De Nederlandse regering hanteert als uitgangspunt dat in statusverdragen exclusieve strafrechtelijke jurisdictie over de uit te zenden Nederlandse militairen moet worden verkregen. (zie bijvoorbeeld Brief van de Minister van Defensie aan de Eerste Kamer van 28 april 2004, EK 2003-2004, 29 200 X, C).

³⁴⁾ De Nederlandse vertaling wijkt overigens ook op andere punten af van bijvoorbeeld de Engelse versie. Artikel 18, eerste lid, onder a, spreekt bijvoorbeeld over *'gedetacheerd'* personeel. Deze beperking tot alleen gedetacheerd personeel lijkt hier niet op zijn plaats en ontbreekt ook in de Engelse versie. Hoewel, anders dan in het EU Claims Akkoord, geen bepaling is opgenomen over de authenticiteit van de teksten, mag worden aangenomen dat ook de Nederlandse tekst authentiek is. Een zorgvuldige toetsing van de vertalingen is daarom vereist.

³⁵⁾ Statuut van Rome inzake het Internationale Strafhof; Rome, 17 juli 1998 (Nederlandse tekst in Trb. 2000, 120).

³⁶⁾ Deze bepaling luidt: *Het Hof is niet bevoegd een verzoek tot overdracht te handhaven wanneer dit van de aangezochte Staat zou meebrengen dat deze handelt op een wijze die onverenigbaar is met zijn verplichtingen ingevolge internationale overeenkomsten ten gevolge waarvan de toestemming*

onderhandelingen over het Strafhof voor deze clause hard gemaakt.") Inmiddels is van de uitzonderingsmogelijkheid al ruimschoots gebruikt gemaakt. De hoofdmoot wordt gevormd door bilaterale verdragen, waaronder de nodige SOFA's, die de VS hebben afgesloten.'" Maar ook in andere afspraken werkt artikel 98 door; bijvoorbeeld de Military Technical Agreement (MTA) ten behoeve van de International Security Force (ISAF) in Afghanistan.³⁹⁾ De EU SOFA bevat op dit punt echter geen uitwerking en respecteert daarmee het Statuut van het Strafhof.

Claims Akkoord

Al met al biedt de EU SOFA weinig verrassingen en heeft uiteindelijk veel weg van een gestroomlijnde, Europese versie van de NATO SOFA. Enerzijds is het begrijpelijk dat landen hebben willen aansluiten bij afspraken die in de praktijk hun waarde hebben bewezen en waarvoor in de loop der tijden nationale uitvoeringsprocedures zijn opgezet. Anderzijds moet niet worden vergeten dat de NATO SOFA al meer dan 50 jaar in ongewijzigde vorm wordt gebruikt. Verbeteringen en aanpassingen aan nieuwe ontwikkelingen zijn altijd denkbaar. In de huidige internationale praktijk is bijvoorbeeld behoefte aan regelingen over de positie van personeel van civiele bedrijven (contractors)⁴⁰⁾, geweldgebruik bij bescherming en bewaking van het eigen personeel en materielen over de afhandeling van onderlinge schade buiten het grondgebied van de partijen bij een SOFA. Hoewel de EU SOFA hier niet op ingaat is de EU niet blind geweest voor in ieder geval een deel van deze ontwikkelingen. Voortbouwend op de claims clause van de EU SOFA (artikel 18) is het EU Claims Akkoord opgesteld.

De EU SOFA is op grond van artikel 19, vijfde lid, onder a, alleen van toepassing in '*het moederland van de lidstaten van de Europese Unie*'; ook de werking van de NATO SOFA is territoriaal beperkt tot het NATO grondgebied. Dit kan tot complicaties leiden bij de afhandeling van onderlinge schadeclaims bij operaties die buiten het toepassingsgebied van een SOFA plaatsvinden. In het operatiegebied zal dan alleen de SOFA van toepassing zijn die is afgesloten met de staat waar de troepen zijn gelegerd (zie voetnoot 27). Daarin is het niet gebruikelijk een clause op te nemen die ziet op schadeafhandeling tussen de troepenleverende landen onderling. Tijdens multilaterale operaties zoals bijvoorbeeld met ISAF in Afghanistan, wordt vaak in de onderlinge afspraken alsnog een regeling getroffen. Dit gebeurt in het algemeen in een internationaal beleidsakkoord, een Memorandum of Understanding (MOU). Gezien het niet juridisch verbindend karakter hiervan zijn echter niet alle landen voorstander van het opnemen van een schaderegeling die normaal alleen bij verdrag wordt afgesproken.

Vervolg ³⁶⁾ van een zendstaat is vereist van overdracht aan het Hof van een persoon van die Staat, tenzij het Hof eerst de samenwerking van de zendstaat kan verkrijgen voor het verlenen van toestemming van overdracht.'

³⁷⁾ Hierbij had men nadrukkelijk SOFA's in gedachten; David J. Scheffer in zijn lezing: A negotiator's perspective on the International Criminal Court, *Military Law Review*, vol. 167, March 2001.

³⁸⁾ In SOFA's wordt de volgende clause wel gehanteerd: '*The Government of and the Government of the United States of America confirm that United States personnel may not be surrendered to, or otherwise transferred to, the custody of an international tribunal or any other entity or state without the express consent of the Government of the United States.*'. De bepaling is overigens niet in SOFA's met EU-landen gebruikt.

³⁹⁾ Nederland achtte dit acceptabel aangezien anders geen gebruik kon worden gemaakt van de Amerikaanse bescherming bij een eventuele terugtrekking van ISAF-troepen (extractie) (TK 2001-2002, 27 925, nr. 62).

⁴⁰⁾ In SOFA's van meer recente datum wordt steeds meer aandacht besteed aan deze categorie personeel; zie bijvoorbeeld de SOFA die geldt voor de in Irak gestationeerde troepen: Coalition Provisional Authority Order Number 17, Status of the Coalition, Foreign Liaison Missions, their personnel and contractors, 27 juni 2003.

Het EU Claims Akkoord biedt voor deze situatie een oplossing en zet daarmee een goede stap in de verdere ontwikkeling van statusregelingen. In aanvulling op de EU SOFA is een regeling voor afhandeling van schadeclaims opgenomen die van toepassing is 'op het grondgebied van derde landen waar de EU-crisisbeheersingsoperatie wordt verricht of ondersteund, dan wel op volle zee' (Preambule, derde overweging). De regeling bouwt voort op het basisprincipe van de NATO en EU SOFA en bepaalt, kort gezegd, dat landen onderling afstand doen van vorderingen tegen elkaar in geval van letsel of overlijden van eigen personeel (artikel 3) en in geval van schade aan eigen goederen die worden gebruikt voor een EU-operatie of in de voorbereiding daarvan (artikel 4). Daarbij is de tekst enigszins aangepast aan de eisen van deze tijd. Zo wordt in artikel 4 niet alleen gesproken over goederen die 'in eigendom' zijn (tekst NATO SOFA) maar ook over goederen die worden 'gebruikt of geëxploiteerd' (Engelse tekst: 'used or operated'). Dit voorkomt onduidelijkheid over materieel dat is gehuurd, geleasd of op andere wijze tijdelijk in gebruik is bij een krijgsmacht. Verder is in aansluiting op hetgeen gebruikelijk is in het civiele aansprakelijkheidsrecht in artikelen 3 en 4 bepaald dat een land geen afstand hoeft te doen van een vordering in gevallen van grove nalatigheid of opzettelijk wangedrag (*gross negligence or wilful misconduct*). Artikel 5 voorziet verder in een regeling voor situaties waar een land geen afstand hoeft te doen van een vordering op grond van de voorgaande artikelen. De lidstaten verplichten zich daarbij alsnog om afstand te doen van vorderingen tot 10.000 Euro.

Conclusie

Teneinde de juridische status vast te leggen van troepen die tijdelijk in een ander land zijn gestationeerd sluiten de zend- en ontvangstaats onderling SOFA's af. Waar mogelijk zal daarbij worden gekeken naar oplossingen die een meer bestendig karakter hebben en niet alleen gelden voor een specifieke situatie. In dit kader hebben ook de lidstaten van de EU een SOFA opgesteld die de status van hun troepen regelt bij de voorbereiding en uitvoering van door de EU geleide operaties. Daarnaast moet dit verdrag de positie vastleggen van personeel dat door de lidstaten bij de EUMS wordt gedetacheerd. Hoewel gebruik van de al bestaande NATO SOFA in veel gevallen uitkomst zou kunnen bieden bleek een alternatief nodig omdat niet alle EU lidstaten direct of via het PfP-verdrag zijn gebonden aan de deze SOFA. Wel is ervoor gekozen de tekst van de EU SOFA aan te laten sluiten bij de NATO tegenhanger. Dit heeft ertoe geleid dat op belangrijke punten de teksten van beide SOFA's vrijwel gelijkkluidend zijn. Anderzijds konden veel clausules uit de NATO SOFA, bijvoorbeeld op fiscaal en douane gebied, achterwege blijven doordat deze onderwerpen in Europees verband al uitgebreid zijn geregeld. Hoewel de SOFA voor de EU lidstaten zeker een nuttig instrument kan zijn, voegt het weinig toe aan bestaande regelingen zoals de NATO SOFA.

Verrassend is daarom de stap die EU lidstaten hebben gezet met een ander verdrag dat voortbouwt op de EU SOFA. Dit betreft het EU Claims Akkoord dat tijdens EU crisisbeheersingsoperaties de afhandeling van onderlinge schade regelt op het grondgebied van derde landen. Het is een onderwerp dat niet wordt geregeld in de NATO SOFA en in de praktijk van toenemende crisisbeheersingsoperaties tot ver buiten EU en NATO gebied een steeds grotere rol speelt. De tegenwoordig vaak gekozen oplossing die voorziet in regeling in een MOU is gelet op het niet juridisch verbindende karakter van dit document voor veel landen geen goede optie. Het EU Claims Akkoord biedt hiervoor een uitstekend alternatief. Daarnaast biedt het verdrag het voordeel dat het een begripsomschrijving hanteert die meer past bij de praktijk van deze tijd. In dat opzicht zijn beide EU verdragen niet alleen nuttig maar ook vernieuwend. Het is interessant te zien of dit initiatief ook op andere onderdelen van statusregelingen een vervolg binnen de EU zal krijgen.

OPMERKELIJKE ZAKEN

Onderstaande bijdrage is de eerste in een reeks van acht korte bijdragen, die handelen over strafzaken die lang geleden, vóór 1940, in dit tijdschrift aan de orde zijn geweest en die alle - althans naar het oordeel van de schrijver - de kwalificatie *opmerkelijk* verdienen.

De Euveldaad

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

Hoe een aantekening op de achterzijde van een portret kan leiden tot een terechtwijzing door de commandant, drie rekesten aan de Minister van Oorlog en het opleggen van een tuchtstraf.¹⁾

De aantekening op het portret

Het is het jaar 1908. Hendrikus Engelhard dient als kapitein bij een der Regimenten Infanterie. Het gaat hem goed. Dit geldt ook voor zijn jongere broer, Marinus, een jurist. Er is echter één probleem: de ouders van beide broers zijn, door pech achtervolgd, in behoeftige omstandigheden geraakt. Marinus Engelhard ondersteunt zijn ouders financieel. Zijn broer Hendrikus blijft op dit punt achter. Hij heeft zich weliswaar bereid verklaard zijn beide ouders bij hem in huis te nemen, maar dit aanbod is afgewezen. Met een beroep op het Burgerlijk Wetboek verlangt zijn vader, ook van zijn oudste zoon, een maandelijks financiële bijdrage. Als Hendrikus dit blijft weigeren, verslechtert de verhouding met zijn vader snel.

Dan, op 25 april 1908, wordt Hendrikus Engelhard geheel onverwachts bij deurwaardersexploot gesommeerd om met onmiddellijke ingang maandelijks een bedrag van 40 gulden bij te dragen in het levensonderhoud van zijn beide ouders. Een week later, op 4 mei 1908, ontvangt hij een tweede sommatie. In de bijgevoegde stukken worden ten aanzien van hem tal van grievende beschuldigingen geuit.

Door dit optreden van zijn vader raakt Hendrikus Engelhard zozeer geschokt, dat hij een dag na ontvangst van het tweede exploit in de nachtelijke uren op de achterzijde van een in zijn bezit zijnd portret van zijn vader schrijft: 'Deze man heeft 4 Mei 1908 met één slag de liefde en achting van zijn oudsten zoon vermoord, doordien hij dien zoon voor de rechtbank der mensen heeft gedaagd; deze man, Ferdinand Engelhard, is krachtens die eerooie daad, op 4 Mei 1908, naar het gevoelen van dien oudsten zoon overleden; hij verantwoorde zich thans voor den rechterstoel van zijn God. R.I.P.'

Het portret, met de tekst, stuurt hij vervolgens zijn vader toe.

De commandant wordt ingelicht

De handelwijze van kapitein Engelhard wekt de woede op van zijn broer Marinus, die op 21 mei 1908 de commandant van het Regiment waarbij kapitein Engelhard dient een brief schrijft, waarin hij verzoekt zijn broer *sub rosa* te horen over hetgeen hij met het por-

— —
¹⁾ De namen in deze bijdrage zijn verzonnen.

tret van zijn vader heeft uitgehaald en hem in overweging te geven zijn euveldaad jegens zijn vader goed te maken. Ook vraagt hij de commandant te bewerkstelligen dat zijn broer voortaan maandelijks een bedrag van ten minste 25 gulden bijdraagt in de kosten van het levensonderhoud van zijn ouders.

De regimentscommandant (een kolonel) antwoordt enkele dagen na ontvangst van de brief dat hij bereid is 'de punten van het portret en van de toelage tot onderstand' met de kapitein Engelhard te bespreken, mits hij wordt gemachtigd zulks te doen in tegenwoordigheid van twee, door hem aan te wijzen, officieren. Bij brief 25 mei 1908 verleent Marinus Engelhard de gevraagde machtiging.

Korte tijd later wordt kapitein Engelhard bij de regimentscommandant ontboden. Als hij op het bureau verschijnt zijn, naast de commandant, twee bij het regiment dienende officieren aanwezig, een luitenant-kolonel en een oudere kapitein.

De regimentscommandant opent het gesprek met het stellen van de vraag: 'Erkent gij het portret van uw vader, dat U hier getoond wordt, voorzien van de aantekening, aan de keerzijde daarvan door u gesteld, te hebben toegezonden aan uw vader?'²⁾

Als kapitein Engelhard de vraag bevestigend beantwoordt, reageert de commandant met de opmerking: 'Vermits gij erkent het portret aan uw vader toegezonden te hebben, zoo acht ik mij verplicht U als mijn gevoelens mede te delen, dat - wat er ook tusschen U en uw vader of andere familieleden moge voorgevallen zijn - het stellen van de aantekening op de keerzijde van het portret en uwe verdere handelwijze met het portret, nimmer verenigbaar is met de gevoelens, welke een zoon aan zijn vader verschuldigd is. In verband hiermee dring ik er bij U ernstig op aan, die daad nog voor zooveel mogelijk goed te maken, door het betoonen van berouw daarover en door het uiting geven van dat berouw aan uw vader. Zijt gij voornemens hieraan gevolg te geven.'

Als kapitein Engelhard verklaart aan het verzoek geen gevolg te kunnen geven, stelt de regimentscommandant de laatste vraag: 'Zijt gij alsnog bereid, te beginnen met de lopende maand, en vervolgens maandelijks, een bedrag van minstens vijf en twintig gulden aan uwe ouders toe te zenden?'

Ook deze vraag beantwoordt kapitein Engelhard ontkennend. Hierna verlaat hij het bureau van de regimentscommandant. Hij voelt zich diep gegriefd en is de wanhoop nabij.

Drie rekestten aan de minister

In zijn woede en wanhoop schrijft kapitein Engelhard op 14 juni 1908 de Minister van Oorlog een rekest, waarin hij verzoekt 'het daarheen te leiden dat hem van de zijde van de Regimentscommandant in deze tragische zaak volledig eerherstel en betering van geleden onrecht geworden'.³⁾ Drie weken later volgt een tweede rekest, waarin op een spoedige afdoening van het eerste rekest wordt aangedrongen.

Op 30 juli 1908 wendt kapitein Engelhard zich ten derde male per rekest tot de Minister van Oorlog. Hij verzoekt de minister 'hem, requestant, te doen bevrijden van het ondraaglijk gevoel van smaad en vernedering dat nu reeds zoo lange weken aan zijn gemoedsrust knaagt, kon het zijn door te bewerken dat hij door zijn regimentscommandant alleszins gerehabiliteerd worde'. Bij dit derde rekest voegt hij 22 bijlagen.

Op 17 juli 1908 beantwoordt de minister de eerste twee rekestten. Hij stelt vast dat kapitein Engelhard de hem door de regimentscommandant gestelde vragen geheel vrijwillig heeft beantwoord, 'niettegenstaande hem van te voren door dien commandant was aange-

²⁾ MRT 1910/11 (deel VI), p. 56.

³⁾ MRT 1910/11 (deel VI), p. 56.

zegd, dat geene dienstzaak maar eene particuliere zaak zou worden besproken'.⁴⁾ Ook merkt hij op dat het ondoenlijk is hetgeen is voorgevallen ongedaan te maken. Dit betekent 'dat aan het hem gedaan verzoek niet het gewenschte gevolg kan worden gegeven'.

Het derde rekest beantwoordt de minister op 29 augustus 1908. Hij schrijft dat 'de resultaten van het ter zake ingesteld onderzoek hem, Minister, geen aanleiding geven om alsnog eenigen maatregel ten aanzien van requestant te treffen'.

De commandant legt een tuchtstraf op

De regimentscommandant heeft tijdens het onderzoek inzage gekregen van de drie rekesten en van de bij de rekesten gevoegde bijlagen. Het taalgebruik in deze stukken is voor hem aanleiding kapitein Engelhard op 3 oktober 1908 disciplinair te straffen met 14 dagen kamerarrest. De strafreden luidt:

'Hoogst oneerbiedig en indisciplinair gedrag jegens zijnen regimentscommandant, door in een request aan den Minister van Oorlog, dien commandant van zeer laakbare handelingen en vijandige gevoelens te zijnen opzichte te beschuldigen, van welke beschuldigingen gebleken is, dat zij geen enkelen grond van waarheid bezitten.

Voorts in het vorengenoemde request op hoogst ongepaste wijze aan zijn ongemotiveerd oordeel over zijn regimentscommandant uiting gegeven.

Ten slotte ook ten opzichte van een hoofdofficier en een kapitein van het regiment zich schuldig gemaakt aan het zonder grond in vorenbedoeld request uitspreken van eene insinuatie omtrent hun optreden jegens hem."')

De eindbeslissing van het Hoog Militair Gerechtshof

Kapitein Engelhard is het met de hem opgelegde straf en de strafreden in het geheel niet eens. Op 5 oktober 1908 wendt hij zich met een klacht tot het Hoog Militair Gerechtshof. Zijns inziens valt hetgeen hij met het portret van zijn vader heeft gedaan, alsmede zijn weigering om zijn ouders financieel te steunen, geheel buiten de bemoeienis van de regimentscommandant. Ook is zijns inziens met de beantwoording van de rekesten door de minister de zaak geheel afgedaan.

Het Hoog Militair Gerechtshof komt na onderzoek tot de slotsom dat het optreden van de regimentscommandant 'niet ten onrechte door klager is gequalificeerd als misbruik van gezag'. Het onderhoud met klager verkreeg door de aanwezigheid van twee boven klager gestelde officieren een ambtelijk karakter, aldus het Hof, 'terwijl vaststond en de Kolonel dit zelf had verklaard, dat voor een ambtelijk optreden geen grond bestond'.

Ook acht het Hof het 'zeer verklaarbaar' dat klager zich in de aan de minister gerichte rekesten ten opzichte van de regimentscommandant negatief heeft uitgelaten, zij het dat sommige opmerkingen inderdaad, ook naar het oordeel van het Hof, niet door de beugel kunnen.

Uiteindelijk wijzigt het Hof de opgelegde straf van veertien dagen kamerarrest in één dag arrest en bepaalt dat de strafreden zal komen te luiden:

'In een request aan den Minister van Oorlog, bij een overigens rechtmatig beklag over handelingen van zijn Regimentscommandant jegens hem, ten aanzien van dien Regimentscommandant uitdrukkingen gebezigd, welke onbestaanbaar zijn met de instandhouding eener goede krijgstucht, zelfs wanneer men rekening houdt met de versoonden omstandigheden waaronder dit request werd gesteld."⁶⁾

⁴⁾ MRT 1910/11 (deel VI), p. 58 en 59.

⁵⁾ MRT 1910/11 (deel VI), p. 55.

⁶⁾ HMG 16 maart 1909, MRT 1910/11 (deel VI), p. 55 e.v.

STRAFRECHTSPRAAK

Arrondissementsrechtbank te Arnhem

Militaire kamer

Vonnissen van 26 april 2002

Voorzitter: mr. Verspui, *Lid:* mr. Crol, *Militair lid:* Luitenant-kolonel mr. van Gorp.

Apeldoornse aanrijding

Mariniers beledigen islamieten wegens godsdienst en/of levensovertuiging.

(Sr art. 137c)

VERKORT VONNIS

in de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen: B.M.P., geboren op [...] te A., adres: [...], A.. Raadsman: mr. B.D.W. Martens advocaat te 's-Gravenhage.

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan de verdachte is ten laste gelegd dat:

"hij op of omstreeks 16 en/of 17 oktober 2001, te Apeldoorn, zich, tezamen en in vereniging met een ander, althans alleen, in het openbaar, namelijk op het Beekpark en/of het Caterplein, althans op een of meer voor het publiek toegankelijke plaatsen, mondeling, opzettelijk beledigend heeft uitgelaten over een groep mensen, te weten Moslims en/of Islamieten, wegens hun godsdienst en/of hun levensovertuiging, door toen aldaar opzettelijk beledigend (op voor M.C. en/of M.R.Z. en/of andere personen [duidelijk] hoorbare wijze) de woorden 'Fuck Islam' en/of 'Alle Moslims moeten dood' en/of 'Kanker Islam' en/of 'Islam bombarderen' en/of 'Kut Moslims' en/of 'Krijg de tering met alle Moslims' en/of 'Alles moet kapot, dood aan de Islam', althans woorden van soortgelijke aard en/of strekking, te roepen, althans te zeggen."

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 15 april 2002 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr. B.D.W. Martens, advocaat te 's-Gravenhage.

Als benadeelde partij zijn ter terechtzitting verschenen dan wel hebben zich schriftelijk in het geding gevoegd:

– M.C., gemachtigde mr. A. van der Gronde, wonende te [...], die vordert dat verdachte wordt veroordeeld aan hem te betalen een bedrag van € 68.219,70 aan schadevergoeding, waarvan een bedrag van € 22.740,26 aan kosten voor rechtsbijstand;

– M.R.Z., gemachtigde mr. A. van der Gronde, wonende te [...], die vordert dat verdachte wordt veroordeeld aan hem te betalen een bedrag van € 5.272,72 aan schadevergoeding, waarvan een bedrag van € 727,27 aan kosten voor rechtsbijstand.

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 30 uren, subsidiair 15 dagen vervangende hechtenis.

De officier van justitie heeft voorts gesteld dat de vordering van de benadeelde partij M.C. niet van zo eenvoudige aard is dat zij zich leent voor behandeling en dat de vorde-

ring van de benadeelde partij M.R.Z. niet in verband staat met het aan verdachte tenlastegelegde strafbare feit. Hij vordert daarom dat de benadeelde partijen niet-ontvankelijk zullen worden verklaard in hun vorderingen.

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 op 16 of 17 oktober 2001, te Apeldoorn, zich, tezamen en in vereniging met een ander, in het openbaar, namelijk op het Beekpark en/of het Caterplein, mondeling, opzettelijk beledigend heeft uitgelaten over een groep mensen, te weten Moslims en/of Islamieten, wegens hun godsdiensten/of hun levensovertuiging, door toen aldaar opzettelijk beledigend (op voor M.C. en M.R.Z. [duidelijk] hoorbare wijze) de woorden 'Fuck Islam' en 'Alle Moslims moeten dood' en 'Kanker Islam' en 'Islam bombarderen' en 'Kut Moslims' en 'Krijg de tering met alle Moslims' en 'Alles moet kapot, dood aan de Islam', althans woorden van soortgelijke aard en/of strekking, te roepen, althans te zeggen."

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. 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:

"het zich in het openbaar mondeling opzettelijk beledigend uitlaten over Moslims en/of Islamieten wegens hun godsdienst en/of hun levensovertuiging", voorzien en strafbaar gesteld bij artikel 137c van het Wetboek van Strafrecht, meermalen gepleegd. De feiten zijn 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 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 15 november 2001;
- een voorlichtingsrapportage van Reclassering Nederland, unit Apeldoorn, gedateerd 6 maart 2002, betreffende verdachte.

De militaire kamer overweegt verder nog als volgt. Verdachte heeft zich schuldig gemaakt aan discriminatie. Verdachte verkeerde op het moment van het plegen van de feiten onder invloed van alcoholhoudende drank. De militaire kamer houdt rekening met het feit dat verdachte inmiddels is ontslagen bij Defensie.

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen oordeelt de militaire kamer dat voor de afdoening van de onderhavige taak oplegging van een taakstraf in de vorm van een leerstraf een passende bestraffing is.

Verdachte heeft ter zitting aangeboden een werkstraf of leerstraf te verrichten. De militaire kamer ziet, gelet op verdachtes persoonlijke omstandigheden en het feit dat zij een leerstraf een passende sanctie acht, mede omdat zij daarmee de verdachte confronteert met zijn verantwoordelijkheden jegens de maatschappij, geen aanleiding dit aanbod af te wijzen en zal daarom het verrichten van een taakstraf in de vorm van een leerstraf opleggen voor de duur van 28 uren. De leerstraf die zal worden opgelegd is de cursus alcoholdelinquentie.

6.a. De beoordeling van de civiele vordering(en), alsmede de gevorderde oplegging van de schadevergoedingsmaatregel

De militaire kamer acht de vordering van M.C. niet van eenvoudige aard, nu deze onvolgende is gemotiveerd en er geen ter zake doende specificaties zijn overgelegd, zodat de benadeelde partij in het onderhavige strafgeding in [haar] vordering niet-ontvankelijk is. Mogelijk kan de benadeelde partij haar schade verhalen via de burgerlijke rechter.

De militaire kamer zal de benadeelde partij M.R.Z. niet-ontvankelijk verklaren in haar vordering omdat [haar] niet rechtstreeks is toegebracht door het bewezen verklaarde feit.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is, behalve op de hiervoor genoemde wettelijke voorschriften, gegrond op de artikelen 22c, 22d en 57 van het Wetboek van Strafrecht.

[Volgt: Veroordeling tot het verrichten van de leerstraf 'Alcoholdelinquentie' gedurende achtentwintig uren, subsidiair veertien dagen hechtenis. – Red.]

NASCHRIFT

Hoewel uit het vonnis niet blijkt dat de bewezen verklaarde feiten in een militaire context begaan zijn, wordt het hier gepubliceerd vanwege de maatschappelijke beroering die rond de gebeurtenissen in de nacht van 16 op 17 oktober 2001 ontstaan is. Het slachtoffer C., een software operator van Turkse komaf, keerde die nacht samen met zijn vriend Z. na een avondje biljarten huiswaarts. Onderweg werd hij uitgescholden door twee mannen, wat tot handtastelijkheden leidde. Toen hij zijn weg wilde vervolgen werd hij door één van de mannen die hem uitgescholden hadden met een auto van achteren aangereiden met als gevolgen twee gebroken enkels, een gebroken onderbeen, botbreuken in de rechter voet en een hersenschudding. Dat de mannen die C. beledigd en verwond hadden in Doorn gelegerde mariniers waren, kwam snel uit: beveiligingscamera's hadden de gebeurtenissen vastgelegd. De media besteedden er – kort na de aanslagen van 11 september – ruimschoots aandacht aan en er werden zelfs kamervragen gesteld (TK 2001/02, nr. 1221). Uit het antwoord van de minister blijkt dat de bestuurder van de auto bij vonnis van 26 april 2002 ter zake van poging tot doodslag en belediging wegens godsdienst en/of levensovertuiging is veroordeeld tot zevenentwintig maanden gevangenisstraf; waarvan zeven maanden voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar en tot ontzegging van de rijbevoegdheid voor de duur van viereneenhalf jaar; hij heeft hoger beroep ingesteld. Het vonnis in deze zaak is onherroepelijk geworden. Beide mariniers zijn per 1 februari 2002 oneervol ontslagen; één van hen - het antwoord van de minister vermeld niet wie - heeft tegen zijn ontslag bezwaar aangetekend.

M.M.D.

Arrondissementsrechtbank te Rotterdam

Strafkamer

Vonnis van 7 april 2004¹⁾

Voorzitter: mr. Buchner, Rechter: mrs. Pit en Jofriet.

Congolese folteraar

Congolese politiechef – bijgenaamd 'Roi des bêtes' – heeft samen met anderen een havenarbeider meermalen zwaar mishandeld, omdat hij geweigerd had een auto in te klaren, c.q. om hem te dwingen die auto in te klaren. Foltering – voorheen strafbaar gesteld in de Uitvoeringswet folterwetdrag – is sinds 1 oktober 2003 strafbaar gesteld in de Wet internationale misdrijven: geen verandering van wetgeving.

(Sr art. 1 lid 2; Uitvoeringswet folterverdrag art. 1 lid 1; WIM art. 8)

VONNIS

van de rechtbank Rotterdam, meervoudige kamer voor strafzaken, in de zaak tegen: S.N, geboren in 1952 te [...] (Congo), ingeschreven in de gemeentelijke basisadministratie op het adres [...], ten tijde van het onderzoek ter terechtzitting preventief gedetineerd in de Penitentiaire Inrichtingen Rijnmond, Huis van Bewaring 'De Schie', te Rotterdam.

Dit vonnis is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting van 24 maart 2004.

Tenlastelegging

Aan de verdachte is ten laste gelegd hetgeen vermeld is in de vordering nadere omschrijving tenlastelegging onder parketnummer [...]. Van deze vordering is een kopie in dit vonnis gevoegd [...].

De eis van de officier van justitie

De officier van justitie, mr. Polescuk, heeft gerekwireerd – zakelijk weergegeven –:

- de vrijspraak van het onder 2 ten laste gelegde;
- de bewezenverklaring van het onder 1 primair en het onder 3 ten laste gelegde;
- de veroordeling van de verdachte tot een gevangenisstraf voor de duur van 5 jaar met aftrek van voorarrest.

De ontvankelijkheid van de officier van justitie in de vervolging

Namens de verdachte is aangevoerd dat de officier van justitie niet-ontvankelijk is in de vervolging, omdat het recht tot strafvordering inmiddels is vervallen. De raadsman heeft hiertoe aangevoerd dat de verdachte op 6 mei 1997 in Congo is veroordeeld tot een gevangenisstraf van 10 jaar, ter zake van machtsmisbruik, afpersing en andere verduisteringen van staatsfondsen, douanefraude en bedreigingen met de dood en willekeurige arrestaties, welke strafbare feiten alle voortkwamen uit door J.M.N. geformuleerde aanklachten. Ook andere aangiften, onder andere ter zake van afpersing en verkrachting, hebben als stukken van informatie deel uitgemaakt van het dossier en dit was ongetwijfeld van invloed op de hoogte van de aan verdachte opgelegde straf, aldus de raadsman.

¹⁾ Het vonnis is eerder besproken door Knoops, 'De semi-monistische invloed van het Statuut van het Internationaal Strafhof op de nationaalrechtelijke vervolging van internationale misdrijven', *Ars Aequi* LIII (2004), p. 729-736.

De rechtbank verwerpt dit verweer en overweegt daartoe als volgt. Noch uit de onderliggende stukken, noch uit de verklaring van de verdachte ter terechtzitting is gebleken dat reeds eerder berechting heeft plaatsgevonden voor feiten die jegens X., Y. en Z. aouden zijn begaan, dan wel dat de thans aan de rechtbank voorgelegde feiten deel hebben uitmaakt van de feiten, waarvoor de verdachte in 1997 in de Democratische Republiek Congo, voormalig Zaïre, is veroordeeld. De aangevers in de onderhavige zaak, X., Y. en Z., hebben er destijds kennelijk voor gekozen om, hoewel zij wel op de hoogte waren van de aan de bevolking gedane oproep om te komen tot aangiftes, dit niet te doen. De stelling, zoals de rechtbank deze begrijpt, dat zij daarmee hun recht hebben verwerkt om op een later moment alsnog aangifte tegen de verdachte te doen, vindt geen steun in het recht.

De raadsman heeft voorts bepleit dat het openbaar ministerie ten aanzien van feit 3 niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. De Uitvoeringswet folteringverdrag is per 1 oktober 2003 ingetrokken en vervangen door de Wet internationale misdrijven (WIM). In de WIM heeft de wetgever de aansluiting met de term mishandeling uit het Wetboek van Strafrecht laten vallen. In de WIM worden de verschillende misdrijven tegen de menselijkheid apart benoemd, zo ook het misdrijf verkrachting. De officier van justitie heeft onder feit 3 van de tenlastelegging gekozen voor een delictomschrijving, die weliswaar lijkt te passen bij de Uitvoeringswet folteringverdrag, maar de verweten handelingen in de delictomschrijving behoren bij het misdrijf verkrachting, en niet bij mishandeling van het Wetboek van Strafrecht, waarbij de wetgever indertijd aansluiting heeft gezocht.

De rechtbank begrijpt dit verweer van de raadsman als een kwalificatieverweer, dat in geval van gegrondbevinding niet kan leiden tot de niet-ontvankelijkheid in de vervolging van het openbaar ministerie. Dit verweer leent zich derhalve niet voor een behandeling op deze plaats.

Nu ook overigens geen feiten of omstandigheden zijn gebleken die zouden moeten leiden tot niet-ontvankelijk verklaring van de officier van justitie, is de officier van justitie ontvankelijk in de vervolging.

Niet bewezen

Het onder 2 en 3 ten laste gelegde is niet wettig en overtuigend bewezen, zodat de verdachte daarvan dient te worden vrijgesproken. Met betrekking tot het onder 3 ten laste gelegde merkt de rechtbank op, dat zich ter zake van het onderdeel van de tenlastelegging dat handelt over de verkrachting in het dossier slechts één verklaring, die van de aangeefster, bevindt en dat andere bewijsmiddelen niet uit de processtukken noch uit het verhandelde ter terechtzitting naar voren zijn gekomen.

Bewezen

De rechtbank acht wettig en overtuigend bewezen dat de verdachte het onder 1 primair ten laste gelegde heeft begaan op de wijze als hieronder vermeld.

"Hebbende hij, verdachte, op tijdstippen in of omstreeks oktober 1996 te Matadi tezamen en in vereniging met anderen, als ambtenaar, te weten als lid van de Garde Civile (meer in het bijzonder als chef van de Garde Civile [in] de provincie Bas-Zaïre), in de uitoefening van zijn functie, meermalen opzettelijk zwaar mishandeld iemand die van zijn vrijheid was beroofd, te weten X., met het oogmerk hem te bestraffen en te dwingen iets te doen, terwijl deze gedragingen van dien aard waren dat zij het beoogde doel konden bevorderen, hierin bestaande dat verdachte in het kader van zijn werkzaamheden als lid van de Garde Civile (meer in het bijzonder als chef van de Garde Civile in de provincie Bas-Zaïre), tezamen en in vereniging met zijn mededaders, toen en aldaar, telkens met

voormeld oogmerk de van zijn vrijheid beroofde X. – die als burger in gevangenschap verbleef op het (afgesloten) terrein van de Garde Civile te Matadi telkens opzettelijk heeft mishandeld door die X. meermalen te slaan tegenop het lichaam met een tot vuist gebalde hand en/of met een cordelette, zijnde een soort hard gevlochten stof die als riem wordt gedragen en of meermalen te schoppen tegen/op het hoofd en/of het lichaam, terwijl deze X. daarvan letsel heeft bekomen en hevige pijn heeft ondervonden en opzettelijk heeft teweeggebracht een toestand van hevige angst bij X. door onder meer het (doen) uiten van bedreigingen door het gebruik van bewoordingen als 'het land behoort ons toe, wij zijn onaantastbaar' en/of 'jij zult lijden'."

Hetgeen meer of anders is ten laste gelegd is niet bewezen. De verdachte moet ook daarvan worden vrijgesproken.

Voor zover in de bewezen verklaarde tenlastelegging kennelijke verschrijvingen voorkomen, zijn deze in de bewezenverklaring verbeterd. Blijkens het verhandelde ter terechtzitting is de verdachte daardoor niet in de verdediging geschaad.

Bewijs

De rechtbank grondt haar overtuiging dat de verdachte het bewezen verklaarde heeft begaan op de feiten en omstandigheden die zijn vervat in de inhoud van wettige bewijsmiddelen. De bewijsmiddelen zullen in die gevallen waarin de wet aanvulling van het vonnis vereist in een bijlage bij dit vonnis worden opgenomen.

Strafbaarheid van de feiten

De rechtbank constateert dat de onder 1 bewezen verklaarde feiten zijn gepleegd vóór 1 oktober 2003, hetgeen inhoudt dat het bewezen verklaarde gekwalificeerd dient te worden onder de Uitvoeringswet folteringverdrag.

De ten laste gelegde en bewezen feiten zijn ook sinds 1 oktober 2003 strafbare feiten ingevolge artikel 8 van de Wet internationale misdrijven. De rechtbank is van oordeel dat de wijziging per 1 oktober 2003 niet getuigt van een gewijzigd inzicht van de wetgever in de strafwaardigheid van de feiten, op grond waarvan artikel 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht zou dienen te worden toegepast.

De bewezen feiten leveren op:

"Medeplegen van foltering, meermalen gepleegd, strafbaar gesteld bij artikel 1 lid 1 van de Uitvoeringswet folteringverdrag, in verbinding met artikel 47 van het Wetboek van Strafrecht.

Er zijn geen feiten of omstandigheden gebleken die de strafbaarheid van de feiten uitsluiten. De feiten zijn strafbaar.

Strafbaarheid van de verdachte

Er zijn geen feiten of omstandigheden gebleken die de strafbaarheid van de verdachte uitsluiten. De verdachte is strafbaar.

Motivering van de straf

De straf, die aan de verdachte wordt opgelegd, is gegrond op de ernst van de feiten, de omstandigheden waaronder de feiten zijn begaan en de persoon en de persoonlijke omstandigheden van de verdachte, zoals daarvan is gebleken uit het onderzoek ter terechtzitting. Daarbij wordt in het bijzonder het volgende in aanmerking genomen.

Ten tijde van het bewind van president Mobutu was de verdachte in 1996 commandant van de Garde Civile, gestationeerd in Matadi. Bij de bevolking en binnen de Garde Civile

was de verdachte bekend onder de bijnaam 'Roi des bêtes'.

Als commandant van de Garde Civile heeft de verdachte het slachtoffer, werkzaam als inklaarder in de haven van Matadi, laten arresteren door zijn ondergeschikten/lijfwachten. Het slachtoffer is door deze lijfwachten afgevoerd naar het terrein van de Garde Civile, vastgezet in de cel aldaar en in opdracht van de verdachte gedurende enkele dagen stelselmatig mishandeld. Daarbij is het slachtoffer in vrijwel geheel ontklede toestand geslagen met een cordelette (een hard gevlochten riem), en fungeerde hij, zoals hij het zelf omschrijft, als boksbal voor de lijfwachten. De verdachte heeft vanaf zijn balkon toegekeken. Het doel van deze mishandelingen was het slachtoffer te bestraffen voor het feit dat deze had geweigerd een auto van een vriend van de verdachte in te klaren, die de daarover verschuldigde zeevrachtkosten niet wenste te betalen en de verdachte te dwingen die auto alsnog vrij te geven. Na enkele dagen te zijn mishandeld, is het slachtoffer bij de verdachte geroepen en is hem te verstaan gegeven dat hij ervoor moest zorgen dat de auto binnen 48 uur alsnog werd ingeklaard. Het slachtoffer heeft hiertoe uiteindelijk zelf de verschuldigde zeevrachtkosten moeten voldoen.

Het moet voor het slachtoffer een beangstigende ervaring zijn geweest om overgeleverd te zijn aan de willekeur van de verdachte. Hij zal naar verwachting de psychische gevolgen hiervan nog vele jaren met zich dragen. Foltering is een zeer ernstig delict, dat op ruime schaal, niet alleen in Congo, maar ook internationaal verontwaardiging en verontusting wekt. De ernst van de foltering ligt in het feit dat deze geschiedt door de overheid af een overheidsdienaar, waardoor bij het slachtoffer het idee ontstaat – terecht of niet – dat hiertegen niets te doen valt, omdat hij voor een klacht of aangifte bij diezelfde overheid te rade moet. Dit veroorzaakt naast de pijn – lichamelijk en/of geestelijk – gevoelens van onmacht en het gevoel dat men totaal is overgeleverd aan de folteraar.

De ten laste van de verdachte bewezen gedragingen raken evenzeer de Nederlandse rechtsorde, nu hij zich hier te lande heeft gevestigd, en dit te meer nu hij door middel van een asielaanvraag te kennen heeft gegeven van de Nederlandse samenleving deel te willen (blijven) uitmaken.

De handelwijze van de verdachte, waarbij hij, misbruik makend van zijn positie, de lichamelijke en geestelijke integriteit van het slachtoffer ernstig heeft aangetast en heeft gehandeld in strijd met de universele eerbied vaar de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, geeft blijk van een absoluut gebrek aan respect vaar de waardigheid van een medemens. Deze handelwijze rechtvaardigt, ondanks het tijdsverloop sedert het plegen van de feiten, het opleggen van een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf van geruime duur.

Bij het bepalen van de duur van die straf laat de rechtbank meewegen dat de bijnaam 'Roi des bêtes' waaronder de verdachte algemeen bekend was in voormalig Zaïre, alsmede de eerdergenoemde veroordeling d.d. 6 mei 1997 van de verdachte aldaar, erop lijken te wijzen dat de thans bewezen feiten niet op zichzelf hebben gestaan.

Alles afwegende acht de rechtbank de hierna te noemen straf passend en geboden.

[Volgt: Veroordeling tot twee jaar en zes maanden gevangenisstraf – Red.]

NASCHRIFT

Sinds 20 januari 1989 is foltering een strafbaar feit naar Nederlands recht; op die datum trad de Uitvoeringswet folteringsverdrag²⁾ in werking. Het Verdrag tegen foltering

²⁾ Wet van 20 september 1988, Stb. 478.

en andere wrede onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing (folteringverdrag)³⁾ omschrijft 'foltering' ('torture') als: "any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions".

Het aldus omschreven internationale misdrijf was daarmee echter nog geen strafbaar feit naar Nederlands recht: daartoe moest de definitie van het Verdrag in een Nederlandse delictomschrijving vertaald worden. Dat eist het in art. 1 lid 1 Sr neergelegde materieel-strafrechtelijke legaliteitsbeginsel.⁴⁾ Die vertaling heeft plaatsgevonden in de artt. 1 en 2 van de Uitvoeringswet folteringverdrag. Art. 1 lid 1 omschreef 'foltering' als mishandeling gepleegd door een ambtenaar of een anderszins ten dienste van de overheid werkzame persoon in de uitoefening van zijn functie aan iemand die van zijn vrijheid is beroofd, met het oogmerk om inlichtingen of een bekentenis te verkrijgen, hem te bestraffen, hem of een ander vrees aan te jagen of te dwingen iets te doen of te dulden, of uit minachting voor diens aanspraken op menselijke gelijkwaardigheid; lid 2 stelde het opzettelijk teweegbrengen van een toestand van hevige angst of een andere vorm van ernstige geestelijke ontredde gelijk aan mishandeling. Foltering was bedreigd met gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaar of geldboete van de vijfde categorie, als het feit de dood ten gevolge had met levenslange gevangenisstraf, tijdelijke gevangenisstraf van ten hoogste twintig jaar of geldboete van de vijfde categorie. Volgens art. 5 was op foltering het universaliteitsbeginsel van toepassing: de Nederlandse strafwet was toepasselijk op een ieder die zich buiten Nederland aan de in de artt. 1 en 2 omschreven misdrijven schuldig maakte.

Op 1 oktober 2003 kwam de Wet internationale misdrijven (WIM) o.m. in de plaats van de uitvoeringswet folteringverdrag; foltering door een ambtenaar of anderszins ten dienste van de overheid werkzame persoon in de uitoefening van zijn functie is strafbaar gesteld in art. 8. De WIM strekt tot implementatie van het Statuut van het Internationale Strafhof, dat kennis neemt van genocide, oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid. Dit verklaart dat in de WIM twee begrippen gebezigd worden ter vertaling van 'torture'. 'Torture' als oorlogsmisdrijf of misdrijf tegen de menselijkheid wordt in art. 1 lid 1, aanhef en onder d vertaald als 'marteling': het opzettelijk veroorzaken van ernstige pijn of ernstig lijden, hetzij lichamelijk, hetzij geestelijk, bij een persoon die zich in gevangenschap of in de macht bevindt van degen die beschuldigd wordt, met dien verstande dat onder marteling niet wordt verstaan pijn of lijden dat louter het gevolg is van, inherent is aan of samenhangt met rechtmatige sancties. Kenmerkend voor foltering in de zin van het Folteringverdrag is echter – ten eerste – de kwaliteit waarin de dader handelt en – ten tweede – het oogmerk waarmee hij handelt. 'Foltering' wordt in art. 1 lid 1, aanhef en onder e WIM omschreven als: marteling van een persoon met het oogmerk om van hem of van een derde inlichtingen of een bekentenis te verkrijgen, hem te bestraffen voor een handeling die hij of een derde heeft begaan of waarvan hij of een derde wordt verdacht, of hem of een derde vrees aan te jagen of te dwingen iets te doen of te dulden, dan wel om enigerlei reden gebaseerd op discriminatie uit welke grond dan ook, van overheidswege gepleegd. Met 'marteling' wordt dus niet steeds hetzelfde bedoeld: als oorlogsmisdrijf of

⁴⁾ HR 18 september 2001, NJ 2002, 559 m.nt. J.R./N.J. Schrijver (Bouterse).

misdrijf tegen de menselijkheid zal het veelal structuurcriminaliteit betreffen, terwijl foltering in de zin van het Folteringverdrag ook incidenteel begaan kan worden.

In de WIM is foltering ruimer omschreven dan in de Uitvoeringswet folteringverdrag. Het vereiste oogmerk is niet beperkt tot het bestraffen, verkrijgen van inlichtingen of een bekentenis van de gefolterde, maar kan ook gericht zijn bestraffen of verkrijgen van inlichtingen van een derde. Bovendien wordt "enigerlei reden gebaseerd op discriminatie uit welke grond dun ook" als oogmerk genoemd, in plaats van "minachting voor diens aanspraken op menselijke gelijkwaardigheid". Voorts zijn de strafmaxima waarin art. 8 voorziet hoger dan de strafmaxima waarin de Uitvoeringswet folteringverdrag voorzag: levenslange gevangenisstraf of tijdelijke gevangenisstraf van ten hoogste twintig jaar⁵⁾ of geldboete van de vijfde categorie. De dood van het slachtoffer is geen strafverzwarende omstandigheid meer: ook als het slachtoffer de foltering overleeft kan levenslange gevangenisstraf worden opgelegd. Aan art. 8 WIM ligt dus – anders dan de Rechtbank overweegt – wel een gewijzigd inzicht van de wetgever omtrent de strafwaardigheid van foltering ten grondslag, maar ten ongunste van de dader: de delictomschrijving is verruimd en de strafbedreiging verzwaaard. Daarom kan art. 1 lid 2 Sr geen toepassing vinden. De verruimde definitie van 'foltering' zal echter niet tot gevolg hebben dat foltering in Nederland vaker vervolgd zal worden. Weliswaar bepaalt art. 2 lid 1 WIM dat de Nederlandse strafwet toepasselijk is op een ieder die zich buiten Nederland aan een internationaal misdrijf schuldig maakt, daartoe is vereist dat de verdachte zich in Nederland bevindt. Overigens is de Nederlandse strafwet slechts toepasselijk als de verdachte Nederlander is (actief personaliteitsbeginsel) of het feit tegen een Nederlander is begaan (passief nationaliteitsbeginsel). Waar de Uitvoeringswet folteringverdrag in ongeclausuleerde universele rechtsmacht voorzag, is de strafrechtelijke sanctionering van foltering in praktisch opzicht veeleer bemoeilijkt dan vergemakkelijkt. En hoewel de rechtsmachtregeling in art. 2 WIM niet onverenigbaar is met art. 5 Folteringverdrag, is dat moeilijk te rijmen met het streven te voorkomen dat internationale misdrijven onbestraft blijven⁶⁾.

M.M.D.

⁵⁾ Het kamerlid Van Oven - dat bij amendement voorstelde de maximale tijdelijke gevangenisstraf voor internationale misdrijven te verhogen tot dertig jaar - zag art. 8 WIM over het hoofd; vgl. Kamerstukken II, 2001/02, 28 337, nr. 12. Dientengevolge is foltering het enige misdrijf ten aanzien waarvan de verlaging van strafmaxima waarin de artt. 45 lid 3 en 46 lid 3 Sr voorzien zonder meer kan plaatsvinden; vgl. M.M. Dolman, 'De Wet internationale misdrijven: implicaties voor het internationale strafrecht', MRT 2004, p. 67.

⁶⁾ Vgl. Kamerstukken II, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 17 (MvT).

TUCHTRECHTSPRAAK

Rechtbank Arnhem

Militaire kamer

03/2004

Uitspraak in beroep van 7 juni 2004

Voorzitter: mr. E.G. Smedema; lid: mr. A.G. van Doorn; militair lid: Kolonel mr. B.J. Driessen

Onherstelbare vormfouten

Een onderofficier wordt, wegens het uitschelden van een meerdere, met toepassing van artikel 20 van de Wet militair tuchtrecht tuchtrechtelijk gestraft met een berisping. Deze uitspraak wordt, na beklag, door de heklagmeerdere bevestigd. Als de onderofficier tegen de beslissing op beklag beroep instelt, vernietigt de militaire kamer de bestreden uitspraak en spreekt de onderofficier vrij. Naar het oordeel van de militaire kamer is sprake van (twee) onherstelbare vormfouten: de in de artikelen 76 lid 1 en 80p lid 1 genoemde termijnen zijn niet in acht genomen.

(Art. 20, 76, 80p en 97 WMT)

UITSpraak

op het beroep van: A., sergeant der 1e klasse, nr. 000, geplaatst bij B., wonende te W. - hierna aangeduid als gestrafte - waarbij de hierna te noemen uitspraak wordt bestreden.

1. Verloop van de procedure

Aan gestrafte werd op 12 februari 2004 een beschuldiging uitgereikt, luidend:

"1. het uitschelden van de sergeant-majoor B. met de bewoording: Ik zei toch dat je met je eigen zaken moet bemoeien, je moet gewoon je grote bek dichthouden man!, op 5 februari 2004 binnen een militaire plaats, de Eder heide.";

"2. dreigen /chanteren met indienen van aanklacht wegens discriminatie indien rapport compagnies-commandant volgt, op 5 februari 2004 binnen een militaire plaats, de Eder heide.";

met vermelding van artikel 20 van de Wet militair tuchtrecht (hierna ook te noemen WMT).

Het onderzoek in eerste aanleg vond plaats op 17 februari 2004 en werd die dag gesloten.

Op 19 februari 2003 werd gestrafte door de commandant B-instrctie, wegens schending van de gedragsregel van artikel 20 van de Wet militair tuchtrecht gestraft met een berisping, op grond van de bewezen gedraging welke luidt als volgt:

"het uitschelden van een militaire meerdere, echter niet zoals omschreven in punt 17", en werd op die dag de uitspraak aan hem uitgereikt.

Gestrafte heeft tijdig, namelijk op 24 februari 2004 een beklagschrift ingediend bij de beklagmeerdere.

Het beklag is op 9 maart 2004 behandeld. De beklagmeerdere heeft op 11 maart 2004 de beslissing op beklag genomen. Deze beslissing houdt in dat de bestreden beslissing wordt bevestigd. De uitspraak op beklag is aan gestrafte uitgereikt op 11 maart 2004.

Gestrafte is in beroep gegaan tegen deze uitspraak op beklag door indiening van een beroepschrift op 15 maart 2004. 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 ontvangen op 18 maart 2004.

Gestrafte stelt in zijn beroepschrift onder andere:

1. Tijdens het tuchtproces in eerste aanleg is een termijnfout genzaakt. Ik heb dit door middel van een bezwaarschrift kenbaar gemaakt hij de beklagmeerdere.

WMT Art 76 lid 1: Na het sluiten van het onderzoek beslist de commandant uiterlijk op de eerstvolgende werkdag. Deze beslissing wordt vastgelegd in een schriftelijk stuk, de uitspraak.

De uitspraak heeft plaatsgevonden op 19 februari. Hiermee heeft de commandant zich niet aan de voorgeschreven termijn gehouden. Zie: Jurisprudentie in tuchtappellzaken nummer (Rb AH 27-03-1992, TZ. 24/92).

2. Ik word gestraft op grond van artikel 20 WMT. Het uitschelden, dreigen of bespotten van een militaire meerdere. Ik ben van mening dat dit niet juist is. Belangrijk in deze is de setting (of sfeer) waarin de woordenwisseling plaatsvond en het selectieve doof worden van de aanwezige leidinggevendenden in combinatie met hun verantwoordelijkheden op dat moment. Over de sfeer van dat moment geven alle getuigen aan dat er een sfeer was van gezonde rivaliteit tussen de pelotons. Sergeant-majoor B. heeft, net als ik, niet de bedoeling gehad om krenkende, beledigende of bespottende woorden te gebruiken. Als deze woorden wel zouden zijn gebruikt hadden de verschillende leidinggevendenden hun verantwoordelijkheid als kaderleden moeten nemen en moeten optreden. Daarnaast moet een sergeant-majoor met als functie opvolgend pelotonscommandant in staat worden geacht om corrigerend op te treden indien hij zich bespot, bedreigd of beledigd voelt. Ik ben dan ook van mening dat de door mij gebruikte woorden niet vallen onder artikel 20 WMT. Ook ben ik van mening dat de woorden van sergeant-majoor B. niet onder artikel 20 WMT vallen want anders was hij vast ook in staat van beschuldiging gesteld.

De zaak is in beroep onderzocht ter terechtzitting van 24 mei 2004. Gestrafte is ter terechtzitting van 24 mei 2004 gehoord. De gestrafte is ter terechtzitting bijgestaan door zijn vertrouwensman, majoor R.F.G. Muijlkens, geplaatst bij Ststcie 11 LMB te Schaarsbergen.

De gestrafte heeft desgevraagd zijn beroepschrift nader toegelicht en gezegd:

Ik ben het niet eens met het feit dat ik word gestraft en de sergeant-majoor B. niet. De sergeant-majoor heeft mij namelijk ook onheus bejegend. Hij zei "heb ik poep geroepen". Die taal werd door de compagniescommandant geaccepteerd. Ik was daardoor beledigd. Hij deed zeer neerbuigend en dat viel verkeerd bij mij. Ik vond het eerst wel discriminerend omdat het om een meerdere-mindere situatie ging. De gedachte dat de opmerking met mijn huidskleur te maken had is wel bij me opgekomen maar uiteindelijk heb ik die gedachte verworpen. De bataljonscommandant heeft opgedragen om het uit te praten maar daar is niets van terechtgekomen. Mijn pelotonscommandant en opvolgend pelotonscommandant waren ook in de tent. Zij hebben beiden geadviseerd aan de pelotonscommandant van het andere peloton om geen tuchtstraf op te leggen. Beiden zijn niet gehoord in het proces. De officier van justitie heeft zijn oordeel gegeven en onder meer gezegd:

Los van de materiële inhoud in deze zaak, is er wat onduidelijkheid over de formele aspecten. Uit de verklaringen hier ter zitting is op te maken dat artikel 80h WMT niet is geschonden. Artikel 76 WMT is echter wel geschonden want de uitspraak is te laat gedaan. In tweede instantie ook. Beide overschrijdingen zijn volgens de jurisprudentie funest voor de zaak. Dit is ook door de gestrafte naar voren gebracht. Verder heeft gestrafte aangedragen dat de door hem gebruikte woorden niet als schelden te kwalificeren zijn. Ik vind dit echter onjuist. Het gebeurde valt derhalve wel onder artikel 20 WMT. Ten aanzien van het

impliciete beroep op het gelijkheidsbeginsel leg ik jurisprudentie over. Er geldt namelijk een discretionaire bevoegdheid van de commandant. Het moet gaan om precies identieke situaties en daar is hier geen sprake van. De termijnen van de artikelen 76 en 80p WMT zijn echter wel geschonden. Er is dus tweemaal sprake van een vormverzuim maar toch doe ik geen verzoek tot vrijspraak. Wanneer we het tuchtrecht namelijk spiegelen aan het strafrecht bestaat thans artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering ten aanzien van vormverzuimen. Deze kunnen volgens dit artikel hersteld worden. Wellicht kan het strafrecht hier gevolgd worden. Het gaat er namelijk om of de persoon in zijn verdediging is geschaad en daar is hier geen sprake van. Derhalve vraag ik om bevestiging van de eerdere uitspraak.

De militaire kamer heeft beraadslaagd naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting in beroep.

II. Motivering van de beslissing

De militaire kamer overweegt ambtshalve, mede gelet op het standpunt van de officier van justitie:

Uit het onderzoek in beroep is gebleken dat zich tijdens de tuchtrechtelijke procedure meerdere vormverzuimen hebben voorgedaan. Deze vormverzuimen worden ook als zodanig aangevoerd door de gestrafte en onderschreven door de officier van justitie. De officier van justitie heeft echter gesteld dat er een parallel getrokken moet worden tussen deze vormverzuimen en de vormverzuimen zoals bedoeld in artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering. De officier is derhalve van mening dat de opgetreden vormverzuimen in casu niet tot vernietiging van de bestreden uitspraak hoeven te leiden. De officier van justitie gaat in deze redenering echter voorbij aan het feit dat het door hem aangehaalde artikel betrekking heeft op vormverzuimen tijdens het vooronderzoek en niet op vormverzuimen tijdens en na het onderzoek ter terechtzitting zoals in casu het geval is. De vermeende parallel is alleen al om die reden dus niet te trekken. Er is dan ook sprake van onherstelbare vormfouten ten aanzien van de artikelen 76 en 80p WMT.

Het niet in acht nemen van de in deze artikelen genoemde termijnen is een fundamentele schending van een goede procesorde. Op grond van artikel 97, aanhef en onder a van de Wet militair tuchtrecht is de militaire kamer derhalve van oordeel dat de bestreden uitspraak moet worden vernietigd en gestrafte van de in de beschuldiging omschreven gedraging dient te worden vrijgesproken.

III. Beslissing

DE MILITAIRE KAMER,
RECHT DOENDE IN BEROEP.

Vernietigt de bestreden uitspraak en spreekt gestrafte vrij van de hem verweten gedraging.

NASCHRIFT

1. Artikel 97 WMT bepaalt:

'De beslissing waartegen beroep is ingesteld wordt vernietigd:

- a. indien enige in de titel I of IA van dit hoofdstuk voorgeschreven termijn is overschreden;*
- b. indien enige andere vorm dan onder a bedoeld, is verzuimd en redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de gestrafte daardoor in zijn verdediging is geschaad.'*

De betekenis van deze bepaling is niet (echt) duidelijk. Zij bevat in elk geval niet een limitatieve opsomming van gevallen waarin een beslissing, waartegen beroep is ingesteld, door de militaire kamer kan (of moet) worden vernietigd. Tot vernietiging van de bestre-

den beslissing kan immers ook om andere dan in artikel 97 genoemde redenen worden besloten. Vernietiging kan bijvoorbeeld ook geschieden: omdat de bewezen gedraging naar het oordeel van de militaire kamer niet een tuchtvergriep oplevert, of een ander tuchtvergriep dan in de bestreden uitspraak vermeld; of omdat zich ten tijde van het begaan van het tuchtvergriep een rechtvaardigingsgrond voordeed.

Ook kan niet zijn bedoeld dat vernietiging op grond van artikel 97 een einduitspraak inhoudt. Weliswaar bepaalt artikel 96 dat de zaak in geval van beroep ook kan worden afgedaan 'met gehele of gedeeltelijke vernietiging van die (lees: de bestreden) beslissing', maar deze bepaling dient kennelijk anders te worden gelezen. In de memorie van toelichting wordt omtrent de bepaling opgemerkt: '(De militaire kamer) heeft, naast de mogelijkheid om de beslissing in eerste aanleg (lees thans: de bestreden beslissing) te bevestigen met eventuele verbetering of aanvulling daarvan, ook de mogelijkheid die beslissing geheel of gedeeltelijk te vernietigen en de zaak in zijn geheel opnieuw te behandelen en af te doen.' Na vernietiging van de bestreden beslissing zal dus nog een einduitspraak dienen te volgen.

3. Aannemelijk is dat de wetgever heeft bedoeld dat - indien op grond van het bepaalde in artikel 97 onder a of b tot vernietiging van de bestreden beslissing is besloten - de gestrafte militair vervolgens dient te worden vrijgesproken. Waarom zou anders zijn bepaald dat het verzuim van een vorm als bedoeld in artikel 97 onder b slechts tot vernietiging dient te leiden indien redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de gestrafte militair in zijn verdediging is geschaad? Ook kan, gelet op de context, worden gesteld dat in artikel 97 met vernietiging is bedoeld: de gehele vernietiging van de bestreden beslissing.

4. Steun voor de opvatting dat - indien op grond van artikel 97 tot gehele vernietiging van de bestreden beslissing is besloten - de militaire kamer de gestrafte militair vervolgens dient vrij te spreken, kan eveneens worden gevonden in artikel 80p WMT. Het vierde lid van dit artikel bepaalt dat ook in geval van beklag de bestreden beslissing moet worden vernietigd indien een termijn is geschonden of een andere vorm is verzuimd en redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de gestrafte in zijn verdediging is geschaad. Ook dan zal de beklagmeerdere, na vernietiging, vervolgens een eindbeslissing dienen te nemen. Ingevolge het tweede lid van artikel 80p zijn, indien het beklag ontvankelijk is, slechts de volgende eindbeslissingen mogelijk: (1) bevestiging van de bestreden beslissing in haar geheel, (2) bevestiging van uitsluitend de bestreden schuldigverklaring, met vermindering, wijziging of tenietdoening van de opgelegde straf, en (3) vrijspraak. Van deze eindbeslissingen komt in geval van vernietiging van de bestreden beslissing in haar geheel vanzelfsprekend slechts de vrijspraak in aanmerking.

3. Blijkens zijn naschrift bij Rb Arnhem I december 2003, MRT 2004, p. 325, huldigt mr. J.R.G. Jofriet op dit punt een andere opvatting. Hij schrijft: 'Vernietiging van een uitspraak zoals voorgeschreven in artikel 97 WMT staat overigens niet gelijk aan een vrijspraak. Artikel 96 WMT bepaalt dat het gerecht (onder andere) de zaak kan afdoen "met gehele of gedeeltelijke vernietiging van die beslissing" op beklag. De memorie van toelichting bij dat artikel stelt: "Dit artikel houdt in dat de rechtbank, naast de mogelijkheid om een beslissing in eerste aanleg te bevestigen met eventuele verbetering of aanvulling daarvan, ook de mogelijkheid heeft die beslissing geheel of gedeeltelijk te vernietigen en de zaak in zijn geheel opnieuw te behandelen en af te doen.".'

G.L.C.

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 15 april 2004

02/2530 MAW

Voorzitter: Mr. C.G. Kasdorp; leden: Mr. G.L.M.J. Stevens en Mr. C.P.J. Goorden

Rijden in een dienstauto is niet altijd een dienstreis

Aalmoezenier gaat van de kazerne naar huis en wil de volgende dag van huis uit naar een redactievergadering. Hij heeft de dienstauto ter beschikking. Tijdens de autorit van de kazerne naar huis overkomt hem een ongeval. Dit ongeval wordt door de staatssecretaris niet aangemerkt als een ongeval als bedoeld in artikel 4, dan wel artikel 5 van de Regeling proces-verbaal van ongeval en rapportage medische aangelegenheden. Het ongeval heeft namelijk plaatsgevonden tijdens het woon-werkverkeer: De aalmoezenier is echter van mening dat de dienstreis al is begonnen bij vertrek vanaf de kazerne. Bovendien stelt hij deze dienstreis te maken in opdracht van zijn meerdere, de Hoofdkrijgsmachtaalmoezenier:

De rechtbank dient een antwoord te geven op de vraag of het ongeval geacht moet worden wel of niet in verband te staan met de uitoefening van de militaire dienst als bedoeld in artikel 147 AMAR. Vaststaat dat betrokkene toestemming had om de dienstauto te gebruiken. De reis naar huis met de dienstauto hield verband met de vergadering waar hij de volgende dag naar toe moest. Na de overnachting thuis zou hij naar een andere plaats vertrekken dan de plaats waar hij normaliter zijn werkzaamheden uitvoerde. Slechts de reis op de volgende dag viel derhalve buiten het normale woon-werkverkeer en zou als dienstreis worden beschouwd. Het ongeval op weg van de kazerne naar huis staat dus niet in verband met de uitoefening van de militaire dienst.

De Centrale Raad van Beroep bevestigt de aangevallen uitspraak, zij het met verbetering van de gronden voor wat betreft de formele grondslag van de beslissing.

(Algemeen militair ambtenarenreglement, artikel 147)

(Regeling proces-verbaal van ongeval en rapportage medische aangelegenheden)

UITSPRAAK

in het geding tussen [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 uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 11 maart 2002, nr. AWB 01/1309, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van de Raad op 4 maart 2004, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. P.M. Groenhart, werkzaam bij de ACOM, en waar gedaagde zich heeft laten vertegenwoordigen door P.J.H. Souren, werkzaam bij de Stichting Pensioenfonds ABP.

II. Motivering

Onder verwijzing naar de aangevallen uitspraak voor een weergave van de hier van belang zijnde feiten volstaat de Raad met het volgende.

Op 12 mei 1998 is appelland, die destijds als aalmoezenier werkzaam was bij het [naam vormingscentrum] in [vestigingsplaats], op weg van dat centrum naar huis laat in de middag een auto-ongeval overkomen, waarbij hij gewond is geraakt.

Bij het bestreden besluit van 13 oktober 2000 heeft gedaagde, na gemaakt bezwaar, zijn weigering gehandhaafd om dat ongeval aan te merken als een dienstongeval. Daarbij heeft gedaagde het standpunt ingenomen dat het ongeval geen verband houdt met het gestelde in artikel 4 dan wel artikel 5 van de Regeling proces-verbaal van ongeval en rapportage medische aangelegenheden, omdat het ongeval heeft plaatsgevonden tijdens woon-werk-verkeer.

Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het beroep van appelland tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard. De rechtbank heeft daartoe overwogen dat gedaagde op goede gronden het standpunt heeft ingenomen dat het ongeval niet in verband staat met de uitoefening van de dienst omdat het ongeval plaatsvond tijdens het woon-werk-verkeer. Appellands stelling dat voor het antwoord op de vraag of dat verband aanwezig is de criteria zoals genoemd in de artikelen E11 en E11a van de Algemene militaire pensioenwet (AMP-wet) bepalend zijn, heeft de rechtbank verworpen.

Appelland kan zich met de uitspraak van de rechtbank niet verenigen. Daartoe is aangevoerd dat hij ten tijde van het ongeval in het kader van zijn functie van aalmoezenier ook hoofdredacteur was van het blad [naam blad]. Op het tijdstip van het ongeval was hij op weg van [vestigingsplaats] naar zijn woonadres in [woonplaats]. Hij had niet alleen alvast vergaderstukken, maar ook, met toestemming van de Hoofdkrijgsmacht-aalmoezenier, de dienstauto mee naar huis genomen, teneinde de volgende morgen zonder omweg en tijdverlies naar de redactievergadering in Dalfsen te rijden. Volgens appelland staat het ongeval daarom in verband met de uitoefening van de dienst. Tenslotte is gesteld dat hij een bedrag van f 950,- van het Ministerie van Defensie vergoed heeft gekregen vanwege het bij het ongeval beschadigd raken van zijn fotocamera.

Gedaagde heeft de Raad verzocht om de aangevallen uitspraak te bevestigen. In dit verband is aangegeven dat appelland wel kan worden gevolgd in diens stelling dat de toetsingscriteria voor het vaststellen van het verband tussen het ongeval en de dienst dezelfde zijn als die in het kader van de artikelen E11 en E11a van de AMP-wet worden gehanteerd. De Raad overweegt het volgende.

Artikel 147, derde lid, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) schrijft gedaagde voor om na ontvangst van een proces-verbaal als bedoeld in het eerste lid van dat artikel te beslissen of het ongeval waarop het proces-verbaal betrekking heeft wel of niet geacht kan worden in verband te staan met de uitoefening van de dienst. Bij het bestreden besluit heeft gedaagde, kennelijk met toepassing van dat voorschrift, beslist dat het ongeval niet in verband staat met de uitoefening van de dienst. De Raad merkt in de eerste plaats op dat in dit besluit ten onrechte de Regeling proces-verbaal van ongeval en rapportage medische aangelegenheden als grondslag voor dat standpunt wordt genoemd. Deze regeling bevat slechts een samenstel van regels voor het opmaken van een proces-verbaal zoals bedoeld in artikel 147, eerste lid, van het AMAR. Gedaagde had dan ook artikel 147, derde lid van het AMAR, als de grondslag van zijn besluit moeten noemen.

Wel volgt naar het oordeel van de Raad uit de toelichting bij genoemde regeling dat er een verband is tussen het nemen van de beslissing op basis van artikel 147, derde lid, van

het AMAR, en het bepaalde in de artikelen E11 en E11a van de AMP-wet. Niet onjuist is dan ook de opvatting van appelland dat de rechtbank ten onrechte ieder verband heeft ontkend. Ingevolge laatstgenoemd artikel is een dienstverband aanwezig als de aard van de werkzaamheden als overwegende oorzaak van het ongeval is aan te merken. De Raad stelt vast dat gedaagde dit criterium wel heeft gehanteerd en ook heeft kunnen hanteren bij de onderhavige vraag of er verband is tussen het ongeval en de uitoefening van de dienst. De Raad zal, gelet op het vorenstaande, alsnog aan de hand van dit criterium nagaan of in dit geval door gedaagde ten onrechte is geconcludeerd dat er geen verband is met de dienst.

Appellants reis naar huis met de dienstauto hield verband met de vergadering waar hij de volgende dag naartoe moest. Verder staat vast dat appelland toestemming had om de dienstauto te gebruiken. Anderzijds dient in aanmerking te worden genomen dat appelland naar zijn woonadres reed zoals hij gewoonlijk op dat tijdstip deed. Alleen vanwege de omstandigheid dat hij in [woonplaats] woonde was het doelmatiger dat hij alvast de dienstauto meenam. Naar het oordeel van de Raad voert het onder deze omstandigheden te ver om te stellen dat de reis hierdoor niet langer het karakter van woon-werkverkeer had en dat de aard van het werk meebracht dat appelland ten tijde van het ongeval in de dienstauto reed. Voorts merkt de Raad nog op dat appelland evenmin vanwege het reizen met de dienstauto in plaats van met zijn eigen auto een verhoogd risico op een ongeval heeft gelopen. Het ongeval is derhalve niet in overwegende mate veroorzaakt door de aard van appellants werk. De omstandigheid dat appelland een deel van de schade vergoed heeft gekregen doet aan deze conclusie niet af. Dit betekent dat het bestreden besluit in stand kan blijven.

Uit het vorenstaande volgt dat de aangevallen uitspraak, zij het met verbetering van de gronden, voor bevestiging in aanmerking komt.

De Raad acht tenslotte geen termen aanwezig om toepassing te geven aan het bepaalde in artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht inzake een vergoeding van proceskosten.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

I. Op grond van artikel 147, eerste lid van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) wordt, naar regelen door de minister te stellen, van elk ongeval dat aan een militair in werkelijke dienst tijdens de uitoefening van de dienst is overkomen, een proces-verbaal opgemaakt. Op grond van het derde lid van dit artikel beslist de minister (in mandaat ABP, Businessunit Bijzondere Regelingen Defensie) of het ongeval waarop een proces-verbaal betrekking heeft, wordt geacht wel of niet in verband te staan met de uitoefening van de militaire dienst. Van deze beslissing wordt de militair schriftelijk in kennis gesteld. Tegen die beslissing kan bezwaar worden aangetekend.

Ter uitvoering van artikel 147 AMAR is vastgesteld de Regeling proces-verbaal van ongeval en rapportage medische aangelegenheden van 19 december 1997 (MP 31-109, nr. 1150). Deze Regeling, die op 1 januari 1998 in werking is getreden, bevat voorschriften met betrekking tot het op grond van artikel 147 AMAR op te maken proces-verbaal van ongeval alsmede ook met betrekking tot een op te maken zogenaamd Rapport van medische aangelegenheden.

2. Woon-werkverkeer beroepsmilitairen

Vanaf 1 januari 1970 wordt het zogenaamde woon-werkverkeer voor beroepsmilitairen niet meer aangemerkt als dienstverrichting in de zin van de Algemene militaire pensioenwet, per 1 juni 2001 vervangen door de Kaderwet militaire pensioenen en de daarop gebaseerde bijzondere Defensie-besluiten. Een uitzondering bestaat wanneer zich omstandigheden hebben voorgedaan welke terug zijn te voeren op een specifieke relatie met militaire dienstverhoudingen. Deze interpretatieregel heeft de Centrale Raad van Beroep meerdere malen als juist en redelijk gekwalificeerd. Zie hiervoor onder meer de uitspraak CRvB van 20 november 1992, MRT 1993, pag. 138, met naschrift G.L.C. In de uitspraak van 13 oktober 1994, MRT 1995, pag. 165, met naschrift W.J.S. acht de Raad sprake van een bijzonder geval. In die zaak is aangetoond dat de betrokken militair tijdens de normale diensturen geen gebruik kon maken van de hulp van de (militaire) onderdeelarts. Betrokkene ging met toestemming van zijn commandant vervoegd huiswaarts om zijn huisarts (nog) te kunnen consulteren. Het aan hem op weg van de kazerne naar zijn huisadres overkomen auto-ongeval wordt om die reden aangemerkt als verband te houden met de uitoefening van de dienst. Zie ook de uitspraak van de Centrale Raad van 5 november 1998, TAR 1999, nr. 5 waarin ook sprake is van een bijzonder geval. De reis van de betrokken militair van zijn woonplaats naar de plaats van de verplichte cursus had niet het karakter van woon-werkverkeer; met name nu de cursus werd gegeven op een andere locatie dan waar de militair normaliter zijn werkzaamheden placht te verrichten.

In deze thans gepubliceerde zaak is de Raad met de staatssecretaris van mening dat het ongeval dat de aalmoezenier op 12 mei 1998 op weg van de kazerne naar huis is overkomen geacht moet worden niet in verband te staan met de uitoefening van de militaire dienst als bedoeld in artikel 147 AMAR. Het enkele feit dat hij de dienstauto de dag tevoren al mee naar huis mocht nemen om de dag daaropvolgend meteen op dienstreis te kunnen gaan was onvoldoende om van een bijzonder geval te kunnen spreken. Ten tijde van het ongeval was er dan ook sprake van normaal woon-werkverkeer.

3. Grondslag voor de beslissing van de staatssecretaris

Uit de uitspraak van de Centrale Raad blijkt tevens dat deze de aangevallen uitspraak van de rechtbank bevestigt, zij het met verbetering van de gronden. De Raad is, in mijn ogen terecht, van oordeel dat de verwijzing naar de Regeling proces-verbaal van ongeval en rapportage medische aangelegenheden door de staatssecretaris in de bestreden beslissing nietjuist is. De Regeling moet volgens de Raad worden opgevat als een samenstel van regels voor het opmaken van een proces-verbaal, zoals bedoeld in artikel 147 van het AMAR. Dit blijkt onder meer uit de toelichting op de regeling. De Raad acht het vervolgens aanvaardbaar dat de staatssecretaris bij de toepassing van de vage norm van artikel 147 AMAR zich laat leiden door het bepaalde in de artikelen E11 en E11a van de in deze casus nog van toepassing zijnde Algemene militaire pensioenwet (vanaf 1 juni 2001 artikel 2 van het Besluit aanvullende arbeidsongeschiktheids- en invaliditeitsvoorzieningen militairen, besluit van 6 februari 2001, stb. 2001, 140). Ook in zijn uitspraak van 25 september 2003, TAR 2004, nr. 39 had de Raad al geoordeeld dat de grondslag voor de terzake genomen beslissing niet gelegen is in de Regeling proces-verbaal van ongeval en rapportage medische aangelegenheden.

W.J.S.

Centrale Raad van Beroep
Uitspraak van 6 mei 2004
0313071 MPW en 03/3719 MPW

Voorzitter: Mr. C.G.Kasdorp; leden: Mr. G.L.M.J. Stevens en Mr. H.R. Geerling-Brouwer

Heeft de uit 1953 daterende WPC-schaal haar langste tijd gehad?

Een gewezen dienstplichtig soldaat van de Koninklijke landmacht heeft na zijn opkomst in militaire dienst in september 1947 gediend in het voormalig Nederlands-Indië. In 1953 is hij met groot verlof gegaan en in 1954 is hem ontslag uit de dienst verleend wegens gebreken. Het door hem in 1994 gedane verzoek om pensioen leidde niet tot een invaliditeitspensioen omdat de mate van invaliditeit werd vastgesteld op minder dan 10%. Naar aanleiding van een nieuw verzoek is hem in 2000 een pensioen toegekend op basis van een invaliditeit van 20% op grond van een psychische aandoening. In beroep is door de rechtbank het percentage verhoogd tot 30%. De Staatssecretaris van Defensie gaat in hoger beroep omdat hij het niet eens is met de door de rechtbank vastgestelde datum van ingang van dit hogere invaliditeitspercentage. Er zijn in dit geding verschillende rapporten van ter zake gezaghebbende psychiaters ingebracht. Hieruit blijkt dat de mate van invaliditeit van de bij betrokkene bestaande PTSS op grond van de WPC-schaal niet exact kan worden bepaald.

De Raad is van oordeel dat de hier in geding zijnde marges zo gering zijn dat aan betrokkene het voordeel van de twijfel dient te worden gegund. De Raad bevestigt dan ook de aangevallen uitspraak.

(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

Namens appellant is op bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 17 juni 2003, nr. AWB 02102672 MPWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Appellant heeft, uitvoering gevend aan deze uitspraak, bij besluit van 18 juli 2003 het bezwaar van gedaagde alsnog gegrond verklaard en bepaald dat het aan gedaagde toegekende militair invaliditeitspensioen te rekenen vanaf 26 januari 2000 zal worden berekend naar een mate van invaliditeit van 30%.

Namens gedaagde is een verweerschrift (met bijlage) ingediend. Daarop is van de zijde van appellant een schriftelijke reactie gegeven.

Namens gedaagde is voorts nog bij schrijven van 27 oktober 2003 bericht dat zijdens appellant een aanvullend besluit is genomen inhoudende dat te rekenen vanaf 21 oktober 2001 de mate van invaliditeit op 30 % wordt gesteld.

Het geding is behandeld ter zitting van de Raad van 25 maart 2004, waar namens appellant is verschenen P.J.H. Souren, werkzaam bij de Stichting Pensioenfonds ABP. Gedaagde heeft zich daar doen vertegenwoordigen door mr. H.J.M.G.M. van der Meijden, advocaat te Harderwijk.

II. Motivering

Ingevolge de overgangsbepaling van artikel Y9 van de Algemene militaire pensioenwet wordt het recht op pensioen ter zake van het ontslag van een militair dat is ingegaan vóór 1 januari 1966 uitsluitend beheerst door de bepalingen van de voor hem geldende vroegere militaire pensioenwet. Op basis van deze bepaling is in dit geding de Pensioenwet voor de landmacht 1922 aan de orde. Genoemde wetten zijn echter bij het ingevolge de Kaderwet militaire pensioenen gegeven koninklijk besluit van 29 mei 2001, Stb. 260, met ingang van 1 juni 2001 ingetrokken. De Raad is op grond van het toepasselijke overgangsrecht bevoegd van het geding kennis te nemen.

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. Appellant heeft te rekenen van 26 januari 2000 de invaliditeit van gedaagde ten gevolge van een posttraumatische stressstoornis, die in verband staat met gedaagdes oorlogservaringen in het voormalige Nederlands-Indië, bij besluit van 30 november 2000 bepaald op 20%. Dit percentage komt overeen met de, na een door de psychiater P.J.H. Notten verrichte expertise, getrokken conclusie van de Commissie Geneeskundig Onderzoek Militairen (CGOM) van 11 juli 2000. Bij het bepalen van de mate van invaliditeit heeft genoemde commissie code 0712 van de War Pensions Committee schaal (WPC-schaal) in beschouwing genomen. Deze code betreft psycho-neurosen en neurosen.

Gedaagde heeft bezwaar gemaakt tegen het percentage van 20 onder overlegging van een verslag van een contra-expertise van 21 oktober 2001 van prof.dr. H.J.C. van Marle. Deze heeft op basis van een door hem verricht psychiatrisch onderzoek gedaagdes invaliditeit op psychische gronden met dienstverband vanwege, zoals van Marle aangeeft, het wijdivertakte karakter van gedaagdes invaliditeit, de ambivalentie erin en het vermijdingsgedrag vanwege afgenomen kwaliteit van zijn dagelijks leven beoordeeld op 30%. Van Marle is ook na een commentaar op zijn rapport van eerder genoemde psychiater Notten bij dat standpunt gebleven.

Bij de beslissing op bezwaar van 26 juni 2002 heeft appellant het percentage van 20 gehandhaafd. Appellant heeft zich daarbij gebaseerd op een advies van de verzekeringsarts S. Woudstra.

Bij de aangevallen uitspraak is het hiertegen door gedaagde ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 26 juni 2002 vernietigd en bepaald dat appellant een nieuw besluit neemt met inachtneming van hetgeen in de uitspraak is overwogen. In hoger beroep heeft appellant betoogd dat het verschil in de waardering van de mate van invaliditeit, 20% door appellant en 30% door gedaagde, is terug te voeren op een verergering van gedaagdes klachten in de periode tussen de respectievelijke onderzoeksdata in begin/medio 2000 en in oktober 2001, toen het onderzoek door Van Marle heeft plaatsgevonden, met name sinds het tot stand brengen van het Indië monument te Tilburg omstreeks Pasen 2001.

De Raad overweegt het volgende.

In geding is de vraag of appellant bij het besluit van 26 juni 2002 de invaliditeit van gedaagde in de zin van artikel 2, eerste lid, onder ten tweede, van de Pensioenwet voor de landmacht 1922, te rekenen vanaf de peildatum 26 januari 2000 tot (gelet op appellants besluit per 21 oktober 2002 het percentage van invaliditeit op 30 te stellen), tot 21 oktober 2001 met het percentage van 20 heeft ondergewaardeerd.

Volgens vaste jurisprudentie dient onder invaliditeit in dit geval te worden verstaan: de in een percentage uit te drukken mate van lichamelijke en/of geestelijke tekortkomingen en beperkingen die de betrokkene in verhouding tot een geheel valide persoon van gelijke

leeftijd in het dagelijkse leven in het algemeen ondervindt.

Bij de waardering van gedaagdes invaliditeit is appelland uitgegaan van de WPC-schaal. De waardering van de mate van invaliditeit zoals in deze schaal per aandoening is aangegeven is gebaseerd op een vergelijking van het vermogen tot het volbrengen van de normale levensfuncties van betrokkene met dat vermogen van een niet-invalide persoon. Bij de op gedaagde van toepassing zijnde code 0712 is echter vermeld dat het niet mogelijk of raadzaam is gebleken een schaal op te maken waarnaar de invaliditeit vastgesteld kan worden, en dat ieder geval met zijn individuele factoren als afzonderlijk probleem is te beschouwen en daarnaar moet worden beoordeeld.

Appelland heeft in hoger beroep toegelicht dat hij zich in de praktijk bij de bepaling van de mate van psychische invaliditeit bij de diagnose PTSS conformeert aan een toelichting van psychiater prof. dr. M. Kuilman over de toepassing van de WPC-schalen in de psychiatrie. In deze toelichting worden verschillende aspecten van het dagelijks functioneren opgesomd aan de hand waarvan de invaliditeit kan worden bepaald. Voorts wordt daarin gesteld dat meer in het algemeen een percentage van 50 toekomt aan degene bij wie nog een beperkte sociale omgang mogelijk is en die nog tot enige nuttige bezigheden in staat is (hetgeen aansluit bij WPC-code 0703 betreffende een psychose) en dat 40% is gerechtvaardigd wanneer de stoornis een beperkte sociale omgang en activiteit toelaat.

De Raad acht het vergelijkenderwijs aansluiting zoeken bij andere WPC-codes door appelland bij PTSS niet onjuist. In het onderhavige geval betreft het evenwel een moeilijk te kwantificeren verschil in waardering van de mate van invaliditeit, gelegen beneden de hierboven genoemde 40%, welke door de adviserend arts van appelland, in overeenstemming met het oordeel van psychiater Nottten, op 20% is gesteld en door psychiater Van Marle op 30%.

Met betrekking tot de slaapstoornissen merkt de Raad op dat hij aan de verschillen in frequentie van de nachtelijke posttraumatische herbelevingen welke door Nottten, Woudstra en Van Marle zijn opgetekend geen doorslaggevende waarde kan toekennen. Een duidelijk bij het verstrijken van de tijd oplopende schaal is daaruit niet te distilleren. Wel lijkt het tot stand gekomen zijn van het Indië monument en het overlijden van gedaagdes dienstkameraad en medestander een toename van psychische klachten te markeren. Van Marle heeft dit, zoals appelland ook aanvoert, in zijn schrijven van 3 april 2003 onderkend. Van Marle geeft echter ook aan dat het door hem vastgestelde invaliditeitspercentage is beoordeeld op een veel breder scala aan, door hem nader omschreven, beperkingen dan het hebben van de subjectieve klachten, waaruit de Raad afleidt dat Van Marle aan die met Pasen 2001 verergerde klachten niet het meeste gewicht toekent in de totaliteit van gedaagdes psychobeeld.

Met appelland is de Raad van oordeel dat, zoals Van Marle zelf ook toegeeft, niet kan worden uitgesloten dat hij gedaagdes klachten niet alle voldoende heeft herleid tot de peildatum van 26 januari 2000, maar de Raad is voorts van oordeel dat de hier in geding zijnde marges zo gering zijn dat aan gedaagde het voordeel van de twijfel dient te worden gegund.

De Raad kan zich dan ook verenigen met het oordeel van de rechtbank dat gedaagde het meeste recht wordt gedaan indien de mate van invaliditeit met dienstverband reeds vanaf 26 januari 2000 wordt gesteld op 30%.

Dit betekent dat de aangevallen uitspraak voor bevestiging in aanmerking komt, zodat het beroep van appelland moet falen.

Als gevolg daarvan moet het beroep dat op de voet van artikel 8:19 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) geacht moet worden mede te zijn gericht tegen het door appel-

lant ter uitvoering van de aangevallen uitspraak genomen besluit van 18 juli 2003 ongegrond worden verklaard.

De Raad acht voorts termen aanwezig om met toepassing van artikel 8:75 van de Awb appelland te veroordelen in de proceskosten van gedaagde welke worden begroot op een bedrag van € 644,- als kosten van verleende rechtsbijstand.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het beroep voor zover dit geacht moet worden te zijn gericht tegen het besluit van 18 juli 2003 ongegrond;

Bepaalt dat van appelland een griffierecht wordt geheven van € 409,-;

Veroordeelt appelland in de proceskosten van gedaagde tot een bedrag van € 644,-, te betalen door het Rijk.

NASCHRIFT

1. Al eerder zijn in het MRT uitspraken van de Centrale Raad van Beroep gepubliceerd waarin de Raad heeft uitgesproken dat de uit 1953 daterende War Pensions Committee schaal (WPC-schaal) bij de vaststelling van de mate van invaliditeit met dienstverband in het kader van de militaire pensioenwetgeving als richtsnoer kan worden gehanteerd (zie onder meer: CRvB 10 december 1998, MRT 1999, pag. 363, met naschrift W.J.S. en CRvB 31 mei 2001, MRT 2002, pag. 150, met naschrift W.J.S.). De toepassing van de WPC-schaal werd de eerste jaren gelegitimeerd via een instructie van de toenmalige Minister van Oorlog; vanaf 1966 vloeiende de toepassing voort uit de geldende jurisprudentie. Eerst vanaf 1996 is de schaal formeel voorgeschreven in artikel 13 van het vernieuwde Besluit procedure geneeskundig onderzoek blijvende dienstongeschiktheid en pensioenkeuring militairen (besluit van 23 december 1996, Stb. 1997, 67).

De toepassing van de WPC-schaal ondervond in de loop van de jaren 90 steeds meer kritiek, zowel van de zijde van de veteranenorganisaties voor militairen alsook vanuit verzekeringsgeneeskundig oogpunt. Daarnaast blijkt ook uit een aantal uitspraken van de Raad dat de bij een groeiend aantal (gewezen)militairen geconstateerde psychische aandoening als Post Traumatische Stress Stoornis (PTSS) aan de hand van de WPC-schaal niet exact gewaardeerd kan worden. Ook in de thans gepubliceerde uitspraak blijkt dat de WPC-schaal ter bepaling van het invaliditeitspercentage bij PTSS geen of te weinig aanknopingspunten biedt. Wordt het niet tijd de uit 1953 daterende WPC-schaal te vervangen?

In mijn naschrift bij de hierboven eerstgenoemde uitspraak (CRvB 10 december 1998) ben ik ingegaan op de totstandkoming, de toepassing en de actualiteit van de uit 1953 daterende WPC-schaal. Ook heb ik daar melding gemaakt van het feit dat al begin jaren 90 de werkgroep barema's een studie heeft verricht naar de toepassing van de WPC-schaal en de mogelijke introductie van een andere schaal. Het in 1992 uitgebrachte rapport heeft in eerste instantie geen vervolg gekregen. In het kader van het vernieuwingsproces militaire pensioenen is de WPC-schaal in het Sectoroverleg Defensie in de loop van 1998 weer onderwerp van gesprek geworden. Afsproken is een groep van deskundigen te formeren. Daartoe zou een taakopdracht worden geformuleerd.

2. Op 10 juni 2003 is door de Staatssecretaris van Defensie de "Commissie WPC-schaal" benoemd, grotendeels bestaande uit externe deskundigen, onder voorzitterschap van Prof. dr.Willems, bijzonder hoogleraar sociale verzekeringsgeneeskunde Universiteit van Amsterdam en Wetenschappelijk directeur TNO Preventie en Gezondheid te Leiden. De taak van de commissie is een antwoord te geven op de vraag of de WPC-schaal, al dan niet in aangepaste vorm, nog voldoet en zonodig aanbevelingen te doen. Het rapport van de werkgroep barema's kan als basis dienen. Het doel is te komen tot een beoordelings-schaal welke de medisch wetenschappelijke en verzekeringsgeneeskundige ontwikkelingen volgt, die algemeen bekend en geaccepteerd is en waarmee op een zo verantwoord mogelijke wijze de mate van invaliditeit kan worden vastgesteld. Het advies van de commissie dient in ieder geval te bevatten:

- een verkenning en beoordeling van de huidige WPC-schaal,
- een verkenning en beoordeling van alternatieve schalen,
- een voorstel over het gebruik van een schaal welke het best aan bovengenoemde criteria voldoet, c.q. het best aan bovengesteld doel beantwoordt,
- een analyse van eventueel aanwezige zwakke punten in de aanbevolen schaal en globale voorstellen voor aanpassingen.

3. De Commissie WPC-schaal heeft haar rapport "Schade in Schalen" op 1 juni 2004 aan de staatssecretaris aangeboden. Kort samengevat komt de Commissie tot de conclusie dat de WPC-schaal zozeer verouderd is dat gebruik hiervan bij de invaliditeitsbeoordelingen als gedateerd moet worden beschouwd. De AMA-schaal (American Medical Association) met Nederlandse aanvullende richtlijnen wordt door de Commissie als beste alternatieve optie gezien. Wel dienen, aldus de Commissie, aan het gebruik nadere voorwaarden te worden gesteld. De Commissie pleit voor aanvullende richtlijnen voor de beoordeling van met name de psychische invaliditeit. Onder meer voor een aandoening als PTSS moet een betere vertaalslag worden gemaakt naar de mate van geestelijke en lichamelijke beperkingen die een persoon in verhouding tot een gezonde persoon van gelijke leeftijd in het dagelijks leven ondervindt. Op 16 juni 2004 is het rapport door de staatssecretaris aangeboden aan de voorzitter en leden van de werkgroep Postactieven van het Sectoroverleg Defensie. Er worden een tweetal vervolgacties aangekondigd:

- het ontwikkelen van een werkwijze voor de beoordeling van psychische invaliditeit,
- het verrichten van een vergelijkend onderzoek tussen de geschatte invaliditeitspercentages van de WPC-schaal en de AMA-schaal.

Er wordt toegewerkt naar afronding van het eerste onderzoek voor het einde van 2004 om daarna in het eerste kwartaal van 2005 het tweede onderzoek te doen naar de uitkomstenvergelijking.

De staatssecretaris heeft aangegeven medio 2005 met de bonden te willen overleggen over het rapport van de Commissie en de dan beschikbare onderzoeksresultaten evenals over de geplande implementatie van de aanbevolen nieuwe schaal per 1 januari 2006.

W.J.S.

Centrale Raad van Beroep
Uitspraak van 13 mei 2004
021779. 0211220 en 0214614 MAW

Voorzitter: mr. J.C.F. Talman; leden: mr. T. Hoogenboom en mr. K. Zeilmaker

Schorsing niet vervallen

Een korporaal van de Koninklijke Luchtmacht werd door de politie bij een discotheek aangetroffen in het bezit van vijf XTC-pillen. Na veroordeling door de militaire politierechter te Arnhem werd hij door zijn commandant met ingang van 16 juli 2001 geschorst. Meer dan drie maanden later – op 18 oktober 2001 – werd de schorsing door de Staatssecretaris van Defensie overgenomen en verlengd. Nadien werd de korporaal met toepassing van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder 1 van het Algemeen militair ambtenarenreglement (wangedrag) ontslagen. Verschillende bezwaar- en beroepsprocedures en verzoeken om voorlopige voorzieningen volgden.

De Centrale Raad van Beroep overweegt met betrekking tot de schorsing dat uit het bepaalde in artikel 37 niet kan worden afgeleid dat indien de termijn genoemd in het eerste lid is verstreken de schorsing, opgelegd door een commandant na drie maanden van rechtswege vervalt. De Raad concludeert dat voor opheffing van een schorsing een besluit vereist is dat aan betrokkene moet worden meegedeeld. De enkele omstandigheid dat enkele dagen na het verstrijken van de termijn van drie maanden een formeel verlengingsbesluit is genomen, maakt niet dat de Staatssecretaris daartoe op dat moment niet meer bevoegd was of dat dit besluit om die reden onrechtmatig was.

Schorsing. Ontslag wegens wangedrag (AMAR artikel 39, tweede lid, aanhef en onder 1)

UITSPRAAK

in de gedingen tussen: [betrokkene], wonende te [woonplaats], appellant tevens gedaagde, hierna: betrokkene, en de Staatssecretaris van Defensie, gedaagde tevens appellant, hierna: de Staatssecretaris.

I. Ontstaan en loop van de gedingen

Partijen hebben op de daartoe bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de president van de rechtbank 's-Gravenhage van 26 november 2001, nr. AWB 0113828 MAWKLU en AWB 0114078 MAWKLU (uitspraak 1) waarnaar hierbij wordt verwezen. Betrokkene heeft tevens hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van die rechtbank van 25 juli 2002, nr. AWB 02100440 MAWKLU (uitspraak 2), naar welke uitspraak eveneens wordt verwezen.

Partijen hebben over en weer verweerschriften ingediend.

Bij uitspraak van 1 oktober 2002, nr. 0214634 MAW-VV, heeft de voorzieningenrechter van deze Raad het verzoek van betrokkene om schorsing van de uitspraak van 25 juli 2002 afgewezen.

De gedingen zijn gevoegd behandeld ter zitting van 1 april 2004, waar betrokkene in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. B. Damen, advocaat te Amersfoort. De Staatssecretaris heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. R.H.A. Nathans, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. Voor een uitgebreidere weergave van de in deze gedingen van belang zijnde feiten en omstandigheden wordt verwezen naar de aangevallen uitspraken. De Raad volstaat met het volgende.

1.1. Betrokkene was in de rang van korporaal geplaatst bij het 640 Squadron van de Koninklijke Luchtmacht en te werk- gesteld op de vliegbasis Volkel. Op 27 februari 2001 is betrokkene bij een discotheek aangetroffen in het bezit van 5 XTC pillen en is hij overgedragen aan de Koninklijke Marechaussee. Bij vonnis van 10 juli 2001 van de militaire politierechter te Arnhem is betrokkene veroordeeld tot een geldboete van f. 750,-, bij gebreke van betaling en verhaal te vervangen door 15 dagen hechtenis met een proeftijd van twee jaar. Nadat dit bekend was geworden op de vliegbasis is betrokkene door zijn commandant met ingang van 16 juli 2001 in het belang van de dienst geschorst, welk besluit na bezwaar is gehandhaafd. Daartegen zijn geen rechtsmiddelen aangewend.

1.2. Bij besluit van 18 oktober 2001 heeft de Staatssecretaris op grond van artikel 37, eerste lid, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) de schorsing overgenomen en verlengd voor onbepaalde tijd. Bij brief van dezelfde datum is betrokkene meegedeeld dat het voornemen bestaat hem per 1 december 2001 ontslag uit de militaire dienst te verlenen, zulks met toepassing van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder I, van het AMAR (wangedrag buiten de dienst). Dit besluit is na bezwaar gehandhaafd bij besluit van 15 november 2001.

1.3. Bij besluit van 14 november 2001 is aan voornoemd voornemen tot ontslagverlening uitvoering gegeven. Dit ontslagbesluit is gehandhaafd bij besluit van 28 januari 2002.

2. De president van de rechtbank heeft bij uitspraak 1 met toepassing van artikel 8:86 van de Algemene wet bestuursrecht het beroep tegen de verlengde schorsing gegrond verklaard, dat besluit vernietigd en bepaald dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand blijven en voorts bepalingen gegeven omtrent de proceskosten en het griffierecht. Bij uitspraak 2 heeft de rechtbank het beroep van betrokkene tegen het gehandhaafde ontslagbesluit ongegrond verklaard.

De Staatssecretaris heeft in hoger beroep de vernietiging van het gehandhaafde schorsingsbesluit bestreden en betrokkene heeft de instandlating van de rechtsgevolgen aangevochten. Tegen uitspraak 2 is uitsluitend betrokkene in hoger beroep gekomen.

De verlengde schorsing

3.1. Ingevolge artikel 37, eerste lid, van het AMAR, voorzover hier van belang, geschiedt de opheffing van een schorsing die was bevolen door de commandant, in elk geval na drie maanden, tenzij de minister anders bepaalt. Op grond van het tweede lid van dit artikel wordt de opheffing van de schorsing de militair onverwijld schriftelijk of mondeling bekend gemaakt. Vast staat dat betrokkene met ingang van 16 juli 2001 was geschorst door zijn commandant, zodat de in artikel 37, eerste lid, van het AMAR vermelde termijn op 16 oktober 2001 was verstreken. Anders dan namens betrokkene is betoogd kan naar het oordeel van de Raad uit het in artikel 37 bepaalde echter niet worden afgeleid dat de schorsing alsdan van rechtswege vervalt. Uit de bewoordingen ("geschiedt") en uit het tweede lid, waarin onder meer is bepaald dat de opheffing van de schorsing de militair onverwijld schriftelijk of mondeling bekend wordt gemaakt, concludeert de Raad dat voor de opheffing van een schorsing een besluit is vereist, dat aan betrokkene moet worden meegedeeld. Vast staat dat zodanig besluit in dit geval niet is genomen. Dit betekent dat de schorsing niet was opgeheven en onverminderd voortduurde.

3.2. Tussen partijen is niet in geschil dat de Staatssecretaris bevoegd is een uitgesproken schorsing te verlengen. De Raad acht het vanzelfsprekend en uit een oogpunt van rechtszekerheid van de betrokken militair gewenst dat daarover in voorkomend geval bijtijds wordt beslist en mededeling wordt gedaan. De enkele omstandigheid dat in dit geval enkele dagen na het verstrijken van de termijn van drie maanden een formeel verlengingsbesluit is genomen, maakt echter niet dat de Staatssecretaris daartoe op dat moment niet meer bevoegd was of dat dit besluit om die reden onrechtmatig was. Daartoe overweegt de Raad dat betrokkene niet in onzekerheid heeft behoeven te verkeren over zijn positie, nu hem bij zijn melding op de vliegbasis op 17 oktober 2001, direct te verstaan is gegeven dat hij niet weer aan het werk mocht. De volgende dag is hem het besluit tot verlenging meegedeeld.

3.3. De Raad is voorts van oordeel dat, hoewel in het verlengde schorsingsbesluit sprake is van het voortduren voor onbepaalde tijd, dit niet betekent dat het voor betrokkene onduidelijk was tot wanneer zijn schorsing zich zou uitstrekken. Dit schorsingsbesluit ging immers vergezeld van een brief van dezelfde datum waarin betrokkene op de hoogte werd gebracht van het voornemen hem per 1 december 2001 ontslag te verlenen. Naar het oordeel van de Raad behoefde betrokkene derhalve ook op dit punt niet in onzekerheid te verkeren over zijn rechtspositie.

3.4. In de omstandigheid dat de Staatssecretaris voornemens was betrokkene ontslag wegens wangedrag buiten de dienst te verlenen ziet de Raad voorts voldoende dienstbelang gelegen om het voortduren van de schorsing te kunnen rechtvaardigen.

3.5. Uit het vorenstaande volgt dat het hoger beroep van de Staatssecretaris slaagt, dat uitspraak 1 moet worden vernietigd en dat het beroep van betrokkene tegen de gehandhaafde verlenging van zijn schorsing ongegrond wordt verklaard.

Het ontslag

4.1. Betrokkene erkent dat hij is aangehouden in het bezit van een vijftal XTC-pillen. Hij bestrijdt niet dat het bezit van harddrugs op zichzelf als wangedrag buiten de dienst heeft te gelden. Betrokkene heeft daarnaast echter steeds gesteld dat hij niet op de hoogte was gebracht van het door de Staatssecretaris gevoerde drugsbeleid, zodat hem dit ook niet mag worden tegengeworpen. Dit beleid komt er kort gezegd op neer dat de militair die harddrugs in zijn bezit heeft doorgaans wordt ontslagen. Daargelaten wat er voor gevolgen zouden moeten worden verbonden aan de constatering dat betrokkene het beleid niet kende of kon kennen - hij heeft immers zelf verklaard van opvatting te zijn dat harddrugs binnen de krijgsmacht niet thuishoren - de Raad acht op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting genoegzaam aannemelijk geworden dat betrokkene wel degelijk is voorgelicht over het drugsbeleid. Daarbij heeft de Raad doorslaggevende betekenis toegekend aan de verklaring van Elt V. die zich betrokkene nog kon herinneren uit de instructieklas. Betrokkene heeft voorts ter zitting toegegeven dat de inhoud van het instructieboekje, waarin opgenomen het drugsbeleid, destijds klassikaal is doorgenomen, ondanks het feit dat niet iedereen - ook hij niet - over een eigen boekje beschikte. Ter zitting heeft betrokkene desgevraagd ook verklaard zich niet meer te kunnen herinneren of het drugsbeleid is besproken. Dat het drugsbeleid zou zijn overgeslagen acht de Raad alles bijeen genomen niet waarschijnlijk.

4.2. Betrokkene heeft ook in hoger beroep benadrukt dat opzet ontbrak, dat hij niet besefte dat hij XTC-pillen in zijn bezit had, maar dacht dat het ging om cafeïnepillen. Vanwege zijn naïviteit is sprake van een bijzonder geval, aldus betrokkene, zodat de Staatssecretaris een uitzondering op het drugsbeleid had behoren te maken. Betrokkene

heeft daarbij gewezen op het feit dat hij in hoger beroep door het gerechtshof te Arnhem wel is veroordeeld voor het bezit van harddrugs, maar dat hem vanwege zijn persoon en omstandigheden geen straf is opgelegd. De Raad deelt het standpunt van betrokkene niet. In navolging van de voorzieningenrechter is de Raad van oordeel dat aan een korporaal bij de Koninklijke Luchtmacht hoge eisen gesteld mogen worden betreffende normbesef en integriteit, en dat betrokkene had moeten weten dat hij met het aannemen van pillen van een onbekende bij een megamanifestatie een aanmerkelijk risico liep dat het hier niet ging om onschuldige pillen. Betrokkene kan niet met een beroep op zijn persoon en/of zijn karaktereigenschappen zijn verantwoordelijkheid binnen de Koninklijke Luchtmacht ontlopen.

Dat de strafrechter, bekend met betrokkenes ontslag in verband met het bezit van de XTC-pillen, uiteindelijk geen aanleiding heeft gezien (daarnaast) een straf op te leggen, maakt dat niet anders.

4.3. Voorzover door betrokkene nog een beroep gedaan is op tijdsverloop stelt de Raad met betrokkene vast dat de Staatssecretaris niet bijzonder voortvarend heeft gehandeld. Nadat de commandant van betrokkene medio juli 2001 op de hoogte kwam van betrokkenes veroordeling wegens het bezit van harddrugs en hij betrokkene met onmiddellijke ingang had geschorst, is eerst op 14 november 2001 het ontslagbesluit gevolgd. Nu van een uitgebreid onderzoek geen sprake was, betrokkene ontkende immers niet, had een slagvaardiger optreden voor de hand gelegen. Betrokkene is echter gedurende de periode van zijn schorsing doorbetaald en heeft ook overigens geen aanwijsbaar nadeel ondervonden van de langere duur van de besluitvorming.

4.4. Het vorenstaande leidt de Raad tot de conclusie dat het hoger beroep tegen uitspraak 2 geen doel treft, zodat deze uitspraak moet worden bevestigd.

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

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt uitspraak 1;

Verklaart het beroep tegen het besluit van 15 november 2001 ongegrond;

Bevestigt uitspraak 2.

NASCHRIFT

Bij Besluit van 1 juni 2004, Stb. 268 zijn de bepalingen in het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) over schorsing gewijzigd. Daarbij is aansluiting gezocht bij de schorsingsbepalingen zoals die in meerdere rechtspositieregelingen voor burgerambtenaren voorkomen (bijvoorbeeld in het Algemeen Rijksambtenarenreglement). Zo is de militair nu van rechtswege geschorst wanneer hij krachtens wettelijke maatregel van zijn vrijheid is beroofd; daarnaast kan hij worden geschorst indien bijvoorbeeld een strafrechtelijke vervolging tegen hem is ingesteld of wanneer het belang van de dienst schorsing vordert. Ook zijn de regels over opheffing van de schorsing veranderd. De bepaling in het nieuwe artikel 36 over opheffing van een schorsing in het belang van de dienst is vergelijkbaar met de bepaling in het oude eerste lid van artikel 37. Daardoor kan bovenstaande uitspraak ook in de toekomst betekenis hebben.

Overigens staan er enkele vreemde bepalingen in het nieuwe artikel 34. De militair is van rechtswege geschorst indien hij krachtens wettelijke maatregel van zijn vrijheid is

beroofd. Is de militair dan ook geschorst wanneer hij voorlopige hechtenis of een straf ondergaat in het Militair Penitentiair Centrum?

Het eerste lid van artikel 34 veronderstelt daarnaast dat vrijheidsbeneming mogelijk is op grond van de Wet militair tuchtrecht. Vreemd, deze wet kent geen vrijheidsberovende of vrijheidsbenemende straffen. De tuchtrechtelijke straffen van strafdienst en uitgaansverbod zijn vrijheidsbeperkend.

G.F.W.

Rechtbank 's-Gravenhage
sector bestuursrecht
tweede afdeling, meervoudige kamer
Uitspraak van 1 juni 2004
Reg. nr. AWB 03/1275 AW

Voorzitter: Mr. S.C. Stuldreher; leden: Mr. C.I. Blok-Bitter en Mr. C.J. Waterbolk

Studerend kind ouder dan 21 jaar niet "voor zijn of haar onderhoud afhankelijk"

Ingevolge artikel 4, aanhef en onder b, van de Regeling Aanduiding NAVO-status heeft het wettige dan wel erkende kind van een hoofd NAVO-statusgerechtigde, dat eveneens in de staat van verblijf woont en voor zijn of haar onderhoud van de hoofd NAVO-statusgerechtigde afhankelijk is, eveneens de NAVO-status.

Personen met een dergelijke NAVO-status worden afgeleide NAVO-statusgerechtigden genoemd.

Verweerder heeft naar het oordeel van de rechtbank terecht bij de concrete invulling van de vraag of er sprake is van afhankelijkheid van de ouders voor levensonderhoud aansluiting gezocht bij hetgeen daarover in de Nederlandse wetgeving - in het bijzonder de artikelen 1:392 en 1:395a van het Burgerlijk Wetboek - is bepaald. Dit beleid houdt in dat er bij kinderen ouder dan 21 jaar slechts sprake is van afhankelijkheid van de ouders voor het levensonderhoud wanneer er sprake is van behoefte. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn bij een lichamelijke of geestelijke handicap. Verweerder stelt naar het oordeel van de rechtbank terecht dat studerende kinderen ouder dan 21 jaar niet behoeftig zijn aangezien zij in staat geacht moeten worden in hun eigen levensonderhoud te voorzien.

UITSpraak

in het geding tussen [eisers], wonende te [woonplaats] (Duitsland), eisers, en de Commandant Netherlands Armed Forces Support Agency Germany, verweerder.

Ontstaan en loop van het geding

Bij op 11 augustus 2002 ondertekend "aanvraagformulierbehoud afgeleide NAVO-status meerderjarige kinderen in verband met bijzondere omstandigheden" heeft eiser [eiser 1] mede namens zijn zoon, [eiser 2], verzocht de aan [eiser 2] toegekende afgeleide NAVO-status te verlengen.

Bij besluit van 27 september 2002 heeft verweerder het verzoek niet ingewilligd en aan eisers meegedeeld dat de afgeleide NAVO-status van [eiser 2] met ingang van 1 januari 2003 komt te vervallen.

Tegen dit besluit hebben eisers bij brief van 3 november 2002 een bezwaarschrift bij verweerder ingediend.

Namens eisers is [eiser 1] op 11 december 2002 gehoord over de bezwaren.

Bij besluit van 13 maart 2003, verzonden op gelijke datum, heeft verweerder de bezwaren van eisers ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit hebben eisers bij brief van 24 maart 2003, ingekomen bij de rechtbank op 26 maart 2003 en van gronden voorzien bij brief van 30 juni 2003, beroep ingesteld.

Verweerder heeft de op de zaak betrekking hebbende stukken overgelegd en tevens bij brief van 5 september 2003 een verweerschrift ingediend.

De zaak is op 13 mei 2004 ter zitting behandeld. [eiser 1] is in persoon verschenen, bijgestaan door zijn advocaat, mr. C.A. Boeve. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigden, mr. A.E.P. van Zandbergen en mr. A.J. de Haan.

Motivering

[eiser 1] is werkzaam als burgerambtenaar bij de Dienst Gebouwen, Werk en Terreinen van het ministerie van Defensie. Hij is geplaatst in Zeven (Duitsland), woonachtig te Stadhagen (Duitsland) en heeft de hoofd NAVO-status. [eiser 2] studeert aan de universiteit van Kiel (Duitsland) en heeft geen inkomsten uit arbeid noch enige uitkering. Eisers hebben verzocht de afgeleide NAVO-status van [eiser 2], geboren op 24 februari 1979, destijds 23 jaar oud, te verlengen tot het einde van zijn studie, naar verwachting in februari 2006. De NAVO-status biedt onder meer (fiscale) voordelen. In geschil is of verweerder terecht en op juiste gronden de weigering de afgeleide NAVO-status van [eiser 2] te verlengen na 1 januari 2003 heeft gehandhaafd.

De regelingen met betrekking tot de rechtspositie van militairen en burgerambtenaren in dienst van het ministerie van Defensie en hun gezinsleden, die in NAVO-verband in een andere NAVO-lidstaat verblijven zijn gebaseerd op het NAVO-statusverdrag (hierna: het Verdrag). Artikel 1, aanhef en onder c, van het Verdrag verstaat onder gezinslid de echtgeno(o)t(e) van een lid van een krijgsmacht of een civiele dienst, of een kind van zodanig lid, dat van hem of haar afhankelijk is voor zijn onderhoud. Met betrekking tot de leden van de Nederlandse krijgsmacht en burgermedewerkers die in NAVO-verband in Duitsland zijn geleverd c.q. te werk gesteld, is ingevolge en ter aanvulling op het Verdrag een Aanvullende Overeenkomst (hierna: de Overeenkomst) gesloten.

Op grond van artikel 3, vierde lid, van de Overeenkomst dienen de Duitse en Nederlandse autoriteiten alle administratieve maatregelen te nemen die nodig zijn voor de uitvoering van Verdrag en Overeenkomst. Daarnaast dienen de autoriteiten van een krijgsmacht en van een civiele dienst ingevolge artikel 74, tweede lid, van de Overeenkomst alle passende maatregelen te nemen om misbruiken te voorkomen, die zouden kunnen voortkomen uit de toekenning van rechten en voorrechten en vrijstellingen op het gebied van douanerechten en belastingen.

Krachtens de hierboven vermelde bepalingen van Verdrag en Overeenkomst is in mei 1988 de Regeling Verkrijging NAVO-status (RVN) in het leven geroepen. Artikel 4, tweede lid, van de RVN bepaalde dat de afgeleide NAVO-status werd verkregen door het wettige dan wel erkende kind van een hoofd NAVO-statusgerechtigde dat geen dienstbetrekking dan wel een dienstbetrekking van minder dan 19 uur op het grondgebied van de staat van verblijf had.

Met ingang van 1 juni 2000 is de RVN ingetrokken en vervangen door de Regeling Aanduiding NAVO-status (hierna: de Regeling).

Ingevolge artikel 4, aanhef en onder b, van de Regeling heeft het wettige dan wel erken-

de kind van een hoofd NAVO-statusgerechtigde, dat eveneens in de staat van verblijf woont en **voor zijn of haar onderhoud van de hoofd NAVO-statusgerechtigde afhankelijk is** eveneens de NAVO-status. Personen met een dergelijke NAVO-status worden afgeleide NAVO-statusgerechtigden genoemd.

Eisers hebben - kort gezegd - aangevoerd dat de [eiser 2] voldoet aan de in artikel 4, aanhef en onder b, van de Regeling gestelde voorwaarden om voor een afgeleide NAVO-status in aanmerking te blijven komen.

Verweerder heeft - samengevat - aangevoerd dat [eiser 2] voor zijn levensonderhoud niet afhankelijk is van de hoofd-NAVO-status gerechtigde, waardoor hij niet in aanmerking komt voor de afgeleide NAVO-status. Bij de interpretatie van het begrip "voor zijn of haar onderhoud afhankelijk" bij kinderen ouder dan 21 jaar voert verweerder een beleid dat aansluit bij het bepaalde in artikel 1:392 van het Burgerlijk Wetboek. Dit beleid houdt in dat er bij kinderen ouder dan 21 jaar slechts sprake is van afhankelijkheid van de ouders voor het levensonderhoud wanneer er sprake is van behoefte. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn bij een lichamelijke of geestelijk handicap. **Studerende kinderen ouder dan 21 jaar zijn niet behoeftig aangezien zij in staat geacht moeten worden in hun eigen levensonderhoud te voorzien.**

Aangezien dit beleid ten opzichte van de situatie vóór 1 juni 2000 een aanscherping betekende en ook omdat verweerder tijd nodig had zijn beleid te bepalen, is bij wijze van overgangsbeleid door verweerder het beleid gevoerd dat meerderjarige kinderen die na 1 juni 2000 niet meer in aanmerking kwamen voor toekenning van de afgeleide NAVO-status tot 1 januari 2003 de hun reeds toegekende NAVO-status mochten behouden.

Nu [eiser 2] op 24 februari 2000 de leeftijd van 21 jaar had bereikt viel hij onder het overgangsbeleid.

Met betrekking tot hetgeen door eisers ter ondersteuning van hun standpunt is aangevoerd overweegt de rechtbank als volgt.

Het enkele feit dat aan de [eiser 2] op 4 juli 2000 een certificaat strekkende tot het bewijs van zijn afgeleide NAVO-status is verstrekt, welk document geldig is tot 17 mei 2005, betekent niet dat ook de afgeleide NAVO-status is toegekend tot laatstgenoemde datum. Het betekent slechts dat het document, bij voortdurende van de afgeleide NAVO-status, tot die datum als bewijs kan worden gebruikt. Wanneer de afgeleide NAVO-status om welke reden ook, bijvoorbeeld omdat het gezin naar Nederland zou verhuizen, vervalt, dient het bewijs van deze status, het certificaat, te worden ingeleverd.

De rechtbank is van oordeel dat artikel 4, aanhef en onder b, van de Regeling een algemeen verbindend voorschrift is dat een dwingendrechtelijk karakter heeft (vergelijk uitspraak Centrale Raad van Beroep van 18 april 2002, nr. 9911889 MAW aangaande de RVN). Uit de tekst van de bepaling blijkt niet dat verweerder enige beleidsvrijheid toekomt bij het toekennen van de afgeleide NAVO-status op grond van deze bepaling. Dat de toelichting bij de Regeling in strijd met de letterlijke tekst van artikel 4, aanhef en onder b, van de Regeling, wel van enige beleidsvrijheid lijkt uit te gaan, doet aan het dwingendrechtelijk karakter van deze bepaling niet af. Wel kan worden vastgesteld dat het begrip "voor zijn of haar levensonderhoud afhankelijk" als bedoeld in artikel 4, aanhef en onder b, van de Regeling onvoldoende duidelijk is om in iedere concrete situatie zonder nadere interpretatie te kunnen worden toegepast. Verweerder heeft derhalve enige beoordelingsruimte bij de interpretatie van genoemd begrip. Nu deze beoordelingsruimte, gelet op het dwingendrechtelijke karakter van artikel 4, aanhef en onder b, van de regeling, geen beoordelingsvrijheid impliceert, dient de rechtbank volledig, zonder terughoudendheid, te toetsen of verweerder het begrip "voor zijn of haar onderhoud afhankelijk" juist heeft uit-

gelegd.

De rechtbank beantwoordt deze vraag bevestigend.

Verweerder heeft naar het oordeel van de rechtbank terecht bij de concrete invulling van de vraag of er sprake is van afhankelijkheid van de ouders voor levensonderhoud aansluiting gezocht bij hetgeen daarover in de Nederlandse wetgeving - in het bijzonder de artikelen 1:392 en 1:395a van het Burgerlijk Wetboek - is bepaald. Niet gezegd kan worden dat verweerders interpretatie van het begrip "voor zijn of haar levensonderhoud afhankelijk" is gebaseerd op willekeur door de leeftijd van 21 jaar cruciaal te achten. Immers in het Nederlandse rechtsstelsel zijn de ouders ten opzichte van hun kinderen boven 21 jaar slechts onderhoudsplichtig indien er sprake is van behoefte. Van behoefte is sprake wanneer iemand niet in eigen levensonderhoud kan voorzien. Studie is geen omstandigheid op grond waarvan iemand niet in zijn eigen levensonderhoud kan voorzien.

Verweerder heeft zich voorts terecht op het standpunt gesteld dat bij de uitleg van het begrip "voor zijn of haar levensonderhoud afhankelijk" geen betekenis dient te worden gehecht aan een individueel gevoelde verplichting van een ouder - hoe begrijpelijk ook - om een studerend kind ook na zijn eenentwintigste levensjaar financieel te blijven ondersteunen, al dan niet blijkend uit het bestaan van een natuurlijke verbintenis of een tussen de ouders en het kind gesloten contract inzake de verstrekking van levensonderhoud.

Voorts is anders dan eisers hebben aangevoerd, een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten aanzien van een ambtenaar in beginsel niet ongeoorloofd. Wel hebben eisers terecht gesteld dat een dergelijke wijziging niet in strijd mag komen met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder begrepen het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel.

De rechtbank is van oordeel dat verweerder niet in strijd met het vertrouwens- en/of rechtszekerheidsbeginsel heeft besloten de NAVO-status niet langer aan de zoon toe te kennen. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat verweerder een ruime overgangperiode heeft gehanteerd en de gevolgen van de nieuwe Regeling tijdig heeft aangekondigd. Aan eisers is bij brief van 30 augustus 2001 medegedeeld dat een studerend kind na zijn eenentwintigste levensjaar niet geacht wordt behoefte te zijn, doch geacht wordt in eigen levensonderhoud te kunnen voorzien. Daarbij is gewezen op de overgangstermijn.

Gelet op het bovenstaande is de rechtbank van oordeel dat verweerder op juiste gronden de afwijzing van het verzoek om verlenging van de afgeleide NAVO-status van de zoon heeft gehandhaafd. Het beroep dient daarom ongegrond te worden verklaard.

Met betrekking tot hetgeen partijen hebben aangevoerd over het zogenoemde 270-nachten criterium in het kader van de BFG-regeling stelt de rechtbank vast dat enig besluit gebaseerd op de BFG-regeling thans niet ter toetsing voorligt. De voorzieningenrechter heeft in zijn overwegingen deze regeling slechts aan de orde gesteld in het kader van de vraag of eisers een spoedeisend belang hebben bij het treffen van een voorlopige voorziening. In het kader van de hoofdzaak speelt die vraag geen rol.

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.

Beslissing

DE RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE,

RECHT DOENDE:

Verklaart het beroep ongegrond.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Reactie

Reactie op: P.A.L. Ducheine, Geweldgebruik op grond van de Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten.

Ik heb behoefte te reageren op de bijdrage van mr. drs. P.A.L. Ducheine, *Geweldgebruik op grond van de Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten*. Het gaat mij uitsluitend om het tweede deel van de bijdrage: *Extraterritoriale werking*. In dat deel wordt een aan mij toegeschreven opvatting bestreden, die ik echter nimmer heb gehuldigd.

Ducheine opent het tweede deel van de bijdrage met de opmerking dat ik in mijn bijdrage *De Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten* (MRT 2004, p. 89-96) het standpunt inneem dat de Rijkswet en het bijbehorend uitvoeringsbesluit op grond van het vlagbeginsel ook van toepassing zijn op Nederlandse militairen die in het buitenland zijn geplaatst. Dat is inderdaad mijn standpunt. Hieruit kan echter *niet* worden afgeleid dat ik ook van mening ben, zoals Ducheine schrijft, dat beide regelingen "werking buiten het Koninkrijk toekomt" en dat (dus) de bevoegdheden die beide regelingen toekennen (zonder meer) "buiten het eigen territoir toegepast zouden kunnen worden".

Het vlagbeginsel houdt (thans) slechts in dat de wetgeving van een land de militair volgt, overal waar hij door de regering van zijn land wordt heengezonden. Zo volgt bijvoorbeeld het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) de militair, hetgeen inhoudt dat ook een buiten het Koninkrijk geplaatste militair aanspraak heeft op vakantieverlof (artikel 61 e.v. AMAR). En inderdaad: ook de Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten en het bijbehorend uitvoeringsbesluit volgen de militair. Dit betekent dat, indien een in het buitenland geplaatste militair ter plaatse zou worden belast met de bewaking van een door de Minister van Defensie aangewezen militair object, hij zich dient te houden aan de regels die Rijkswet en uitvoeringsbesluit stellen.

Om bij de twee gegeven voorbeelden te blijven: het AMAR en de Rijkswet plus uitvoeringsbesluit kennen ook *bevoegdheden* toe. Zo kunnen commandanten in bepaalde gevallen militairen in hun ambt schorsen (artikel 35 AMAR); en bezitten bewakers van aangewezen militaire objecten de bevoegdheid in bepaalde gevallen geweld te gebruiken (artikel 1 Rijkswet). Het bezitten van een bevoegdheid houdt echter niet in dat deze bevoegdheid ook overal ter wereld daadwerkelijk mag worden uitgeoefend. Wat op dit punt geldt, wordt bepaald door het (geschreven en ongeschreven) volkenrecht. Met het uitoefenen van de bevoegdheid tot schorsing zal het volkenrecht zich in de regel niet inlaten. Dit ligt evenwel anders als het gaat om het uitoefenen van geweldbevoegdheden. Ik schrijf dit ook in mijn eerder genoemde bijdrage, in een zin die (toch wonderlijk) ook in de bijdrage van Ducheine wordt aangehaald. Bedoelde zin luidt: "Wel is voor het daadwerkelijk in het buitenland kunnen uitoefenen van geweldbevoegdheden op grond van het volkenrecht de toestemming van het land van verblijf vereist."

Ik moge in dit verband verwijzen naar artikel 62 van de Wet militaire strafrechtspraak, dat bepaalt: "Buiten het Koninkrijk kunnen bevoegdheden inzake opsporing, vervolging en berechting van strafbare feiten en tenuitvoerlegging van vonnissen slechts worden uitgeoefend voorzover het volkenrecht dit toelaat." Ook deze bepaling gaat uit van het bezit van bevoegdheden (tot opsporing, vervolging en berechting) en bepaalt slechts dat voor het daadwerkelijk *uitoefenen* de toestemming van het land van verblijf is vereist. Met het toekennen van bevoegdheden (als bedoeld) laat het volkenrecht zich niet in. Ook kan wor-

den verwezen naar artikel VII, eerste lid onder *a*, van het NAVO-Statusverdrag: "De militaire autoriteiten van de Staat van herkomst hebben het recht op het grondgebied van de Staat van verblijf de bevoegdheden op strafrechtelijk en krijgstuchtelijk gebied uit te oefenen, welke de wetgeving van de Staat van herkomst hun toekent, over alle personen, die aan de militaire wetten van die Staat zijn onderworpen." Ook deze bepaling ziet slechts op het uitoefenen van bevoegdheden (en *niet* op het toekennen).

Samenvattend: ik blijf bij mijn standpunt. Op grond van het vlagbeginsel zijn de Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten en het bijbehorende uitvoeringsbesluit in beginsel ook van toepassing op Nederlandse militairen die in het buitenland zijn geplaatst. Wel is voor het daadwerkelijk in het buitenland kunnen uitoefenen van geweldbevoegdheden op grond van het volkenrecht de toestemming van het land van verblijf vereist.

Prof. mr. G.L. Coolen.

| | | |
|---------------|---|-----|
| CRvB 13.05.04 | Schorsing niet vervallen Verlenging schorsing korporaal KLu. De enkele omstandigheid dat enkele dagen na het verstrijken van de termijn van drie maanden een verlengingsbesluit is genomen, maakt niet dat de Staatssecretaris daartoe op dat moment niet meer bevoegd was. (Naschrift G.F.W.)..... | 123 |
|---------------|---|-----|

| | | |
|-------------------------|---|-----|
| Rb Den Haag 01.06.04 | Studerend kind ouder dan 21 jaar niet "voor zijn of haar onderhoud afhankelijk" Het wettige dan wel erkende kind van een hoofd NAVO-statusgerechtigde, dat eveneens in de staat van verblijf woont en voor zijn of haar onderhoud van de hoofd NAVO-statusgerechtigde afhankelijk is eveneens de NAVO-status. Bij kinderen ouder dan 21 jaar is slechts sprake van afhankelijkheid van de ouders voor het levensonderhoud wanneer er sprake is van behoefte. Studerende kinderen ouder dan 21 jaar zijn niet behoeftig aangezien zij in staat geacht moeten worden in hun eigen levensonderhoud te voorzien. | 127 |
|-------------------------|---|-----|

Opmerkingen en mededelingen

| | |
|---|-----|
| Reactie op: P.A.L. Ducheine, Geweldgebruik op grond van de Rijkswet geweldgebruik bewa- kers militaire objecten; door prof. mr. G.L. Coolen..... | 131 |
|---|-----|

| | |
|--------------|---|
| 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 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. A.C. Zuidema, Brigade-generaal b.d. van de Militair Juridische dienst; |
| Secretaris/penningmeester | Mr. J.F. Stinissen, Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst; |
| Leden: | |
| voor de Koninklijke Landmacht: | Mr. R. <i>in het Veld</i> , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst; |
| voor de Koninklijke Luchtmacht: | Mr. P.T. <i>Hebly</i> , Kolonel van de Koninklijke Luchtmacht; |
| voor de Koninklijke Marine: | Mr. WE. <i>Louwerse</i> , Kapitein ter zee; |
| voor de Koninklijke Marechaussee: | Mr. C.P.C. <i>Kuijs</i> , Kolonel der Koninklijke Marechaussee; |
| 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. 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; |
| Prof. Mr. Th. A. <i>de Roos</i> . | Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden; |
| Mr. W.J. <i>Schmitz</i> , | Hoofd Beleidsondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van ABP; |
| Mr. G.F. <i>Walgemoed</i> , | Kolonel b.d. van de Militair Juridische Dienst |
| Adres van de Redactiecommissie: | Koningin Wilhelminalaan 50, 2264 BN Leidschendam |

VASTE MEDEWERKERS:

Prof. Mr. G.L. *Coolen*, Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;

Prof. Dr. R.A. *Lawson*, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.

Dr. M. *Boot-Matthijssen*, wetenschappelijk medewerker verbonden aan het Nederlands Instituut voor Internationale Betrekkingen 'Clingendael'.

WIJZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt tien keer per jaar.

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1-2003 E 36,75. Men abonneert zich bij Sdu Klantenservice Uitgevers, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. tel.: 070-378 9880, fax: 070-378 9783, e-mail: sdu@sdu.nl, of bij zijn boekhandelaar. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 3,95. Veraamelbanden zijn verkrijgbaar tegen de prijs van € 25. Auteurs van bijdragen van meer dan één pagina ontvangen een vergoeding van € 35 p.p., tot een maximum € 230 per aflevering, benevens vijf presentemplaren van de desbetreffende aflevering. Het auteursrecht wordt met de publicatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u van informatie te voorzien over Sdu Uitgevers bv en zorgvuldig geselecteerde andere bedrijven. Als u geen prijs stelt op deze informatie, kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice, postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar.

Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan Sdu Servicecentrum Uitgevers. Zij die het M.R.T. van rijkswege verstrekt krijgen, dienen zich voor kennisgeving van adreswijzigingen te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren.

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVIII

April 2005

Aflevering

4

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

| | |
|--|-----|
| Irak na de bezetting; door LTZA 2 OC mr. M.D.Fink..... | 133 |
|--|-----|

Strafrechtspraak

| | | |
|-------------|--|-----|
| Ah 05.07.04 | De uit de hand gelopen ontgroening Handelingen tegen iemand die met zijn toestemming gebeuren zijn niet wederrechtelijk, maar zodra die toestemming vervalt, treedt de wederrechtelijkheid weer in als men met die handelingen doorgaat. (Naschrift J.R.G.J.)..... | 142 |
| Ah 05.07.04 | Een uit de hand gelopen ontgroening; een slachtoffer wordt mededader Een ontgroening onttaardt in vrijheidsberoving en mishandeling. Een militair die eerst de ontgroening moet ondergaan, gaat later daaraan zelf meedoen. Enerzijds strafverminderend omdat hij slachtoffer was, maar anderzijds juist strafverzwarend omdat juist hij moest weten wat de impact was op degenen die het moesten ondergaan. (Naschrift J.R.G.J.)..... | 146 |

Bestuursrechtspraak

| | | |
|---------------|--|-----|
| CRvB 08.07.04 | Geen bekorting van de dienverplichting Bij meerdere jachtvliegers van de KLu is in het verleden ten onrechte een te korte dienverplichting opgelegd. Raad: Niet aannemelijk geworden dat de Staatssecretaris van Defensie in deze gevallen doelbewust is afgeweken van het geldende beleid met betrekking tot de duur van de dienverplichting. Het aantal gemaakte fouten is niet zodanig dat geoordeeld moet worden dat ten aanzien van appellanten in strijd is gehandeld met het verbod van willekeur of het gelijkheidsbeginsel. (Naschrift G.F.W.)..... | 150 |
| CRvB 09.09.04 | De ingetrokken veiligheidsverklaring Conclusie van de minister van Defensie dat bij deze wachtmeester van de Koninklijke Marechaussee onvoldoende waarborgen aanwezig zijn dat hij onder alle omstandigheden de uit zijn vertrouwensfunctie voortvloeiende plichten getrouwelijk zal volbrengen, rust op goed gronden. (Naschrift G.F.W.)..... | 153 |
| CRvB 21.10.04 | Bevordering met terugwerkende kracht Eerste-luitenant KLu verzoekt bevordering tot eerste-luitenant met terugwerkende kracht vanwege vertraging in zijn vliegeropleiding als gevolg van medische besluiteloosheid. Raad oordeelt dat de weigering om hem voor te dragen voor bevordering tot eerste-luitenant met ingang van 22 augustus 1996 op een ondeugdelijke motivering rust..... | 157 |

Opmerkingen en mededelingen

| | |
|--|-----|
| De inzet van de krijgsmacht buiten het Koninkrijk; door prof. mr. G.L. Coolen..... | 161 |
| Verslag van de conferentie van het Nederlandse Rode Kruis op 3 december 2004 in Den Haag – ‘Dilemmas of international humanitarian law during recent military operations’; door Luitenant-kolonel mr. M.M. Kersbergen..... | 162 |

BIJDRAGEN

Irak na de bezetting

door

LTZA 2 OC mr. M.D. Fink¹⁾

Op 28 juni 2004 werd de bezetting van Irak door de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk opgeheven en kwam de soevereiniteit van Irak weer in Irakese handen. Het einde van de bezetting werd door de resolutie 1546 (8 juni 2004) van Veiligheidsraad van de Verenigde Naties als een welkome stap gezien in het democratiseringsproces van Irak²⁾. Met het einde van de bezetting kwam tevens een einde aan de toepasselijkheid van het bezettingsrecht alsook de meeste bepalingen van het humanitair oorlogsrecht. De annex van resolutie 1546 voorziet echter in een mogelijkheid om enkele bezettingsrechten ook na de overdracht te kunnen uitoefenen. Ook het onderscheid tussen bezettende en niet-bezettende mogendheden dat de veel bediscussieerde resolutie 1483 (22 mei 2003) teweeg had gebracht, hield na de overdracht op te bestaan. De Nederlandse strijdkrachten in Irak werden, evenals die van andere landen die een militaire bijdrage leverden, deel van de *Multi-National Forces (MNF)*³⁾. Het is de vraag in hoeverre de overdracht van soevereiniteit (hierna: overdracht) verandering bracht in het juridisch raamwerk en optreden van MNF nadat de bezetting was afgelopen. Ter beantwoording van deze vraag ga ik in het volgende stuk in op de juridische basis en rechtspositie van MNF, de wetgeving in Irak en het beleid ten aanzien van gedetineerden in Irak.

Irak: achtergronden

Na de ineenstorting van het Ottomaanse rijk in 1918, hield het Britse Rijk drie provincies in Mesopotamië bezet: Basrah, Bagdad en Mosul. Deze drie provincies werden in 1920 samengesmeed tot de staat Irak, die onder Brits mandaat werd gesteld. In 1932 werd Irak een onafhankelijke staat, geleid door koning Feisal. In 1958 werd de monarchie omvergeworpen met een militaire coup en werd Irak onderworpen aan een militaire dictatuur. Nog een coup in 1968 bracht de Ba'ath partij aan de macht en liet ruimte voor Saddam Hoessein om zich te manifesteren. De bekende oorlogen volgden: Iran-Irak, de inval in Koeweit door Irak en de reacties daarop van de internationale gemeenschap en tenslotte de uiteindelijke bezetting van Irak door de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk.

Op dit moment is de republiek Irak een federale staat die is opgedeeld in 18 provincies (gouvernementen)⁴⁾. De vier zuidelijke provincies⁵⁾ behoren tot het gebied van verantwoordelijkheid van de door de Britten geleide *Multinational Division South East*:

¹⁾ Auteur was tijdens SFIR 4 in de periode juli-begin november geplaatst bij MND(SE) te Basra. Dit artikel is afgerond in december 2004.

²⁾ Zie preambule van resolutie 1546.

³⁾ De Nederlandse bijdrage aan de MNF draagt bij onder de naam *Stabilisation force in Iraq* (SFTR).

⁴⁾ Zie voor staatsvorm in de huidige context artikel 4 TAL.

⁵⁾ Al Muthanna, Dhi Qar, Maysan en Basrah.

MND(SE). Het beoogde democratiseringsproces na de val van Saddam dient in een aantal fasen plaats te vinden, waarbij de focus in de periode na overdracht ligt bij het geleidelijk terugtrekken van de voorheen bezettende mogendheden en de coalition *forces* (CF) van hun invloed uit de Irakese samenleving, zodat respectievelijk lokaal, regionaal en uiteindelijk nationaal controle op het gebied van veiligheid door de Irakezen zelf kan worden bewerkstelligd. Dit dient gepaard te gaan met de opbouw en het versterken van Irakese veiligheidsorganisaties waaronder de *Iraqi Police Service* (IPS) de grensbewaking (DBE), een Irakese Nationale Garde (ING)⁶⁾ en een nieuwe Irakese krijgsmacht (NIA)⁷⁾. De coördinatie van dit proces is bij MND (SE) HQ ondergebracht in de zogenaamde *Security Sector Reform* (SSR) Brunch, waar het zwaartepunt van de inspanningen van MND (SE) ligt. Deze inspanningen dienen op korte termijn mogelijk te maken dat er een veiligheids-situatie wordt gecreëerd waarin niet later dan 31 januari 2005 geloofwaardige verkiezingen van de Irakese *National Assembly* kunnen plaatsvinden. Na de soevereiniteitsoverdracht dient de nadruk te liggen op de Irakese veiligheidsorganisaties terwijl de MNF zich op de achtergrond voornamelijk in een bijstandsrol dient te positioneren, tenzij er dringende redenen bestaan ten aanzien van de eigen veiligheid en de uitvoering van de missie om uit eigen beweging op de voorgrond te treden.

MND (SE) kreeg na de overdracht met verschillende entiteiten in het gebied te maken die het land reeds waren binnen gekomen of op het punt stonden Irak te betreden, waaronder *contractors*, private *security companies* (PSC's), ambassades en consulaten en NGO's. Ook was de NAVO inmiddels in Bagdad neergestreken om trainingen te geven aan de veiligheidsorganisatie en kwamen tenslotte de medewerkers van de Verenigde Naties (VN) langzamerhand het land weer binnendruppelen, nadat zij eerder als gevolg van een aanslag het land hadden verlaten. Het mandaat dat de UN assistance *mission in Iraq* (UNAMI) mee heeft gekregen betreft onder meer: *...to play a leading role, among other tasks, in the electoral process*⁸⁾, waarmee de VN tevens een belangrijke bijdrage levert voor het doel op korte termijn: verkiezingen voor een democratisch gekozen regering.

Juridische basis en rechtspositie MNF

Mandaat

De juridische grondslag van SFIR 1-3 werd gevormd door resolutie 1483, waarin het onderscheid tussen bezetters en niet-bezetters (coalition *forces*) in de preambule van de resolutie werd gelezen. Deze resolutie werd vervolgens door resolute 1511 onderschreven. Voor de Nederlandse bijdrage betekende dit onderscheid dat de uitgezonden eenheden niet onder het oorlogsrecht vielen en aldus ook geen rechten hadden op grond van het oorlogsrecht, zoals interneren en het zelfstandig uitvoeren van bestuurlijke taken binnen de Irakese samenleving.

⁶⁾ Zie resolutie 1546, par.16.

⁷⁾ Zie over de ING, voorheen de ICDC (*Iraqi Civil Defense Corps*) het artikel van F. Overdiek, 'De oprichting van het Iraqi Civil Defense Corps'. in *Militaire Spectator*, jrg. 173, nr. 10, 2004, 493-502. Terzijde is in dit verband CPA Order 23 interessant dat het militaire tuchtrecht voor de nieuwe Irakese Krijgsmacht in het leven roept. Naar verluid was in de Irakese Krijgsmacht van het voormalig regime op divisieniveau eveneens een militair jurist aanwezig voor de afhandeling van disciplinaire aangelegenheden. Tijdens het regime bestond er tevens een militaire rechtbank organisatie die onder de jurisdictie van het Ministerie van Defensie opereerde. Dit systeem werd afgeschaft door de CPA.

⁸⁾ Press Release SC/8117, par 6, res 1546, par 7.

De rechtsbasis van SFIR 4 en 5 is gebaseerd op resolutie 1546 inclusief de aangehechte brieven van Irakese premier Ayad Allawi en de Amerikaanse minister van Buitenlandse zaken Colin Powell. Zoals reeds in de inleiding vermeld, viel met deze resolutie het onderscheid weg tussen bezettende en niet-bezettende mogendheden. Resolutie 1546 creëert twee gronden voor de aanwezigheid van de MNF in Irak. Ten eerste is onder hoofdstuk VII van het VN-Handvest de beslissing genomen dat de MNF *shall have the authority to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability of Iraq...* Ten tweede vloeit de voortgezette aanwezigheid voort uit het verzoek van premier Allawi, gesteld in de brief gehecht aan de resolutie. Aangenomen wordt dat het verlies van de consensus voor aanwezigheid in Irak zal resulteren in het terugtrekken van de MNF uit Irak.

SOFA

In het algemeen wordt de rechtspositie van militairen die zich buiten hun eigen land bevinden geregeld in een *Status of forces agreement* (SOFA). Voor de overdracht diende de niet-bezettende mogendheden, anders dan de bezettende mogendheden, initieel een SOFA overeen te komen met Irak voor hun aanwezigheid. Er was echter geen politieke entiteit meer in Irak waarmee een SOFA overeen kon worden gekomen. Tevens bleek het niet mogelijk om gedurende de bezetting met de bezettende mogendheden, die optraden voor zichzelf dan wel namens Irak, internationaal bindende afspraken te maken. De leemte die hierdoor ontstond werd door de bezettende mogendheden opgevuld door *Coalition Provisional Authority* (CPA) Order 17. Deze Order bepaalde onder meer de rechtspositie van de *Coalition Forces* en vermeldt dat het militair personeel in Irak niet onder Irakese jurisdictie valt. Deze CPA Order 17 werd vervolgens opgenomen in een *memorandum of understanding* (MOU) tussen het Verenigd Koninkrijk en andere deelnemende staten die in het operatiegebied van de Britten zouden gaan optreden.

Hoewel Irak wel de volledige soevereiniteit terug kreeg, is na de overdracht niet meteen een SOFA ter regulering van de jurisdictie van de MNF tot stand gebracht met de Irakese regering. Dit heeft met name te maken met het feit dat de *Interim Iraqi Government* (IIG), hoewel optredend als vertegenwoordiger voor externe relaties, geen internationale overeenkomsten kan sluiten⁹⁾. In de *Transitional Administrative Law* (TAL)¹⁰⁾ is opgenomen dat CPA regelingen van kracht blijven tot na de verkiezingen van de *Iraqi Transitional Government* (ITG)¹¹⁾. Zodoende blijft ook na de overdracht CPA Order 17 van kracht zodat de rechtspositie van MNF nog steeds hierdoor werd bepaald. Vlak voor de overdracht hadden de bezettende mogendheden een gewijzigde versie uitgevaardigd die de order heeft aangepast aan de nieuwe omstandigheid die resolutie 1546 heeft gecreëerd. De gewijzigde versie is daarmee meer gaan lijken op een reguliere SOFA. Sectie 2 van de gewijzigde Order 17 bepaalt dat de MNF immuniteit geniet is en niet onder de Irakese jurisdictie valt. *Contractors* (burgers) zijn in dezelfde CPA Order 17 uitgesloten van Irakese jurisdictie. Probleem daarbij vormt dat burgers, hoewel optredend binnen een militaire omgeving en bewapend zijn, over het algemeen ook niet onder het militair straf- en tuchtrecht vallen. Maatregelen anders dan diverse restricties en maatregelen binnen de contractuele sfeer kunnen dan niet genomen worden tegen contractors die zich op eniger-

⁹⁾ Section 2, TAL Annex.

¹⁰⁾ De TAL is de interim grondwet voor Irak die op 8 maart 2004 in werking is getreden. De omverwerping van het oude grondwet en de politieke heropbouw van het land voorzag in de noodzaak tot het creëren van een nieuwe (interim) grondwet. Zie over de totstandkoming van de toekomstige nieuwe grondwet artt. 59 t/m 61 TAL.

¹¹⁾ Art 26 sub c TAL.

lei wijze misdragen. De gewijzigde CPA Order zal wederom opgenomen worden in een nieuwe MOU tussen dezelfde deelnemende staten die wordt aangepast aan de omstandigheden die zijn ontstaan na de overdracht.

Wetgeving in Irak en CPA Orders

In de vorige paragraaf is CPA Order 17 genoemd die eenzijdig van kracht werd verklaard door de bezettende mogendheden. De grondslag daarvoor ligt in artikel 64 van de Vierde Geneefse Conventie inzake de bescherming van burgers in tijd van oorlog (GC IV) en artikel 43 van het Landoorlogreglement 1907, (H IV). Artikel 64 GC IV verklaart dat de strafwetten van het bezette gebied van kracht blijven, behoudens de wetten welke een bedreiging vormen voor de veiligheid van de bezettende macht of een obstakel vormen voor de uitvoering van GC IV. Artikel 43 H IV bepaalt vervolgens dat 'wanneer het gezag van de wettelijke overheid feitelijk is overgegaan in handen van degene, die het gebied heeft bezet, neemt deze alle maatregelen, die in zijn vermogen staan, teneinde zoveel mogelijk de openbare orde en het openbare leven te herstellen en te verzekeren en zulks, behoudens volstrekte verhindering, met eerbiediging van de in het land geldende wetten'. De bezettende mogendheid stelde CPA orders, regulations en memoranda (verder: CPA regelingen) op die zoveel mogelijk in lijn met artikel 65 GC IV in twee talen werden gepubliceerd. De CPA had voor dat doel in eerste instantie de *Official Gazette*¹²⁾, de *Al-Waqai Al-Zraqiya*, heropgericht. Hierin moesten de CPA regelingen in het Engels en Arabisch worden gepubliceerd. Eerder werd de *Official Gazette* gebruikt voor de formele publicatie van wetgeving van de Revolutionary Command Council (RCC)¹³⁾. Structurele publicatie van de *Gazette* vond echter niet plaats zodat de CPA regelingen alleen structureel gepubliceerd werden via het internet¹⁴⁾. CPA Regulation 1 vermeldt de algemene bepaling dat *Unless suspended or replaced by the CPA or superseded by democratic institutions of Iraq, laws in force in Iraq as of 16 April, 2003 shall continue to apply in Iraq insofar as the laws do not prevent the CPA from exercising its rights and fulfilling its obligation, or conflict with the present or any other Regulation or order by the CPA*. Derhalve bestond het juridische raamwerk ten aanzien van wetgeving voor de overdracht uit drie bronnen: CPA regelingen opgelegd door de bezettende mogendheden, Irakese wetgeving voor zover deze niet was ingetrokken of gewijzigd door de CPA regelingen en sinds maart 2004 de overkoepelende TAL.

Na de overdracht zijn alle CPA regelingen¹⁵⁾, voorzover deze niet reeds zijn ingetrokken") van kracht gebleven. De TAL bepaalt namelijk in artikel 26 dat de wetten, inclusief de bepalingen die de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk tijdens de bezetting hebben uitgevaardigd ook na 30 juni van kracht blijven totdat een gekozen ITG deze wet ten heeft gewijzigd. Ondanks dat deze wetgeving formeel van kracht blijft, is de politieke

¹²⁾ Zie *Commentary IV Geneva Conventions* (Genève, 1994), 338.

¹³⁾ Tijdens het regime van Saddam was de RCC de instantie die wetten creëerde. De bedoeling is dat de *Official Gazette* ook na de overdracht uitgegeven zou worden door het Irakese Ministerie van Justitie. In de periode van SFIR 4, en naar verluid ook al daarvoor, is daar echter weinig van terecht gekomen, hetgeen bij zowel MNF als de lokale autoriteiten onduidelijkheid liet ontstaan omtrent het in werking zijn van wetten.

¹⁴⁾ Hoewel de CPA regelingen wel via het internet verspreid werden, is twijfel blijven bestaan of deze manier van verspreiding in Irak eigen wel voldeed aan het bepaalde in 65 GC IV.

¹⁵⁾ Zie voor alle CPA regelingen: www.cpa-iraq.org.

¹⁶⁾ Zie CPA Order 100.

perceptie van 'Bremer's occupational laws' soms wel eens anders en was niet iedereen even gelukkig met de voorgezette bezettingswetten¹⁷⁾). Naast de drie wetgevingsbronnen kan de IIG, mits voldaan aan de vereisten in de TAL, eveneens orders afkondigen die kracht van wet bezitten. De intentie van de IIG diende, gezien het tijdelijke karakter en het beperkt democratisch gehalte ervan, te zijn dat geen regelingen voor de langere termijn zouden worden gecreëerd zoals ook verwoord wordt in de volgende zinsnede, opgenomen in sectie I van de Annex van de TAL: *the Government, as an interim government, will refrain from taking any actions affecting Iraq's destiny beyond the limited period. Such actions should be reserved to future governments democratically elected by the Iraqi people*. Ondanks dit heeft de IIG een enkele keer wetten tot stand gebracht. Achtereenvolgens kwam de staatsnoodwet¹⁸⁾, de amnestiewet¹⁹⁾) en de herinvoering van de doodstraf bij bepaalde misdrijven²⁰⁾ tot stand. Twijfels over de rechtsgeldigheid van deze wetten ontstonden onder meer omdat deze tot stand kwamen voordat een (tijdelijk) parlement was gevormd²¹⁾ en de totstandkoming werd beschouwd als een handeling die op de grens balanceerde van de tijdelijke verkregen bevoegdheden van de IIG.

Geïnterneerden

Voor de overdracht waren er drie categorieën gedetineerden: krijgsgevangenen (*enemy prisoner of war, EPW*), geïnterneerden (*security internees*) en (*criminal detainees*). De eerste categorie werd beheerst door artikel 4 van de Derde Geneefse Conventie aangaande krijgsgevangenen (GC III), waarin wordt bepaald wie als krijgsgevangene moet worden beschouwd. Het onderscheid tussen geïnterneerden (*security internees*) en (*criminal detainees*) was dat de laatsten personen zijn die tijdelijk worden vastgehouden na te worden verdacht van criminele activiteiten in afwachting van overgave aan de lokale autoriteiten, terwijl geïnterneerden personen zijn die een directe bedreiging vormen voor de veiligheid van MNF en onder deze voorwaarde werden vastgehouden. Na de overdracht zijn GC III en GC IV niet meer van toepassing, zodat in beginsel niet meer mogelijk is om personen op grond van de eerste twee categorieën vast te houden. Terwijl het recht om krijgsgevangenen te maken na de overdracht op hield te bestaan, werd echter het recht om personen te interneren wel voortgezet.

Het toepasselijke recht aangaande het interneren van personen wordt in de eerste plaats beheerst door de bepalingen uit de Vierde Geneefse Conventie²²⁾. Artikel 78 GC IV geeft de bezettende macht de mogelijkheid om personen te interneren. Dit zijn personen *whose liberty is restricted for imperative reasons of security*, ofwel voor de veiligheid van de bezettende macht. In eerste instantie deelde Engeland een interneringskamp met de

¹⁷⁾ Een voorbeeld is CPA Order 71 (betreffende *local governmental powers*) dat op provinciaal werd gewaardeerd aangezien deze order meer decentrale vrijheid geeft aan de lokale overheid dan voorheen. Logischerwijs werd dezelfde order minder gewaardeerd door de centrale overheid, waarvan het gerucht was dat deze nieuwe wetgeving daaromtrent zou uitbrengen. Tot op heden is dit overigens niet gebeurd.

¹⁸⁾ Deze wet werd op 9 november 2004 ingeroepen om de Amerikaans/Irakese maatregelen in Fallujah mogelijk te maken.

¹⁹⁾ 7 augustus 2004.

8 augustus 2004. De doodstraf werd heringevoerd voor onder andere moord, aanslagen tegen de staat en haar eigendommen en kidnaping.

²¹⁾ Zie hierover de annex van de TAL.

²²⁾ Zie o.m. sectie IV van GC IV.

Verenigde Staten (in een zogenaamde TIF- *theatre internment facility*), maar is in een later stadium overgegaan op een eigen *divisional temporary detention facility* (DTDF). Wanneer een persoon werd geïnterneerd, werd door de *divisional internment review committee* (DIRC) op periodieke basis bekeken of geïnterneerden langer dienden te worden vastgehouden op grond van de bevinding of zij een *imperative threat to security* bleven vormen, hetgeen een verplichting is volgens artikel 78 GC IV²³). Was dit niet het geval, dan werden de geïnterneerden zo spoedig mogelijk weer vrij gelaten dan wel overgedragen aan de Irakese justitiële autoriteiten, afhankelijk van welk (crimineel) bewijs er tegen de geïnterneerde bestond. De DTDF werd tevens met enige regelmaat bezocht door een afdeling van het Internationale Rode Kruis (ICRC²⁴)). Tevens werd het ICRC op de hoogte gehouden van verplaatsingen van geïnterneerden naar andere faciliteiten van andere landen (in casu de Verenigde Staten aangezien zij de enige zijn die deze eveneens intemenningsfaciliteiten hebben) of wanneer iemand werd vrijgelaten dan wel overgedragen aan de Irakese autoriteiten.

Zoals vermeld zou na de overdracht de toepasselijkheid van GC IV ophouden te bestaan zodat het daarna niet meer mogelijk is om personen te interneren. Artikel 77 GC IV geeft voorts aan dat *Protected persons who have been accused of offences or convicted by the court in occupied territory, shall be handed over at the close of occupation, with the relevant records, to the authorities of the liberated territory*. Dit is een absolute *obligation where no exception is permitted*²⁵). De brief van de Amerikaanse minister van Buitenlandse Zaken, Colin Powell, gehecht aan resolutie 1546, heeft daar voor Irak echter verandering in gebracht. In de brief wordt vermeld dat interneren ook na de overdracht mogelijk blijft *where this is necessary for imperative reasons of security*. Daarnaast heeft de Britse *Advocate-General* een advies uitgebracht waarin hij artikel 103 van het VN-handvest in dit geval van toepassing acht zodat de resolutie eventuele andere (verdrags) verplichtingen van *Troop Contributing Nations* (TCN's) opzij kan schuiven²⁶). De DTDF en de mogelijkheid om te interneren is dus na de overdracht blijven bestaan, waarbij tevens is uitgegaan van dat GC IV het meest toepasbare rechtsregime hiervoor is, ondanks dat het in beginsel niet meer van toepassing is. Hoewel deze verlengde mogelijkheid tot interneren bestaat, is het Britse uitgangspunt steeds om zoveel mogelijk het bezettersimago kwijt te raken en in lijn te komen met artikel 77 GC IV. Geïnterneerden dienen zo spoedig mogelijk te worden overgedragen aan de Irakese autoriteiten dan wel te worden vrijgelaten wanneer niet voldoende kan worden aangetoond dat betrokkenen enige criminele activiteiten hebben gepleegd die door een Irakese rechtbank kunnen worden bestraft.

Bij het overdragen aan de Irakese autoriteiten speelden factoren als het aandragen van bewijs dat werd geaccepteerd in de Irakese rechtbanken, de mate van corruptie waardoor men in bepaalde politiebureaus weinig vertrouwen kon hebben, en de tribale achtergrond mee als factoren waarmee rekening moest worden gehouden. Wanneer een geïnterneerde was overgedragen aan de Irakese autoriteiten diende het proces te blijven worden gevolgd

²³) Door de Verenigde Staten werd dit een 'Article 78 board' (GC IV) genoemd, hetwelk een soortgelijke commissie betreft voor de door de VS geïnterneerde personen.

²⁴) Zie hierover art. 76 en 143 CC IV. Niet alleen bezocht het ICRC de interneringscentra van de Britten en de VS maar probeerde tevens de plaatselijke Irakese gevangenen te bezoeken.

²⁵) Zie *Commentary IV Geneva Convention*, 366 e.v.

²⁶) Artikel 103 VN-Handvest bepaalt: Ingeval van strijdigheid tussen de verplichtingen van Leden van de Verenigde Naties krachtens dit Handvest en hun verplichtingen krachtens andere internationale overeenkomsten, hebben hun verplichtingen krachtens dit Handvest voorrang. Te denken valt hierbij aan de verplichtingen die voortvloeien uit BUPO-verdrag en het EVRM, waarin onder meer wordt duidelijk gemaakt dat personen niet zonder eerlijk proces mogen worden beroofd van hun vrijheden.

om te monitoren of de vrijgelatene op een juiste juridische manier behandeld werden. Verdachten van ernstige strafbare feiten werden overgedragen aan het *Central Criminal Court of Iraq* (CCCI)²⁷⁾.

De rechterlijke macht

Het Irakese strafrecht systeem heeft een inquisitoriaal karakter²⁸⁾. Het kent een *misdemeanor court* (*unus iudex*, gaat over overtredingen en lichte misdrijven zaken waar een straf van niet hoger dan vijf jaar mag worden opgelegd) en een *felony court* (drie rechters; gaat over zware misdrijven waar meer dan vijf jaar mag worden opgelegd). Tegen uitspraken van beide rechtbanken kan in beroep worden gegaan en als laatste instantie is er een cassatierechter. Elke verdachte zal eerst voor een onderzoeksrechter moeten verschijnen alvorens de zaak wordt aangebracht bij een *misdemeanor* of *felony court*. Naast dit systeem is er door CPA Order 13 een *Central Criminal Court of Iraq* gesticht. Deze rechtbank oordeelt over alle misdrijven en is bestemd voor de meest zware misdrijven alsmede terrorisme-gerelateerde misdrijven. Veel ex-geïnterneerden van zowel de Britten als de Amerikanen worden wanneer mogelijk verwezen naar het CCCI.

Veel personeel dal werkte bij de rechtbanken tijdens het regime van Saddam werd door de bezettende mogendheden en de lokale bevolking als corrupt beschouwd. Daarom namen de bezettende mogendheden ook op het gebied van de rechtspraak maatregelen. De rechterlijke macht werd gedebaathificeerd en ontdaan van frauduleus beschouwde rechters en rechters die banden zouden hebben met het voormalige regime en vatbaar waren voor onder meer omkoping. Dit proces werd in de provincie Al Muthanna, de provincie waar de Nederlandse krijgsmacht verantwoordelijkheid overnam van de Amerikanen, in eerste instantie door een jurist van het Amerikaanse *Judge Advocate General (JAG) Corps* geleid en vervolgens overgenomen en overgedaan door de *Judicial Review Committee (JRC)*. Naast de JRC was er tevens een *justice advisory team* dat zich per provincie bezighield met de heropbouw -zowel door middel van renovaties van rechtbanken als juridisch inhoudelijk- van de rechtbanken in de regio. De juridische basis voor het ontslaan van leden van de rechterlijke macht werd gebaseerd op artikel 54 lid 2 GC IV dat de bezettende macht het recht geeft om overheidsambtenaren te ontslaan of tijdelijk te schorsen. Op grond van artikel 43 HC IV en artikel 64 GC IV werden er vervolgens weer rechters aangenomen. Ondanks de overdracht bleef het voor de MNF nog steeds mogelijk om informatie op te vragen die van belang kon zijn voor MNF, ondanks dat MNF daar feitelijk na de overdracht geen bemoeienis meer in heeft.

Na de overdracht is de JRC ontbonden²⁹⁾ en kwam het (aanname- en ontslag)beleid te liggen bij de *Higher Juridical Council*³⁰⁾ die het werk van de eerder gevormde *Council of Judges*³¹⁾ heeft overgenomen. Rechters die op 1 juli 2004 een plek hadden als rechter bij een rechtbank bleven deze behouden na de overdracht³²⁾.

²⁷⁾ Zie CPA Order 13.

²⁸⁾ Met name vanwege de grote rol van de onderzoeksrechter die zowel bewijs verzameld voor de verdediging als de vervolging is er een zeer kleine rol weggelegd voor de aanklager. Deze kijkt in beginsel alleen of de wet op een juiste manier wordt toegepast.

²⁹⁾ CPA Order 100, section 2.

³⁰⁾ Artikel 45 e.v. TAL.

³¹⁾ Artikel 47 TAL.

³²⁾ Artikel 43b TAL.

Doodstraf en MNF

Onder het regime van Saddam Hoessein werd de doodstraf toegepast³³). Door CPA Order 7 werd door de bezettende mogendheden de doodstraf opgeschort³⁴). Dit werd gedaan omdat het huidige Irakese systeem niet voldoende juridische waarborgen zou bezitten om de doodstraf toe te passen. Ondanks de schorsing rees na de overdracht al snel het vermoeden dat de doodstraf niet langer uit zou blijven en de Irakese interim regering zich inspande om de doodstraf te herintroduceren³⁵). Dit vermoeden bleek al snel juist toen op 8 augustus 2004 een *draft* van de wet *Re-instituting the death penalty for persons who have committed certain dangerous crimes* werd bekend gemaakt. De doodstraf werd niet voor alle misdrijven heringevoerd, maar maakt een uitzondering op CPA Order 7, dat misdrijven die met name gericht zijn tegen de overheid, weer strafbaar stelt op straffe van de doodstraf. Met de mogelijke herinvoering³⁶) van de doodstraf bij bepaalde misdrijven werden TCN's gedwongen om hun positie ten aanzien van doodstraf-gerelateerde operationele aangelegenheden, zoals het uitleveren van personen aan de Irakese autoriteiten dan wel aan Britse eenheden, te herzien.

Rules of engagement (ROE)

Tenslotte een korte opmerking over *rules of engagement* (ROE). Na de overdracht veranderden de ROE voor de Britten van bezetters ROE naar peace-enforcing ROE.

Aangezien het oorlogsrecht niet meer van toepassing was, is de grondslag van de ROE veranderd en ontdaan van elementen die voorkwamen uit de het oorlogsrecht. Zij het dat de besproken voortgezette rechten er nog steeds in zijn terug te vinden. De Nederlandse ROE, zoals gebruikelijk afgeleid van die van de *lead nation*, in dit geval het Verenigd Koninkrijk, werd eveneens aangepast en voorzien van nationale *caveats*. De aide-memoire en geweldsinstructiekaart werden vervolgens in lijn daarmee aangepast.

Conclusies

Met de overdracht kwam er een eind aan de bezetting van Irak. Hoewel resolutie 1546 het einde van de bezetting inluidde, hebben de annex bij de resolutie en de TAL het effect van de overdracht aanzienlijk verminderd.

Na de overdracht is door resolutie 1546 de status van de bezettende mogendheden als

³³) Het Irakese wetboek van strafrecht (IWS) (1969) geeft aan dat de doodstraf door middel van ophanging wordt uitgevoerd. Zie paragraaf 86 IWS. Andere op te leggen straffen kunnen zijn: levenslange gevangenisstraf, tijdelijke gevangenisstraf, werkstraf in een daarvoor bedoeld instituut (penal servitude), detentie, geldboete, opsluiting in een school voor jeugdige misdadigers en opsluiting in een opvoedingsschool (zie paragraaf 85 IWS).

³⁴) Zie sectie 3, eerste lid, CPA Order 7: *De death penalty is suspended. In each case where the death penalty is the only available penalty prescribed for an offence, the court may substitute the lesser penalty of life imprisonment, or such other lesser penalty as provided for in the Penal Code.*

³⁵) Volgens een krantenbericht werden in Kerbala ondanks de schorsing van de doodstraf drie mannen vanwege moord en verkrachting veroordeeld tot de doodstraf. *Times online*, 17 juli 2004. www.timesonline.co.uk/article/0,,7374-1181714,00.html (geraadpleegd in september 2004). Ook uit andere bronnen bleek dat de doodstraf wel werd opgelegd. Niks is echter vernomen van een daadwerkelijke uitvoering van de straf.

³⁶) Er bestaat nog immer onduidelijkheid over het daadwerkelijk van kracht zijn van de wet.

mede de grondslag voor aanwezigheid van MNF veranderd. Het optreden van MNF is, ook al bestaat de mogelijkheid om *all necessary means* te gebruiken, aan de status en grondslag aangepast; het is er op gericht om zoveel mogelijk de Irakese wetgeving te respecteren en de Irakese veiligheidsinstellingen een primaire rol te geven. Het optreden van MNF kwam daarmee in een meer ondersteunende rol.

De annex van resolutie 1546 heeft ervoor gezorgd dat interneren mogelijk blijft. Hoewel GC IV niet meer van toepassing is, wordt wel in overeenstemming met GC IV gewerkt en als leidraad genomen. Tegelijkertijd is het beleid erop gericht om zoveel mogelijk af te zien van de mogelijkheid om gebruik te maken van deze voorgezette bezettersrechten.

De bepalingen in de TAL met betrekking tot de van toepassing zijnde wetgeving heeft de CPA regelgeving voorlopig in stand gehouden. Een extra mogelijkheid is geopend voor de IIG om bindende orders te maken. Hiervan is een enkele keer gebruik gemaakt. Al naar gelang het onderwerp van deze nieuwe wetgeving ontstond er twijfel of het binnen het democratisch kader van de IIG past. Echte veranderingen zullen naar verwachting optreden als de ITG is geïnstalleerd.

STRAFRECHTSPRAAK

Rechtbank Arnhem

Sector strafrecht

Militaire Kamer

Vonnissen van 5 juli 2004

Voorzitter: Mr. E.G. Smedema, *rechter:* Mr. A.G. Broek-de Stigter, *militair lid:* Kapitein ter zee van administratie mr. P.J. Schreuder

De uit de hand gelopen ontgroening

Handelingen tegen iemand die met zijn toestemming gebeuren zijn niet wederrechtelijk, maar zodra die toestemming vervalt, treedt de wederrechtelijkheid weer in als men met die handelingen doorgaat.

(art. 282 en 330 WvSr / wederrechtelijkheid)

VERKORT VONNIS

in de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen B., geboren op ... te, adres, te

Raadsman: mr. P. Reitsma, advocaat te Harderwijk.

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd dat:

1. hij in of omstreeks de nacht van 15 op 16 oktober 2003 te tezamen en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen, opzettelijk P. en/of A. en/of X. en/of Y. en/of Z. wederrechtelijk van de vrijheid heeft beroofd en/of beroofd gehouden, hierin bestaande dat verdachte en/of verdachtes mededader(s) opzettelijk voornoemde perso(o)n(en) (tegen diens /hun wil) wederrechtelijk hebben heeft vastgepakt/vastgegrepen/vastgehouden en/of (vervolgens) met handen/armen en/of benen op/aan een stoel hebben heeft vastgebonden en/of een (kussensloop over het hoofd van die perso(o)n(en) hebben heeft getrokken en/of voornoemde perso(o)n(en) gedurende een periode van een uur of daaromtrent, in elk geval gedurende enige tijd, hebben heeft belet om zich vrij te bewegen en/of om zich aldaar te verwijderen;

2. hij in of omstreeks de nacht van 15 op 16 oktober 2003 te ... tezamen en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen, opzettelijk mishandelend een persoon (te weten P. en/of A. en/of X. en/of Y. en/of Z.) meermalen, althans eenmaal, hebben heeft geslagen en/of gestompt en/of (met kracht) geduwd/gestoten, waardoor voornoemde perso(o)n(en) letsel hebben heeft bekomen en/of pijn hebben heeft ondervonden.

2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is op 21 juni 2004 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr. P. Reitsma, advocaat te Harderwijk.

Als benadeelde partij is ter terechtzitting verschenen: Z., wonende te

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het onder 1 en 2 tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een werkstraf voor de duur van 240 uren subsidiair 120 dagen vervangende hechtenis.

De officier van justitie heeft voorts verzocht dat de vordering van de benadeelde partij

Z., wonende te, tot een bedrag van € 500,- wordt toegewezen en dat er een schadevergoedingsmaatregel ex artikel 36f van het Wetboek van Strafrecht wordt opgelegd tot € 56,-, bij gebreke van betaling en verhaal te vervangen door 1 dag hechtenis.

Verdachte en zijn raadsman hebben het woord ter verdediging gevoerd.

3. De beslissing inzake het bewijs

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

De raadsman van verdachte heeft aangevoerd dat er ten aanzien van de wederrechtelijke vrijheidsberoving en de mishandeling geen sprake is geweest van onvrijwilligheid bij de slachtoffers omdat zij zichzelf vrijwillig hebben blootgesteld aan de ontgroeningpraktijken. Het verweer van de raadsman betoogt derhalve dat de wederrechtelijkheid van beide feiten niet bewezen kan worden verklaard. Uit hetgeen in de aangiftes uit het dossier is opgenomen en hetgeen ter terechtzitting door de slachtoffers is verklaard is de militaire kamer echter gebleken dat er slechts sprake is geweest van aanvankelijk vrijwillige onderwerping aan de ontgroeningpraktijken bij twee van de vijf slachtoffers. Bij de overige drie slachtoffers is niet gebleken van enige vrijwilligheid die de wederrechtelijkheid van de tenlastegelegde feiten zou kunnen opheffen. De vrijwilligheid bij de eerste twee slachtoffers was daarbij slechts aanwezig doordat de slachtoffers een andere voorstelling hadden over hetgeen de ontgroening in zou gaan houden. Vrijwel direct nadat zij de daadwerkelijke methode van ontgroening ondervonden, hebben zij blijk gegeven van verzet hetgeen de situatie van vrijwilligheid beëindigde waarna de wederrechtelijkheid kon intreden. De militaire kamer acht derhalve wettig en overtuigend bewezen dat verdachte het onder 1 en 2 tenlastegelegde heeft begaan, met dien verstande dat bewezen wordt geacht dat:

1. hij in of omstreeks de nacht van 15 op 16 oktober 2003 te ... tezamen en in vereniging met anderen, opzettelijk P. en A. en X. en Y. en Z. wederrechtelijk van de vrijheid heeft beroofd en/of beroofd gehouden, hierin bestaande dat verdachte en/of verdachtes mededaders opzettelijk voornoemde personen (tegen hun wil) wederrechtelijk hebben vastgepakt/vastgegrepen/vastgehouden en vervolgens met handen/armen en/of benen op/aan een stoel hebben vastgebonden en een kussensloop over het hoofd van die personen hebben getrokken en voornoemde personen gedurende een periode van een uur of daaromtrent, hebben belet om zich vrij te bewegen en om zich aldaar te verwijderen;

2. hij in of omstreeks de nacht van 15 op 16 oktober 2003 te ... tezamen en in vereniging met anderen, opzettelijk mishandelend P. en A. en X. en Y. en Z. meermalen, heeft geslagen en/of gestompt en/of (met kracht) geduwd/gestoten, waardoor voornoemde personen pijn hebben ondervonden;

Hetgeen verdachte onder 1 en 2 meer of anders is tenlastegelegd is niet bewezen. Verdachte moet daarvan worden vrijgesproken.

De beslissing dat verdachte het bewezenverklaarde heeft begaan, is gegrond op de feiten en omstandigheden die in de bewijsmiddelen zijn vervat. Voor zover meer feiten bewezen zijn verklaard, worden de bewijsmiddelen alleen gebruikt voor het feit of de feiten waarop deze betrekking hebben.

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.

4. De strafbaarheid van het bewezenverklaarde

Het bewezenverklaarde levert op:

feit 1: medeplegen van opzettelijk iemand wederrechtelijk van de vrijheid beroven en

berooft houden, meermalen gepleegd,
feit 2: medeplegen van mishandeling, meermalen gepleegd.
De feiten zijn 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 militaire kamer rekening gehouden met:

- de aard en de ernst van het bewezenverklarde 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 14 november 2003, waaruit blijkt dat verdachte niet eerder met justitie in aanraking is geweest.

De militaire kamer overweegt in het bijzonder het navolgende.

Verdachte heeft zich, met zijn medeverdachten, in de avonduren op een Defensie-locatie schuldig gemaakt aan een ontgroening van collega's die telkens geruime tijd duurde en waarbij de grenzen van het toelaatbare zijn overschreden. Daarbij hebben verdachte en zijn medeverdachten inbreuk gemaakt op de psychische en lichamelijke integriteit van die collega's door hen achtereenvolgens tegen hun wil wederrechtelijk vast te pakken en vast te houden, vervolgens met armen en/of benen aan een stoel te binden, een kussensloop over het hoofd van die personen te trekken en hen tenslotte gedurende een periode van een uur of daaromtrent te beletten om zich vrij te bewegen om zich aldaar te verwijderen. Het is de militaire kamer bekend dat ontgroeningen binnen de krijgsmacht gebruikelijk zijn. Op zichzelf genomen hoeft daartegen geen bezwaar te bestaan. De gedragingen van verdachte en zijn medeverdachten zijn echter zo buitensporig geweest dat zij totaal niet thuis horen bij wat binnen een ontgroening nog passend is en hebben daarmee de grenzen overschreden die het Wetboek van Strafrecht aan ieders gedragingen stelt. Door te handelen als zij hebben gedaan is deze ontgroening ontaard en overgegaan in geheel iets anders dan wat enkele verdachten oorspronkelijk voor ogen stond, namelijk het verstevigen van de onderlinge band en het bevorderen van de wederzijdse saamhorigheid. In plaats daarvan is het tegendeel bereikt en is het onderlinge respect verloren gegaan. Hoewel toezicht vanwege de leiding van deze Defensielocatie die avond afwezig was, ontslaat dat verdachte en zijn medeverdachten niet van de dwingende plicht er bij een ontgroening zelf voor te zorgen dat zij bij hun handelen geen grenzen overschrijden. Nu dat wel is gebeurd valt verdachte en zijn medeverdachten daarvoor een verwijt te maken. Zij hebben immers niet alleen de slachtoffers psychische en lichamelijke schade berokkend maar ook de Defensieorganisatie in een kwaad daglicht gesteld.

Ten aanzien van verdachte wordt nog het volgende overwogen.

Door zijn leidende rol in het geheel heeft verdachte de situatie in het leven geroepen en doen voortduren ook toen deze leidde tot excessieve ontgroeningshandelingen. Verdachte had door zijn fysieke en verbale overwicht in de groep en door het feit dat de ontgroening in zijn legeringskamer plaatsvond, de mogelijkheid de excessieve situatie te beëindigen maar heeft dit nagelaten. Daarnaast heeft de militaire kamer in haar oordeel meegewogen dat verdachte het gebeurde niet op zijn ernst weet in te schatten en weinig blijk geeft van

schuldbesef. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen oordeelt de militaire kamer dat voor de afdoening van de onderhavige zaak geen andere straf in aanmerking komt dan een werkstraf van na te noemen duur.

6a. De beoordeling van de civiele vordering, alsmede de gevorderde oplegging van de schadevergoedingsmaatregel

De benadeelde partij heeft overeenkomstig het bepaalde in artikel 51b van het Wetboek van Strafvordering opgave gedaan van de inhoud van de vordering, strekkende tot vergoeding van geleden schade.

Aan de benadeelde partij is door de onder 1 en 2 bewezenverklarde strafbare feiten rechtstreeks nadeel toegebracht dat niet uit vermogensschade bestaat. Dit is aan verdachte toe te rekenen, ook al zijn andere daders daarbij betrokken. Aan de wettelijke vereisten, waaronder die bedoeld in artikel 6:106 van het Burgerlijk Wetboek, is voldaan. Naar maatstaven van billijkheid moet deze schade worden begroot op na te melden bedrag.

Voor de toegewezen vordering geldt tevens dat de militaire kamer de schadevergoedingsmaatregel ex art. 36f van het Wetboek van Strafrecht zal toepassen en dus verdachte de verplichting zal opleggen een evenredig deel van het toegewezen bedrag - nu verdachte dit feit heeft begaan met meerdere mededaders - aan de Staat te betalen ten behoeve van de benadeelde partij.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is, behalve de hiervoor genoemde wettelijke voorschriften, gegrond op de artikelen 22c, 22d, 47, 57, 282 en 300 van het Wetboek van Strafrecht.

8. De beslissing

De militaire kamer, rechtdoende:

(volgt: oplegging van een werkstraf van 150 uren bij niet behoorlijk verrichten te vervangen door 75 dagen hechtenis, toewijzing van de vordering van de benadeelde partij tot een bedrag van € 500,- en oplegging van de schadevergoedingsmaatregel voor een bedrag van € 62,50 bij niet voldoen te vervangen door 1 dag hechtenis – Red.).

NASCHRIFT

Een ontgroening ontaardt in wederrechtelijke vrijheidsberoving en mishandeling. Voor het ondergaan van de excessieve ontgroeningshandelingen hebben de slachtoffers hun toestemming niet gegeven toen ze (althans twee van hen) zich lieten ontgroenen.

De raadsman heeft gewezen op de vrijwilligheid bij de start van de ontgroening, maar de militaire kamer is van oordeel dat die aanvankelijke vrijwilligheid slechts bij twee van de vijf slachtoffers aanwezig was. Dat houdt in dat tegen de andere drie vanaf het begin de ontgroeningshandelingen wederrechtelijk waren, voor zover zij handelingen inhielden die als mishandeling of vrijheidsberoving konden worden aangemerkt.

Toen na het begin bij de twee die aanvankelijk hadden ingestemd, bleek dat de daadwerkelijke ontgroening anders was dan waarvoor zij hun toestemming hadden gegeven, hebben zij door verzet aangegeven dat deze toestemming was vervallen. En daarmee was verder gaan met de ontgroening op die wijze ook ten opzichte van die twee wederrechtelijk - en dus strafbaar - geworden.

J.R.G.J.

Rechtbank Arnhem
Sector strafrecht
Militaire kamer
Vonnis van 5 juli 2004

Voorzitter: Mr. E.G. Smedema; *rechter:* Mr. A.G. Broek-de Stigter; *militair lid:* Kapitein ter zee van administratie mr. P.J. Schreuder

Een uit de hand gelopen ontgroening; een slachtoffer wordt mededader.

Een ontgroening onttaardt in vrijheidsberoving en mishandeling. Een militair die eerst de ontgroening moet ondergaan, gaat later daaraan zelf meedoen. Enerzijds strafverminderend omdat hij slachtoffer was, maar anderzijds juist strafverzwarend omdat juist hij moest weten wat de impact was op degenen die het moesten ondergaan.

(art. 282 en 300 WvSr.)

VERKORT VONNIS

In de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen A., geboren op ... te, adres

Raadsman: mr. M.A Buntsma, advocaat te Breda.

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd dat:

1. hij in of omstreeks de nacht van 15 op 16 oktober 2003 te tezamen en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen, opzettelijk X. en/of Y. en/of Z. wederrechtelijk van de vrijheid heeft beroofd en/of beroofd gehouden, hierin bestaande dat verdachte en/of verdachtes mededader(s) opzette "voornoemde perso(o)n(en) (tegen diens/hun wil) wederrechtelijk hebben/heeft vastgepakt/vastgegrepen/vastgehouden en/of (vervolgens) met handen/armen en/of benen op/aan een stoel hebben/heeft vastgebonden en/of een (kussensloop over het hoofd van die perso(o)n(en) hebben/heeft getrokken en/of voornoemde perso(o)n(en) gedurende een periode van een uur of daaromtrent, in elk geval gedurende enige tijd, hebben/heeft belet om zich vrij te bewegen en/of om zich aldaar te verwijderen;

2. hij in of omstreeks de nacht van 15 op 16 oktober 2003 te Oirschot tezamen en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen, opzettelijk mishandelend een persoon (te weten X. en/of Y. en/of Z.) meermalen, althans eenmaal, hebben/heeft geslagen en/of gestompt en/of (met kracht) geduwd/gestoten en/of een brandende sigaret op/tegen de arm(en) en/of schouder van een of meer van voornoemde personen heeft gedrukt (gehouden), waardoor voornoemde perso(o)n(en) letsel hebben/heeft bekomen en/of pijn hebben/heeft ondervonden:

2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is op 21 juni 2004 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr. M.A Buntsma, advocaat te Breda.

Als benadeelde partij is ter terechtzitting verschenen: Z. , wonende te

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het onder 1 en 2 tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een werkstraf voor de duur van 100 uren subsidiair 50 dagen vervangende hechtenis.

De officier van justitie heeft voorts verzocht dat de vordering van de benadeelde partij Z., wonendete, tot een bedrag van € 500,- wordt toegewezen en dat er een schadevergoedingsmaatregel ex artikel 36f van het Wetboek van Strafrecht wordt opgelegd tot f 56,-, bij gebreke van betaling en verhaal te vervangen door 1 dag hechtenis.

Verdachte en zijn raadsman hebben het woord ter verdediging gevoerd.

3. De beslissing inzake het bewijs

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

De militaire kamer acht wettig en overtuigend bewezen dat verdachte het onder 1 en 2 tenlastegelegde heeft begaan, met dien verstande dat bewezen wordt geacht dat:

1. hij in of omstreeks de nacht van 15 op 16 oktober 2003 te ... tezamen en in vereniging met anderen opzettelijk X. en Y. en Z. wederrechtelijk van de vrijheid heeft beroofd en/of beroofd gehouden, hierin bestaande dat verdachte en/of verdachtes mededaders opzettelijk voornoemde personen (tegen hun wil) wederrechtelijk hebben vastgepakt/vastgegrepen/vastgehouden en vervolgens met handen/armen en/of benen op/aan een stoel hebben vastgebonden en een kussensloop over het hoofd van die personen hebben getrokken en voornoemde personen gedurende een periode van een uur of daaromtrent hebben belet om zich vrij te bewegen en om zich aldaar te verwijderen;

2. hij in of omstreeks de nacht van 15 op 16 oktober 2003 te ... tezamen en in vereniging met anderen, opzettelijk mishandelend X. en Y. en Z. meermalen, heeft geslagen en/of gestompt en/of (met kracht) geduwd/gestoten en een brandende sigaret op/tegen de arm(en) en/of schouder van een van voornoemde personen heeft gedrukt, waardoor voornoemde perso(o)n(en) letsel hebben bekomen en/of pijn hebben ondervonden;

Hetgeen verdachte onder 1 en 2 meer of anders is tenlastegelegd is niet bewezen. Verdachte moet daarvan worden vrijgesproken.

De beslissing dat verdachte het bewezenverklaarde heeft begaan, is gegrond op de feiten en omstandigheden die in de bewijsmiddelen zijn vervat. Voor zover meer feiten bewezen zijn verklaard, worden de bewijsmiddelen alleen gebruikt voor het feit of de feiten waarop deze betrekking hebben.

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.

4. De strafbaarheid van het bewezenverklaarde

Het bewezenverklaarde levert op:

feit 1: medeplegen van opzettelijk iemand wederrechtelijk van de vrijheid beroven en beroofd houden, meermalen gepleegd,

feit 2: medeplegen van mishandeling, meermalen gepleegd.

De feiten zijn strafbaar.

5. De strafbaarheid van verdachte

De raadsman van verdachte heeft aangevoerd dat verdachte, doordat hij eerst zelf slachtoffer was geweest van de excessieve ontgroeningshandelingen en vervolgens gedwongen werd tot toepassing van dergelijke handelingen bij anderen, in een situatie verkeerde van psychische overmacht. De militaire kamer verwerpt echter dit verweer nu uit het dossier en het onderzoek ter terechtzitting niet is gebleken van een dermate overmatige druk dat verdachte daar geen weerstand aan kon bieden. Desgevraagd ter terechtzitting

heeft verdachte ook niet aan kunnen geven waaruit de veronderstelde druk heeft bestaan. Dit brengt ook mee dat het verzoek van de raadsman tot schorsing van het onderzoek en verwijzing van de zaak naar de rechter commissaris voor benoeming van een deskundige, door de militaire kamer niet wordt gehonoreerd.

Overigens is ook 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 militaire kamer rekening gehouden met:

- de aard en de ernst van het bewezenverklarde 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 14 november 2003, waaruit blijkt dat verdachte niet eerder met justitie in aanraking is geweest;

- een rapportage van de (stichting) reclassering Nederland, gedateerd 26 mei 2004, betreffende verdachte.

De militaire kamer overweegt in het bijzonder het navolgende.

Verdachte heeft zich, met zijn medeverdachten, in de avonden op een Defensielocatie schuldig gemaakt aan een ontgroening van collega's die telkens geruime tijd duurde en waarbij de grenzen van het toelaatbare zijn overschreden. Daarbij hebben verdachte en zijn medeverdachten inbreuk gemaakt op de psychische en lichamelijke integriteit van die collega's door hen achtereenvolgens tegen hun wil wederrechtelijk vast te pakken en vast te houden, vervolgens met armen en/of benen aan een stoel te binden, een kussensloop over het hoofd van die personen te trekken en hen tenslotte gedurende een periode van een uur of daaromtrent te beletten om zich vrij te bewegen om zich aldaar te verwijderen. Het is de militaire kamer bekend dat ontgroeningen binnen de krijgsmacht gebruikelijk zijn. Op zichzelf genomen hoeft daartegen geen bezwaar te bestaan. De gedragingen van verdachte en zijn medeverdachten zijn echter zo buitensporig geweest dat zij totaal niet thuis horen bij wat binnen een ontgroening nog passend is en hebben daarmee de grenzen overschreden die het Wetboek van Strafrecht aan ieders gedragingen stelt. Door te handelen als zij hebben gedaan is deze ontgroening ontaard en overgegaan in geheel iets anders dan wat enkele verdachten oorspronkelijk voor ogen stond, namelijk het verstevigen van de onderlinge band en het bevorderen van de wederzijdse saamhorigheid. In plaats daarvan is het tegendeel bereikt en is het onderlinge respect verloren gegaan. Hoewel toezicht vanwege de leiding van deze Defensielocatie die avond afwezig was, ontslaat dat verdachte en zijn medeverdachten niet van de dwingende plicht er bij een ontgroening zelf voor te zorgen dat zij bij hun handelen geen grenzen overschrijden. Nu dat wel is gebeurd valt verdachte en zijn medeverdachten daarvoor een verwijt te maken. Zij hebben immers niet alleen de slachtoffers psychische en lichamelijke schade berokkend maar ook de Defensieorganisatie in een kwaad daglicht gesteld.

Ten aanzien van verdachte wordt nog het volgende overwogen.

De militaire kamer heeft in haar overweging rekening gehouden met het feit dat verdachte eerst zelf slachtoffer is geworden van de excessieve ontgroeningshandelingen. De militaire kamer is echter van oordeel dat deze omstandigheid verschillend uitwerkt voor wat betreft de gevolgen die hieraan moeten worden verbonden. Enerzijds zou het strafverminderend kunnen werken aangezien verdachte eerst zelf slachtoffer is geweest en dus

leed heeft ondervonden. Anderzijds is dit feit te zien als een strafverzwarende omstandigheid nu verdachte zich, na eerst zelf slachtoffer te zijn geweest, bewust moest zijn van de wederrechtelijkheid en de impact van de excessieve ontgroeningshandelingen en had dit hem tot meedoen daaraan moeten weerhouden. De militaire kamer heeft voorts in haar overweging mede rekening gehouden met het feit dat verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan het bewerken van een van de slachtoffers met een brandende sigaret, door deze op de huid van het slachtoffer te drukken. De militaire kamer is van oordeel dat deze omstandigheid strafverzwarend dient te werken.

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen oordeelt de militaire kamer dat voor de afdoening van de onderhavige zaak geen andere straf in aanmerking komt dan een werkstraf van na te noemen duur.

6a. De beoordeling van de civiele vordering, alsmede de gevorderde oplegging van de schadevergoedingsmaatregel

De benadeelde partij heeft overeenkomstig het bepaalde in artikel 51b van het Wetboek van Strafvordering opgave gedaan van de inhoud van de vordering, strekkende tot vergoeding van geleden schade.

Aan de benadeelde partij is door de onder 1 en 2 bewezenverklaarde strafbare feiten rechtstreeks nadeel toegebracht dat niet in vermogensschade bestaat. Dit is aan verdachte toe te rekenen, ook al zijn andere daders daarbij betrokken. Aan de wettelijke vereisten, waaronder die bedoeld in artikel 6:106 van het Burgerlijk Wetboek, is voldaan. Naar maatstaven van billijkheid moet deze schade worden begroot op na te melden bedrag.

Voor de toegewezen vordering geldt tevens dat de militaire kamer de schadevergoedingsmaatregel ex art. 36f van het Wetboek van Strafrecht zal toepassen en dus verdachte de verplichting zal opleggen een evenredig deel van het toegewezen bedrag - nu verdachte dit feit heeft begaan met meerdere mededaders - aan de Staat te betalen ten behoeve van de benadeelde partij.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is, behalve de hiervoor genoemde wettelijke voorschriften, gegrond op de artikelen 22c, 22d, 47, 57, 282 en 300 van het Wetboek van Strafrecht.

8. De beslissing

De militaire kamer, rechtdoende:

(volgt: veroordeling tot een werkstraf van 70 uren bij niet naar behoren verrichten te vervangen door 35 dagen hechtenis, toewijzing van de vordering van de benadeelde partij tot een bedrag van € 500,- en opleggen van de schadevergoedingsmaatregel voor een bedrag van € 62,50 bij niet voldoen te vervangen door 1 dag hechtenis – Red.).

NASCHRIFT

Ontgroeningen komen in de maatschappij overal voor; ook bij defensie. Van degenen die zich laten ontgroenen, kan gezegd worden dat zij daarvoor hun toestemming hebben gegeven. Maar wat als die ontgroening uit de hand loopt en de behandeling van de 'groentjes' ontaardt in mishandelen en vrijheidsberoving? Dan komt er een moment waarop niet langer volgehouden kan worden dat dit alles nog met toestemming gebeurt. De militaire kamer geeft dan ook aan in de motivering dat er sprake was van tegen hun wil vastpakken en vasthouden.

Uit de uitspraak blijkt dat de verdachte in deze zaak zelf eerst is ontgroend, maar later

tot één van de ontgroeners is geworden en daarbij zelfs een brandende sigaret op de huid van een ander heeft gedrukt. Zowel het feit dat hij als eerder slachtoffer had moeten beseffen wat de impact van de behandeling was en de mishandeling met de sigaret worden als strafverzwarende omstandigheden door de militaire kamer aangemerkt.

J.R.G.J.

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep
Uitspraak van 8 juli 2004
0212063 MAW, 02/2064 MAW enz.

Voorzitter: mr. H.A.A.G. Vermeulen; *leden:* mr. T. Hoogenboom en mr. K. Zeilemaker

Geen bekorting van de dienverplichting

Een aantal officieren van de Koninklijke Luchtmacht, werkzaam als jachtvlieger; was begin jaren negentig bij de aanvang van hun opleiding aangesteld als beroepsmilitair voor onbepaalde tijd. Aan hun aanstelling was op grond van de destijds geldende Regeling aanstelling militairen Koninklijke Luchtmacht 1990 de verplichting verbonden om na de voltooiing van de opleiding nog twaalfjaren deel te blijven uitmaken van het beroepspersoneel van de KLu. Hun in 1999 ingediende verzoeken om de dienverplichting te wijzigen in een dienverplichting van vijf resp. acht jaar werden afgewezen. Naar aanleiding van het argument van de officieren dat aan collega S voor wie op grond van regelgeving eveneens een dienverplichting van twaalfjaren gold, een kortere dienverplichting dan twaalf jaar was opgelegd, overwoog de Staatssecretaris dat dit abusievelijk was gebeurd. De rechtbank S-Gravenhage verklaarde de ingestelde beroepen ongegrond.

De Centrale Raad van Beroep bevestigt deze uitspraak; hij oordeelt dat nu niet aanneemelijk is geworden dat de Staatssecretaris in de genoemde gevallen doelbewust is afgeweken van het geldende beleid met betrekking tot de duur van de dienverplichting, het aantal gemaakte fouten niet zodanig is dat geoordeeld moet worden dat ten aanzien van appellanten in strijd is gehandeld met het verbod van willekeur of met het gelijkheidsbeginsel.

Terugkomen van. Gelijkheidsbeginsel. Verbod van willekeur

UITSPPRAAK

in de gedingen tussen: [appellant], wonende te [woonplaats], en 18 anderen zoals vermeld op de bij deze uitspraak behorende lijst, appellanten, en de Staatssecretaris van Defensie, gedaagde.

I. Ontstaan en loop van de gedingen

Namens appellanten is op de daartoe bij aanvullend beroepsschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de door de rechtbank 's-Gravenhage op 25 februari 2002 onder de nummers AWB 0017972 MAWKLU, AWB 00/8395 MAWKLU enz. gegeven uitspraak, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Nadien zijn namens appellanten nog nadere stukken ingediend.

Voorts heeft gedaagde de Raad desgevraagd nog nadere stukken doen toekomen. De gedingen zijn gevoegd behandeld ter zitting van 27 mei 2004, waar [appellant] en [appellant 2] in persoon zijn verschenen, bijgestaan door hun gemachtigde mr. N.I. van Os, werkzaam bij VBM/NOV. De overige appellanten zijn niet in persoon verschenen, maar hebben zich laten vertegenwoordigen door mr. N.I. van Os. Gedaagde heeft zich ter zitting laten vertegenwoordigen door mr. R.H.A. Nathans, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. Onder verwijzing naar de aangevallen uitspraak voor een uitgebreidere weergave van de hier van belang zijnde feiten volstaat de Raad met het volgende.

1.1. Appellanten, als jachtvlieger werkzaam bij de Koninklijke Luchtmacht, zijn begin jaren negentig onder verantwoordelijkheid van gedaagde opgeleid tot jachtvlieger. Bij aanvang van hun opleiding zijn zij voor onbepaalde tijd aangesteld als beroepsmilitair. Aan hun aanstelling is op grond van de destijds geldende Regeling aanstelling militairen Klu 1990 de verplichting verbonden om (na voltooiing van de opleiding) na de datum van ingang van eerste functieervulling nog twaalf jaar deel te blijven uitmaken van het beroepspersoneel van de Koninklijke Luchtmacht.

1.2. Bij afzonderlijk ingediende aanvragen hebben appellanten in 1999 gedaagde verzocht om hun dienverplichting van twaalf jaar te wijzigen in een dienverplichting van vijf, subsidiair acht jaren.

1.3. Op die aanvragen is afwijzend beslist en gedaagde heeft die afwijzingen, nadat daartegen door appellanten bezwaar was gemaakt, gehandhaafd op de grond dat de Beleidsregel aanstelling militairen Koninklijke Luchtmacht (hierna: de BAMKLu), welke inmiddels voor de voornoemde Regeling in de plaats was getreden, niet voorziet in de mogelijkheid om de dienverplichting te bekorten en door appellanten geen nieuwe feiten of bijzondere omstandigheden zijn aangevoerd die nopen van de BAMKLu af te wijken. Naar aanleiding van het argument van appellanten dat een kortere dienverplichting dan twaalf jaar is opgelegd aan collega's voor wie op grond van de regelgeving eveneens een dienverplichting van twaalf jaar gold, heeft gedaagde overwogen dat dit abusievelijk is gebeurd.

1.4. Bij de aangevallen uitspraak zijn de daartegen door appellanten ingestelde beroepen ongegrond verklaard.

2.1. In hoger beroep tegen de aangevallen uitspraak voeren appellanten aan, dat het beleid van gedaagde ten tijde van hun aanstellingen inhield dat jachtvliegers alleen voor onbepaalde tijd werden aangesteld, met een dienverplichting van twaalf jaar. Kort daarna is gedaagde echter in afwijking van dit beleid toch overgegaan tot het aanstellen van jachtvliegers met aanstellingen voor bepaalde tijd aan welke aanstellingen een dienverplichting van acht jaar was verbonden. Daarnaast zijn in de laatstbedoelde periode jachtvliegers voor onbepaalde tijd aangesteld met een dienverplichting van acht en zes jaar. Tevens is ten aanzien van enkele jachtvliegers de twaalfjarige dienverplichting naderhand gewijzigd in een van kortere duur. Appellanten concluderen dat gedaagde een inconsequent beleid heeft gevoerd. Zij stellen zich op het standpunt dat zij aldus ongelijk worden behandeld.

2.2. Gedaagde heeft verzocht de aangevallen uitspraak te bevestigen.

3. De Raad overweegt het volgende.

3.1. Alle aanvragen van appellanten uit 1999 dragen, anders dan de rechtbank heeft overwogen, het karakter van een verzoek om terug te komen van in rechte onaantastbaar geworden besluiten aangaande hun dienverplichting. De toetsing van deze besluiten

beperkt zich tot de vraag of sprake is van nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden en zo ja, of gedaagde daarin aanleiding had moeten vinden om de oorspronkelijke besluiten te herzien.

3.2. Reeds ter ondersteuning van hun aanvragen hebben appellanten aangevoerd dat gedaagde nadat de dienverplichting aan hen was opgelegd, op dit punt niet consequent heeft vastgehouden aan zijn ingevolge de toepasselijke regelgeving gevoerde beleid inzake de dienverplichting omdat in afwijking hiervan een aantal door appellanten vermelde militairen een korter durende dienverplichting opgelegd heeft gekregen. Gedaagde heeft dit erkend. De Raad volgt appellanten hierin en oordeelt dat die constatering van appellanten betrekking heeft op een nieuw gebleken feit in vorenbedoelde zin. De wijziging van dat beleid die met ingang van 1 juli 1999 tot stand is gekomen, kan met betrekking tot de verplichting die appellanten bij hun aanstellingsbesluiten is opgelegd, niet gelden als een nieuw gebleken feit of veranderde omstandigheid.

3.3. Bij de beantwoording van de vraag of gedaagde in de afwijkende uitvoering van zijn inzake appellanten gevoerde beleid thans aanleiding had moeten vinden de duur van de aan appellanten opgelegde dienverplichting te herzien neemt de Raad het volgende in aanmerking. Namens gedaagde is erkend dat in de door appellanten genoemde zeventien gevallen ten onrechte een te korte dienverplichting is opgelegd. Gedaagde heeft daarbij verklaard dat het in al die gevallen om fouten gaat, maar dat ten aanzien van de overige in bedoelde periode voor onbepaalde tijd aangestelde 100 á 120 jachtvliegers net als bij appellanten overeenkomstig de geldende regels is besloten. De Raad heeft geen aanknopingspunten gevonden om aan de juistheid van deze verklaring te twifelen. De Raad is van oordeel dat, nu niet aannemelijk is geworden dat gedaagde in de genoemde gevallen doelbewust is afgeweken van het geldende beleid met betrekking tot de duur van de dienverplichting, het aantal gemaakte fouten niet zodanig is dat geoordeeld moet worden dat ten aanzien van appellanten in strijd is gehandeld met het verbod van willekeur of met het gelijkheidsbeginsel.

3.4. Reeds op deze grond oordeelt de Raad dat de bestreden besluiten houdbaar zijn. De aangevallen uitspraak komt derhalve, zij het met verbetering van de gronden, voor bevestiging in aanmerking.

4. De Raad acht geen termen aanwezig toepassing te geven aan het bepaalde in artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht inzake een vergoeding van proceskosten.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,
RECHT DOENDE
Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. Terugkomen van

De Centrale Raad van Beroep overweegt dat de aanvragen van appellanten uit 1999 het karakter hebben van een verzoek om terug te komen van in rechte onaantastbaar geworden besluiten aangaande hun dienverplichting. Uit de uitspraak kan worden afgeleid dat reeds in het begin van de jaren negentig – bij het begin van hun opleiding tot jachtvlieger – de dienverplichting bepaald is. De rechterlijke toetsing van dergelijke in rechte vaststaande besluiten is beperkt; zij is beperkt tot de vraag of er sprake is van nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden en zo ja, of het bestuursorgaan daarin aanleiding had moeten vinden om de oorspronkelijke besluiten te herzien. Tot omstreeks 2003 beoor-

deelde de Raad verzoeken om terug te komen van in rechte vaststaande besluiten ruimer: uitdrukkelijk werd aangegeven dat niet alleen nieuw gebleken feiten en omstandigheden, maar ook evidente onjuistheden aanleiding konden geven tot een heroverweging van het oorspronkelijke besluit.

De nieuwe benadering, die dus ook blijkt uit de onderhavige uitspraak, sluit aan bij artikel 4:6 Algemene wet bestuursrecht. Deze bepaling verplicht een belanghebbende die wenst dat het bestuur terugkeert van een ongunstige beschikking op een eerdere aanvraag, nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden te vermelden die tot een ander resultaat kunnen leiden.

2. Gelijkheidsbeginsel

Beslissingen die in het ene geval door een bestuursorgaan worden genomen moeten overeenstemmen met beslissingen die in soortgelijke gevallen zijn genomen; gelijke gevallen dienen gelijk te worden behandeld. Een beroep op het gelijkheidsbeginsel wordt niet vaak gehonoreerd. Verschillen zijn dikwijls zodanig dat zij een verschil in uitkomst kunnen rechtvaardigen. Meerdere malen is door de Centrale Raad van Beroep uitgesproken dat het gelijkheidsbeginsel niet zo ver gaat dat een ten aanzien van de ene ambtenaar gemaakte fout jegens een andere ambtenaar zou moeten worden herhaald. Een onjuiste beslissing behoeft niet te worden gecontinueerd.

Uit de onderhavige uitspraak blijkt dat de Staatssecretaris in 17 gevallen ten onrechte een te korte dienverplichting vaststelde. Op een totaal van ongeveer 130 in de betreffende periode voor onbepaalde tijd aangestelde jachtvliegers is dat een behoorlijk aantal (het is meer dan 10 %). Op dit punt lijkt de Centrale Raad coulant jegens de Staatssecretaris.

G.F.W.

Centrale Raad van Beroep
Uitspraak van 9 september 2004
0213134 MAW

Voorzitter: mr. H.A.A.G. Vermeulen; leden: mr. A. Beuker-Tilstra en mr. J.Th. Wolleswinkel

De ingetrokken veiligheidsverklaring

Van een wachtmeester der eerste klasse van de Koninklijke Marechaussee werd in 2000 door de minister van Defensie de veiligheidsverklaring (art. 1 Wet veiligheidsonderzoeken) ingetrokken. De wachtmeester was in 1999 twee maal veroordeeld: door de rechtbank in Turnhout (België) vanwege het in bezit hebben van een hoeveelheid spiewersterkende middelen; door de militaire politierechter vanwege het handelen in strijd met bepalingen uit de Wet wapens en munitie. Na bezwaar handhaafde de minister zijn besluit. De rechtbank S-Gravenhage verklaarde het door de wachtmeester ingestelde beroep ongegrond (Rb Den Haag 14 mei 2002, MRT 2003, p. 102, naschrift G.L.C.).

De Centrale Raad van Beroep bevestigt de uitspraak van de rechtbank. De Raad overweegt daarbij dat voor de minister de veroordeling in Nederland zwaar heeft gewogen. De wachtmeester had zonder toestemming van zijn commandant een veiligheidstest met een

imitatiepistool op een luchthaven uitgevoerd. De Raad oordeelt dat de conclusie van de minister dat onvoldoende waarborgen aanwezig zijn dat betrokkene onder alle omstandigheden de uit zijn vertrouwensfunctie voortvloeiende plichten getrouwelijk zal volbrengen, op goede gronden rust. Gezien het hier te dienen veiligheidsbelang kan niet worden gezegd dat de minister niet in redelijkheid van deze bevoegdheid gebruik heeft kunnen maken.

Veiligheidsverklaring (Wet veiligheidsonderzoeken)

UITSPRAAK

in het geding tussen: [appellant], wonende te [woonplaats], appellant, en de Minister van Defensie, 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 rechtbank 's-Gravenhage van 14 mei 2002, nr. AWB 011671 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 5 augustus 2004, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. P. Reitsma, advocaat te Harderwijk, en waar gedaagde zich heeft laten vertegenwoordigen door mr. A.C.J. van Loon, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. Bij zijn oordeelvorming gaat de Raad uit van de volgende feiten en omstandigheden.

1.1. Appellant, die vanaf maart 1986 was aangesteld als beroepsmilitair voor onbepaalde tijd bij de Koninklijke marechaussee (Kmar), was vanaf mei 1999 geplaatst bij de Brigade Kmar Eindhoven in de functie van wachtmeester der 1e klasse.

1.2. Naar aanleiding van een melding van appellants commandant dat appellant is veroordeeld voor een of meer misdrijven, heeft gedaagde appellant bij schrijven van 14 juni 2000 bericht dat hij heeft besloten een hernieuwd veiligheidsonderzoek naar hem in te stellen.

1.3. Uit dit onderzoek is naar voren gekomen dat appellant op 17 maart 2000 is veroordeeld door de rechtbank in Turnhout (België) vanwege het in bezit hebben van een hoeveelheid spierversterkende middelen tot een boete van Bfr. 60.000 (subsidiair twee maanden hechtenis). Ook is uit het onderzoek gebleken dat hij op 19 april 2000 is veroordeeld door de militaire politierechter vanwege het handelen in strijd met de artikelen 13, eerste lid, en 55, derde lid, aanhef en onder d, van de Wet wapens en munitie tot een boete van f 1.000,- (subsidiair twintig dagen hechtenis).

1.4. Bij schrijven van 5 juli 2000 heeft gedaagde aan appellant bericht dat hij het voornemen heeft om de verklaring als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel b, van de Wet veiligheidsonderzoeken (hierna: de veiligheidsverklaring) in te trekken. Appellant heeft op 18 juli 2000 zijn zienswijze daarover gegeven.

1.5. Gedaagde heeft bij besluit van 11 september 2000 de veiligheidsverklaring met betrekking tot appellant overeenkomstig het door hem terzake gevoerde beleid ingetrokken vanwege de twee veroordelingen. Daarbij is in aanmerking genomen dat niet is gebleken van bijzondere omstandigheden die aanleiding zouden moeten geven om van deze intrekking af te zien. Na bezwaar is dit besluit gehandhaafd bij besluit van 15 februari 2001.

2. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het namens appellant tegen het besluit van 15 februari 2001 ingestelde beroep ongegrond verklaard.

3.1. Evenals in beroep, heeft appellant zich in hoger beroep op het standpunt gesteld dat de enkele omstandigheid dat hij twee maal voor een misdrijf is veroordeeld nog niet betekent dat er onvoldoende waarborgen aanwezig zijn dat hij onder alle omstandigheden de uit zijn functie voortvloeiende plichten getrouwelijk zal volbrengen. Daarbij heeft hij aangevoerd dat de verwijten die hem kunnen worden gemaakt uiterst gering zijn. In dat kader heeft hij erop gewezen dat het feit waarvoor hij in België is veroordeeld in Nederland niet strafbaar is gesteld. Met betrekking tot de veroordeling in Nederland heeft hij aangevoerd dat hij een imitatiepistool in België heeft gekocht met het enkele doel om te testen of de beveiliging op de luchthaven Eindhoven, waar hij toen werkzaam was, wel waterdicht was. In goed overleg met zijn collega's heeft hij de beoogde test met behulp van de beveiligingsapparatuur uitgevoerd, waarbij bleek dat het imitatiepistool niet goed kon worden waargenomen. Mede gelet op zijn lange en zeer goede staat van dienst meent hij voorts dat gedaagde in redelijkheid niet heeft kunnen oordelen dat dit geen bijzondere omstandigheden zijn die nopen tot het afzien van de intrekking.

Bij appellant is hierdoor bovendien de indruk ontstaan dat de veroordelingen zijn misbruikt om hem uit de dienst te kunnen verwijderen, temeer nu bij veroordeling van een bij de Kmar werkzame militair wegens misdrijf lang niet altijd tot intrekking van de veiligheidsverklaring wordt overgegaan.

3.2. Gedaagde heeft daar tegenover gesteld dat een veroordeling voor een misdrijf van een militair die een functie bij de Kmar uitoefent, op grond van artikel 4 van de Beleidsregeling justitiële antecedenten bij veiligheidsonderzoeken Koninklijke Marechaussee leidt tot intrekking van de veiligheidsverklaring. Op grond van artikel 3 van deze beleidsregeling kan dit slechts anders zijn indien dat voor de betrokkene gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding met het daarmee te dienen doel. Van dergelijke bijzondere omstandigheden is hier volgens gedaagde geen sprake, aangezien appellant als opsporingsambtenaar met een lange staat van dienst had moeten weten dat de feiten waarvoor hij is veroordeeld niet zouden worden getolereerd. Gedaagde erkent wel dat het door het ontbreken van een meldingsstelsel tot de mogelijkheden behoort dat intrekking van de veiligheidsverklaring niet ten aanzien van alle militairen die werkzaam zijn bij de Kmar en die ooit strafrechtelijk zijn veroordeeld heeft plaatsgevonden. Gedaagde stelt echter dat hij in alle gevallen waarin hem justitiële antecedenten bekend zijn geworden, een veiligheidsonderzoek naar de betrokkene heeft laten instellen en dat daarna vorengenoemde beleidsregeling consequent is toegepast.

4. De Raad overweegt het volgende.

4.1. Gedaagde is op grond van artikel 10, eerste lid, van de Wet veiligheidsonderzoeken (WVO) in verbinding met artikel 2 van deze wet bevoegd tot het intrekken van de veiligheidsverklaring, indien hem blijkt dat onvoldoende waarborgen aanwezig zijn dat de betrokkene onder alle omstandigheden de uit zijn vertrouwensfunctie voortvloeiende plichten getrouwelijk zal volbrengen.

4.2. Dit betekent dat de Raad naar aanleiding van hetgeen appellant in hoger beroep naar voren heeft gebracht in de eerste plaats de vraag dient te beantwoorden of gedaagde op goede gronden tot het oordeel kon komen dat gebleken is dat genoemde waarborgen in onvoldoende mate aanwezig zijn.

4.3. Het getrouwelijk volbrengen van de uit de vertrouwensfunctie voortvloeiende plichten heeft, gelet op artikel 3 van de WVO, betrekking op wat door de veiligheid of andere gewichtige belangen van de staat wordt gevorderd. Uit de parlementaire behande-

ling van de WVO volgt dat het daarbij gaat om de veiligheid van die delen van de overheidsorganisatie en van de particuliere sector die van vitaal belang zijn voor het maatschappelijk leven, waaronder de veiligheid rond de burgerluchtvaart is begrepen.

4.4. Zoals ook ter zitting namens gedaagde is bevestigd, heeft bij het bestreden besluit met name de veroordeling in Nederland zwaar gewogen. Geconstateerd moet worden dat appelland zonder toestemming van zijn commandant en derhalve eigenmachtig een veiligheidstest met een imitatiepistool op een luchthaven heeft uitgevoerd. Aldus heeft hij de veiligheid op die luchthaven op een onverantwoorde manier op de proef gesteld. Hoewel het in strafrechtelijke zin niet om een zeer ernstig misdrijf gaat, kon, gelet op het voorgaande, bij gedaagde ernstige twijfel ontstaan over de vraag of appelland onder alle omstandigheden de uit zijn functie voortvloeiende plichten getrouwelijk zou volbrengen.

4.5. Gedaagdes conclusie dat hiervoor onvoldoende waarborgen aanwezig zijn berust hiermee, gelet op de aard van appellands functie en de aard van het misdrijf, dat in verband staat met de uitoefening van de functie, naar het oordeel van de Raad op goede gronden. Dit betekent dat gedaagde bevoegd was om op grond van artikel 10, eerste lid, van de WVO tot intrekking van de veiligheidsverklaring over te gaan.

4.6. De Raad is voorts van oordeel dat, gezien het hier te dienen veiligheidsbelang, niet gezegd kan worden dat gedaagde niet in redelijkheid van deze bevoegdheid gebruik heeft kunnen maken.

4.7. Voorts kan hetgeen appelland heeft aangevoerd met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel niet slagen, nu duidelijk is geworden dat gedaagde in mogelijke andere, soortgelijke gevallen niet welbewust heeft afgezien van intrekking van de veiligheidsverklaring. Appelland heeft zijn beroep op het gelijkheidsbeginsel overigens ook niet nader geconcretiseerd.

4.8. Het vorenstaande leidt ertoe dat de aangevallen uitspraak, zij het op bovenstaande gronden, voor bevestiging in aanmerking komt.

5. De Raad acht tot slot geen termen aanwezig toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Awb inzake vergoeding van proceskosten.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

Ingevolge artikel 3 van de Wet veiligheidsonderzoeken (Stb. 1996, 525) hebben ministers functies die de mogelijkheid bieden de veiligheid of andere gewichtige belangen van de staat te schaden aangewezen als vertrouwensfuncties. Voor wat betreft de defensieorganisatie zijn naast vele burgerfuncties alle militaire functies aangemerkt als vertrouwensfunctie. Artikel 5, derde lid van het Algemeen militair ambtenarenreglement geeft aan dat een gegadigde voor een militaire aanstelling alleen kan worden aangesteld indien een verklaring als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder b, van de Wet veiligheidsonderzoeken is afgegeven. En alvorens een dergelijke veiligheidsverklaring (ook wel genoemd verklaring van geen bezwaar) wordt afgegeven moet ten aanzien van betrokken persoon een veiligheidsonderzoek gehouden worden. Voor militairen geschiedt dat door de Militaire Inlichtingendienst (Wet veiligheidsonderzoeken artikel 6 in samenhang met artikel 2). Ook kan een hernieuwd veiligheidsonderzoek worden ingesteld naar een persoon die een vertrouwensfunctie vervult (artikel 9). Met betrekking tot een militair is de minister

van Defensie bevoegd de veiligheidsverklaring in te trekken indien blijkt dat onvoldoende waarborgen aanwezig zijn dat betrokkene onder alle omstandigheden de uit de vertrouwensfunctie voortvloeiende plichten getrouwelijk zal volbrengen (artikel 10, eerste lid, in samenhang met artikel 2). Indien een veiligheidsverklaring is ingetrokken, wordt de betrokken militair zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen acht weken na de intrekking van de veiligheidsverklaring, uit de vertrouwensfunctie ontheven (artikel 10, tweede lid, in samenhang met artikel 2).

In de Militaire Ambtenarenwet 1931 is vervolgens de bepaling opgenomen dat aan de militaire ambtenaar eervol ontslag kan worden verleend, indien hij op grond van het bepaalde in artikel 10, tweede lid, van de Wet veiligheidsonderzoeken uit een vertrouwensfunctie moet worden ontheven (artikel 12g, tweede lid).

De intrekking van een veiligheidsverklaring, zoals in de onderhavige procedure aan de orde, zal dus gevolgd worden door een besluit tot ontheffing uit de functie en – zo veronderstel ik – een besluit tot ontslag. Opmerkelijk is dat de ontslagbepaling in artikel 12g, tweede lid, facultatief is geredigeerd. Zolang alle militaire functies vertrouwensfuncties zijn, blijft er met betrekking tot een militair na ontheffing uit de functie wegens intrekken van de veiligheidsverklaring, weinig over dan ontslag.

Vergelijk de niet-facultatief geformuleerde ontslagbepaling in artikel 9, derde lid van de Wet gewetensbezwaren militaire dienst. De militair wiens bezwaren tegen de vervulling van de militaire dienst als ernstige gewetensbezwaren zijn erkend, is vrijgesteld van de krijgsdienst; hij wordt zo spoedig mogelijk ontslagen uit de militaire dienst.

G.F.W.

Centrale Raad van Beroep

21 oktober 2004

0213364 MAW

Voorzitter: mr. H.A.A.G. Vermeulen; leden: mr. J.Th. Wolleswinkel en mr. R. Kooper

Bevordering met terugwerkende kracht

Een eerste-luitenant van de Koninklijke Luchtmacht verzocht de Staatssecretaris van Defensie in 1997 met terugwerkende kracht tot juni 1995 te worden bevorderd tot eerste-luitenant en te worden aangewezen als lid vliegtuigbemanning. De vertraging in zijn opleiding zou het gevolg zijn geweest van medische besluiteloosheid van de Nederlandse vliegerartsen. De Staatssecretaris merkte de periode 29 november 1995 tot 15 april 1996 aan als aan de luitenant niet verwijtbare, onnodige vertraging in zijn opleidingsgang. Hij compenseerde de luitenant hiervoor onder meer door eenmalig een geldbedrag toe te kennen. Het bezwaarschrift tegen dit besluit werd ongegrond verklaard.. De rechtbank 's-Gravenhage verklaarde het hiertegen ingestelde beroep ongegrond. Zij oordeelde onder andere dat niet is in te zien dat bevordering tot eerste-luitenant met terugwerkende kracht tot 22 augustus 1996 niet mogelijk was.

De Centrale Raad van Beroep hanteert dezelfde gedachte, maar komt tot een andere conclusie. Hij meent dat er onvoldoende aanknopingspunten aanwezig zijn voor het oordeel dat betrokkene bij een juiste gang van zaken reeds in juni 1995 voor bevordering tot eerste-luitenant in aanmerking zou zijn gekomen. De handhaving van de weigering om

hem voor te dragen voor bevordering met ingang van 22 augustus 1996 beruiste evenwel op een ondeugdelijke motivering, te meer daar de aanwijzing als lid vliegtuigbemanning wel met terugwerkende kracht tot genoemde datum heeft plaatsgevonden.

Bevordering (AMAR art. 27),
Lid vliegtuigbemanning / vliegtuigelage (IBM art. 16 jo IRM art. 10)

UITSpraak

in het geding tussen: [appellant], wonende te [woonplaats], 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 rechtbank 's-Gravenhage van 26 april 2002, nr. AWB 01/00773 MAWKLu, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift met bijlage ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 9 september 2004, waar namens appellant is verschenen mr. P. Reitsma, advocaat te Harderwijk. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. C.E. Zalm, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. De Raad gaat bij zijn oordeelsvorming uit van de volgende, voorzover relevant, kort weergegeven feiten en omstandigheden.

1.1. Appellant is in augustus 1992 bij de Koninklijke Luchtmacht aangesteld als soldaat met bestemming officier jachtvlieger.

Op 18 juni 1994 is appellant, tijdens de opleiding tot jachtvlieger in de Verenigde Staten van Amerika (VS), betrokken geweest bij een auto-ongeluk. In oktober 1994 is hij naar aanleiding daarvan door de artsen in de VS vliegmedisch ongeschikt verklaard met de aanbeveling van een medische her-evaluatie na een jaar.

1.2. Nadat appellant in Nederland door de vliegerartsen bij herkeuring goedgekeurd was, is hij in juni 1995 naar de VS teruggekeerd om de opleiding tot jachtvlieger te vervolgen. Daar werd hij echter wederom medisch afgekeurd. In oktober 1995 is appellant definitief teruggekeerd naar Nederland.

1.3. In overleg met appellant is vervolgens besloten dat hij de Helikopter Vlieger Opleiding (HVO) zou gaan volgen en dat hem, na daarvoor te zijn geslaagd, het Groot Militair Brevet (GMB) zou worden uitgereikt. Aansluitend zou appellant de opleiding tot vlieginstructeur op de PC-7 volgen.

1.4. Op 29 november 1995 is appellant door de Nederlandse artsen herkeurd en (opnieuw) vliegmedisch geschikt bevonden. Nadat hij de HVO met goed gevolg had afgerond, is hem per 22 maart 1996 het GMB verleend en is hij per die datum bevorderd tot tweede luitenant.

1.5. Op 15 april 1996 heeft het Hoofd Afdeling Bedrijfs- en Luchtvaartgeneeskunde bekendgemaakt dat bij de medische keuring op 29 november 1995 niet alleen de vliegmedische ongeschiktheid van appellant was opgeheven, maar dat hem daarbij tevens de restrictie multi-pilot was opgelegd, hetgeen inhoudt dat hij niet alleen of met leerlingen mag vliegen maar uitsluitend als lid van een bemanning. Dit had tot gevolg dat appellant de opleiding tot vlieginstructeur op de PC-7 niet kon voortzetten.

1.6. Appellant is daarop de bestemming transportvlieger toegewezen. Nadat hij de

opleiding daartoe op 24 februari 1997 succesvol had afgerond, is hij met ingang van 25 februari 1997 aangewezen als lid vliegtuigbemanningen bevorderd tot eerste luitenant.

1.7. Bij schrijven van 18 maart 1997 heeft appelland verzocht om met terugwerkende kracht tot juni 1995 te worden bevorderd tot de rang van eerste luitenant en te worden aangewezen als lid vliegtuigbemanning omdat de vertraging in zijn opleidingstijd het gevolg was van medische besluiteloosheid van de Nederlandse vliegerartsen. Hij stelde dat, indien hij aansluitend op zijn eerste terugkeer in Nederland in oktober 1994 tot transportvlieger (multi-pilot) was opgeleid, hij al in juni 1995 zou zijn bevorderd tot eerste luitenant en zou zijn aangewezen als lid vliegtuigbemanning.

1.8. Bij besluit van 14 april 1999 heeft gedaagde de periode van 29 november 1995 tot 15 april 1996 - waarin abusievelijk nog niet bekend was gemaakt dat appelland de restrictie multi-pilot opgelegd had gekregen - als appelland niet verwijtbare, onnodige vertraging in zijn opleidingsgang aangemerkt. Gedaagde heeft appelland daarvoor gecompenseerd door hem voor het verschil in salaris tussen eerste en tweede luitenant eenmalig een bedrag van f 900,- (bruto) toe te kennen, hem per 22 augustus 1996 aan te wijzen als lid vliegtuigbemanning en ook op die datum zijn dienverplichting van acht jaar in te laten gaan.

1.9. Bij besluit van 29 mei 2000 (het bestreden besluit) is het bezwaar van appelland tegen het besluit van 14 april 1999 ongegrond verklaard.

1.10. De rechtbank heeft het beroep van appelland gegrond verklaard, het bestreden besluit vernietigd en bepalingen gegeven omtrent proceskosten en griffierecht. Voorzover in hoger beroep nog van belang, heeft de rechtbank daartoe overwogen dat niet is in te zien dat bevordering tot eerste luitenant met terugwerkende kracht tot 22 augustus 1996 niet mogelijk was. Van oordeel dat appelland ter zake wel voldoende is gecompenseerd, heeft de rechtbank op dit punt de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand gelaten.

2. Namens appelland is - kort samengevat - gesteld dat de aan hem toegekende compensatie bij lange na niet toereikend is om het door hem geleden (financiële) nadeel als gevolg van de door gedaagdes medische besluiteloosheid veroorzaakte vertraging in zijn carrièregang te compenseren en dat ook niet valt in te zien op grond waarvan hij niet met terugwerkende kracht tot juni 1995 tot eerste luitenant zou moeten worden bevorderd.

3. De Raad overweegt hieromtrent als volgt.

3.1. Uit de stukken - in het bijzonder het mede door appelland ondertekende gespreksverslag van 2 oktober 1995 - blijkt dat er appelland veel aan gelegen was de jachtvliegersopleiding in de VS te (ver)volgen. Voorts is gebleken dat bij de eerste ongeschiktheidsverklaring in de VS een her-evaluatie na één jaar werd aanbevolen en appelland bij aankomst in de VS inderdaad weer aan een medische keuring is onderworpen.

3.2. Op grond hiervan is de Raad evenals de rechtbank tot het oordeel gekomen dat er geen sprake was van medische besluiteloosheid. De Raad acht het veeleer aannemelijk dat gedaagde het belang van appelland voor ogen stond met het besluit appelland, die door de Nederlandse vliegerartsen wel medisch geschikt werd geacht om jachtvlieger te worden, na verloop van een jaar voor herkeuring opnieuw naar de VS te zenden en hem aldus zoveel mogelijk in de gelegenheid te stellen de door hemzelf gewenste opleiding in de VS te vervolgen. Vast staat immers dat daartoe in Nederland geen mogelijkheid bestaat. Niet gebleken is dat appelland zich destijds tegen die handelwijze van gedaagde heeft verzet.

3.3. De Raad acht voorts niet aannemelijk dat gedaagde had moeten of kunnen weten dat appelland in de VS wederom medisch ongeschikt verklaard zou worden of dat (telefonisch) vooroverleg tussen de Nederlandse artsen en de artsen in de VS als resultaat zou hebben gehad dat appelland direct als transportvlieger in opleiding zou zijn genomen. Voor het

oordeel dat appelland bij een juiste gang van zaken reeds in juni 1995 voor bevordering tot eerste luitenant in aanmerking zou zijn gekomen, zijn dan ook onvoldoende aanknopingspunten aanwezig.

3.4. Gedaagde heeft daarentegen wel, en reeds in het besluit van 14 april 1999, toegegeven dat het feit dat pas op 15 april 1996 bekend is gemaakt dat aan appelland de multi-pilot restrictie was opgelegd terwijl het daartoe strekkende besluit al op 29 november 1995 genomen was, als een fout van gedaagde is aan te merken en dat die fout een onnodige vertraging in de opleidingsduur van appelland heeft veroorzaakt.

3.5. In verband daarmee is aan appelland het bedrag van f 900,- bruto als compensatie toegekend, onder vermelding dat een bevordering tot eerste luitenant per 22 augustus 1996 - de datum waarop appelland tot eerste luitenant bevorderd had kunnen worden indien de restrictie multi-pilot direct op 29 november 1995 was opgelegd - niet mogelijk was omdat aan hem op die datum nog geen organieke functie was toegewezen.

3.6. Naar het oordeel van de Raad berust echter de (handhaving van de) weigering om appelland voor te dragen voor bevordering tot eerste luitenant met ingang van 22 augustus 1996 op een ondeugdelijke motivering. In een geval als het onderhavige, waarin een aanwijzing als lid vliegtuigbemanning overigens wel met terugwerkende kracht tot voormelde datum heeft plaatsgevonden, volstaat in ieder geval niet de vermelding van de enkele omstandigheid als weergegeven onder 3.5.

Het verschil betreft daarenboven slechts de - relatief - korte periode van zes maanden.

4.1. Gelet op het vorenoverwogenekomt de aangevallen uitspraak, voorzover daarbij de rechtsgevolgen van het bestreden besluit deels in stand zijn gelaten, voor vernietiging in aanmerking. Gedaagde zal waar het gaat om het hiervoor besproken gedeelte van het bestreden besluit een nieuwe beslissing moeten nemen op appellands bezwaar met inachtneming van hetgeen de Raad in deze uitspraak heeft overwogen. De nieuwe beslissing laat overigens onverlet de door gedaagde reeds op 24 februari 2003 genomen nieuwe beslissing op het bezwaar, welke strekt ter uitvoering van het in hoger beroep niet door appelland aangevochten gedeelte van de aangevallen uitspraak. Met die beslissing kan appelland, naar ter zitting is gebleken, op zichzelf instemmen.

4.2. In het vorenstaande vindt de Raad aanleiding gedaagde op grond van artikel 8:75 van de Awb te veroordelen in de proceskosten van appelland in hoger beroep tot een bedrag van € 644,- aan kosten van rechtsbijstand.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP:

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak voorzover daarbij de rechtsgevolgen van het besluit van 29 mei 2000 in stand zijn gelaten;

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

De inzet van de krijgsmacht buiten het Koninkrijk

In verband met de voorgenomen uitzending van Nederlandse militairen naar Afghanistan worden herhaaldelijk de artikelen 97 en 100 van de Grondwet genoemd. Wat houden beide artikelen precies in?

Artikel 97 bevat twee leden. Het eerste lid geeft aan welke taken de krijgsmacht heeft. Genoemd worden: (1) de verdediging en bescherming van de belangen van het Koninkrijk en (2) de handhaving en bevordering van de internationale rechtsorde. De eerste taak, de verdediging van het Koninkrijk, omvat volgens de memorie van toelichting mede de verdediging in bondgenootschappelijk verband. Het tweede lid van artikel 97 bepaalt dat de regering het oppergezag heeft over de krijgsmacht. Dit betekent dat de politieke leiding over de krijgsmacht bij de regering berust. De inzet van de krijgsmacht is dus een bevoegdheid van de regering. Voorafgaande instemming van het parlement met deze inzet is niet vereist. Dit geldt ook indien de krijgsmacht wordt ingezet onder oorlogsomstandigheden. Overigens is voor het in oorlog verklaren van het Koninkrijk *wel* voorafgaande toestemming van het parlement vereist. Dit is bepaald in artikel 96 van de Grondwet. Oorlogsverklaringen bij het begin van een gewapend conflict zijn echter sinds de Tweede Wereldoorlog in het internationale verkeer in onbruik geraakt.

In aansluiting op artikel 97 bepaalt artikel 100 dat de regering het parlement vooraf inlichtingen dient te verstrekken indien het voornemen bestaat de krijgsmacht in te zetten "ter handhaving of bevordering van de internationale rechtsorde". Deze verplichting geldt, *tenzij* dwingende redenen het vooraf verstrekken van inlichtingen verhinderen. Volgens de memorie van toelichting kan in dit verband bijvoorbeeld worden gedacht aan operaties, die alleen zinvol kunnen worden uitgevoerd indien zij onaangekondigd en onder strikte geheimhouding plaatshebben.

Artikel 100 spreekt van de inzet "ter handhaving of bevordering van de internationale rechtsorde". De grondwettelijke plicht tot het vooraf inlichten van het parlement bestaat dus *niet* indien de krijgsmacht wordt ingezet "ter verdediging of bescherming van de belangen van het Koninkrijk". Naar het oordeel van het kabinet valt ook de inzet ter bestrijding van het internationaal terrorisme onder de inzet ter verdediging of bescherming van de belangen van het Koninkrijk.

Ten grondslag aan artikel 100 van de Grondwet ligt een in 1994 door de heer Van Middelkoop (GPV) ingediende (en door de Kamer met meerderheid van stemmen aangenomen) motie waarin werd verzocht het parlement in geval van uitzending van militairen een "formeel instemmingsrecht" te verlenen. Aan dit verzoek is dus (terecht overigens) niet tegemoetgekomen.

Samenvattend gezegd: krachtens de Grondwet is de inzet van de krijgsmacht een bevoegdheid van de regering. Instemming van het parlement met deze inzet is niet (is nimmer) vereist. Slechts indien de krijgsmacht wordt ingezet ter handhaving of bevordering van de internationale rechtsorde bestaat de grondwettelijke plicht om het parlement vooraf in te lichten; *tenzij* dwingende redenen dit verhinderen.

Prof. mr. G.L.Coolen

Verslag van de conferentie van het Nederlandse Rode Kruis
op 3 december 2004 in Den Haag

'Dilemmas of international humanitarian law during recent military operations'

De conferentie was onderverdeeld in drie sessies, waarbij verschillende sprekers aan het woord kwamen. Per sessie introduceerde een voorzitter het thema en leidde vervolgens de discussie. Daarmee had deze conferentie een voor de deelnemers aantrekkelijke dynamiek. Het Nederlandse Rode Kruis had voor dit seminar een aantal prominente sprekers uitgenodigd.

Dr. Ybema (Directeur Juridische Zaken van het Ministerie van Defensie) opende de conferentie. Hij stelde dat duidelijk is dat niet in alle operaties het internationaal humanitair recht (IHL) formeel van toepassing is. Desondanks zijn er twee ontwikkelingen te signaleren. Ten eerste lijkt het geaccepteerd te zijn dat ook in vredesoperaties het IHL van toepassing wordt zodra de leden van de vredesmacht als combattant betrokken raken. Ten tweede is het beleid van de NAVO (en Nederland) dat de regels van het IHL in vredesoperaties eveneens worden toegepast.

Binnen deze zeer diverse operaties is een drietal trends waar te nemen. Allereerst vinden militaire operaties in toenemende mate plaats in een omgeving waarbinnen meerdere - ook niet-statelijke - actoren een rol spelen. Vaak betreft het civiele actoren.

De tweede trend betreft het toegenomen belang van het voorkomen en bestrijden van terrorisme in militaire operaties. Deze trend leidde tot de vraag of het IHL nog voldoet dan wel aangepast moet worden. In de opinie van Dr. Ybema voldoet het huidige IHL in grote lijnen. Dat neemt niet weg dat nagedacht moet worden over verbeteringen (bijvoorbeeld met betrekking tot het gebruik van *non-lethal weapons*). Voorkomen moet echter worden dat door overhaaste aanpassingen de hard bevochten verworvenheden van het IHL worden opgebroken.

De derde trend betreft de verhouding IHL en mensenrechten. Waar het IHL niet van toepassing is gelden in ieder geval mensenrechten. Deze bieden ruimere toepassing en daardoor bescherming. In dit kader is de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof in de zaak van de legaliteit van de Israëliëse muur in de bezette gebieden van belang. Het Hof benadrukte dat mensenrechten zich als een *lex generalis* ten opzichte van de *lex specialis*, het IHL, verhouden. Met andere woorden: mensenrechten voor gedetineerden vervallen niet in een situatie waarop tevens het IHL van toepassing is. Dr. Ybema benadrukte dat elke gedetineerde een juridische status moet hebben, nl. als krijgsgevangene of burger, en er geen ruimte is voor een derde (vage) categorie. Dat zou immers ook niet wenselijk zijn uit oogpunt van reciprociteit. In dit kader heeft het Rode Kruis nog altijd een prominente rol om als onafhankelijke en neutrale organisatie toe te zien op naleving van rechten.

In de eerste sessie stond het thema "*the applicability of International Humanitarian Law*" centraal.

De Luitenant-kolonel Matthijssen, voormalig commandant 13 (NL) Battlegroup in Irak,

schetste aan de hand van praktijkvoorbeelden dat de toepassing van humanitair recht in de uitvoering van operaties niet altijd gemakkelijk is. Hij wees daarbij onder andere op het onderscheid tussen combattanten en terroristen en de toepassing van *detainment* en *internment* procedures. Hij schetste daarbij het dilemma voor militairen die te maken kunnen hebben met terroristen die zich niet aan de spelregels van het humanitaire recht houden waar zij dat zelf wel doen.

W. Hays Parks (Office of General Counsel, US Department of Defence) stelde dat de academische discussie of bij interventie wel sprake is van een internationaal conflict niet van belang is voor het optreden van de Amerikaanse soldaat: Die heeft geleerd dat hij zich dient te houden aan de regels van het humanitair recht. De misdragingen in de Abu Ghraib gevangenis vormen hierop geen uitzonderingen en moeten beschouwd worden als een zeer ernstig incident. Daarnaast wees hij op de problematiek van de juridische status van door de VS ingehuurd civiele *contractors* die om redenen van persoonlijke veiligheid in Irak bewapend zijn.

Professor Tavernier (Université de Paris II) betoogde dat belangrijke delen van het humanitair recht *ius cogens* vormen zodat het onbestaanbaar is dat hier onder omstandigheden van afgeweken zou kunnen worden. Hij beschouwt de inhumane behandeling van Saddam Hussein na diens gevangenneming als een duidelijk voorbeeld van een schending van het humanitair recht. Nu het algemeen aanvaard is dat gevangen genomen personeel (ongeacht de status) humaan behandeld dient te worden zou dit kunnen pleiten voor een set regels die altijd overal gelden bij een gewapend conflict.

De algemene conclusie aan het eind van deze sessie luidde dat hoewel de toepasselijkheid van humanitair recht in een conflict niet altijd duidelijk is, feitelijk wel in de geest van deze regels moet worden gehandeld.

In sessie II stond centraal de positie van privaatrechtelijke organisaties en NGO's in de huidige gewapende conflicten. In hoeverre mogen zij vertrouwen op bescherming op grond van de regels van het humanitair recht?

Jonathan Garratt beveiligd met zijn bedrijf in Irak oliepijpleidingen tegen mogelijke aanslagen. Zijn bedrijf maakt deel uit van een grote groeiemarkt. Zijn personeel kan enkel in een conflict met een laag geweldsspectrum als een onbewapende *guard force* optreden. Hun taak is 'to deter, to detect en (zodanig) to detain'. Desgevraagd gaf hij aan dat ook zijn personeel zich onderscheidt van de gewone burger en behoefte heeft aan aanvullende bescherming om op een veilige wijze te kunnen werken. Tot op heden conformeren zij zich aan de door de opdrachtgever gegeven regels. Nu door overheden in toenemende mate op bedrijven als het zijne een beroep wordt gedaan, acht hij het tijd voor eenduidige internationale regels met betrekking tot hun bevoegdheden. Hij ziet hier mogelijkheden om aan te sluiten bij internationale organisaties als het Rode Kruis of de VN. Opmerkelijk is dat hij geen enkele noodzaak ziet om de jurisdictie met betrekking tot zijn personeel duidelijk te regelen. Uitgangspunt is dat zijn personeel zich onderwerpt aan het recht van het land waar het te werk is gesteld en dat zij vooraf goed worden geïnformeerd over de mogelijke consequenties indien zij strafbare feiten plegen.

Generaal Mieczyslaw, (voormalig commandant Poolse eenheden in Irak) schetste het

dilemma voor NGO's. Hoewel goede samenwerking van belang is, geldt voor de NGO's dat zij gelijktijd er belang aan hechten hun neutraliteit te bewaren en daarom de samenwerking met militairen als een bedreiging voor hun onafhankelijke neutrale status beschouwen.

De laatste spreker in deze sessie, professor Eric David (Université Libre de Bruxelles) benadrukte het belang van private personen en private ondernemingen om hun activiteiten duidelijk gescheiden te houden van militaire operaties. Naarmate hun bijdrage aan de vijandelijkheden stijgt, neemt de kans toe dat zij hun neutraliteit en bescherming verliezen.

Sessie III betref de bescherming van gedetineerden onder humanitair recht en de rol van het Rode Kruis.

In deze laatste sessie werd onder leiding van professor Horst Fischer (Universiteit Leiden en Bochum) gedebatteerd aan de hand van twee stellingen, namelijk: Heeft het humanitair recht significante betekenis voor de bescherming van gevangenen en slachtoffers bij gewapende conflicten? Daarnaast: Aan welke aanvullende regelgeving is eventuele behoefte om deze bescherming in voldoende mate te kunnen bieden?

De algemene conclusie was dat de regels van het humanitair recht in beginsel voldoende waarborgen bieden voor bescherming, ongeacht de exacte formeel juridische aard van het conflict. Partijen (Staten) in een conflict moeten zich wel willen beijveren om naleving van deze regels af te dwingen. Het Rode Kruis en andere internationale organisaties zullen zich moeten blijven inzetten voor de naleving van het humanitair recht in toekomstige conflicten. Met de opmerking dat de discussie rond de vraag naar de toepasselijkheid van de regels van het internationale humanitaire recht in conflicten daarom soms een louter academische discussie lijkt, sloot de heer Breedveld (Nederlands Rode Kruis) de conferentie af.

Luitenant-kolonel mr. M.M. Kersbergen

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.C. Zuidemu, Brigade-generaal b.d. van de Militair Juridische dienst; |
| Secretaris/penningmeester | Mr. J.F. Stinissen, Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst; |
| Leden: | |
| voor de Koninklijke Landmacht: | Mr. R. <i>in het Veld</i> , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst; |
| voor de Koninklijke Luchtmacht: | Mr. P.T. <i>Hebly</i> , Kolonel van de Koninklijke Luchtmacht; |
| voor de Koninklijke Marine: | Mr. W.E. <i>Louwerse</i> , Kapitein ter zee; |
| voor de Koninklijke Marechaussee: | Mr. C.P.C. <i>Kuijs</i> , Kolonel der Koninklijke Marechaussee; |
| voor de Centrale Organisatie: | Mr. J.J. <i>Buirma</i> , Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tuchtrecht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie; |
| Prof. Dr. TD. <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; |
| 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> , | Hoofd Beleidsondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van ABP; |
| Mr. G.F. <i>Walgeoed</i> , | Kolonel b.d. van de Militair Juridische Dienst |
| Adres van de Redactiecommissie: | Koningin Wilhelminalaan 50, 2264 BN Leidschendam |

VASTE MEDEWERKERS:

Prof. Mr. G.L. *Coolen*, Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;

Prof. Dr. R.A. *Lawson*, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.

Dr. M. *Boot-Mathijssen*, wetenschappelijk medewerker verbonden aan het Nederlands Instituut voor Internationale Betrekkingen 'Clingendael'.

WIJZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt tien keer per jaar.

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1-2003 E 36,75. Men abonneert zich bij Sdu Klantenservice Uitgevers, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. tel.: 070-378 9880, fax: 070-378 9783, e-mail: sdu@sdu.nl, of bij zijn boekhandelaar. De prijs van losse afleveringen bedraagt E 3,95. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar tegen de prijs van E 25. Auteurs van bijdragen van meer dan één pagina ontvangen een vergoeding van E 35 p.p., tot een maximum E 230 per aflevering, benevens vijf presentexemplaren van de desbetreffende aflevering. Het auteursrecht wordt met de publicatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u van informatie te voorzien over Sdu Uitgevers bv en zorgvuldig geselecteerde andere bedrijven. Als u geen prijs stelt op deze informatie, kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice, postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar. Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan Sdu Servicecentrum Uitgevers. Zij die het M.R.T. van rijkswege verstrekt krijgen, dienen zich voor kennisgeving van adreswijzigingen 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"


Nieuwlands
uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
wak en wetenschap

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVIII

mei 2005

Aflevering

5

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

| | |
|---|-----|
| Militaire bijstand en steunverlening; door Kapitein (KMar) drs. E. Muller..... | 165 |
| Opmerkelijke zaken (2) – Wie deserterde op 1 april 1910?; door prof. mr. C.L. Coolen..... | 173 |

Strafrechtspraak

| | | |
|-------------|---|-----|
| Ah 29.03.04 | Rekening houden met andere gevolgen van het bewezen verklaarde feit bij de strafoplegging (Naschrift J.R.C.J.)..... | 175 |
|-------------|---|-----|

| | | |
|------------------------|--|-----|
| Maastricht 31.03.04 | Grensoverschrijdend onderzoek Kmar? Bevoegdheid Kmar in het kader van bijstand aan en samenwerking met de reguliere politie is beperkt tot grensoverschrijdende criminaliteit. Het moet delicten betreffen die naar hun aard grensoverschrijdend zijn of die naar algemene ervaringsregels vaak grensoverschrijdende elementen bevatten. Daarvan was geen sprake: tegen verdachte bestond slechts verdenking ter zake van bezit van wapens. Het bewijs is derhalve onrechtmatig verkregen, ook voor zover het betrekking heeft op vervolgens aangetroffen drugs. (Naschrift M.M.D.)..... | 178 |
|------------------------|--|-----|

Restuursrechtspraak

| | | |
|---------------|--|-----|
| CRvB 13.08.04 | Verzoek om herziening Het bijzondere rechtsmiddel van herziening is niet gegeven om, anders dan op grond van een nieuw feit of een nieuwe omstandigheid, een hernieuwde discussie over een zaak te voeren..... | 182 |
|---------------|--|-----|

| | | |
|---------------|--|-----|
| CRvB 07.10.04 | De ingetrokken veiligheidsverklaring (2) De minister was alleszins bevoegd tot intrekking van de eerder verstrekte veiligheidsverklaring over te gaan. Dat kennisneming van de inhoud van twee aan het bestreden besluit ten grondslag liggende stukken aan appellante is onthouden, levert geen schending op van het verdedigingsbegin-sel. (Naschrift G.L.C.)..... | 184 |
|---------------|--|-----|

| | | |
|---------------|--|-----|
| CRvB 07.10.04 | Ontslag na intrekking veiligheidsverklaring Appellante verklaart dat tegen het besluit tot ontslag bij haar geen zelfstandige grieven bestaan, afhankelijk als dit besluit is van de intrekking van de veiligheidsverklaring. Dit betekent dat het beroep niet kan slagen, nu het beroep tegen het besluit tot intrekking van de veiligheidsverklaring ongegrond is verklaard. (Naschrift G.L.C.)..... | 189 |
|---------------|--|-----|

| | | |
|---------------|--|-----|
| CRvB 28.10.04 | De tegellegger die door zijn rug ging Het verzoek van een BBT-er om schadevergoeding wordt afgewezen. Door de staatssecretaris is genoegzaam aangetoond dat aan zorgplicht is voldaan. (Naschrift G.L.C.)..... | 191 |
|---------------|--|-----|

Opmerkingen en mededelingen

| | |
|---|-----|
| International Society for Military Law and the Law of War – VI th Seminar for Legal Advisors | 195 |
|---|-----|

BIJDAGEN

Militaire bijstand en steunverlening

door

KAPITEIN (KMAR) DRS. E. MULLER

1. Inleiding

"Veranderingen in de maatschappelijke vraag naar veiligheid en de daarmee corresponderende verschuivingen in het onveiligheidspectrum zijn aanleiding om een structurele samenwerking tussen politie en krijgsmacht aan te bevelen")

Tot eind jaren negentig concentreerde de krijgsmacht zich op de verdediging van het bondgenootschappelijke grondgebied en, na het einde van de Koude Oorlog, op het uitvoeren van vredesoperaties. De Hoofdlijnennotitie van 1999 signaleert echter het toegenomen belang van de krijgsmacht bij de uitvoering van civiele taken. In de Defensienota 2000 leidt dit uiteindelijk tot het vaststellen van een volwaardige derde hoofdtaak: *Ondersteuning van civiele autoriteiten bij rechtshandhaving, rampenbestrijding en humanitaire hulp, zowel nationaal als internationaal.*

Internationaal krijgt deze taak vooral inhoud bij het uitvoeren van vredesoperaties. Nationaal door de samenwerking tussen de Koninklijke Marechaussee en politie en bij het verlenen van bijstand en of steunverlening door de Koninklijke Marechaussee of een van de drie andere krijgsmachtdelen. Na de aanslagen van 11 september 2001 is het toegenomen belang van deze nationale taak nog eens bevestigd. De minister van Defensie stelt op 18 januari 2002 in zijn brief aan de Tweede Kamer vast dat de bestrijding van terrorisme weliswaar geen hoofdtaak van Defensie is maar dat *de aanslagen van 11 september en de daaropvolgende gebeurtenissen het belang van de derde hoofdtaak van de krijgsmacht, het ondersteunen van civiele autoriteiten, hebben onderstreept.*

Eind 2003 is de werkgroep Civiel Militaire Bestuursafspraken opgericht, bestaande uit medewerkers van respectievelijk de Ministeries van Defensie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, met als doel te komen tot een herziening van de bestaande bestuursafspraken en de procedures voor militaire bijstand en steunverlening.

In het Tweede Kamer debat naar aanleiding van de aanslagen in Madrid²⁾ wordt nadrukkelijk bepleit dat *"gelet op het wegvallen van het verschil tussen externe en interne veiligheid moet er een gecoördineerde aanpak komen door justitie, politie en het ministerie van defensie"*.

Bovenstaande ontwikkelingen duiden op een trend die voorziet in een steeds meer gestructureerde samenwerking tussen krijgsmacht en civiele autoriteiten.

Dit artikel beoogt inzicht te geven in de verschillende rechtsgronden die de basis kunnen vormen van deze samenwerking. Daar waar noodzakelijk voor een juiste beeldvorming wordt nader ingegaan op de bevoegdheden van de militairen (inclusief KMar) maar

¹⁾ Mr. P. van Vollenhoven, voorzitter van de Stichting Maatschappij, Veiligheid en Politie (SMVP), bij de presentatie van de publicatie van: Structurele samenwerking tussen politie en krijgsmacht, 2003.

²⁾ Handelingen TK 2003-2004, nr. 66, 14 april 2004, pp. 4302-4360, Aanslagen Madrid / terrorisme.

dat is niet het hoofddoel van dit artikel.)

Om te komen tot het genoemde inzicht zal allereerst worden ingegaan op de verschillende gronden voor bijstand en samenwerking die de *Politiewet* 1993 biedt. Het *Koninklijk besluit d.d. 3 juli 1987*⁴⁾ biedt de mogelijkheid voor bijstand op de Nederlandse Antillen en Aruba. Vervolgens zal de bijstand op grond van de *Wet rampen en zware ongevallen* worden beschouwd. Tenslotte wordt aandacht geschonken aan het *Voorschrift militaire steunverlening in het openbaar belang en maatschappelijke dienstverlening door Defensie aan derden*.⁵⁾

Het artikel wordt afgesloten met een schematisch overzicht van de verschillende vormen en bijbehorende rechtsgronden.

2. Politiewet 1993

De Politiewet 1993 kent een aantal bepalingen die de mogelijkheid bieden voor samenwerking en voor het leveren van militaire bijstand. Bij militaire bijstand wordt onderscheid gemaakt tussen militaire bijstand ter handhaving van de openbare orde en militaire bijstand ten behoeve van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Eerstgenoemde bijstand wordt in de bestuurlijke lijn aangevraagd door het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Hierbij wordt opgetreden onder gezag van de burgemeester. De tweede vorm van bijstand wordt vanuit de justitiële lijn geïnitieerd. In deze bijstandsvorm wordt opgetreden onder gezag van de officier van Justitie.

Voor het Ministerie van Defensie wordt bij de aanvraag van de bijstand een coördinerende rol uitgevoerd door het Defensie Operatie Centrum (DOC).

2.1. Koninklijke Marechaussee: samenwerking en bijstand

In het Nederlands politiebesteding neemt de Koninklijke Marechaussee een zeer wezenlijke plaats in.⁶⁾ Zij kent hierbij haar eigen taken maar speelt daarnaast binnen het spectrum van de samenwerking tussen krijgsmacht en civiele autoriteiten een voorname rol. Door haar dualistische karakter (een krijgsmachtdeel met politie taken) is de Marechaussee de eerst aangewezen om het vacuüm tussen krijgsmacht en civiele autoriteiten te vullen.

Ingevolge artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering en de Aanwijzingsbeschikking opsporingsambtenaren Koninklijke Marechaussee⁷⁾ zijn de (onder)officieren en andere daartoe aangewezen militairen van de Koninklijke Marechaussee belast met de opsporing van strafbare feiten in alle gevallen, waarin zij werkzaam zijn in de uitoefening van de taken, welke hen zijn opgedragen bij artikel 6 van de Politiewet 1993 of andere wetten.

³⁾ Voor een verdieping in de bevoegdheden van de militair en de daaruit voortvloeiende strafrechtelijke positie verwijs ik naar P.A.L. Ducheine en G.F. Walgemoed, *Militairen na 'rake zaken': de strafrechtelijke positie van militairen na functioneel geweldgebruik*, Militair Rechtelijk Tijdschrift, maart 2004, aflevering 7.

⁴⁾ KB van 3 juli 1987, nr. 97, Stcrt. 187, 155, p. 3, Aanwijzingen inzake de inzet van de krijgsmacht in de Nederlandse Antillen en Aruba.

⁵⁾ Ministerie van Defensie (2000). *Voorschrift militaire steunverlening in het openbaar belang en maatschappelijke dienstverlening door Defensie aan derden*, behorende bij Secretaris Generaal Aanwijzing nr. V-16, Den Haag.

⁶⁾ Memorie van Toelichting bij artikel 6 van de Politiewet 1993, Kamerstukken II 1991-1992, 22562, nr. 3, p. 21-22.

⁷⁾ Stcrt. Nr. 70 d.d. 12 april 1994.

Van belang is dus dat de opsporingsbevoegdheid van de Marechaussee beperkt is tot die gevallen, waarin zij daadwerkelijk in één of meer van de opgedragen taken werkzaam is. Is dit niet het geval, dan treedt zij onbevoegd op. Zo sprak de rechtbank van Maastricht op 1 april 2004 een 28-jarige verdachte uit Heerlen vrij van drugs- en wapenbezit, omdat het bewijs tegen hem onrechtmatig zou zijn verkregen. De rechter oordeelde dat het onderhavige onderzoek geen onderzoek was naar grensoverschrijdende criminaliteit, een van de opgedragen taken van de KMar, en hierdoor de Marechaussee niet bevoegd was een onderzoek in te stellen. Daarmee moeten de bewijzen die dit onderzoek heeft opgeleverd worden beschouwd als onrechtmatig verkregen.

Bij beantwoording van kamervragen naar aanleiding van de uitspraak⁸⁾ werd aangegeven dat een wijziging van het Wetboek van Strafvordering en annex daaraan van de Politiewet 1993 in voorbereiding is. Deze wijziging is erop gericht de huidige beperking van de algemene opsporingsbevoegdheid van de Marechaussee op te heffen waardoor zij in dezelfde positie komt te verkeren als de politie. Hiermee wordt bewerkstelligd dat de rechtmatigheid van een optreden van de Marechaussee niet meer in het geding kan zijn. Hierbij werd echter benadrukt dat deze verruiming van de opsporingsbevoegdheid niet betekent dat daarmee ook de taken van de Marechaussee, worden uitgebreid.

De politietaken van de Marechaussee worden limitatief opgenoemd in artikel 6 van de Politiewet 1993.

Hierbij wordt in artikel 6, lid 1, sub d bepaald: *de verlening van **bijstand** alsmede de **samenwerking** met de politie krachtens deze wet, daaronder begrepen de assistentieverlening aan de politie bij de bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit.*⁹⁾ Deze bijstand en samenwerking wordt vervolgens verder in de wet nader uitgewerkt.

Algemene samenwerking Marechaussee met politie, artikel 10 Politiewet 1993

De samenwerking tussen politie en Marechaussee wordt het eerst nader benoemd in artikel 10 van de Politiewet 1993 dat spreekt over wederkerige hulpverlening. Het stelt: *"Alle ambtenaren, belast met een politietaak, verlenen elkaar wederkerig de nodige hulp en betrachten bij voortduring een eendrachtige samenwerking bij de het uitvoeren van die taak. Zij verlenen elkaar zoveel mogelijk de gevraagde medewerking."*

Uitvoering van dergelijke samenwerkingsverbanden komt veelal tot stand op plaatselijk niveau. Een voorbeeld vormt de samenwerking tussen de Marechaussee brigade Hoogerheide en de politie Woensdrecht. Op initiatief van de burgemeester haalden de brigade Hoogerheide van de Marechaussee en het Team Woensdrecht van de politie Midden en West Brabant intensief en structureel de banden aan om met elkaar een positieve bijdrage te leveren aan de veiligheid binnen het politiedistrict Bergen op Zoom en in het bijzonder de gemeente Woensdrecht.¹⁰⁾ Uitgangspunt blijft hierbij het eigen takenpakket. Indien er echter personele en materiële capaciteit voorhanden is, kunnen beide partijen elkaar, indien nodig, op afroep steun verlenen. Hiervoor is onder andere op de brigade een mobilfoonstation met politieverbindingskanalen aanwezig. In de eerste tien maanden van de samenwerking (2003) is in 42 uiteenlopende gevallen samengewerkt. Dit was 35 keer in

⁸⁾ Vragen van de leden Algra en Haverkamp (beiden CDA) aan de Ministers van Justitie, van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en van Defensie over de bevoegdheden van marechausseemedewerkers (ingezonden 2 april 2004).

⁹⁾ In dit artikel zal niet nader worden ingegaan op de assistentieverlening aan de politie bij de bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit in de zogenaamd Grens Overschrijdende Criminaliteit (GOC) teams.

¹⁰⁾ Gezamenlijk persbericht van de KMar, de politie en de gemeente Woensdrecht d.d. 22 januari 2004, *Succesvolle samenwerking Politie en Marechaussee*.

een situatie, waar normaliter extra politie had moeten worden ingezet.

Voor deze vorm van samenwerking bestaan geen verder centrale aanwijzingen in bijvoorbeeld de Politiewet of andere regelingen. Hierdoor lijkt met name voor de burgemeester vanuit zijn verantwoordelijkheid voor handhaving van de openbare orde een coördinerende rol weggelegd.

Structurele samenwerking Marechaussee met politie, artikel 48 Politiewet 1993

In het verlengde van de hierboven aangeduide samenwerking op grond van artikel 10, biedt artikel 48 van de Politiewet 1993 de mogelijkheid voor een meer structurele samenwerking tussen politie en Marechaussee. Doelmatigheidsoverwegingen dienen de grondslag te vormen voor deze vormen van structurele samenwerking. Situaties waarin dit bijvoorbeeld kan plaatsvinden zijn: ter verkrijging van een totaalbeeld over de criminaliteit en ter voorkoming van versnippering van criminele gegevens; de inzet van specialisten; ten aanzien van (delen van de) politietaak waarin permanent wordt samengewerkt en de inzet van een voor een specifiek probleem opgericht team bestaande uit medewerkers van Marechaussee en politie.¹¹⁾ Bij deze vorm van structurele samenwerking is de Marechaussee bevoegd om op te treden in het kader van een specifiek voor de betreffende situatie opgesteld convenant. De wijze waarop deze afspraken moeten worden vastgelegd in een convenant, zijn gesteld in de Samenwerkingsregeling politie-Koninklijke Marechaussee.¹²⁾ Voorbeelden uit de praktijk zijn de samenwerking tussen specialisten van de technische recherche, de uitwisseling van gegevens over bijvoorbeeld vervalste documenten, de tot voorjaar 2004 actieve Grens Overschrijdende Criminaliteits Teams (GOC-teams) bestaande uit personeel van Marechaussee en politie die zich richtten op de bestrijding van mensensmokkel.

Bijstand, Politiewet 1993

In feite betreft de bijstandsregeling zoals deze beschreven wordt in de artikelen 54 tot en met 60 een vorm van geïnstitutionaliseerde samenwerking tussen politiekorpsen en eventueel de Koninklijke Marechaussee of andere krijgsmachtdelen maar dan toegesneden op bepaalde, ernstige, incidenten.¹³⁾ Uitgangspunt van de regeling is dat de politiekorpsen zelf het eerst aangewezen zijn om over en weer bijstand te verlenen.

Bijstand door de Marechaussee, artikel 58 Politiewet 1993

Is de behoefte aan bijstand dermate groot van omvang (kwantitatieve noodzaak), of zo specialistisch van aard (kwalitatieve noodzaak) dat de regionale korpsen daaraan niet onderling kunnen voldoen, dan kan, met inachtneming van de binnen de politieorganisatie te stellen prioriteiten, vervolgens de Marechaussee worden ingezet. De bijstand door de Marechaussee vindt zijn grondslag in artikel 58 van de Politiewet dat stelt dat: "In bijzondere gevallen bijstand kan worden verleend door de Koninklijke Marechaussee."

Een voorbeeld van deze vorm van militaire bijstand in het kader van de handhaving van de openbare orde is de inzet van de Marechaussee bij de bewaking van de Amerikaanse ambassade in Den Haag als gevolg van de verhoogde dreiging naar aanleiding van de aanslagen van 11 september 2001.

¹¹⁾ Uiteraard betreft het hier geen uitputtende opsomming, Vaststelling Samenwerkingsregeling bestrijding terroristische misdrijven, 25 juli 1994, Stcrt. 1994, 143, p.7.

¹²⁾ Samenwerkingsregeling politie-Koninklijke marechaussee, d.d. 13 april 2001, Stcrt. 2001. 80, p. 8.

¹³⁾ Memorie van toelichting bij de artikelen 54-60 van de Politiewet 1993, TK, 1991-92, 22 562, nr. 3, p. 51-52.

Een voorbeeld van bijstand van de Marechaussee ten behoeve van justitie (strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde) is de inzet van eenheden van de Brigade Speciale Beveiligingsopdrachten (BSB) bij een grote drugsvangst in de haven van Vlissingen op 26 augustus 2003. De BSB verzorgde onder andere de bewaking van de boot en van het transport van de in beslag genomen hoeveelheid drugs. Een ander voorbeeld is de inzet van twee pantserwagens van de Marechaussee op bij acties op het woonwagenkamp de Vinkenslag te Maastricht. Onder gezag van de hoofdofficier van Justitie werd op 15 april 2004 het kamp hermetisch afgesloten met als doel om aanhoudingen te verrichten naar aanleiding van de eerdere blokkade van de woonwagenbewoners van de autosnelweg A-2.

2.2. Bijstand door andere krijgsmachtdelen, artikel 59 Politiewet 1993

Artikel 59 stelt : *"kan ook op grond van artikel 58 niet in de behoefte van bijstand worden voorzien, dan kan bijstand worden verleend door andere onderdelen van de krijgsmacht."*

Voorwaarde voor inzet van andere krijgsmachtdelen is dus dat de Marechaussee niet in deze bijstand kan voorzien. Gezien het verschillende karakter van de Marechaussee en de krijgsmachtdelen hoeft deze afweging echter niet vaak te worden gemaakt. De bijstand op grond van artikel 59 betreft veelal specifieke, dus kwalitatief noodzakelijke, inzet van een of meerdere krijgsmachtdelen.

Voorbeelden zijn de inzet van explosievenverkenningsteams van het Explosieven Opruimings Commando Koninklijke Landmacht bij het koninklijk huwelijk d.d. 2 februari 2002 en de inzet van duikers van de Duik- en Demontegroep van de Koninklijke marine bij het zoeken naar drugs in diepe wateren. Een voorbeeld van bijstand door de Koninklijke Luchtmacht is de inzet van luchttransport voor het vervoeren van zogenaamde "high risk" verdachten. Een voorbeeld hiervan is het luchttransport naar Libië, op 1 februari 2002, van de vrijgesproken Libische verdachte in de Lockerbie affaire.

2.3. Bijzondere militaire bijstand, artikel 60 politiewet 1993

Bijzondere bijstandseenheden van Defensie kunnen ingezet op grond van artikel 60: *"onze Ministers van Justitie, van Binnenlandse Zaken en van defensie kunnen besluiten tot het instellen van bijstandseenheden, bestaande uit personeel van de Koninklijke Marechaussee of andere onderdelen van krijgsmacht."*

Defensie kent een tweetal bijzondere bijstandseenheden, te weten de Bijzondere Bijstands Eenheid Mariniers (BBE-M) en de Bijzondere Bijstands Eenheid Krijgsmacht (BBE-K). Laatstgenoemde eenheid bestaat, evenals de Bijzondere Bijstands Eenheid Politie, uit lange-afstand precisieschutters.

De inzet van de bijzondere bijstandseenheden is nader uitgewerkt in de Regeling Bijzondere Bijstandseenheden¹⁴⁾. De inzet van de bijzondere bijstandseenheden van defensie is nader uitgewerkt in de Instellingsregeling bijzondere bijstandseenheden Defensie.¹⁵⁾

De inzet vindt alleen plaats in bijzondere situaties die zich hoog in het geweldsspectrum bevinden, zoals terroristische aanslagen en zware misdrijven. Zij verlenen bijstand aan de politie bij de daadwerkelijke bestrijding van zeer ernstige misdrijven, waarbij sprake is van direct levensbedreigende omstandigheden, dan wel het voorkomen van zeer ernstige misdrijven, waarbij sprake is van direct levensbedreigende omstandigheden, dan wel het voorkomen van zeer ernstige misdrijven, waarbij sprake is van in potentie aanwezige

¹⁴⁾ Stcrt. 2000, nr. 252, p. 6-7.

¹⁵⁾ Instellingsregeling bijzondere bijstandseenheden Defensie, 29 maart 1994, Stcrt. 1994, 70, p. 8.

direct levensbedreigende omstandigheden.¹⁶⁾

Het meest recente voorbeeld van inzet was de actie bij de vier tunnels in Rotterdam en Amsterdam als gevolg van de dreiging met bomaanslagen, op de ochtend van 27 september 2001. De bijzondere bijstandseenheden werden hierbij ondersteund door Lynx helikopters van de Koninklijke Marine en pantserwagens van de Marechaussee. Deze ondersteunende eenheden vallen niet onder de regeling bijzondere bijstandseenheden wat een separate bijstands aanvraag, ex. artikel 59 en ex. artikel 58, in het kader van de handhaving van de openbare orde, noodzakelijk maakt. Het gelijktijdig uitvoeren van een tweetal procedures ten behoeve van één en dezelfde operatie draagt, zo bleek ook in de bewuste ochtend van het tunnelincident, niet bij aan een flexibele en gecoördineerde inzet van eenheden. De aanvraag van de pantserwagens vond veel te laat plaats met als gevolg dat deze in een file terechtkwamen. Sindsdien er is dan ook een discussie¹⁷⁾ ontstaan of ook niet een aantal specifieke ondersteunende eenheden, zoals bijvoorbeeld pantserwagens en helikopters, deel moeten gaan uitmaken van een vernieuwde bijstandsregeling. Hierbij zou de coördinerende bewindspersoon, in casu de Minister van Justitie, meer bevoegdheden moeten hebben op grond waarvan hij in een crisissituatie de geëigende besluiten kan nemen.

3. Koninklijk Besluit d.d. 3 juli 1987; Nederlandse Antillen en Aruba

In het Koninklijk besluit van 3 juli 1987¹⁸⁾ zijn de kaders vastgesteld voor het verlenen van militaire bijstand op de Nederlandse Antillen en Aruba. Bij dit besluit kunnen de gouverneur van de Nederlandse Antillen en de gouverneur van Aruba de krijgsmacht ter beschikking stellen van de betreffende regering voor het verlenen van bijstand. Dit kan gaan om zogenaamde *zachte* bijstand als om *harde* bijstand.

Zachte bijstand betreft de directe inzet van ter plaatse aanwezige militairen bij calamiteiten die zijn ontstaan als gevolg van bijvoorbeeld natuurgeweld of plotselinge verstoringen van de inwendige veiligheid of de openbare orde. Een voorbeeld hiervan is de inzet na de orkaan Mitch op Sint Maarten. Deze bijstand kan ook direct worden geëffectueerd met de daar aanwezige Commandant Zeemacht Caraïbisch gebied.

De zogenaamde harde bijstand betreft de inzet de krijgsmacht bij de handhaving van de openbare orde of de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Een voorbeeld is de inzet van explosievenverkenners van het Korps Mariniers ter ondersteuning van de Antilliaanse politie. Om deze vorm van bijstand te effectueren moet de Gouverneur een verzoek in te dienen bij de Rijksministerraad. Bij spoed kan worden volstaan met ambtelijk overleg binnen het klein comité¹⁹⁾ of indien noodzakelijk kan bij een acute situatie de Minister van Defensie direct beslissen.

4. Wet rampen en zware ongevallen

Artikel 18 van de Wet rampen en zware ongevallen biedt de mogelijkheid voor militair bijstand ten tijde van rampen en zware ongevallen of bij ernstige vrees voor het ontstaan

¹⁶⁾ Toelichting bij de Regeling Bijzondere Bijstandseenheden, 13 december 2000, Stcrt. 2000, 252, p. 6-7.

¹⁷⁾ Onder andere in de Tweede Kamer: zie 2.

¹⁸⁾ Zie noot 4.

¹⁹⁾ Ambtelijk overleg tussen de Ministerie? van Buitenlandse Zaken, Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Justitie, Algemene zaken en Defensie met de gevolmachtigde Minister van Aruba of de gevolmachtigde Minister van de Nederlandse Antillen.

daarvan: *In bijzondere gevallen kan Onze commissaris in de provincie een verzoek tot bijstand richten aan Onze Minister (van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties). Deze wendt zich ter zake tot onze Minister van Defensie, die de nodige voorzieningen treft, tenzij dringende redenen zich daartegen verzetten.*

Nadrukkelijk is in de wet gekozen voor een coördinerende rol van de provincie en het Nationaal Coördinatie Centrum van het Ministerie. Het is dus niet (meer) mogelijk voor een burgemeester om rechtstreeks de hulp in te roepen van (lokale) militaire eenheden.

In de meeste gevallen bestaat de inzet van Defensie uit het in relatief korte tijd kunnen inzetten van relatief veel personeel en materieel.

Voorbeelden van deze vorm van bijstand zijn de inzet van militairen bij de vuurwerkkramp te Enschede en bij de (diverse) dreigende watersnoodrampen vanaf 1993.

5. Voorschrift militaire steunverlening in het openbaar belang en maatschappelijke dienstverlening door Defensie aan derden²⁰⁾

Voor militaire steunverlening in het openbaar belang en maatschappelijke dienstverlening door Defensie aan derden bestaat geen wettelijke basis. De regelingen zijn door de Minister van Defensie vastgelegd in het Voorschrift militaire steunverlening in het openbaar belang en maatschappelijke dienstverlening door defensie aan derden.

Militaire steunverlening in het openbaar belang betreft de noodzakelijke steunverlening aan bestuurlijke of justitiële autoriteiten en ander overheidsinstanties in situaties waarbij het algemeen belang in het geding is. Door het ontbreken van een wettelijke basis zouden aspecten als oneerlijke concurrentie met civiele marktpartijen een rol kunnen spelen. Om dit te voorkomen is voorwaarde voor inzet dan ook dat geen civiele partijen beschikbaar zijn; zonder de steun van de krijgsmacht zou de overheid haar verantwoordelijkheid niet kunnen nakomen. De grootschalige steunverleningen door de krijgsmacht bij de verschillende varkenspest-, mond en klauwzeer (MKZ)- en vogelpestrisissen de afgelopen jaren aan het Ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij zijn voorbeelden van steunverlening in het openbaar belang. Daarnaast verleende de Marechaussee tijdens deze verschillende steunverleningsoperaties militaire bijstand ter handhaving van de openbare orde.

Maatschappelijke dienstverlening betreft dienstverlening aan derden (niet zijnde bestuurlijke of justitiële autoriteiten), waarbij eveneens oneerlijke concurrentie met marktpartijen moet worden voorkomen. Personeel en materieel van Defensie mag alleen op incidentele basis worden ingezet ter ondersteuning van een charitatieve instelling, uit het oogpunt van goed nabuurschap (geografisch beperkt tot de omgeving van een defensiecomplex), en ter bevordering van een positieve beeldvorming van Defensie ten behoeve van de werving van personeel. Voorbeelden zijn de ondersteuning van de taptoe Breda, van de vierdaagse van Nijmegen en van (lokale) 5 mei comités.

6. Slot

Binnen het spectrum van samenwerking tussen de krijgsmacht en civiele autoriteiten zijn verschillende vormen aanwezig, elk met zijn eigen rechtsgrond.

²⁰⁾ Via internet: www.defensie.nl/mpbundels

| VORM | RECHTSGROND |
|---|--|
| Algemene samenwerking Marechaussee met politie | Politiewet 1993, artikel 10 |
| Structurele samenwerking Marechaussee met politie | Politiewet 1993, artikel 48 |
| Bijstand door de Marechaussee | Politiewet 1993, artikel 58 |
| Bijstand door andere krijgsmachtdelen | Politiewet 1993, artikel 59 |
| Biizondere militaire bijstand | Politiewet 1993, artikel 60 |
| Bijstand op de Nederlandse Antillen en Aruba | Koninklijk Besluit d.d. 3 juli 1987 |
| Bijstand in het geval van een ramp of een zwaar ongeval | Wet rampen en zware ongevallen, artikel 18 |
| Steunverlening in het openbaar belang en maatschappelijke dienstverlening | Voorschrift militaire steunverlening in het openbaar belang en maatschappelijke dienstverlening door defensie aan derden |

Om gestalte te geven aan de trend om deze samenwerking te intensiveren, lijkt een nadrukkelijker wisselwerking tussen Marechaussee en politie het meest aannemelijk omdat deze organisaties wat betreft kernkwaliteiten het dichtst bij elkaar liggen. Zonder tot een dubbeling van functionaliteiten te komen, zijn in dit proces mogelijkheden om tot een efficiëntere inzet te komen met als doel uiteindelijk een verhoogde veiligheid. Van belang is hierbij dat geldende afspraken eenduidig worden vastgelegd zodat geen onduidelijkheden ontstaan over bevoegdheden tijdens het optreden. Hiertoe lijkt het van belang te zijn om de beperking in de algemene opsporingsbevoegdheid van de Marechaussee, alleen gekoppeld aan de de haar opgedragen taken zoals genoemd in de politiewet 1993, op te heffen. Deze wijziging is momenteel in voorbereiding zonder dat daarbij aan een uitbreiding van de taken van de Marechaussee wordt gedacht. Gezien de voortdurende ontwikkelingen binnen het politiebesteding lijkt het echter niet uitgesloten dat een discussie over dit onderwerp, een volgende stap is. Concreet zou dit betekenen dat er een uitbreiding (of wijziging?) van taken van de Marechaussee moet plaatsvinden in artikel 6 van de Politiewet 1993.

De inzet van de overige krijgsmachtdelen richt zich met name op ad hoc situaties. Het gaat om de laatste fase in een getrapte systematiek van bijstandverlening. De kracht is hierbij de kwalitatieve en kwantitatieve incidentele inzet die militairen kunnen leveren op het moment dat deze niet bij politie en Marechaussee voorhanden is.

Daarnaast kunnen een aantal specifieke planmatige situaties waarbij bijstand door de krijgsmacht noodzakelijk is om een meer structurele regeling vragen. Te denken valt bijvoorbeeld aan de bijstand die de Luchtmacht kan leveren met de inzet van F-16's bij het naderen van een gekaapt vliegtuig in Nederlands luchtruim. De uiteindelijke regelingen die hiervoor worden getroffen dienen duidelijk en praktisch uitvoerbaar te zijn. Dit om te komen tot zowel een efficiënte en effectieve inzet als om te voorkomen dat achteraf onduidelijkheid over verantwoordelijkheden ontstaat.

De inzet van Bijzondere Bijstandseenheden lijkt tenslotte om een aanpassing te vragen waar het gaat om de bijbehorende ondersteunende eenheden (heli's, pantserwagens). Dit om in crisissituaties een snelle en gecoördineerde inzet van alle benodigde eenheden te kunnen garanderen.

OPMERKELIJKE ZAKEN (2)

Wie deserteerde op 1 april 1910?

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

Een korte bijdrage, waarin wordt verhaald over een soldaat die voor de derde keer deserteert en bij terugkeer anders blijkt te heten dan hij zich vóór vertrek noemde.¹⁾

Inleiding

Barend Hesselink dient als soldaat bij de Koloniale Reserve en is gelegerd in de Prins Hendrikkazerne te Nijmegen. Op 29 juli 1909 wordt hij door zijn commandant disciplinair gestraft wegens (eerste) desertie, gepleegd in tijd van vrede. Onder desertie werd in die tijd verstaan: het zich verwijderen met het oogmerk 's lands dienst voorgoed te verlaten. Lichte vormen van desertie konden, mits begaan in tijd van vrede, tuchtrechtelijk worden afgedaan; tenzij sprake was van recidive.

Op 10 september 1909 wordt Barend Hesselink wederom, nu door de krijgsraad, schuldig bevonden aan desertie. Hij wordt veroordeeld tot twee maanden militaire detentie. Het vonnis spreekt, overeenkomstig de eisen van de wet, van *tweede* desertie, gepleegd in tijd van vrede.²⁾

Op 1 april 1910 deserteert Barend Hesselink opnieuw. Ruim drie jaar later, op 29 juni 1913, keert hij vrijwillig terug. Hij wordt in arrest gesteld en naar de krijgsraad verwezen.

Een zoon van zijn vader, maar niet zijn broer

Tijdens het vooronderzoek geeft soldaat Hesselink toe dat hij, toen hij op 1 april 1910 zijn korps verliet, het oogmerk had 's lands dienst voorgoed te verlaten. Hij verklaart: 'Ik ben gedeserteerd omdat ik kregelig was geworden dat het zoolang duurde voor ik afgekeurd werd.' Tevens bekent hij, tot ieders verrassing, dat hij niet *Barend* Hesselink is, maar de broer van Barend, *Karel* Hesselink. Hij heeft zich destijds, toen hij zich als vrijwilliger aanmeldde, voor zijn broer uitgegeven, omdat hijzelf niet over een blanco strafregister beschikte. 'Ik was op 18-jarige leeftijd als heler van gestolen goed gestraft met vier maanden gevangenisstraf.'

De krijgsraad kiest voor tweede desertie

De krijgsraad acht, mede gelet op de bekentenis van beklagde, wettig en overtuigend bewezen dat *Karel* Hesselink zich heeft schuldig gemaakt aan desertie en veroordeelt hem tot een gevangenisstraf van drie maanden, met ontzegging van het recht om bij de gewapende macht te dienen voor de tijd van vijf jaar.³⁾

Als kwalificatie van het bewezenverklaarde kiest de krijgsraad voor *tweede* (en niet voor derde) desertie, gepleegd in tijd van vrede. Naar het oordeel van de krijgsraad kan wel met de op 29 juli 1909 disciplinair afgedane *eerste* desertie rekening worden gehouden (een disciplinaire strafoplegging is geen vonnis), maar niet met de op 10 september

¹⁾ De namen die in deze bijdrage voorkomen zijn verzonnen.

²⁾ MRT 1913114 (deel IX), p. 452.

³⁾ Krijgsraad Arnhem 2 september 1913, MRT 1913114 (deel IX), p. 451.

1909 bij vonnis afgedane *tweede* desertie. Vonnissen zijn bindend; ook krijgsraden hebben zich bij de inhoud van een vonnis neer te leggen. Aangenomen moet derhalve worden, aldus de krijgsraad, dat de in 1909 bij vonnis afgedane *tweede* desertie is gepleegd door *Barend Hesselink*. Zijn naam wordt in het vonnis vermeld.

Het Hoog Militair Gerechtshof ziet het anders

De openbare aanklager kan zich met deze zienswijze van de krijgsraad niet verenigen en stelt hoger beroep in. Tijdens de behandeling van de zaak door het Hoog Militair Gerechtshof concludeert de advocaat-fiscaal dat beklaagde zich heeft schuldig gemaakt aan *derde* desertie. Door tegenbewijs is immers aangetoond, aldus de advocaat-fiscaal, dat bij vonnis van 10 september 1909 'in naam weliswaar *Barend Hesselink*, doch in waarheid en in werkelijkheid *Karel Hesselink*, de nu beklaagde, aan *tweede* desertie is schuldig verklaard en deswege veroordeeld'.⁴⁾

Het Hoog Militair Gerechtshof roept een aantal getuigen op, onder wie de broer van beklaagde; en ook beider moeder. De moeder verklaart: 'Ik herken beklaagde als *Karel Hesselink*. Ik herken getuige als *Barend Hesselink*, evenals beklaagde mijn zoon, gesproten uit mijn huwelijk met *Janus Hesselink*. Ik heb beklaagde voor het eerst in het einde van 1906 gezien gekleed zijnde in de uniform der Koloniale Reserve. Hij kwam toen afscheid van mij nemen.'⁵⁾

Gelet op de bekentenis van beklaagde en op de verklaringen van de opgeroepen getuigen, komt het Hof tot de slotsom dat wettig en overtuigend is bewezen dat de persoon, die op 10 september 1909 door de krijgsraad wegens *tweede* desertie werd veroordeeld, dezelfde persoon is als degene die thans, wederom wegens desertie, terecht staat en is genaamd *Karel Hesselink*. Het Hof voegt hieraan toe dat door dit aan te nemen 'in geen opzicht wordt te kort gedaan aan bewijskracht van het aangehaalde uittreksel uit het vonnis van 10 September 1909, vermits dat uittreksel evenals het vonnis waaruit het is getrokken, niet anders bewijst dan dat een soldaat, die bij de Koloniale Reserve bekend stond en diende als *Barend Hesselink*, door den Krijgsraad was schuldig bevonden en veroordeeld, maar geenszins de strekking had om te bewijzen dat die veroordeelde werkelijk was *Barend Hesselink*'.

Vervolgens veroordeelt het Hoog Militair Gerechtshof *Barend Hesselink* wegens *derde* desertie, gepleegd in tijd van vrede, tot een gevangenisstraf van drie maanden, met ontzegging van het recht om bij de gewapende macht te dienen voor de tijd van vijf jaar.⁶⁾

MRT 1913/14 (deel IX), p. 455.

Uit de stukken blijkt dat soldaat Hesselink van zijn moeder afscheid kwam nemen omdat hij begin 1907 per schip naar Curaçao zou vertrekken. In 1909 keerde hij in Nederland terug.

⁶⁾ HMG 31 oktober 1913, MRT 1913114 (deel IX), p. 450 e.v.

STRAFRECHTSPRAAK

Rechtbank Arnhem

Militaire Kamer

Verkort vonnis op tegenspraak van 29 maart 2004

Voorzitter: Mr. E.G. Smedema, *Lid:* Mr. A.G. van Doorn, *Militair lid:* Luitenant-kolonel Mr. A.M. van Gorp

Rekening houden met andere gevolgen van het bewezen verklaarde feit bij de strafoplegging

(art. 2 WMSV en art. 350 Sv)

UITSPPRAAK

in de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen A, geboren op ... te ..., adres ..., ...

Raadsman: mr. B.K.M Fritz, advocaat te Haarlem.

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd dat: parketnummer 05/A-02:

1. hij als militair op of omstreeks 26 juli 2002 te Haarlem, ter uitvoering van het voornemen en het misdrijf om opzettelijk X van het leven te beroven, opzettelijk met zijn personenauto op die X is ingereden, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

althans, indien het vorenstaande onder 1 niet tot een veroordeling leidt:

hij op of omstreeks 26 juli 2002 te Haarlem, ter uitvoering van het voornemen en het misdrijf om aan X opzettelijk zwaar lichamelijk letsel toe te brengen, opzettelijk met zijn personenauto op die X is ingereden, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

2. hij als militair op of omstreeks 26 juli 2002 te Haarlem opzettelijk mishandelend een persoon (te weten X), heeft geslagen en/of gestompt en/of getrapt, waardoor deze letsel heeft bekomen en/of pijn heeft ondervonden;

3. hij als militair op of omstreeks 12 augustus 2002 te Haarlem (een) wapen(s) van categorie I onder 7°, te weten een pistool met opschrift U.S. 9mm M9-P.Beretta/Pietro Beretta mod.92fs CAL91 MADE IN CHINA M9-P Eretta, zijnde (een) voorwerp(en) dat/die voor wat betreft zijn vorm, afmeting en kleur een sprekende gelijkenis vertoonde(n) met (een) vuurwapen(s) en/of met (een) voor ontploffing bestemde voorwerp(en) voorhanden heeft gehad;

De in deze telastelegging gebruikte termen en uitdrukkingen worden, voorzover daaraan in de Wet wapens en munitie betekenis is gegeven, geacht in dezelfde betekenis te zijn gebezigd;

parketnummer 05/B-03:

hij als militair op of omstreeks 03 januari 2003 te Haarlem opzettelijk mishandelend een persoon (te weten Y), een kopstoot heeft gegeven en/of heeft geslagen en/of gestompt, waardoor deze letsel heeft bekomen en/of pijn heeft ondervonden;

2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is laatstelijk op 15 maart 2004 ter terechtzitting onderzocht.

Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr. B.K.M Fritz, advocaat te Haarlem.

Ter terechtzitting van 15 maart 2004 zijn de zaken van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem, onder bovenstaande parketnummers bij afzonderlijke dagvaardingen aanhangig gemaakt, gevoegd.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het bij parketnummer 05/A-02 onder 1 primair tenlastegelegde zal worden vrijgesproken en ter zake van het bij parketnummer 05/A-02 onder 1 subsidiair, 2 en 3 en bij uarketnummer 05/B-03 tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een werkstraf voor de duur van 200 uren subsidiair 100 dagen vervangende hechtenis met aftrek van de tijd in verzekering en voorlopige hechtenis doorgebracht, te weten 22 uren zijnde 11 dagen.

Verdachte en zijn raadsman hebben het woord ter verdediging gevoerd.

3. De beslissing inzake het bewijs

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

De militaire kamer acht niet wettig en overtuigend bewezen hetgeen verdachte bij parketnummer 05/A-02 onder 1 primair is tenlastegelegd en zal hem daarvan vrijspraken.

De militaire kamer acht wettig en overtuigend bewezen dat verdachte het bij parketnummer 05/A-02 onder 1 subsidiair, 2 en 3 en bij uarketnummer 05/B-03 tenlastegelegde heeft begaan, met dien verstande dat bewezen wordt geacht dat:

parketnummer 05/A-02:

1. hij op ~~of omstreeks~~ 26 juli 2002 te Haarlem, ter uitvoering van het voornemen en het misdrijf om aan X opzettelijk zwaar lichamelijk letsel toe te brengen, opzettelijk met zijn personenauto op die X is ingereden, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

2. hij als militair op ~~of omstreeks~~ 26 juli 2002 te Haarlem opzettelijk mishandelend een persoon (te weten X), heeft geslagen en/of gestompt en/of getrapt, waardoor deze ~~letsel heeft bekomen en/of~~ pijn heeft ondervonden;

3. hij als militair op ~~of omstreeks~~ 12 augustus 2002 te Haarlem feen(j) wapen(en) van categorie I onder 7°, te weten een pistool met opschrift U.S. 9mm M9-P.Beretta/Pietro Beretta mod.92fs CAL91MADE IN CHINA M9-P Eretta, zijnde feen(j) voorwerp(en) dat/die voor wat betreft zijn vorm, afmeting en kleur een sprekende gelijkenis vertoonde(n) met feen(j) vuurwapen(en) en/of met (een) voor ontplloffing bestemde voorwerp(en) voorhanden heeft gehad;

parketnummer 05/B-03:

hij als militair op ~~of omstreeks~~ 03 januari 2003 te Haarlem opzettelijk mishandelend een persoon (te weten Y), een kopstoot heeft gegeven en/of heeft geslagen en/of gestompt, waardoor deze ~~letsel heeft bekomen en/of~~ pijn heeft ondervonden;

Hetgeen verdachte bij parketnummer 05/A-02 onder 1 subsidiair, 2 en 3 en bij parketnummer 05/B-03 meer of anders is tenlastegelegd is niet bewezen. Verdachte moet daarvan worden vrijgesproken.

De beslissing dat verdachte het bewezenverklarde heeft begaan, is gegrond op de feiten en omstandigheden die in de bewijsmiddelen zijn vervat. Voor zover meer feiten bewezen zijn verklaard, worden de bewijsmiddelen alleen gebruikt voor het feit of de feiten waarop deze betrekking hebben.

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.

4. De strafbaarheid van het bewezenverklaarde

Het bewezenverklaarde levert op:

parketnummer 05/A-02:

feit 1 subsidiair:

"poging tot zware mishandeling",

voorzien en strafbaar gesteld bij artikel 302, eerste lid, juncto artikel 45 van het Wetboek van Strafrecht,

feit 2: "mishandeling",

voorzien en strafbaar gesteld bij artikel 300, eerste lid van het Wetboek van Strafrecht,

feit 3: "handelen in strijd met artikel 13, eerste lid van de Wet wapens en munitie",

strafbaar gesteld bij artikel 55, eerste lid, van de Wet wapens en munitie.

parketnummer 05/B-03:

"mishandeling",

voorzien en strafbaar gesteld bij artikel 300, eerste lid van het Wetboek van Strafrecht.

De feiten zijn 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 militaire kamer 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 13 januari 2004

De militaire kamer heeft bij de straftoemeting mede gelet op de navolgende door de officier van justitie - onder toezegging van afzonderlijke strafvervolgung terzake te zullen afzien - ad informandum gevoegde zaak, welke door verdachte is erkend, voorzien van het parketnummer 05/C-03, te weten:

- 31 augustus 2002, Haarlem, Gem. Haarlem, Wederrechtelijke vrijheidsberoving en mishandeling.

De militaire kamer overweegt in het bijzonder het navolgende.

Verdachte heeft zich schuldig gemaakt aan het inrijden met een auto op een persoon, het vervolgens mishandelen van die persoon en het voorhanden hebben van een sterk op een vuurwapen gelijkend imitatievuurwapen. Daarnaast heeft verdachte zich schuldig gemaakt aan de mishandeling van een andere persoon. Dit zijn ernstige en agressieve feiten waarmee verdachte het gevoel van onveiligheid in de maatschappij heeft versterkt. De militaire kamer heeft bij haar oordeel rekening gehouden met de omstandigheden waaronder de feiten zijn gepleegd en het feit dat verdachte door het gebeurde al een sanctie heeft onderzonden in de vorm van het verlies van zijn baan als militair, alsmede dat verdachte geen relevante documentatie heeft.

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen oordeelt de militaire kamer dat voor de afdoening van de onderhavige zaak geen andere straf in aanmerking komt dan een geheel voor-

waardelijke gevangenisstraf in combinatie met een werkstraf.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is, behalve de hiervoor genoemde wettelijke voorschriften, gegrond op de artikelen 10, 14a, 14b, 14c, 22c, 22d, 27, 57 en 91 van het Wetboek van Strafrecht en op artikel 56 van de Wet wapens en munitie.

8. De beslissing

[Volgt: veroordeling tot gevangenisstraf van twee weken voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren en een werkstraf van 150 uren, subsidiair 75 dagen hechtenis, met aftrek van 22 uren voor de reeds ondergane 11 dagen verzekering/voorlopige hechtenis – Red.]

NASCHRIFT

In deze zaak wordt door de militaire kamer bij de strafoplegging uitdrukkelijk rekening gehouden met de andere gevolgen die het bewezen verklaarde reeds voor de verdachte heeft gehad. Het ontslag als militair als gevolg van 'het gebeurde' is in dit geval de uitkomst van een administratiefrechtelijke procedure, maar dat kan in een strafzaak bij de bepaling van de strafmaat wel degelijk meespelen.

Een (officier-)raadsman in een militaire strafzaak doet er goed aan als hij bij de voorbereiding nagaat welke andere gevolgen er al zijn geweest om daarvan op de zitting melding te kunnen maken. Een onderbouwing met inzage van of overlegging van (kopieën van) stukken waarin die andere gevolgen zijn vermeld, is daarbij aan te bevelen.

J.R.G.J.

Arrondissementsrechtbank te Maastricht

Strafkamer

Vonnis van 31 maart 2004

Voorzitter: mr. R.A.J. van Leeuwen, Leden: mrs. M.J.H.T. Peters en J.P.M. Schwillens.

Grensoverschrijdend onderzoek Kmar?

Bevoegdheid Kmar in het kader van bijstand aan en samenwerking met de reguliere politie is beperkt tot grensoverschrijdende criminaliteit. Het moet delicten betreffen die naar hun aard grensoverschrijdend zijn of die naar algemene ervaringsregels vaak grensoverschrijdende elementen bevatten. Daarvan was geen sprake: tegen verdachte bestond slechts verdenking ter zake van bezit van wapens. Het bewijs is derhalve onrechtmatig verkregen, ook voor zover het betrekking heeft op vervolgens aangetroffen drugs.

(Sv art. 141, 359a; Politiewet 1993 art. 6;
Aanwijzingsbeschikking Koninklijke Marechaussee)

VONNIS

op tegenspraak gewezen door de meervoudige kamer voor strafzaken in de zaak tegen: [...], geboren te [...] op [...], thans gedetineerd in de Penitentiaire Inrichting Limburg Zuid – Gevangenis De Geerhorst te Sittard.

Dit vonnis is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting van 16

maart 2004.

De tenlastelegging

Aan de verdachte is ten laste gelegd dat:

1. hij, verdachte, op of omstreeks 16 december 2003 in de gemeente [...] opzettelijk aanwezig heeft gehad ongeveer 115 gram heroïne, in elk geval hoeveelheden of een hoeveelheid van een materiaal bevattende heroïne en/of ongeveer 15 gram cocaïne, in elk geval hoeveelheden of een hoeveelheid van een materiaal bevattende cocaïne, zijnde heroïne en/of cocaïne (telkens) (een) middel(en) als bedoeld in de bij de Opiumwet behorende lijst I;

2. hij, verdachte, op of omstreeks 16 december 2003 in de gemeente [...], een vuurwapen van categorie III, te weten een revolver, (inscripties "PTB Kna1,ME 38 Pocket") en/of munitie van categorie III, te weten 6 negen millimeter-patronen, in elk geval een negen millimeter-patroon, voorhanden heeft gehad.

De in deze tenlastelegging gebruikte termen en uitdrukkingen worden, voorzover daaraan in de Wet wapens en munitie betekenis is gegeven, geacht in dezelfde betekenis te zijn gebezigd.

Bewijsoverweging

Verdachte wordt het bezit van een hoeveelheid verdovende middelen en een wapen verweten. De aanleiding voor het onderzoek tegen verdachte vormt een CIE-melding welke in essentie luidt: "In die kamer liggen meerdere pistolen van [verdachte]. [Verdachte] is een man van Turkse komaf". Naar aanleiding van deze mededeling is een eenheid, voornamelijk bestaande uit medewerkers van de Koninklijke Marechaussee (verder aan te duiden als Kmar), in de kamer van verdachte binnengetreden en heeft daar naast één wapen een hoeveelheid verdovende middelen aangetroffen.

Door de raadsman is betoogd dat de verdenking op grond waarvan het onderzoek is gestart een feit betreft waarvoor de Kmar niet bevoegd is op te treden. De uit dit onderzoek voortgekomen bewijsmiddelen zijn daarom onrechtmatig verkregen en verdachte dient te worden vrijgesproken. Met betrekking tot dit verweer overweegt de rechtbank het volgende.

Het onderzoek in deze zaak is blijkens de stukken in het dossier uitgevoerd door 7 leden van de Kmar en één politieagent. De gebruikte machtiging tot binnentreden is afgegeven door [X.], adjudant-onderofficier van de Kmar. De machtiging is verstrekt aan [Y.], opperwachtmeester van de Kmar. In de kop van het inleidende proces-verbaal worden eerst de leden van de Kmar genoemd en pas als laatste de politieagent. Met uitzondering van het inleidende proces-verbaal zijn geen van de relevante processen verbaal in deze zaak getekend door die agent. Uit deze omstandigheden leidt de rechtbank af dat inderdaad sprake is van een onderzoek 'van' de Kmar.

In casu komt volgens de rechtbank als enige rechtsgrond voor het optreden van de Kmar art. 6 lid 1 sub d van de Politiewet in aanmerking. Op grond van dit artikel is de Kmar bevoegd een onderzoek uit te voeren indien er sprake is van "samenwerking met de reguliere politie, daaronder begrepen de assistentieverlening aan de politie bij de bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit".

De officier van justitie heeft ter zitting betoogd dat in casu van een dergelijke samenwerking sprake is; [...] ter onderbouwing van deze stelling [heeft hij] een afschrift van het Convenant Grensoverschrijdende Criminaliteit [overgelegd], op 30 september 1993 getekend door de Ministers van Defensie, Justitie en Binnenlandse zaken, alsmede een brief van de Procureur-Generaal bij het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch d.d. 19 januari 1995. Met betrekking tot deze stukken gaat de rechtbank ervan uit dat, nu recentere afspraken niet zijn overgelegd, deze afspraken nog steeds gelden en dat in het geval van de brief van

de Procureur-Generaal, waarin een looptijd van één jaar wordt vermeldt, de daarin vermelde afspraken stilzwijgend zijn verlengd.

De inhoud van deze overgelegde stukken legt de rechtbank, met name tegen de achtergrond van het hiervoor genoemde art. 6 lid 1 sub d van de Politiewet, aldus uit dat de samenwerking met de politie betrekking heeft op criminaliteit met een grensoverschrijdend karakter. Is daarvan sprake, dan is de Kmar bevoegd op te treden omdat zij dan immers handelt in samenwerking met, en ter assistentie van, de politie. Bij de vraag of er sprake is van een delict met een grensoverschrijdend karakter hoeft volgens de rechtbank niet van geval tot geval vast te staan dat de zaak daadwerkelijk een grensoverschrijdend aspect heeft omdat anders een doelmatige opsporing ernstig kan worden verstoord (Zie ook Rb Maastricht 4 maart 2003, LJN AF5177). Wel zal sprake moeten zijn van een delictsvorm die naar haar aard grensoverschrijdend is of waarbij naar algemene ervaringsregels vast staat dat deze delictsvorm vaak een grensoverschrijdend element bevat. De rechtbank noemt onder andere drugstoe-risme, vormen van illegale handel zoals drugs- en wapenhandel, illegale grensoverschrijdingen, illegale arbeid en criminaliteit waarbij het vreemdelingenaspect een belangrijke rol speelt. Een ruimere uitleg, bijvoorbeeld inhoudende dat de Kmar bevoegd is een onderzoek in te stellen bij alle criminaliteit welke zich in de grensstreek afspeelt, komt volgens de rechtbank echter in strijd met de tekst en bedoeling van art 6 lid 1 sub d van de Politiewet.

Uit de stukken welke zich in het dossier bevinden, en de rechtbank noemt dan met name de CIE-informatie, het inleidende proces-verbaal en de machtiging tot binnentreden, blijkt dat het onderzoek in deze zaak zich [richtte] op het bezit van wapens door verdachte. Die verdenking [was] de reden van het onderzoek door de Kmar. De bevoegdheid van de Kmar dient vervolgens ook beoordeeld te worden op grond van die verdenking.

De rechtbank ziet zich dus voor de vraag gesteld of het bezit van wapens een delictsvorm is die naar zijn aard, of naar algemene ervaringsregels, een grensoverschrijdend karakter heeft. Die vraag beantwoordt de rechtbank ontkennend. Het enkele bezit is, in tegenstelling tot bijvoorbeeld wapenhandel, niet een dergelijke delictsvorm met een grensoverschrijdend karakter. Hieruit vloeit voort dat de Kmar niet bevoegd was een onderzoek in te stellen naar het vermeende wapenbezit van verdachte. De uit dat onderzoek naar voren gekomen bevindingen, ook voor zover die betrekking hebben op de verdovende middelen, dienen te worden beschouwd als onrechtmatig verkregen en kunnen niet meewerken tot de veroordeling van verdachte. Van andere bewijsmiddelen, die niet te betitelen zijn als het rechtstreekse gevolg van genoemd onbevoegd optreden, is niet gebleken. Er zijn derhalve geen wettige bewijsmiddelen voorhanden waarop een bewijs van het tenlastegelegde kan worden gegrond.

De vrijspraak

Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat de rechtbank niet wettig en overtuigend bewezen acht hetgeen aan de verdachte onder 1 en 2 is ten laste gelegd. De verdachte moet hiervan worden vrijgesproken.

De redengeving van de op te leggen maatregel

De in de beslissing als zodanig te noemen in beslag genomen en nog niet teruggegeven voorwerpen (wapen met zes patronen) is van zodanige aard dat het ongecontroleerde bezit daarvan in strijd is met de wet. Bij het onderzoek ter terechtzitting is gebleken dat het voorwerpen zijn met betrekking tot welke het feit is begaan.

Deze voorwerpen zullen aan het verkeer worden onttrokken.

Ten aanzien van het overige in de beslissing als zodanig te noemen in beslaggenomen en nog niet teruggegeven geld, gelast de rechtbank de teruggave aan verdachte.

De op te leggen maatregel is gegrond op de artikelen 36b en 36c van het Wetboek van Strafrecht.

[Volgt: Vrijspraak, met onttrekking aan het verkeer van een vuurwapen en patronen. - Red.]

NASCHRIFT

Art. 141 Sv bepaalt dat aangewezen personeel van de Koninklijke marechaussee (Kmar) in door de ministers van Justitie en Defensie bepaalde gevallen met de opsporing van strafbare feiten belast is. Bedoeld worden officieren, onderofficieren en militairen die in de Aanwijzingsbeschikking opsporingsambtenaren Koninklijke marechaussee (Stcrt. 1994, 70) zijn aangewezen. Bevoegd tot opsporing zijn zij echter alleen als zij taken hun opgedragen bij de Politiewet 1993 of andere wetten uitoefenen: art. 6 lid 4 Politiewet 1993 bepaalt dat de Kmar-militair die krachtens art. 141 Sv opsporingsbevoegdheid heeft tot optreden bevoegd is indien hij bij de uitoefening van zijn politietaken op strafbare feiten stuit. Waar een Kmar-militair geen politietaak uitoefent is hij derhalve niet bevoegd van zijn opsporingsbevoegdheid gebruik te maken. De politietaken waarmee de Kmar belast is zijn omschreven in art. 6 lid 1 Politiewet 1993, waarvan onderdeel d noemt: "de verlening van bijstand alsmede de samenwerking met de politie krachtens deze wet, daaronder begrepen de assistentieverlening aan de politie bij de bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit".

In deze zaak stond ter discussie of van samenwerking als bedoeld in art. 6 lid 1, aanhef en onder b Politiewet 1993 sprake was. Meer in het bijzonder moest de vraag worden beantwoord of die samenwerking grensoverschrijdende criminaliteit in de zin van het Convenant Grensoverschrijdende Criminaliteit d.d. 30 september 1993 en een kennelijk daarop betrekking hebbende brief van de Procureur-Generaal te 's-Hertogenbosch d.d. 19 januari 1995 betrof. Die vraag wordt door de rechtbank ontkennend beantwoord: weliswaar hoeft niet van geval tot geval te worden vastgesteld dat de zaak daadwerkelijk een grensoverschrijdend aspect heeft¹⁾, wel moet sprake zijn van een delictsvorm die naar haar aard grensoverschrijdend is of die volgens algemene ervaringsregels vaak een grensoverschrijdend element bevat. Het enkele bezit van – te onderscheiden van de handel in – wapens is volgens de rechtbank niet zo'n delictsvorm. Daaruit volgt dat de Kmar niet ter uitoefening van haar politietaak handelde, dus niet tot opsporing bevoegd was. Het bewijs is derhalve onrechtmatig verkregen, ook voor zover het betrekking heeft op drugs die vervolgens werden aangetroffen: in zoverre moet het als verboden vrucht beschouwd worden.

Het is de vraag of de door de rechtbank aangelegde criteria de praktijk veel houvast bieden, de door haar gegeven voorbeelden in aanmerking genomen: bezit van wapens of drugs kan toch aanleiding geven tot het niet onredelijke vermoeden dat daarin gehandeld wordt? De officier van justitie liet het er in elk geval niet bij zitten; hij stelde hoger beroep in. De uitkomst daarvan zal wellicht een Pyrrusoverwinning blijken: de minister van Justitie verklaarde desgevraagd wijzigingen van het Wetboek van Strafvordering en de Politiewet 1993 voor te bereiden die voorzien in uitbreiding van de opsporingsbevoegdheid van de Kmar tot de omvang van de opsporingsbevoegdheid van de politie (TK 2003/04, 1491). Zo lang niet ook de taken van de Kmar uitgebreid worden, zullen deze wijzigingen echter niet veel uithalen.

M.M.D.

¹⁾ De rechtbank verwijst naar zijn vonnis van 4 maart 2003, LJN AF5177, waar overwogen wordt dat deze eis een doelmatige opsporing zou kunnen belemmeren. Dat is evident: de opsporing zal er mede op gericht zijn vast te stellen of de feiten grensoverschrijdende aspecten vertonen.

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 13 augustus 2004

0216522 MAW

Voorzitter: mr. J.C.F. Talman; *leden:* mr. K. Zeilmaker en mr. R. Kooper

Verzoek om herziening

Een gewezen militair verzoekt de Centrale Raad van Beroep in december 2002 een drie maanden tevoren door de Raad gegeven uitspraak te herzien. Het geding draaide om het besluit van de Staatssecretaris van Defensie tot het niet volledig restitueren van transportkosten omdat de militair 35 m3 inboedel naar Nederland heeft laten verhuizen en dit meer was dan destijds bij uitzending werd verscheept. Betrokkene had na de uitspraak van de Raad nadere gegevens van de verhuizer verkregen.

Het verzoek om herziening is door de Raad afgewezen. Het bijzondere rechtsmiddel van herziening is niet gegeven om, anders dan op grond van enig nieuw feit of enige nieuwe omstandigheid, een hernieuwde discussie over de betrokken zaak te voeren en evenmin om een discussie over de betrokken uitspraak te openen.

Herziening (Awb art. 8:88)

UITSPRAAK

met toepassing van artikel 21 van de Beroepswet in samenhang met artikel 8:88 van de Algemene wet bestuursrecht op het verzoek van: [verzoeker], wonende te [woonplaats], verzoeker, om herziening van de uitspraak van de Raad van 26 september 2002, nr. 001431 MAW.

I. Ontstaan en loop van het geding

Verzoeker heeft bij brief van 18 december 2002, met bijlagen, verzocht om herziening van bovenvermelde uitspraak, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens de Staatssecretaris van Defensie, in die uitspraak en hierna aangeduid als gedaagde, is op het verzoekschrift gereageerd.

Het verzoek is behandeld ter zitting van 18 juni 2004, waar verzoeker in persoon is verschenen, bijgestaan door zijn echtgenote J.H. en waar gedaagde zich heeft laten vertegenwoordigen door mr. M. van Reigersberg Versluys, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1.1. Ingevolge artikel 21 van de Beroepswet in samenhang met artikel 8:88, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kan een onherroepelijk geworden uitspraak van de Raad op verzoek van een partij worden herzien op grond van feiten of omstandigheden die:

- a. hebben plaatsgevonden vóór de uitspraak,
- b. bij de indiener van het verzoekschrift vóór de uitspraak niet bekend waren en redelijkerwijs niet bekend konden zijn, en
- c. waren zij bij de Raad eerder bekend geweest, tot een andere uitspraak zouden hebben kunnen leiden.

1.2. Volgens vaste rechtspraak van de Raad is het bijzondere rechtsmiddel van herziening niet gegeven om, anders dan op grond van enig nieuw feit of enige nieuwe omstandigheid als in artikel 8:88 van de Awb bedoeld, een hernieuwde discussie over de betrok-

ken zaak te voeren en evenmin om een discussie over de betrokken uitspraak te openen.

2. Bij de uitspraak waarvan thans herziening wordt gevraagd heeft de Raad de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 15 december 1999, nr. AWB 9914080 MAWKMA, bevestigd. Bij laatstgenoemde uitspraak is verzoekers beroep gericht tegen het besluit op bezwaar van 29 maart 1999 ongegrond verklaard, waarbij gedaagde zijn besluit heeft gehandhaafd tot het niet volledig restitueren van verzoekers transportkosten omdat hij 35 m³ inboedel naar Nederland heeft laten verhuizen en dit meer was dan destijds bij uitzending werd verscheept.

3. Verzoeker stelt dat de uitspraak van de Raad moet worden herzien omdat hij inmiddels de beschikking heeft over een brief van de (voormalig) directeur van Damco Verhuizingen B.V. en deze zich destijds niet onder de gedingstukken bevond. Uit deze brief blijkt volgens verzoeker dat de taxatie van de uitgaande inboedel een standaardtaxatie is waarbij niet het aantal kubieke meters aan inboedel voor de verhuizer telt maar de maat van de verhuiscontainer. Verzoeker heeft voorts aangevoerd dat hij middels een opnieuw uitgevoerde berekening aannemelijk heeft gemaakt dat de omvang van de uitgaande boedel kan worden vastgesteld op 37,4 m³.

4. De Raad overweegt als volgt.

4.1. Anders dan verzoeker is de Raad van oordeel dat verzoeker reeds vóór 's Raads uitspraak de (voormalig) directeur van Damco B.V. had kunnen opsporen en hem ertoe had kunnen bewegen ten gunste van hem een brief te schrijven. De Raad kan voorts niet inzien dat de door verzoeker ingebrachte herberekening van de omvang van de boedel niet destijds door hem opgesteld en in geding gebracht had kunnen worden. Derhalve is de Raad van oordeel dat verzoeker geen feiten en omstandigheden heeft aangevoerd die hij niet reeds vóór de uitspraak van de Raad had kunnen achterhalen en redelijkerwijs in de toenmalige procedure naar voren had kunnen brengen, zodat niet voldaan is aan artikel 8:88, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb.

4.2. Voorts merkt de Raad nog op dat de door verzoeker ingebrachte brief van de (voormalig) directeur van Damco B.V. niet had kunnen leiden tot een ander oordeel dan in de uitspraak is vevat. Uit voornoemde brief blijkt allereerst dat het aantal kubieke meters dat de uitgaande inboedel in beslag heeft genomen niet meer kan worden vastgesteld. Voorts is de (voormalig) directeur van mening dat het feit dat de verhuisopdracht een taxatie vermeldt van een inboedelomvang van 30 m³ tot de conclusie leidt dat de verhuizer ervan uitging dat de uitgaande inboedel ook in een 20-voets container zou hebben gepast. Nu de rechtbank reeds had vastgesteld dat in een 20-voets container maximaal 32 m³ kan worden vervoerd, kan verzoeker hiermee niet aannemelijk maken dat zijn inboedel bij uitzending minimaal 35 m³ bedroeg.

4.3. Nu moet worden geoordeeld dat niet is voldaan aan de in artikel 8:88 van de Awb gegeven maatstaven voor herziening van een onherroepelijk geworden uitspraak dient het verzoek om herziening te worden afgewezen.

5. De Raad acht geen termen aanwezig om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Awb inzake de proceskosten.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE

Wijst het verzoek om herziening af.

Centrale Raad van Beroep

7 oktober 2004

0212689 MAW

Voorzitter: mr. J.C.F. Talman; leden: mr. A. Beuker-Tilstra en mr. J.Th. Wolleswinkel

De ingetrokken veiligheidsverklaring (2)

Bij besluit van 15 februari 2001 werd door de Minister van Defensie van een vrouwelijke officier de (eerder afgegeven) veiligheidsverklaring ingetrokken: onderzoek had uitgewezen dat zij een intieme relatie onderhield met een kaderlid van de Nederlandse Volk Unie (NVU), hetgeen - gelet op feit dat zij een zgn. A-vertrouwensfunctie vervulde - een risico inhield op schade aan de veiligheid en/of andere gewichtige belangen van de Staat. Toen de officier (hierna: appellante) tegen het besluit tot intrekking schriftelijk bezwaar maakte, handhaafde de minister (hierna: gedaagde) de intrekking. De rechtbank S-Gravenhage verklaarde het tegen dit (laatste)besluit ingestelde beroep ongegrond, welke uitspraak door de Centrale Raad van Beroep werd bevestigd. Naar het oordeel van de Raad was gedaagde in het onderhavige geval alleszins bevoegd om tot intrekking van de veiligheidsverklaring over te gaan. Ook kon, gelet op het te dienen veiligheidsbelang, niet worden gezegd dat gedaagde niet in redelijkheid van de hem toekomende bevoegdheid gebruik had mogen maken. Tegenover het standpunt van appellante dat ten aanzien van haar het (in artikel 6 EVRM neergelegde) verdedigingsbeginsel was geschonden omdat kennisneming van twee aan het bestreden besluit ten grondslag liggende stukken haar was onthouden, stelde de Raad dat de zgn. geheimhoudingskamer van de Raad eerder had bepaald dat het verdedigingsbeginsel in het onderhavige geval niet opwoog tegen het belang van gedaagde om bedoelde stukken voor appellante geheim te houden.

(Veiligheidsverklaring;verdedigingsbeginsel)

UITSpraak

in het geding A., wonende te B., appellante, en de Minister van Defensie, gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Namens appellante is op bij beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 17 april 2001 (lees: 2002), nr. AWB 021713 MAWKLU, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is bij brief van 12 augustus 2002 een verweerschrift ingediend en aan de Raad verzocht om onder toepassing van artikel 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gedeelten van de gedingstukken 2 en 3 niet aan appellante te overleggen, maar hiervan uitsluitend zelf kennis te nemen.

Bij beslissing van een zogeheten geheimhoudingskamer van de Raad van 24 juni 2004 is bepaald dat deze door gedaagde gevraagde beperking van kennisneming gerechtvaardigd is.

Aan appellante is vervolgens verzocht of zij de Raad wel of niet toestemming verleent om mede op grond van de stukken waarvoor beperkte kennisname geldt uitspraak te doen. Namens appellante is bericht dat zij er bezwaar tegen heeft dat de geheimgehouden gedeelten van de stukken deel uitmaken van het procesdossier.

Het geding is, gevoegd met andere gedingen van appellante, geregistreerd onder nrs. 0212688 MAW, 02/2736 MAW, 0212729 MAW en 0411210 MAW, behandeld ter zitting

van 26 augustus 2004. Appellante is in persoon verschenen, bijgestaan door mr. B.J. Schadd, advocaat te Arnhem. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. J.S.K. Fortuin en mr. R.H.H. Nathans, beiden werkzaam bij het Ministerie van Defensie. Na de behandeling ter zitting zijn de zaken gesplitst; thans wordt in de onderhavige zaak afzonderlijk uitspraak gedaan.

II. Motivering

1. Bij zijn oordeelsvorming gaat de Raad uit van de volgende feiten en omstandigheden.

1.1. Gedaagde heeft aan appellante, die was aangesteld als officier bij het dienstvak Inlichtingen en Veiligheid van de Koninklijke Luchtmacht en daar een zogeheten A-vertrouwensfunctie vervulde, bij schrijven van 17 oktober 2000 bericht dat hij heeft besloten een hernieuwd veiligheidsonderzoek naar haar in te stellen. De reden voor dit onderzoek was gelegen in het feit dat nieuwe gegevens bekend waren geworden omtrent de persoonlijke gedragingen en omstandigheden van appellante, hetgeen in het licht van haar functie een mogelijk veiligheidsrisico opleverde.

1.2. Bij schrijven van 13 november 2000 heeft gedaagde aan appellante meegedeeld dat hij het voornemen heeft om de eerder ten aanzien van appellante afgegeven verklaring als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel b, van de Wet veiligheidsonderzoeken (hierna: de veiligheidsverklaring) in te trekken. Appellante heeft op 22 januari 2001 haar zienswijze daarover gegeven.

1.3. Gedaagde heeft bij besluit van 15 februari 2001 de veiligheidsverklaring ingetrokken. Als reden van deze intrekking is gegeven dat bij het hernieuwde veiligheidsonderzoek was gebleken en door appellante in het zienswijzegesprek was bevestigd dat zij een intieme relatie heeft met een kaderlid van de Nederlandse Volk Unie (NVU). Deze partij is door gedaagde hierbij aangeduid als een racistische en anti-democratische, extreem rechtse partij die het neo-nazistische gedachtegoed aanhangt. Na bezwaar is dit besluit gehandhaafd bij besluit van 6 juni 2001.

2. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het namens appellante tegen het besluit van 6 juni 2001 ingestelde beroep ongegrond verklaard.

3.1. In hoger beroep heeft appellante zich op het standpunt gesteld dat de rechtbank ten onrechte van de juistheid van de door gedaagde gestelde feiten is uitgegaan en dat hiermee het verdedigingsbeginsel zoals dat ook is neergelegd in artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) is geschonden. Omdat zij de bij gedaagde levende bezwaren tegen het betrokken kaderlid niet exact kent, kan zij zich niet goed verdedigen. Voorts is evenals in beroep aangevoerd dat gedaagde er ten onrechte geen rekening mee heeft gehouden dat appellante reeds bij het veiligheidsonderzoek ten behoeve van haar indiensttreding had gemeld dat zij het betrokken kaderlid van de NVU kende. Gedaagde heeft verder naar de mening van appellante niet aannemelijk gemaakt dat door deze relatie enig gevaar voor de veiligheid van de staat zou (kunnen) ontstaan.

3.2. Gedaagde heeft aangevoerd dat hem niet kan worden tegengeworpen dat de rechtbank, doordat appellante daarvoor geen toestemming heeft verleend, niet in staat was tot kennisname van de inhoud van alle stukken waarop de intrekking van de veiligheidsverklaring is gebaseerd.

Appellante heeft bij indiensttreding weliswaar gemeld, aldus gedaagde, dat zij het kaderlid van de NVU incidenteel op een feestje ontmoette, maar de aard van de relatie is later veranderd en deze is geïntensiveerd. Deze relatie betekent naar het oordeel van gedaagde, nu appellante een zogeheten A-vertrouwensfunctie vervult waarin zij werk-

zaamheden verricht met betrekking tot staatsgeheimen, een risico op schade aan de veiligheid of andere gewichtige belangen van de staat of zijn bondgenoten. Het is niet ondenkbaar dat appellante door haar relatie met genoemd kaderlid wordt beïnvloed of onder druk gezet met betrekking tot die staatsgeheimen, welk risico gedaagde onaanvaardbaar acht. Gedaagde acht ook het vertrouwen in appellante als officier in een voorbeeldfunctie geschaad, nu zij in die functie tot taak heeft het handhaven en verdedigen van de democratie en een relatie onderhoudt met iemand die een anti-democratisch gedachtegoed voorstaat en propageert. De belangen van de staat moeten volgens gedaagde prevaleren boven die van appellante.

4. De Raad overweegt het volgende.

4.1. Gedaagde is op grond van artikel 10, eerste lid, van de Wet veiligheidsonderzoeken (WVO) in verbinding met artikel 2 van deze wet bevoegd tot het intrekken van de veiligheidsverklaring, indien hem blijkt dat onvoldoende waarborgen aanwezig zijn dat de betrokkene onder alle omstandigheden de uit zijn vertrouwensfunctie voortvloeiende plichten getrouwelijk zal volbrengen.

4.2. Dit betekent dat de Raad naar aanleiding van hetgeen appellante in hoger beroep naar voren heeft gebracht in de eerste plaats de vraag dient te beantwoorden of gedaagde op goede gronden tot het oordeel kon komen dat gebleken is dat genoemde waarborgen in onvoldoende mate aanwezig zijn.

4.3. Het getrouwelijk volbrengen van de uit de vertrouwensfunctie voortvloeiende plichten heeft, gelet op artikel 3 van de WVO, betrekking op wat door de veiligheid of andere gewichtige belangen van de staat wordt gevorderd. Uit de parlementaire behandeling van de WVO volgt dat het daarbij gaat om de veiligheid van die delen van de overheidsorganisatie en van de particuliere sector die van vitaal belang zijn voor het maatschappelijk leven.

4.4. Appellante heeft in hoger beroep aan de Raad geen toestemming gegeven om kennis te nemen van de volledige inhoud van de twee aan het bestreden besluit ten grondslag liggende stukken, waarvan om gewichtige redenen een beperkte kennisneming door appellante gerechtvaardigd is geoordeeld. Derhalve zal ook de Raad, evenals de rechtbank, dienen uit te gaan van de juistheid van de door gedaagde gestelde feiten omtrent de aard en de inhoud van de relatie, die volgens gedaagde intrekking van de veiligheidsverklaring rechtvaardigt, tenzij appellante aannemelijk zou hebben gemaakt dat door gedaagde van onjuiste feiten is uitgegaan. Ten aanzien van de grief van appellante in dit verband dat hiermee het verdedigingsbeginsel wordt geschonden verwijst de Raad naar hetgeen de geheimhoudingskamer van de Raad in de onder rubriek I genoemde beslissing hieromtrent heeft overwogen. In die beslissing is de opvatting van gedaagde onderschreven dat inlichtingen- en veiligheidsdiensten zoals de MID (MIVD) en de BVD (AIVD) hun wettelijke taken uitsluitend binnen een zekere mate van geheimhouding effectief kunnen uitvoeren en dat hun bronnen, werkwijze en actueel kennisniveau in beginsel geheim gehouden moeten kunnen worden. Voorts is in die beslissing overwogen dat ook in dit geval bij afweging van belangen - waaronder het verdedigingsbeginsel - een voldoende gewichtige reden was gelegen om het verzoek om geheimhouding te honoreren en dat het door appellante aangevoerde verdedigingsbeginsel niet opwoog tegen het belang van gedaagde om de in geding zijnde gegevens geheim te houden. Hieraan is toegevoegd dat, nu appellante als militair ambtenaar was belast met een functie die kenmerkend is voor de specifieke taak van de publieke dienst, het onderhavige geschil buiten het bereik van het EVRM valt.

4.5. De Raad acht evenmin als de rechtbank door appellante aannemelijk gemaakt dat gedaagde van onjuiste feiten is uitgegaan, nu appellante slechts heeft gesteld dat de aard

van de relatie met genoemd kaderlid niet van belang is, maar dat het gaat om haar persoonlijke betrouwbaarheid in haar functioneren. Appellante heeft erkend dat zij ten tijde hier in geding een dusdanige relatie onderhield met genoemd kaderlid dat zij het nodig vond om afspraken met hem te maken over het gescheiden houden van werk en privéleven.

4.6. Nu gedaagde op grond van de onderzoeksbevindingen tot de conclusie is gekomen dat niet kon worden uitgesloten dat appellante via deze relatie onder druk gezet zou worden om de haar in haar functie bekend geworden staatsgeheimen bloot te geven, kon bij gedaagde ernstige twijfel ontstaan over de vraag of appellante onder alle omstandigheden de uit haar functie voortvloeiende plichten getrouwelijk zou volbrengen. Dit betekent dat gedaagde bevoegd was om op grond van artikel 10, eerste lid, van de WVO tot intrekking van de veiligheidsverklaring over te gaan.

4.6. De Raad is voorts van oordeel dat, gezien het hier te dienen veiligheidsbelang, niet gezegd kan worden dat gedaagde niet in redelijkheid van deze bevoegdheid gebruik heeft kunnen maken. Dat appellante bij haar sollicitatie er reeds melding van heeft gemaakt dat zij genoemd kaderlid oppervlakkig kende, kan gezien hetgeen onder 4.5. is overwogen niet tot een andere conclusie leiden.

4.7. Het vorenstaande leidt ertoe dat de aangevallen uitspraak voor bevestiging in aanmerking komt.

5. De Raad acht tot slot geen termen aanwezig om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Awb inzake vergoeding van proceskosten.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. Artikel 10, eerste lid, van de Wet veiligheidsonderzoeken (hierna: WVO), in verbinding met artikel 2 WVO, verleent de Minister van Defensie ten aanzien van militairen de bevoegdheid om een eerder verstrekte veiligheidsverklaring in te trekken, indien hem blijkt dat onvoldoende waarborgen aanwezig zijn dat betrokkene onder alle omstandigheden de uit zijn functie voortvloeiende plichten getrouwelijk zal (blijven) volbrengen. Zoals in de onderhavige uitspraak valt te lezen, heeft naar oordeel van de Raad het getrouwelijk volbrengen van plichten, gelet op het bepaalde in artikel 3 WVO, betrekking op al hetgeen door de veiligheid of door andere gewichtige belangen van de Staat wordt gevorderd, Aan deze vaststelling voegt de Raad toe, dat uit de parlementaire geschiedenis van de wet volgt dat het hier gaat om 'de veiligheid van die delen van de overheidsorganisatie en van de particuliere sector die van vitaal belang zijn voor het maatschappelijk leven'.

2. In hoger beroep voerde appellante onder meer aan dat ten aanzien van haar het (in artikel 6 EVRM neergelegde) verdedigingsbeginsel was geschonden: haar was kennisneming van de volledige inhoud van twee aan het bestreden besluit ten grondslag liggende stukken onthouden. Tegenover deze grief stelde de Raad dat de zgn. geheimhoudingskamer van de Raad eerder bij beslissing van 24 juni 2004 (TAR 2004, nr. 169) had bepaald dat het verdedigingsbeginsel in het onderhavige geval niet opwoog tegen het belang van gedaagde om bedoelde stukken voor appellante geheim te houden, met de toevoeging dat - 'nu appellante als militair ambtenaar was belast met een functie die kenmerkend is voor de specifieke taak van de publieke dienst' - het onderhavige geschil buiten het bereik van

het Europees Verdrag viel. Dit laatste standpunt is in overeenstemming met de opvatting van het Europese Hof, neergelegd in EHRM 8 december 1999, NJ 2001, 131, m.nt. E.A.A. (Pellegrin v. Frankrijk). Zie omtrent dit arrest nader o.a.: A.M.L. Jansen, Rechtszekerheid vanuit Straatsburg? De toepasselijkheid van artikel 6 EVRM in het Ambtenarenrecht, TAR 2001, p. 370-378, alsmede A.Q.C. Tak, Een normaal ambtenaar: Pellegrin, MRT 201, p. 1-5.

3. Artikel 8:29 lid 1 Awb bepaalt dat partijen het verstrekken van inlichtingen en het overleggen van stukken kunnen weigeren 'indien daarvoor gewichtige redenen zijn'. Ook kunnen partijen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, aan de rechter mededelen dat uitsluitend hij van de verstrekte inlichtingen en/of de overgelegde stukken mag kennisnemen. In beide gevallen dient de rechter te beslissen of bedoelde weigering onderscheidenlijk beperking van de kennisneming gerechtvaardigd kan worden geacht (artikel 8:29 lid 3). Acht de rechter de weigering gerechtvaardigd, dan vervalt de verplichting tot het verstrekken van de inlichtingen en/of het overleggen van de stukken. Wordt de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd geacht, dan mag de rechter slechts met toestemming van de andere partij 'mede op de grondslag van die inlichtingen onderscheidenlijk die stukken uitspraak doen' (artikel 8:29 lid 5). Indien de (gevraagde)toestemming door de andere partij wordt geweigerd, dient de zaak naar een andere kamer te worden verwezen (artikel 8:29 lid 5 slotzin). Door verwijzing naar een andere kamer (die vanzelfsprekend van bedoelde inlichtingen en stukken geen kennis mag nemen) wordt de mogelijkheid van onjuiste beïnvloeding van de rechter voorkomen.

4. In de onderhavige zaak had gedaagde de Raad verzocht om, met toepassing van artikel 8:29 Awb, twee (nader aangeduide) aan het bestreden besluit ten grondslag liggende stukken niet aan appellante te overleggen, maar hiervan uitsluitend zelfkennis te nemen. Naar aanleiding van dit verzoek had de geheimhoudingskamer van de Raad bij beslissing van 24 juni 2004 (TAR 2004, nr. 169) eveneens bepaald dat de door gedaagde gevraagde beperking van de kennisneming als gerechtvaardigd moest worden beschouwd. Hierna weigerde appellante de Raad toestemming te verlenen om mede op grond van deze stukken uitspraak te doen. Dit betekende dat de zaak naar een andere kamer diende te worden verwezen; hetgeen geschiedde.

5. Verwezen wordt in dit verband tevens naar CRvB 9 september 2004, MRT 2005, p. 153, m.nt. G.F.W (De ingetrokken veiligheidsverklaring). Ook in die zaak kwam de Raad tot de slotsom dat de Minister van Defensie op goede gronden tot het oordeel kon komen dat onvoldoende waarborgen aanwezig waren dat betrokkene (een mannelijke onderofficier) onder alle omstandigheden de uit zijn functie voortvloeiende plichten getrouwelijk zou (blijven) volbrengen. Eveneens kan worden verwezen naar de hierna in dit tijdschrift opgenomen uitspraak.

G.L.C.

Centrale Raad van Beroep

7 oktober 2004

0212688, 0212729, 02/2735 en 04/1210 MAW

Voorzitter: mr. J.C.F. Talman; *leden:* mr. A. Beuker-Tilstraen mr. J.Th. Wolleswinkel

Ontslag na intrekking veiligheidsverklaring

Een vrouwelijke officier, van wie de haar eerder verstrekte veiligheidsverklaring door de Minister van Defensie was ingetrokken (zie de uitspraak hiewóórj, werd bij besluit van 27 juni 2001 in haar ambt geschorst. Tevens werd bepaald dat zij gedurende de eerste zes weken van haar schorsing aanspraak had op 2/3 van de inkomsten waarop zij, indien zij niet zou zijn geschorst, aanspraak zou hebben gehad. Bij besluit van 12 oktober 2001 werd de haar opgelegde schorsing door de minister voor onbepaalde tijd verlengd. Uiteindelijk werd zij, bij koninklijk besluit van 23 augustus 2003, met ingang van 1 september 2002 uit de dienst ontslagen. Tegen elk van deze (na bezwaar gehandhaafde) besluiten stelde de officier (hierna: appellante) beroep in. De rechtbank 's-Gravenhage verklaarde in elk van de gevallen het beroep ongegrond, welke uitspraken door de Centrale Raad van Beroep werden bevestigd. De Raad stelde voorop dat de uitspraak van de rechtbank, waarbij het beroep tegen het besluit tot intrekking van de veiligheidsverklaring ongegrond was verklaard, door de Raad was bevestigd (zie de uitspraak hiervóór). Vervolgens overwoog de Raad dat de gemachtigde van appellante ter zitting had verklaard dat tegen de vier bestreden besluiten bij haar geen zelfstandige grieven bestonden, afhankelijk als deze besluiten waren van de intrekking van de veiligheidsverklaring. Dit bracht mee dat de ter beoordeling liggende hoger beroepen niet konden slagen en de aangevallen uitspraken (dus) voor bevestiging in aanmerking kwamen.

(Artikel 12g lid 2 MAW 1931)

UITSPRAAK

in de gedingen tussen A., wonende te B., appellante, en de Commandant vliegbasis Gilze-Rijen, de Bevelhebber der Luchtsrijdkrachten, de Staatssecretaris van Defensie en de Kroon, vertegenwoordigd door de staatssecretaris, gedaagden.

I. Ontstaan en loop van de gedingen

Namens appellante is op de daartoe bij afzonderlijke beroepschriften aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraken van de rechtbank 's-Gravenhage van 17 april 2002, nrs. AWB 0113753 MAWKLU en AWB 02/256 MAWKLU, van eveneens 17 april 2002, nr. AWB 0113755 MAWKLU, alsmede van 6 januari 2004, nr. AWB 0311957 MAWKLU, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens alle gedaagden zijn verweerschriften ingediend.

De gedingen zijn gevoegd, tezamen met de zaak 0212689 MAWKLU betreffende een geschil tussen appellante en de Minister van Defensie, behandeld ter zitting van 26 augustus 2004, waar appellante in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. B.J. Schadd, advocaat te Arnhem. Gedaagden hebben zich laten vertegenwoordigen door mr. J.S.K. Fortuin en mr. R.H.A. Nathans, beiden werkzaam bij het Ministerie van Defensie. Na de behandeling ter zitting zijn de zaken gesplitst; thans wordt in de onderhavige zaken afzonderlijk uitspraak gedaan.

II. Motivering

1. Voor een uitgebreidere weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden wordt verwezen naar de aangevallen uitspraken. De Raad volstaat met het volgende.

1.1. Appellante was werkzaam als officier van de Koninklijke Luchtmacht bij het dienstvak Inlichtingen en Veiligheid en vervulde daar een zogeheten A-vertrouwensfunctie. Bij besluit van 15 februari 2001 heeft de Minister van Defensie de eerder ten aanzien van appellante afgegeven veiligheidsverklaring als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder b, van de Wet veiligheidsonderzoeken ingetrokken, dit in verband met de omstandigheid dat uit een hernieuwd veiligheidsonderzoek was gebleken dat appellante een relatie heeft met een kaderlid van de Nederlandse Volksunie. Bij besluit van 6 juni 2001 heeft de Minister het bezwaar van appellante tegen deze intrekking ongegrond verklaard.

1.2. Voormelde intrekking heeft tot de volgende besluiten geleid.

1.2.1. Bij besluit van 27 juni 2001 heeft gedaagde sub 1 appellante met toepassing van artikel 34, eerste lid, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) geschorst in haar ambt met ingang van de datum waarop dit besluit aan haar bekend is gemaakt.

1.2.2. Bij besluit van eveneens 27 juni 2001 heeft gedaagde sub 2 met toepassing van artikel 19, eerste lid, aanhef en onder a, van het Inkomstenbesluit militairen bepaald dat appellante gedurende de eerste zes weken van haar schorsing aanspraak heeft op tweederde gedeelte van de inkomsten waarop zij bij plaatsing in Nederland aanspraak zou hebben indien haar geen schorsing was opgelegd.

1.2.3. Bij besluit van 12 oktober 2001 heeft gedaagde sub 3 met toepassing van artikel 37, eerste lid, van het AMAR genoemde schorsing van appellante overgenomen en voor onbepaalde tijd verlengd.

1.2.4. Bij koninklijk besluit van 23 augustus 2002 is aan appellante op voordracht van gedaagde sub 3 op grond van artikel 12g, tweede lid, van de Militaire Ambtenarenwet eervol ontslag verleend met ingang van 1 september 2002.

1.3. De bezwaren van appellante tegen de beide besluiten van 27 juni 2001, het besluit van 12 oktober 2001 en het koninklijk besluit van 23 augustus 2003 zijn bij de achtereenvolgende bestreden besluiten van 2 oktober 2001, 10 oktober 2001, 5 december 2001 en 1 april 2003 ongegrond verklaard.

2. Bij de drie in rubriek I genoemde aangevallen uitspraken zijn de beroepen van appellante tegen deze bestreden besluiten alle ongegrond verklaard.

3. De Raad overweegt dat de rechtbank bij uitspraak van 17 april 2001, nr. AWB 021713 MAWKLU, het beroep van appellante tegen het onder 1.1. vermelde besluit op bezwaar van 6 juni 2001 betreffende de intrekking van de veiligheidsverklaring, ongegrond heeft verklaard.

Bij uitspraak van heden in de zaak 0212689 MAW heeft de Raad deze uitspraak van de rechtbank bevestigd.

Ter zitting heeft de gemachtigde van appellante desgevraagd verklaard dat tegen de in de onderhavige gedingen aan de orde zijnde vier bestreden besluiten geen zelfstandige grieven bij haar bestaan, afhankelijk als deze besluiten zijn van de intrekking van de veiligheidsverklaring.

Het vorenstaande brengt mee dat de hier ter beoordeling voorliggende hoger beroepen niet slagen en de aangevallen uitspraken voor bevestiging in aanmerking komen.

4. De Raad acht tot slot geen termen aanwezig toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht inzake vergoeding van proceskosten.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP:

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraken.

NASCHRIFT

1. Artikel 10 lid 2 WVO bepaalt dat intrekking van een veiligheidsverklaring zo spoedig mogelijk dient te worden gevolgd door ontheffing uit de functie. In de onderhavige zaak werd appellante - kort nadat haar bezwaar tegen het besluit tot intrekking van de veiligheidsverklaring door de Minister van Defensie ongegrond was verklaard (zie de uitspraak hiervóór) - met toepassing van artikel 35 AMAR in haar ambt geschorst. Uiteindelijk werd zij, op grond artikel 12g lid 2 MAW 1931, uit de dienst ontslagen. Deze laatste bepaling 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.' Omdat (thans) alle militaire functies vertrouwensfunctie zijn, zal in voorkomende gevallen de ontheffing uit de functie steeds moeten worden gevolgd door ontslag uit de dienst.

2. Zie voor een geval, waarin een BBT-er in een vergelijkbare situatie niet op grond van artikel 12g lid 2 MAW 1931, maar met toepassing van artikel 39 lid 2 onder j AMAR uit de dienst werd ontslagen: Rechtbank Den Haag 12 december 2003, MRT 2003, p. 367, m.nt. G.L.C. Omtrent de toen gemaakte keuze overwoog de rechtbank: 'Alhoewel ook een andere keuze denkbaar zou zijn geweest, acht de rechtbank het niet onjuist dat verweerder eiser, gelet op zijn strafrechtelijk verleden en zijn daaruit blijkende persoonlijkheid, een te groot risico acht om hem met een militaire functie te belasten en hem deswege ongeschikt acht.'

G.L.C.

Centrale Raad van Beroep

28 oktober 2004

0214200 MAW

Voorzitter: mr. J.C.F. Talman; leden: mr. G.P.A.M. Garvelink-Jonkers en mr. K. Zeilemaker

De tegellegger die door zijn rug ging

Een BBT-er kreeg de opdracht om een tegelvloer te leggen waarop een container zou worden geplaatst. Tijdens deze werkzaamheden ging hij door zijn rug. Dit werd aangemerkt als een dienstongeval. De rugklachten van de BBT-er leidden tot twee herniaoperaties en uiteindelijk tot ontslag uit de dienst. Toen de BBT-er de Staatssecretaris van Defensie verzocht om aansprakelijkheid voor het ongeval te aanvaarden en de uit het ongeval voortvloeiende schade (geheel) te vergoeden, wees de staatssecretaris dit verzoek af. De BBT-er stelde tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) afwijzing beroep in. De rechtbank 's-Gravenhage verklaarde bij beslissing van 25 juni 2002 het beroep ongegrond, welke uitspraak door de Centrale Raad van Beroep werd bevestigd. De vraag of de staats-

secretaris de op hem rustende zorgplicht genoegzaam was nagekomen, beantwoordde de Raad, evenals in eerste aanleg de rechtbank, bevestigend.

(Dienstongeval en schadevergoeding)

UITSpraak

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

I. Ontstaan en loop van het geding

Namens appellant is op bij beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 25 juni 2002, nr. AWB 0114200 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 16 september 2004, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. P.C. Keuning, advocaat te Leeuwarden. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. M. van Reigersberg Versluys en L.G. Koenen, arts, beiden werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1.1. Op 10 oktober 1996 is appellant, beroepsmilitair voor bepaalde tijd bij de landmacht, tijdens de dienst opgedragen om een tegelvloer te leggen waarop een container moest worden geplaatst. De werkzaamheden bestonden uit het leggen van circa 1250 tegels van 2 kilo elk. Appellant deed dit werk samen met een collega. Bij het uitvoeren van deze werkzaamheden is appellant door zijn rug gegaan. Dit is aangemerkt als dienstongeval. De rugklachten hebben geleid tot twee herniaoperaties. Appellant is uiteindelijk uit dienst ontslagen wegens arbeidsongeschiktheid.

1.2. Op 2 november 2000 heeft appellant gedaagde verzocht om aansprakelijkheid voor dit ongeval te aanvaarden en de daaruit voortvloeiende schade te vergoeden. Hierop is bij besluit van 12 februari 2001 afwijzend beslist, welk besluit na bezwaar is gehandhaafd bij het bestreden besluit van 22 oktober 2001.

2. Het tegen dit besluit ingestelde beroep heeft de rechtbank bij de aangevallen uitspraak ongegrond verklaard.

3.1. Het bestreden besluit betreft de handhaving van een zuiver schadebesluit inzake schade die appellant stelt te hebben geleden als gevolg van het hem in ambtelijke dienstbetrekking overkomen ongeval. Dienaangaande hanteert de Raad de norm zoals weergegeven in de uitspraak van 22 juni 2000, TAR 2000, 112. Wat betreft de vraag of gedaagde heeft voldaan aan zijn zorgplicht als werkgever overweegt de Raad het volgende.

3.2. Appellant heeft hieromtrent aangevoerd dat hem, gezien de reeds bekende rugklachten, geen werkzaamheden als tegellegger hadden mogen worden opgedragen. Ook is ten onrechte afgezien van het ter beschikking stellen van rugsparende hulpmiddelen. Aldus heeft gedaagde zijn zorgplicht geschonden, zo meent appellant.

3.3. De Raad is met de rechtbank van oordeel dat van de zijde van gedaagde genoegzaam is aangetoond dat aan de zorgplicht is voldaan. Daarbij heeft de Raad in aanmerking genomen dat appellant weliswaar in het verleden bekend was met rugklachten - destijds aangeduid als lumbago - maar dat hij daarvoor was behandeld, en geen beperkingen opgelegd had gekregen. Appellant heeft voorts zijn leidinggevenden voorafgaand aan het tegelleggen er niet op attent gemaakt dat zijn rugklachten nog immer bestonden. Hieruit leidt

de Raad af dat bij die leidinggeevenden niet bekend was en ook niet hoefde te zijn dat appelland (nog steeds) ontzien moest worden in verband met zijn rug. Voorts is niet aan-nemelijk geworden dat appelland, toen de rugklachten zich tijdens het werk manifesteer-den, gedwongen werd dat werk af te maken. Hij deed dat vrijwillig.

Met betrekking tot de stelling van appelland dat hij zeeman is en geen stratenmaker, is de Raad van oordeel dat niet kan worden staande gehouden dat de werkzaamheden als zodanig niet aan appelland konden worden opgedragen. Appelland moest als militair aan zware fysieke eisen kunnen voldoen en kon dan ook worden geacht in staat te zijn tot ver-richten van alle voorkomende werkzaamheden, waaronder het verwerken van een grote hoeveelheid stenen van per stuk een vrij gering gewicht.

De Raad is tot slot aan de hand van de verklaringen van appelland duidelijk geworden dat de stenen werden aangevoerd met een kruiwagen, die overigens als rugsparend hulp-middel kan worden aangemerkt. De Raad ziet niet in dat gedaagde nog andere middelen ter beschikking had behoren te stellen.

4. Uit het vorenstaande volgt dat de aangevallen uitspraak in stand kan blijven. De Raad acht geen termen aanwezig om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE

Bevestigt de aangevallen uitspraak voorzover aangevochten.

NASCHRIFT

1. In de onderhavige zaak gaat het om een zgn. zuiver schadebesluit dat betrekking heeft op schade, geleden ten gevolge van een dienstongeval. Dienaangaande hanteert de Raad de norm, neergelegd in CRvB 22 juni 2000, TAR 2000, nr. 112. Bedoelde (aan artikel 7:568 BW ontleende) norm luidt: '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.'

2. De door de Raad gehanteerde norm bevat twee eisen. In de eerste plaats moet er - wil de schade die een militair heeft geleden voor vergoeding in aanmerking komen - een causaal verband bestaan tussen de schade en de door de militair verrichte werkzaamheden. Zie hieromtrent bijvoorbeeld CRvB 19 september 2002, TAR 2003, nr. 25: 'In de bewoordingen "in de uitoefening van zijn werkzaamheden" is tot uitdrukking gebracht dat er tussen de uitoefening de werkzaamheden en de schade causaal verband moet bestaan. Volgens vaste rechtspraak van de Raad (...) acht de Raad een dergelijk causaal verband (eerst) aanwezig indien er een voldoende mate van waarschijnlijkheid bestaat dat de werkzaamheden en/of werkomstandigheden van de betrokken ambtenaar de bij die ambtenaar aan het licht getreden ziekte daadwerkelijk hebben veroorzaakt.' Zie voor een geval waarin niet aan de eerste eis was voldaan: CRvB 28 maart 2002, MRT 2003, p. 24, m.nt. G.L.C. (Blootgesteld aan asbestvezels): 'Het voorgaande leidt de Raad tot de conclusie

dat niet met voldoende mate van waarschijnlijkheid is komen vast te staan dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de werkzaamheden en/of werkomstandigheden van C. bij de Koninklijke Marine in de periode 23 april 1957 tot 23 april 1963 en de in 1996 bij hem manifest geworden longkanker.'

In de tweede plaats moet het bestuursorgaan zijn tekortgeschoten in de op hem rustende zorgplicht. Anders gezegd: het bestuursorgaan moet ten opzichte van de militair die de schade heeft geleden, onrechtmatig hebben gehandeld. In de onderhavige zaak kon niet van een onrechtmatig handelen worden gesproken. Zie voor een geval waarin wel van een onrechtmatig handelen kon worden gesproken: CRvB 30 mei 2002, MRT 2003, p. 132, m.nt. G.L.C. (Het betonnen paaltje): '(V)an appelland (de Staatssecretaris van Defensie) mag worden verlangd dat permanent gebruikte oefenterreinen als het onderhavige regelmatig met het oog op de veiligheid worden geïnspecteerd, zodat obstakels die geen functie (meer)hebben, zoals het bewuste betonnen paaltje, tijdig uit het oefenterrein kunnen worden verwijderd. (...). De Raad gaat er dan ook van uit dat in dit geval de inspectie onvoldoende nauwkeurig is uitgevoerd, zodat geoordeeld moet worden dat appelland niet aan zijn hiervoor onder 3.2 omschreven verplichtingen heeft voldaan.'

3. Verwezen kan in dit verband eveneens worden naar: CRvB 18 april 2002, MRT 2003, p. 90, m.nt. G.L.C. (De sprong van de hindernisbaan); CRvB 8 mei 2003, MRT 2003, p. 420, m.nt. G.L.C. (Het ongeval tijdens sportles); CRvB 5 juni 2003, MRT 2004, p. 289, m.nt. G.L.C. (Het mijnongeval); CRvB 9 oktober 2003, MRT 2004, p. 160, m.nt. G.L.C. (Niet tekortgeschoten in het verlenen van nazorg); en CRvB 22 januari 2004, MRT 2004 p. 373, m.nt. G.L.C. (De stap in het konijnenhol). In elk van deze uitspraken kwam de Raad tot de slotsom dat door de staatssecretaris genoegzaam was aangetoond dat hij niet tekort was geschoten in het nakomen van de op hem rustende verplichtingen.

G.L.C.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

International Society for Military Law and the Law of War

De International Society for Military Law and the Law of War organiseert iedere drie jaar een seminar op het gebied van het humanitair oorlogsrecht voor juristen, werkzaam bij de krijgsmacht.

Het komende seminar wordt gehouden op het Hoofdkwartier van het Eurokorps in Straatsburg van 23 tot 27 november 2005.

Het centrale thema is: *"Challenges for Legal Advisors in Peacekeeping Operations"*.

Zie hieronder het voorlopige programma voor het seminar.

VIth Seminar for Legal Advisors

Strasbourg, France, 23 – 27 November 2005

Programme

WEDNESDAY, 23 NOVEMBER 2005

| | |
|-------------|---|
| Arrival | Transportation from the airport to the Hotels |
| 15.00 | Registration in the hotels |
| 18.00 | Transportation to the Eurocorps HQ |
| 19.00 | Opening Session |
| 19.30 | Academic Speech |
| 20.00-21.30 | Welcome reception with hors d'oeuvre |
| 21.30 | Transportation to the hotels |

THURSDAY, 24 NOVEMBER 2005

| | |
|--------------------|---|
| 08.00 | Transportation to the Eurocorps HQ |
| 09.00-12.30 | 1st working session Theme: Legal uncertainties at the beginning of a peacekeeping operation |
| 12.30-13.30 | Lunch |
| 13.30-17.00 | 2nd working session Theme: Command-responsibility in a multi-national setting – how to deal with different interpretations of international (humanitarian) law |
| 18.00 | Dinner |
| 20.00 | Return to the hotels; Optional: Excursion to a wine cellar with wine-tasting (if not on Friday) |

FRIDAY, 25 NOVEMBER 2005

- 08.00 Transportation to the Eurocorps HQ
- 09.00-12.30 3rd working session**
Theme: Legal issues concerning detention of individuals during peace-keeping-operations
- 12.30-13.30 Lunch
- 13.30-17.00 4th working session**
Theme: "Role change" of a security-force: how to deal with the legal aspects of emerging additional and different tasks of a security force
- 17.30 Evaluation and closing
- 18.00 Dinner
- 20.00 Return to the hotels; Optional: Excursion to a wine cellar with wine-tasting
(if not on Thursday)

SATURDAY, 26 NOVEMBER 2005

- 09.30 Departure for excursion**
- 13.00-14.00 Lunch (location: off mess, centre of Strasbourg)
- 14.00-18.00 Excursion
- 19.00 Farewell Dinner
- 22.30 Transportation to the hotels

SUNDAY, 27 NOVEMBER 2005

- Departure Transportation to the airport

Opgave dient te geschieden vóór 1 juli aanstaande. Het maximum aantal deelnemers is gesteld op 80. Er wordt een financiële bijdrage gevraagd van € 100, exclusief verblijfskosten.

Verdere informatie, tevens aanmeldingsformulieren zijn te verkrijgen bij het secretariaat van de Society. Adresgegevens secretariaat:

INTERNATIONAL SOCIETY FOR MILITARY LAW AND THE LAW OF WAR

Avenue de la Renaissance 30 - 1000 BRUSSELS - BELGIUM

General Secretariat: Tel/Fax: +32 2 737 6178

Opening hours: Every working day from 08.30 hrs until 16.00 hrs

E-mail: soc-mil-law@scarlet.be

Website: www.soc-mil-law.org

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
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:

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.C. Zuiderna, Brigade-generaal b.d. van de Militair Juridische dienst; |
| Secretaris/penningmeester | Mr. J.E. Stinissen, Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst; |
| Leden: | |
| voor de Koninklijke Landmacht: | Mr. R. in het Veld, Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst; |
| voor de Koninklijke Luchtmacht: | Mr. P.T. Hebly, Kolonel van de Koninklijke Luchtmacht; |
| voor de Koninklijke Marine: | Mr. W.E. Louwerse, Kapitein ter zee; |
| voor de Koninklijke Marechaussee: | Mr. C.P.C. Kuijs, Kolonel der Koninklijke Marechaussee; |
| voor de Centrale Organisatie: | Mr. J.J. Buirma, Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie; |
| 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; |
| Prof. Mr. Th. A. de Roos, | Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden; |
| Mr. W.I. Schmitz, | Hoofd Beleidsondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van ABP; |
| Mr. G.F. Walgemoed, | Kolonel b.d. van de Militair Juridische Dienst |
| Adres van de Redactiecommissie: | Koningin Wilhelminalaan 50, 2264 BN Leidschendam |

VAST MEDEWERKERS:

- Prof. Mr. G.L. Coolen, Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
- Prof. Dr. R.A. Lawson, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.
- Dr. M. Boot-Matthijssen, wetenschappelijk medewerker verbonden aan het Nederlands Instituut voor Internationale Betrekkingen 'Clingendael'.

WIJZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt tien keer per jaar.

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1-2003 € 36,75. Men abonneert zich bij Sdu Klantenservice Uitgevers, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag, tel.: 070-378 9880, fax: 070-378 9783, e-mail: sdu@sdu.nl, of bij zijn boekhandelaar. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 3,95. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar tegen de prijs van € 25. Auteurs van bijdragen van meer dan één pagina ontvangen een vergoeding van € 35 p.p., tot een maximum € 230 per aflevering, benevens vijf presentexemplaren van de desbetreffende aflevering. Het auteursrecht wordt met de publicatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u van informatie te voorzien over Sdu Uitgevers bv en zorgvuldig geselecteerde andere bedrijven. Als u geen prijs stelt op deze informatie, kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice, postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar. Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan Sdu Servicecentrum Uitgevers. Zij die het M.R.T. van rijkswege verstrekt krijgen, dienen zich voor kennisgeving van adreswijzigingen 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 onder auspiciën van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVIII

juni 2005

Aflevering

6

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

| | |
|---|-----|
| De juridische structuur van het 1 ^o Duits-Nederlandse Legerkorps; door mr. J.F. Stinissen..... | 197 |
|---|-----|

Strafrechtspraak

| | | |
|-----------------|---|-----|
| Hof Ah 04.05.05 | Eric O. (II) | |
| | Sergeant-majoor der mariniers Eric O. was ten laste gelegd dat hij in december 2003 in Irak dienstvoorschriften aangaande het gebruik van geweld niet heeft opgevolgd toen hij een gericht waarschuwingsschot afvuurde in de richting van een aantal personen, terwijl er geen sprake was van een situatie die dat gebruik van geweld rechtvaardigde, waardoor een persoon zwaar lichamelijk letsel heeft opgelopen. De militaire kamer van de rechtbank Arnhem spreekt Eric O. vrij. Het OM gaat in hoger beroep. Het hof overweegt dat verdachte is gebleven binnen de hem door de ROE gegeven bevoegdheid. Verdachte was bevoegd tot het lossen van een waarschuwingsschot. Gelet op de omstandigheden ter plaatse kan bovendien niet gezegd worden dat een schot naar de grond als grovelijk, althans aanmerkelijk onvoorzichtig, onzorgvuldig, onachtzaam of nalatig kan worden aangemerkt. Verdachte wordt vrijgesproken..... | 213 |

Wetgeving

| | |
|---|-----|
| Overzicht tot stand gekomen en aanhangige wetgeving; door mr. J.B. Miete..... | 225 |
|---|-----|

Resoluties Veiligheidsraad VN

| | |
|--|-----|
| Resoluties Veiligheidsraad VN; door mr. R.H.G. Gilissen..... | 228 |
|--|-----|

Opmerkingen en mededelingen

| | |
|--|-----|
| Oorlog in Afghanistan; door prof. mr. G.L. Coolen..... | 232 |
| Verslag van de US Army Europe Operational Law Course (Oberammergau); door LTZA 2 mr. R. Raasveldt..... | 233 |

| | | |
|--------------|----------|--------------------------|
| 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 |
| | G.F.W. | - Mr G.F. Walgemoed |

BIJDRAGEN

De juridische structuur van het 1^o Duits-Nederlandse Legerkorps

door

MR. J.F. STINISSEN¹⁾

Inleiding

In 1995 is het 1^o Duits-Nederlandse Legerkorps opgericht. Later, in de jaren 2001-2002, is het hoofdkwartier van het legerkorps omgevormd tot *High Readiness Forces Headquarters*. Deze binationale, later multinationale samenwerking is vastgelegd in overeenkomsten.

Met dit artikel wordt een beschrijving gegeven van de totstandkoming en verdere ontwikkeling van deze overeenkomsten, de juridische structuur van het 1^o Duits-Nederlandse Legerkorps. Het begint met de voorgeschiedenis en ontwikkeling van de bilaterale overeenkomsten tussen Duitsland en Nederland in het begin van de jaren negentig. Hierbij wordt in het bijzonder ingegaan op het onderwerp 'integratie'. Het artikel vervolgt met een beschrijving van de ontwikkeling van multilaterale overeenkomsten als deel van de transformatie van het legerkorps hoofdkwartier tot *High Readiness Forces (Land) Headquarters*. De bilaterale en multilaterale overeenkomsten vormen dan samen het nieuwe juridische raamwerk. Er wordt teruggegrepen op het onderwerp integratie: in hoeverre heeft de tot stand gebrachte binationale integratie nog een plaats in de nieuwe multinationale omgeving?

Juridische structuur van het binationale legerkorps

Gewijzigde internationale veiligheidssituatie

Het ontstaan van het 1^o Duits-Nederlandse Legerkorps moet worden gezien in het licht van de dramatische verandering van de internationale veiligheidssituatie ná 1989. Het Warschaupact hield op te bestaan. NAVO-lidstaten herzag hun veiligheids- en defensiepolitiek. Er volgden ingrijpende bezuinigingen op defensie, gepaard gaande met forse troepenreducties: het 'vredesdividend' werd geïnd. Om de onzekere toekomstige uitdagingen aan te kunnen gaan werden initiatieven tot multinationale samenwerking genomen. Dit leidde binnen de NAVO onder andere tot de oprichting van multinationale legerkorpsen. Voor Nederland lag samenwerking met Duitsland voor de hand gezien de al bestaande gezamenlijke activiteiten op operationeel en materieel gebied. Het plan was aanvankelijk samen twee legerkorpsen te vormen op basis van het principe van de *leading nation*: beide landen zouden elk een legerkorpsstaf formeren met één of meer divisies en legerkorpsstroepen en zouden tevens een divisie toevoegen aan het legerkorps dat zou worden geleid door het andere land. Een klein deel van de functies in de legerkorpsstaven zou wor-

¹⁾ De auteur is luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst en was van maart 2001 tot juni 2004 tewerkgesteld bij het hoofdkwartier van het 1^o Duits-Nederlandse Legerkorps als *Deputy Chief Legal Affairs Division*.

den vervuld door militairen van het andere land. Het liep anders!

1993 – *Eén binationaal legerkorps*

De veranderingen in de internationale veiligheidssituatie volgden elkaar snel op. De Sovjetunie viel uiteen: de dreiging van een omvangrijke vijandelijke troepenmacht was niet meer aanwezig. Dit leidde tot nog sterkere troepenreducties en betekende voor Duitsland en Nederland het einde van de plannen voor twee binationale legerkorpsen. Er werd gekozen voor de vorming van één gezamenlijk legerkorps: samenvoeging van het iⁿ Duitse Legerkorps en het 1^o Nederlandse Legerkorps. Dit nieuwe legerkorps zou primair moeten kunnen worden ingezet voor de 'algemene verdedigingstaak' als deel van de *Main Defence Force* van de NAVO.²⁾

De formele start van het proces van samenvoeging was de Gemeenschappelijke Verklaring (*Joint Resolution*) van 30 maart 1993 van de Duitse en Nederlandse ministers van Defensie. Opvallend is dat de verklaring niet spreekt van de oprichting van een *binationaal* legerkorps maar van een *multinationaal* korps, met initieel Duitse en Nederlandse deelname. De mogelijkheid dat andere NAVO-lidstaten zich zouden aansluiten werd open gehouden. De Gemeenschappelijke Verklaring ging voor de initiële bilaterale samenwerking uit van gelijke bijdragen van de twee landen, in ieder geval waar het de samenstelling van de staf betrof, en een roulerend commando. Beide landen zouden tenminste één divisie en een aandeel in de legerkorpstroepen leveren. De korpsstaf, te stationeren in het Duitse Munster, zou een geïntegreerde staf worden. Wat die 'integratie' precies zou inhouden moest nog worden uitgewerkt. Als vervolg op de Gemeenschappelijke Verklaring zouden overeenkomsten moeten worden gesloten als basis voor een vergaande vorm van samenwerking en integratie op allerlei terreinen. Er zou een overeenkomst gesloten worden ten minste op het niveau van de verantwoordelijke politieke leiders: de ministers van Defensie. Daarnaast moest er een uitvoeringsovereenkomst komen.

1994-1995 – *Overeenkomst, Uitvoeringsovereenkomst en Technische Overeenkomst*

Op 22 april 1994 werd door de ministers van Defensie de Overeenkomst getekend inzake de oprichting van het Legerkorps³⁾. Op dezelfde dag werd een Uitvoeringsovereenkomst gesloten tussen de *Inspekteur des Heeres* en de Bevelhebber der Landstrijdkrachten⁴⁾.

Overeenkomst en Uitvoeringsovereenkomst zijn wellicht beter bekend onder de Engelstalige aanduidingen: *Arrangement* en *Implementing Arrangement*. Op 21 februari 1995 werd door beide bevelhebberseen Technische Overeenkomst (*Technical Arrangement*) gesloten waarmee vooral bepalingen in de militaire uitvoeringssfeer werden vastgesteld.

²⁾ Zie voor een beschrijving van de vorming van het binationale legerkorps: W.A.M. van de Pol, 1(GE/NL)Corps: het ontstaan, in Militaire Spectator, Jrg. 164, 9-1995, p. 397-401, en J.A. van der Louw, Het Duits/Nederlandse multinationale legerkorps, Een terugblik op de onderhandelingen over het 1(German/Netherlands)Corps, in Carré, 17^e jaargang, 6-94, p. 18-24.

³⁾ "Overeenkomst tussen de Bondsminister van Defensie van de Bondsrepubliek Duitsland en de Minister van Defensie van het Koninkrijk der Nederlanden betreffende de tenuitvoerlegging van de Gemeenschappelijke Verklaring van 30 maart 1993 inzake de Oprichting van een Multinationaal Legerkorps, waarin initieel wordt deelgenomen door de Bondsrepubliek Duitsland en het Koninkrijk der Nederlanden", 22 april 1994.

⁴⁾ "Uitvoeringsovereenkomst tussen de Chef van de Landmachtstaf van de Bondsrepubliek Duitsland en de Bevelhebber der Landstrijdkrachten van het Koninkrijk der Nederlanden betreffende de tenuitvoerlegging van de Overeenkomst van 22 april 1994 inzake de Oprichting van een Multinationaal Legerkorps, waarin initieel wordt deelgenomen door de Bondsrepubliek Duitsland en het Koninkrijk der Nederlanden", 22 april 1994.

In de nieuwe overeenkomsten was bepaald dat het 1^e Duits-Nederlandse Legerkorps een multinationalaal korps was: de mogelijkheid was dus open gelaten dat andere NAVO-lidstaten zich zouden aansluiten. Duitsland en Nederland zouden elk één divisie en een deel van de legerkorpstroepen leveren. Daarnaast konden, om organisatorische redenen, andere nationale formaties aan het 1^e Duits-Nederlandse Legerkorps worden toegevoegd. Deze formaties bleven onder nationaal bevel. Het legerkorps had als taak de bondgenootschappelijke verdediging; delen konden echter ook voor nationale taken worden ingezet. De staf zou een geïntegreerde staf worden waarin Duitsland en Nederland in gelijke mate zouden bijdragen. Niet alleen de functie van commandant, maar ook een aantal andere functies zou rouleren. Delen van de staf zouden (mede) belast worden met nationale taken. De commandant, respectievelijk plaatsvervangend commandant, vervulde tevens de functie van *Senior National Officer* van zijn land en maakte deel uit van de nationale bevelsketen. De divisies, de legerkorpstroepen en het hoofdkwartier zelf, waren, voor zover het opdrachten betrof in het kader van de uitvoering van de algemene verdedigingstaak, onder *Operational Control (OPCON)*⁵⁾ van de legerkorpscommandant in vredestijd. In oorlogstijd zou de relatie *Operational Command (OPCOM)*⁶⁾ worden.

In de Uitvoeringsovereenkomst waren nog bepalingen opgenomen over personeel, infrastructuur, geneeskundige verzorging, maar ook over de te hanteren tactische doctrine, training en oefeningen. Er was een aantal terreinen opgesomd dat slechts zou worden behandeld in overeenstemming met nationale voorschriften, zoals personeelsaangelegenheden en discipline. Een belangrijk punt was het gebruik van de taal! Binnen de binationale – eventueel later multinationale – elementen en als commandovoeringstaal zou Engels worden gebruikt, behalve ingeval van nationale aangelegenheden.

In de in 1994-1995 gesloten overeenkomsten werd nadruk gelegd op integratie. In de Uitvoeringsovereenkomst was gesteld: "Het 1^e Duits-Nederlandse Legerkorps zal streven naar een hoge mate van integratie in gezamenlijke training, oefeningen en logistiek en op andere samenwerkingsgebieden". Het ging dus niet alleen om een 'geïntegreerde staf' maar om integratie binnen het gehele legerkorps. Er werden echter ook nationale taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden ingebracht met consequenties voor organisatie en samenstelling van het legerkorps en de staf. Ook was een aantal onderwerpen aangegeven waar nationale regelgeving zou prevaleren. De voorgenomen integratie was duidelijk begrensd.

Met de totstandkoming van de Overeenkomst, de Uitvoeringsovereenkomst en de Technische Overeenkomst waren de juridische randvoorwaarden aanwezig voor het ope-

⁵⁾ *Operational control* is de bevoegdheid om toegewezen troepen zo te sturen dat specifieke opdrachten en taken worden uitgevoerd. Deze opdrachten zijn beperkt in functie, tijd en plaats. De bevoegdheid houdt in dat de eenheden ontplooid mogen worden en dat *tactical control* gedelegeerd mag worden. Er is geen verantwoordelijkheid voor personele en materiële logistiek en het verband van de eenheden mag niet worden verbroken. *Tactical control* is de gedetailleerde en – over het algemeen – plaatselijke leiding van verplaatsingen en manoeuvre, nodig om de toegewezen opdracht te volbrengen. Uit: Leidraad Commandovoering, LD 1, vastgesteld door de Bevelhebber der Landstrijdkrachten op 21 juli 2000.

⁶⁾ *Operational command* is de bevoegdheid van een commandant om opdrachten en taken aan ondergeschikte commandanten te geven, om eenheden te ontplooiën, om troepen te organiseren en om *operational* of *tactical control* te delegeren. Het houdt geen verantwoordelijkheid voor personele of materiële logistiek in. Uit: Leidraad Commandovoering, LD 1, vastgesteld door de Bevelhebber der Landstrijdkrachten op 21 juli 2000.

rationeel stellen van het legerkorps. Dit gebeurde op 30 augustus 1995. De vastgelegde juridische structuur was echter een tijdelijke structuur: het ging om "initiële tenuitvoerlegging". De overeenkomsten zouden vervallen op 30 september 1997. In die periode van twee jaar zou op basis van de opgedane ervaringen worden geëvalueerd om te komen tot een meer definitieve vastlegging van de samenwerking.

Najaar 1995 – verdere integratie

Op 5 oktober 1995 ondertekenden de Duitse en de Nederlandse minister van Defensie, tijdens een bijeenkomst van de ministers van Defensie van alle NAVO-landen, de Intentieverklaring inzake de verdere integratie in het I' Duits-Nederlandse Legerkorps op het gebied van Opleiding, Oefening en Logistiek.) De Intentieverklaring is, vanwege de plaats van ondertekening, ook bekend als *Williamsburg Declaration*. Het doel was te komen tot verdere integratie (deepened integration), intensivering van de samenwerking op de terreinen zoals deze ook in de overeenkomsten waren genoemd: opleidingen, oefeningen en logistiek. Er zou studie worden verricht naar verdere integratie op andere gebieden. Verder was van belang dat gesteld was dat, omwille van de integratie, nationale wetgeving mogelijk zou worden aangepast.

Ontwikkeling legerkorpsverdragen

Eind 1995 startten de onderhandelingen voor de nieuwe overeenkomsten voor het legerkorps.⁸⁾ Voor de nieuwe overeenkomsten golden als vertrekpunt de documenten uit 1994-1995. Richtinggevend was de gewenste verdere integratie zoals uitgesproken in de Intentieverklaring. Voor wat betreft de vorm van de te sluiten overeenkomsten was men bij de start van de onderhandelingen van oordeel dat alleen een overeenkomst op het niveau van verdrag zou worden gesloten indien dit absoluut noodzakelijk was.

De Intentieverklaring gaf aan dat er jaarlijks zou worden gerapporteerd over de integratie. In juni 1996 verscheen de eerste "Voortgangsrapportage inzake de verdere integratie van het I(GE/NL)Corps" van de Bevelhebber der Landstrijdkrachten en de Inspekteur des *Heeres* aan de ministers van Defensie. Deze voortgangsrapportage (Progress Report) beschreef de in gang gezette studies en activiteiten, een overzicht van juridische knelpunten en een aantal aanbevelingen voor verdere integratie. In aanvulling daarop was door de legerkorpsstaf een lijst opgesteld met onderwerpen die met prioriteit geregeld zouden moeten worden in de nieuwe overeenkomsten: de *Priority List*. Op basis van de voortgangsrapportage en de *Priority List* werd een juridische beoordeling (*Legal Assessment*) opgesteld met voorstellen voor verdere integratie en voor de structuur van de nieuwe overeenkomsten. In 1997 werd weer een voortgangsrapportage uitgebracht. De voortgangsrapportages en het *Legal Assessment* wezen uit dat, gezien de wensen op het gebied van verdere integratie, het haast onvermijdelijk was een overeenkomst op het niveau van verdrag te sluiten. Dit kwam vooral door de wens, waar dit nodig was voor het realiseren van

⁷⁾ Intentieverklaring van de Bondsminister van Defensie van de Bondsrepubliek Duitsland en de Minister van Defensie van het Koninkrijk der Nederlanden inzake de verdere integratie in het I Duits-Nederlandse Legerkorps (I (GE/NL) Corps) op het gebied van Opleiding, Oefening en Logistiek (kamerstukken II 1996/197, 25 000 hoofdstuk X, nr. 2, blz. 23).

⁸⁾ Deze onderhandelingen maakten deel uit van meer omvattende besprekingen tussen Duitsland en Nederland: er werd tevens gesproken over de stationering van troepen, over een Aanvullende Overeenkomst bij het NAVO-Statusverdrag betreffende de rechtspositie van Duitse militairen in Nederland en over een herziening van de Budel-Seedorf Overeenkomst en de daarbij horende Akkoorden.

integratie, af te kunnen wijken van nationale wetgeving. Het meest duidelijke voorbeeld was het voorstel voor een binationale wacht, waarbij aan militairen van de zendstaat bij de bewaking van objecten dezelfde geweldbevoegdheden zouden worden toegekend als aan militairen van het gastland. Dit vereiste een verdragsrechtelijke basis en wijziging van nationale wetgeving in beide landen. Daarnaast was er het punt van de versterking van de bevoegdheid van de commandant van het legerkorps. Indien, zoals was beoogd, de bevoegdheid en verantwoordelijkheid van de commandant zich, ongeacht zijn nationaliteit, zou uitstrekken tot de uitvoering van nationale taken van beide landen, dan raakte dat aan het oppergezag van de regeringen. Ook hier was de conclusie dat tot wijziging van wetgeving, dan wel opname in een verdrag moest worden overgegaan.

1997 – De legerkorpsverdragen

Op 6 oktober 1997 werden de nieuwe verdragen voor het 1^o Duits-Nederlandse Legerkorps getekend: het Legerkorpsverdrag⁹⁾ en het Legerkorpsakkoord¹⁰⁾.¹¹⁾ Het Legerkorpsverdrag (*Corps Convention*) bevat de grondslagen; het Legerkorpsakkoord (*Corps Agreement*) bevat uitvoeringsbepalingen en is in Nederlandse verhoudingen aan te merken als uitvoeringsverdrag. Voor een uitvoeringsverdrag – en wijzigingen daarop – is in beginsel geen parlementaire goedkeuring vereist.¹²⁾ In Duitsland wordt het Legerkorpsakkoord aangemerkt als *Regierungsvereinbarung*, geen verdrag. Ook voor zo'n *Regierungsvereinbarung* is geen parlementaire goedkeuring vereist.

De overeenkomsten uit 1994-1995 liepen af; voor het Legerkorpsverdrag was nog geen parlementaire goedkeuring verleend. Het was dus nodig een voorziening te treffen opdat de nieuwe overeenkomsten voorlopig toegepast konden worden. Daartoe werd een protocol ondertekend waarmee per 1 december 1997 de verdragen voorlopig in werking traden. De verdragen werden op 27 november 1997 aangevuld toen de *Inspecteur des Heeres* en de Bevelhebber der Landstrijdkrachten de Algemene Aanwijzing (*General Directive*) ondertekenden. Met deze aanwijzing werden de organisatie en bevelsstructuur van het legerkorps en het functioneren van het legerkorps hoofdkwartier verder uitgewerkt per functioneel deelgebied. Het resultaat was een juridisch raamwerk, opgebouwd uit drie overeenkomsten: een verdrag, een uitvoeringsverdragen een aanwijzing op het niveau van de bevelhebbers.

De legerkorpsovereenkomsten van 1997 legden de grondslagen voor de verdere inte-

⁹⁾ Verdrag tussen de Regering van de Bondsrepubliek Duitsland en de Regering van het Koninkrijk der Nederlanden inzake de algemene voorwaarden voor het 1^o Duits-Nederlandse Legerkorps en de aan het korps verbonden eenheden en instellingen; Bergen (Duitsland), 6 oktober 1997 (Trb. 1998, 117).

¹⁰⁾ Akkoord tussen de Regering van de Bondsrepubliek Duitsland en de Regering van het Koninkrijk der Nederlanden inzake de organisatie en de activiteiten van het 1^o Duits-Nederlandse Legerkorps en het Air Operations Coordination Center; Bergen (Duitsland), 6 oktober 1997 (Trb. 1998, 118).

¹¹⁾ Zoals eerder gesteld maakten de onderhandelingen over het legerkorps deel uit van meeromvattende besprekingen tussen beide landen. Op 6 oktober 1997 kwamen, naast de legerkorpsverdragen, tot stand:

- Aanvullende Overeenkomst met betrekking tot de in Nederland gestationeerde Duitse strijdkrachten (Trb. 1998, 124);
- Verdrag inzake de stationering van strijdkrachten van de Bondsrepubliek Duitsland in Nederland (Trb. 1998, 123);
- Verdrag inzake het ter beschikking stellen van onroerend goed en het medegebruiken van oefenvoorzieningen, met Akkoorden (Trb. 1998, 119, Trb. 1998, 120, Trb. 1998, 121 en Trb. 1998, 122).

¹²⁾ Zie de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen, artikelen 7, aanhef en onder b, en 8.

gratie. Op basis van de nieuwe documenten hebben de landen een gelijkwaardige positie; de staf is geïntegreerd samengesteld. De bijdragen van de landen aan het legerkorps zijn gelijkwaardig: ieder een divisie en legerkorpstroepen. Voor wat betreft multinationaliteit is een verschil waar te nemen ten opzichte van de overeenkomsten uit 1994-1995: toen ging het nog om de oprichting van een multinationaal legerkorps met initiële deelname door Duitsland en Nederland. In de nieuwe situatie staat binationaliteit sterker op de voorgrond. De mogelijkheid voor toetreding van andere landen blijft echter aanwezig: in artikel 12 van het Legerkorpsverdrag is bepaald dat andere NAVO- of WEU-landen, op uitnodiging van Duitsland en Nederland, tot het verdrag kunnen toetreden onder nader overeen te komen voorwaarden.

Een belangrijke wijziging ten opzichte van de oude documenten is de uitbreiding van de taken van het legerkorps. Was het legerkorps voorheen bestemd voor inzet voor de algemene verdedigingstaak van de NAVO, nu worden ook genoemd de gemeenschappelijke verdediging in het verband van de West-Europese Unie (WEU), mogelijke deelname aan crisisbeheersingsoperaties in het kader van VN, WEU, NAVO of andere regionale overeenkomsten (OVSE), en humanitaire en reddingsoperaties. Nationale bijdragen blijven daarnaast beschikbaar voor nationale doeleinden. Het hoofdkwartier kan belast worden met planning en voorbereiding van de inzet van Duitse of Nederlandse troepen, bijvoorbeeld in het kader van crisisbeheersingsoperaties. Het hoofdkwartier kan ook afzonderlijk ingezet worden voor de WEU als Forces Answerable to WEU (FAWEU).¹³⁾

Richtlijnen voor de voorbereiding op en de inzet van het legerkorps als *Main Defence Force* van de NAVO worden gegeven door de bevoegde NAVO-bevelhebber, op aanwijzing van SACEUR. Daarnaast is een belangrijke rol toebedacht aan de nationale autoriteiten: deze kunnen richtlijnen geven voor de uitvoering van alle (binationale) taken. De bevelhebbers hebben het toezicht op de taakuitvoering. De landen zijn vertegenwoordigd in het Gemengd Comité (Joint Committee) dat als belangrijkste taak heeft het adviseren en rapporteren aan de ministers van Defensie. Het oppergezag over de nationale bijdragen aan het legerkorps blijft berusten bij de nationale autoriteiten.

Een belangrijk aspect van integratie is de positie van de commandant van het legerkorps. Hij heeft een bevoegdheid gekregen waarmee hij daadwerkelijk sturing kan geven aan en verantwoordelijkheid kan dragen voor de uitvoering van alle taken van het legerkorps: de 'geïntegreerde leidinggevende en toezichthoudende bevoegdheid'. De Engelse benaming is bekender: *Integrated Directing and Control Authority (IDCA)*. Deze bevoegdheid van de commandant, ongeacht zijn nationaliteit, omvat het recht instructies te geven aan het personeel van het legerkorps onder zijn geïntegreerd bevel, alsmede de planning, voorbereiding en uitvoering van de taken en missies van het legerkorps, met inbegrip van de opleiding, oefening en logistieke competenties. De troepen onder 'geïntegreerd bevel' zijn zowel de binationale als de nationale onderdelen. De geïntegreerde leidinggevende en toezichthoudende bevoegdheid van de commandant houdt in dat hij de volledige verantwoordelijkheid kan nemen voor de uitvoering van richtlijnen van een NAVO-commandant en van nationale autoriteiten, en waar het die nationale autoriteiten

¹³⁾ Daarvoor was ook op 6 oktober 1997 een verklaring getekend: Joint Declaration by the Federal Republic of Germany and the Kingdom of The Netherlands to make the Headquarters of the 1 (German/Netherlands) Corps available to the Western European Union as Forces Answerable to WEU.

betreft zowel voor binationale als nationale taken. Dientengevolge kan hij richtlijnen geven aan de binationale en nationale onderdelen van het legerkorps en zonodig prioriteiten stellen. Een uitzondering hierop is de uitvoering van nationale territoriale taken. De geïntegreerde leidinggevende en toezichhoudende bevoegdheid gaat op een aantal punten verder dan *Operational Command* en is uniek te noemen binnen de NAVO. De functie van commandant wordt bij toerbeurt vervuld door een Duitser en een Nederlander. Om evenwicht te behouden rouleert met de functie van commandant ook een aantal andere functies binnen de staf. Commandant en plaatsvervangend commandant zijn tevens *Senior National Officer* van hun land en als zodanig geplaatst in de nationale bevelsketen met betrekking tot de nationale onderdelen van het legerkorps en de onderdelen die om organisatorische redenen zijn toegevoegd. Zij dragen in die hoedanigheid verantwoordelijkheid voor nationale taken, niettegenstaande de verantwoordelijkheid van de commandant.

In aansluiting op de overeenkomsten van 1994-1995, is ook in de nieuwe overeenkomsten een specifieke bepaling opgenomen over integratie. Weer worden de onderwerpen training, oefeningen en logistiek genoemd. Nu worden echter ook ondersteuning van de commandovoering en geneeskundige ondersteuning als onderwerp van integratie aangemerkt. Training, oefeningen en logistiek zijn aangemerkt als 'gezamenlijke verantwoordelijkheid' (*collective responsibility*). Op deze terreinen zijn de bevoegdheden van de commandant van het legerkorps vergelijkbaar met de bevoegdheden van een nationale legerkorpscommandant.

Naast de integrale verantwoordelijkheid van de commandant en de terreinen van gezamenlijke verantwoordelijkheid, is ook op een aantal andere terreinen een vergaande vorm van samenwerking en integratie bereikt. Zoals gesteld in de voortgangsrapportages en het *Legal Assessment*, was het daarbij van belang om af te kunnen wijken van nationale wet- en regelgeving. Uitgangspunt is dat nationale wetten en de regelgeving die buiten de bevoegdheid van beide ministeries van Defensie liggen onverminderd van kracht blijven. De ministers van Defensie kunnen aan de commandant van het legerkorps de bevoegdheid verlenen van regelgeving af te wijken die binnen de bevoegdheid van de ministers ligt. Voor afwijking van bevoegdheden die verder reiken, kunnen voorstellen worden gedaan. Administratieve aangelegenheden betreffende het personeel, in het bijzonder discipline, blijven echter een nationale verantwoordelijkheid.

In het Legerkorpsverdrag is de basis voor de binationale wacht – haast symbool van de binationale integratie – gelegd. Aan militairen van het bezoekende land kunnen bij het uitvoeren van bewakingstaken dezelfde geweldbevoegdheden worden toegekend als aan de militairen van het gastland. Voor de daadwerkelijke realisatie was nog wel aanpassing van nationale wetgeving noodzakelijk.

Er zijn nog enkele andere bepalingen waar een niveau van integratie is bereikt dat verder gaat dan gebruikelijk, bijvoorbeeld op financieel gebied. Er kwam een binationaal budget waaraan beide landen evenredig zouden bijdragen en waaruit uitgaven voor binationale doeleinden zouden worden gedaan. Contracten voor binationale doeleinden ten laste van het binationale budget, aangegaan door Duitsland & Nederland als contractspartner, zijn bindend voor beide landen. Uit het binationale budget bekostigde goederen worden gezamenlijk eigendom van Duitsland en Nederland. Ook voor de afhandeling van claims is een bijzondere bepaling opgenomen. In algemene zin is het bekende Artikel VIII

van het NAVO-Statusverdrag van toepassing. Daarnaast is bepaald dat schade, veroorzaakt door leden van binationale onderdelen van het legerkorps tijdens de uitoefening van hun binationale functie of voortvloeiend uit het gebruik uit hoofde van hun functie van materieel dat bij de binationale onderdelen in gebruik is, wordt betaald uit het binationale budget. Schade veroorzaakt door een Duitse militair kan dus ten dele voor rekening komen van Nederland en andersom. Vermeldenswaard is nog dat binnen de binationale onderdelen van het legerkorps en als commandovoeringstaal, in geval van binationale bevelsverhoudingen, het Engels wordt gebruikt.

De totstandkoming van de overeenkomsten bood een basis voor vergaande samenwerking en integratie met als doel het verhogen van de effectiviteit van het legerkorps. De integratie geldt niet alleen de legerkorpsstaf, maar deels ook de bij het legerkorps behorende eenheden. Door de verdragsvorm te kiezen is er een sterke basis: juridisch bindend, duurzaam. Nadeel is dat eventuele wijziging een langdurig proces is. Er is daarom gekozen in het basisverdrag, het Legerkorpsverdrag, slechts algemene bepalingen op te nemen. Het Legerkorpsakkoord, waarvoor een eenvoudiger wijzigingsprocedure geldt, is uitgebreider en bevat meer specifieke bepalingen. De *General Directive* is relatief eenvoudig te wijzigen en bevat uitvoeringsbepalingen. Door deze opzet kon een hoge mate van integratie worden bereikt, maar was tevens beoogd voldoende flexibiliteit in te bouwen om te kunnen reageren op veranderende omstandigheden. Dat deze opzet niet is geslaagd zou later blijken.

Implementatie

De tot stand gekomen verdragen moesten nog worden geratificeerd. Bekrachtiging vond in Duitsland plaats in 1998; in Nederland op 1 september 2000.¹⁴⁾ Zoals gesteld werden de verdragen wel vooruitlopend daarop toegepast. Belangrijk voor de implementatie van de verdragen waren de werkzaamheden van het Gemengd Comité. Onder dit comité werden werkgroepen geformeerd op diverse functionele deelgebieden. Een van de werkgroepen was de Juridische werkgroep (*Working Group Military Legal Affairs*) die zou moeten adviseren over alle juridische aangelegenheden die het legerkorps betreffen. De werkgroep werkte verschillende bepalingen van de overeenkomsten uit, zoals de binationale wacht, harmonisatie van werktijden, sluiten van contracten en gezamenlijk eigendom.

De binationale wacht vereiste in beide landen aanpassing van de nationale wetgeving. In Duitsland was dat snel gerealiseerd: reeds in 1998 was de *Unmittelbare Zwangsgesetz* aangepast. Aan invoering werd echter de eis van reciprociteit gesteld: ook in Nederland moest de wetgeving worden aangepast voordat in Duitsland de bevoegdheid aan Nederlandse militairen werd toegekend. In Nederland liet de aanpassing van de betreffende wet, de Rijkswet geweldgebruik, lang op zich wachten: de parlementaire behandeling nam veel tijd in beslag. Pas op 1 september 2003 (!) was aan de voorwaarde van aanpassing van nationale wetgeving aan beide zijden voldaan.¹⁵⁾

In 1999 rapporteerden de bevelhebbers over de verdere integratie, voorbereid door het Gemengd Comité. In het rapport (*Progress Report*) waren ook de resultaten van de

¹⁴⁾ Voorafgaande aan de parlementaire goedkeuring is op 1 mei 2000 een toelichtende nota bij de op 6 oktober 1997 tot stand gekomen verdragen verschenen: Staten Generaal. 1999-2000, 27 097, nrs. 224 en 1.

¹⁵⁾ Zie voor de behandeling van het voorstel tot wijziging van de Rijkswet geweldgebruik defensiepersoneel in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak, G.L. Coolen, Wat als Groenlinks niet van full command zou hebben gesproken?, in MRT 2003, 404-413.

Juridische werkgroep meegenomen. Er is daarna nog een voortgangsrapportage 2001 voorbereid maar nooit vastgesteld. Inmiddels was het belang van binationale integratie naar de achtergrond verschoven door nieuwe ontwikkelingen.

Juridische structuur voor het multinationale HRF HQ

Vanaf 1999 – Het hoofdkwartier als High Readiness Forces (Land) Headquarters

Duitsland en Nederland hebben met het legerkorps steeds ingespeeld op gewijzigde omstandigheden. In 1999 werd onderzocht of het hoofdkwartier, in het kader van het NAVO-concept van de *Combined Joint Task Force*, de kern zou kunnen vormen van een *Land Component Command* (LCC): de landcomponent van een *joint* troepenmacht¹⁶). Een belangrijke ontwikkeling in de jaren daarna was de herziening van de NAVO-strijdkrachtenstructuur. Er zou een *pool* van snel inzetbare eenheden en hoofdkwartieren worden gevormd om te kunnen reageren op crises overal ter wereld. Duitsland en Nederland zagen het belang in hieraan deel te gaan nemen en daarmee voorop te blijven lopen bij nieuwe ontwikkelingen binnen de NAVO. Het hoofdkwartier van het I^e Duits-Nederlandse Legerkorps werd voorgedragen als snel inzetbaar hoofdkwartier: *High Readiness Forces (Land) Headquarters* (HRF (L) HQ). Duitsland en Nederland hebben echter steeds benadrukt dat het hoofdkwartier ook beschikbaar zou moeten blijven voor EU-operaties. Op die manier paste deelname in de nieuwe NAVO-strijdkrachtenstructuur binnen het Europees Gemeenschappelijk Defensiebeleid en was deze in overeenstemming met de gestarte herstructurering van de Duitse strijdkrachten en de heroriëntatie van de defensie-inspanningen aan Nederlandse zijde."")

Het Hoofdkwartier van het I^e Duits-Nederlandse Legerkorps was niet de enige kandidaat voor de HRF-status. In totaal waren er zes kandidaat-hoofdkwartieren terwijl er in de voorziene strijdkrachtenstructuur plaats zou zijn voor drie. Het was daarom van belang om als een van de meest geschikte kandidaten naar voren te komen. Het hoofdkwartier moest goed worden voorbereid op de nieuwe rol. Op alle functionele deelgebieden zoals operatiën, logistiek, personeel, maar ook op het juridische functiegebied, werd bezien wat er gedaan moest worden.

Ontwikkeling juridisch raamwerk: binationale Duits-Nederlandse benadering

De binationale juridische werkgroep werd geactiveerd en kreeg tot taak te bezien of de huidige overeenkomsten moesten worden gewijzigd, en zo ja, daarvoor tekstvoorstellen te ontwikkelen. Daarnaast moest worden bezien welke nieuwe documenten er dienden te worden opgesteld. Ook daarvoor moesten tekstvoorstellen worden gedaan.

Er waren criteria vastgesteld waaraan een HRF HQ moest voldoen om zijn opdracht als snel inzetbaar NAVO-hoofdkwartier te kunnen uitvoeren¹⁸). Een aantal van deze criteria

¹⁶) *Joint* betekent in dit verband samengesteld uit meerdere krijgsmachtdelen: land-, lucht- en zee-strijdkrachten. Daarnaast worden in het CJTF-concept de *special forces* en de *psychological operations* als aparte componenten gezien.

¹⁷) Zie voor een uiteenzetting van de genoemde ontwikkelingen V.C. Windt, J. Lievestro en G.W. van Keulen, Doemdenkers en profeten, Het einde van 1(GE/NL)Corps of vergroting van de inzetbaarheid?, in Militaire Spectator, Jrg. 170, 3-2001, p. 129-143.

¹⁸) Dit zijn de zogenoemde *Translated Military Criteria*. Deze waren afgeleid van het NAVO-document MC 31711, waarin de nieuwe strijdkrachtenstructuur stond beschreven.

had een relatie met de juridische structuur. Daarbij ging het in de eerste plaats om bevelsrelaties. De bevelsrelatie met het hogere NAVO-bevelsniveau zou wijzigen: er werd een directe bevelsrelatie met de *Supreme Allied Commander Europe* (SACEUR) voorzien. Daarnaast zou de positie ten opzichte van de eenheden van het legerkorps wijzigen. Het hoofdkwartier werd een entiteit op zich, min of meer los van de eenheden. Het binationale legerkorps zoals we het kenden zou ophouden te bestaan. Wel zouden nog relaties bestaan met eenheden in het zogenoemde *force package*: eenheden die beschikbaar moeten zijn om de inzet van het hoofdkwartier en de voor een operatie onder bevel gestelde formaties te ondersteunen. In de tweede plaats zou het hoofdkwartier multinationalaam moeten zijn. Een hoofdkwartier met twee deelnemende landen is letterlijk genomen misschien wel multinationalaam, maar het was duidelijk dat om aan de NAVO-eis van multinationaliteit te voldoen een aantal andere landen zou moeten toetreden. In de derde plaats, gekoppeld aan de multinationalale samenstelling van het hoofdkwartieren als uitvloeisel van de directe relatie met SACEUR, kwam de vraag naar de status van het hoofdkwartier aan de orde. Moest het hoofdkwartier een status krijgen op basis van het NAVO-Hoofdkwartierenprotocol?

Om richting te geven aan de ontwikkeling van nieuwe documenten voor de verschillende kandidaat HRF-Hoofdkwartieren waren door zorg van het toenmalige *Supreme Headquarters Allied Powers Europe* (SHAPE)¹⁹⁾ twee blauwdrukken, *templates*, ontwikkeld: ten eerste een *Memorandum of Understanding manning, funding and support* (MoU) over de organisatorische, personele, logistieke en financiële aangelegenheden van het hoofdkwartier, te sluiten door alle deelnemende landen en SHAPE; ten tweede een *Technical Arrangement command and control* (TA) over de bevelsrelaties en de beschikbaarheid van het hoofdkwartier en van ondersteunende eenheden, te sluiten door SHAPE en de zogeheten *Framework Nation*. In het geval van het Hoofdkwartier 1^e Duits-Nederlandse Legerkorps waren er twee *Framework Nations*: Duitsland en Nederland. De *templates* hoefden niet letterlijk gevolgd te worden. In aanvullende gesprekken met vertegenwoordigers van SHAPE werd duidelijk wat belangrijke punten waren waar het hoofdkwartier zeker aan zou moeten voldoen. In ieder geval was dat de directe bevelsrelatie met SACEUR en een directe beschikbaarheid van het hoofdkwartier voor NAVO-operaties. Daarnaast werd voor de status van het hoofdkwartier een voorkeur uitgesproken voor toepassing van het NAVO-Hoofdkwartierenprotocol²⁰⁾, ook wel het Parijse Protocol (*Paris Protocol*) genoemd.

Het was van belang dat Duitsland en Nederland het op essentiële punten eens zouden zijn, voordat onderhandelingen zouden worden gestart met SHAPE en met mogelijke nieuwe deelnemers aan het hoofdkwartier. Wat waren de 'binationale' uitgangspunten? Beide partners waren het erover eens dat er in het vernieuwde hoofdkwartier sprake zou moeten zijn van een sterke binationale *footprint*: Duitsland en Nederland wilden in sterke mate het beleid en het opereren van het hoofdkwartier blijven bepalen, zeker waar het zou gaan om het besluit tot inzet. Daarbij moest het mogelijk blijven het hoofdkwartier in te zetten in EU- of OVSE-verband. Daarnaast werd het van belang geacht het bereikte niveau van samenwerking en integratie te behouden. Een formeel-juridisch punt was dat Duitsland en Nederland het Legerkorpsverdrag ongewijzigd wilden laten. Wijziging zou in beide landen leiden tot een langdurig traject. Men wilde daarenboven zo weinig mogelijk

¹⁹⁾ Inmiddels is SHAPE omgevormd tot *Supreme Allied Command Operations* (SACO).

²⁰⁾ Trb. 1953, 11.

in het uitvoeringsverdrag, het Legerkorpsakkoord, wijzigen. Deze binationale uitgangspunten zouden hun weerslag moeten krijgen in de gewijzigde en nieuwe documenten.

Zoals gesteld was het de taak van de juridische werkgroep na te gaan welke wijzigingen in de huidige documenten aangebracht moesten worden en welke nieuwe documenten moesten worden ontwikkeld. Het meest urgent was hetgeen geregeld moest zijn om aan de eisen voor de HRF-status te voldoen: de bevelsrelaties met SHAPE en met ondersteunende eenheden en de toetreding van andere landen. Het leek verstandig daarvoor de *templates* van SHAPE te gebruiken. Voor de toetreding van andere landen was eerst nog gedacht aan toepassing van artikel 12 van het Legerkorpsverdrag, getiteld "Toetreding van andere Geallieerde Staten". De bepaling luidt: "Andere Staten Partijen bij het Noord-Atlantisch Verdrag of het Verdrag van Brussel kunnen, op uitnodiging van de Partijen bij dit Verdrag, tot dit Verdrag toetreden onder nader overeen te komen voorwaarden." Op basis van deze bepaling konden overeenkomsten worden gesloten met andere NAVO- en WEU-landen waarbij geheel of gedeeltelijk aangesloten zou worden bij de bestaande verdragen. De werkelijkheid was echter dat er een *template* voor een MoU voorlag die ook bij de andere kandidaat HRF-hoofdkwartieren werd gebruikt. Toetreding op basis van artikel 12 van het Verdrag, onbekend bij de internationale spelers, zou naar verwachting moeizaam worden.

Nadat bevelsrelaties en multinationaliteit geregeld zouden zijn, zou begonnen kunnen worden met herziening van de bilaterale overeenkomsten, die op veel punten niet aansloten bij de nieuwe situatie.

Ontwikkeling nieuwe overeenkomsten

De *template* voor de TA Command and Control gaf een directe bevelsrelatie met SACEUR aan: *Operational Command* in vredestijd, dat wil zeggen dat het hoofdkwartier ook reeds buiten daadwerkelijke inzet onder *Operational Command* van SACEUR zou staan²¹). Dat ging Duitsland en Nederland in eerste instantie te ver. Uiteindelijk is het voorstel van SHAPE toch akkoord bevonden: een uitzonderingspositie ten opzichte van de andere kandidaat-hoofdkwartieren was niet te rechtvaardigen. Een ander belangrijk punt was de beschikbaarheid voor andere operaties dan NAVO-operaties. Duitsland en Nederland wilden nadrukkelijk de beschikking houden over het hoofdkwartier voor EU-operaties en andere 'ad hoc' operaties.

De bevelsrelaties met de eenheden van het 'oude' legerkorps werden bepaald door de 'geïntegreerde leidinggevende en toezichthoudende bevoegdheid' (*Integrated Directing and Control Authority*) van de commandant: een nauwe bevelsrelatie met uitgebreide bevoegdheden. Deze bevelsrelatie paste niet meer bij de veel lossere band met eenheden in de nieuwe situatie. Bovendien waren de eenheden die een plaats zouden krijgen in het *force package* voor HRF niet noodzakelijkerwijs dezelfde eenheden die in de oude situatie deel uitmaakten van het legerkorps. Wel werd onderkend dat de banden niet geheel zouden moeten worden doorgesneden. De eenheden in het *package* moesten ingezet kunnen worden met zeer korte reactietijd en moesten juist daarom wat betreft werkwijze en procedures goed aansluiten bij het hoofdkwartier. Reden genoeg om de bevelsrelaties opnieuw te bezien. De omschrijving van de bevelsrelatie was neergelegd in bijlage B van het Legerkorpsakkoord. Voor de nieuwe situatie werd een nieuwe bijlage B geschreven,

²¹) Zie voor het begrip Operational Command noot 6.

die overigens slechts bevelsrelaties met *Duitse* en *Nederlandse* ondersteunende eenheden kon bevatten; het was immers een bilaterale overeenkomst.

Duitsland en Nederland wilden in het hoofdkwartier een binationale *footprint* realiseren: sterke zeggenschap van beide landen. Dit leidde tot een concept-MoU die op een aantal punten afweek van de *template*. Dit concept was de inzet voor de onderhandelingen met SHAPE en deelnemende landen. Belangrijk is daarbij te bedenken dat een aantal landen, met name Italië, Spanje, Turkije, de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk, ook betrokken was bij de oprichting of omvorming van de andere kandidaat HRF-hoofdkwartieren. Deze landen zochten aansluiting bij de concept-MoU's van die andere hoofdkwartieren, waarvan enkele reeds verder in ontwikkeling waren. Vooral op de punten waarmee ook Duitsland en Nederland als deelnemer in zo'n ander hoofdkwartier akkoord waren gegaan, was het moeilijk een afwijkend standpunt te handhaven. Ook SHAPE was voorstander van standaardisatie van de overeenkomsten van de verschillende hoofdkwartieren en probeerde het in die richting te sturen. Bovenal begon tijd een belangrijke factor te worden. Doordat de onderhandelingen relatief laat waren gestart, was het tijdig realiseren van de overeenkomsten een race tegen de klok geworden. Uiteindelijk resulteerde dat in een aantal aanpassingen ten opzichte van de oorspronkelijke voorstellen van Duitsland en Nederland. In de eerste plaats kregen de nieuwe deelnemende landen dezelfde zeggenschap als de *Framework Nations* in de *Plenary*: de contactgroep van de deelnemende landen en SHAPE. Ook werden de zogenoemde *cost sharing formula* en overige afspraken over financiële zaken aangepast conform de situatie bij de andere kandidaat-hoofdkwartieren. Een ander belangrijk onderwerp was de status van het hoofdkwartier. Besloten werd dat de status van internationaal hoofdkwartier onder het NAVO-Hoofdkwartierenprotocol werd aangevraagd. Deze status was voor verschillende nieuwe deelnemende landen een voorwaarde en had de voorkeur van SHAPE. Als het enkel en alleen aan Duitsland en Nederland had gelegen was dit waarschijnlijk niet gebeurd.

De conclusie is dat, onder druk van de nieuwe deelnemende landen, maar ook van SHAPE, en door de toenemende tijdsdruk, in sterke mate werd aangesloten bij de MoU's van de andere kandidaat-hoofdkwartieren.

2002 - *Het resultaat: de multilaterale juridische structuur*

Het Hoofdkwartier van het 1^e Duits-Nederlandse Legerkorps wordt, samen met vijf andere hoofdkwartieren, aangemerkt als HRF (L) HQ. De MoU en de TA worden getekend op 23 september 2002. Tevens wordt het NAVO-Hoofdkwartierenprotocol van toepassing verklaard. Het alsdan ontstane juridische raamwerk bestaat uit drie delen. Ten eerste het 'oude' bilaterale gedeelte: het Legerkorpsverdrag, het Legerkorpsakkoord en de *General Directive*. Ten tweede de overeenkomst die de bevelsrelaties tussen de *Framework Nations* en SHAPE beschrijft: de *Technical Arrangement* (TA). Ten derde de overeenkomst tussen alle deelnemende landen en SHAPE: de *Memorandum of Understanding* (MoU).

Met het tekenen van de TA en MoU is de betekenis van de bilaterale overeenkomsten, Legerkorpsverdrag, Legerkorpsakkoorden *General Directive*, sterk gewijzigd. In de nieuwe situatie regelen de bilaterale overeenkomsten 'slechts' de verhoudingen tussen de beide *Framework Nations*. De bilaterale documenten hebben nog wel betekenis voor het hoofdkwartier omdat zij van invloed zijn op de wijze waarop de Duitsland en Nederland hun bevoegdheden en verantwoordelijkheden op basis van TA en MoU uitoefenen, maar de

betekenis is duidelijk afgenomen. Een tweede belangrijke verschil is dat in de oude situatie de bilaterale overeenkomsten betrekking hadden op het volledige legerkorps, dus inclusief de onder bevel gestelde divisies, brigades en andere eenheden. In de nieuwe situatie hebben de overeenkomsten voornamelijk betrekking op het hoofdkwartier. Voornamelijk, want de herziene Bijlage B van het Legerkorpsakkoord beschrijft de bevelsverhoudingen met binnen de kring van HRF toegevoegde (Duitse en Nederlandse) formaties en eenheden. Daarbij moet worden opgemerkt dat de nieuwe bijlage B niet de status van verdrag heeft: zij is vastgesteld door beide bevelhebbers der landstrijdkrachten. In de nieuwe bijlage worden drie mogelijke bevelsrelaties aangeduid: naast het reeds bestaande *Integrated Directing and Control Authority* (IDCA) zijn er nu ook *Integrated Control and Coordinating Authority* (ICCA) en *Affiliation Authority* (AA). De drie soorten bevelsrelaties bevatten bevoegdheden van de commandant op verschillende gebieden. IDCA omvat de meest uitgebreide bevoegdheden gevolgd door ICCA en AA. IDCA, overigens inhoudelijk enigszins gewijzigd, geldt voor het hoofdkwartier inclusief ondersteunende bataljons en tevens, tijdens oefeningen en inzet, voor alle toegevoegde Duitse en Nederlandse eenheden. ICCA geldt in 'vredestijd' voor eenheden die worden toegevoegd (*assigned*) bij het uitvoeren van de algemene verdedigingstaak; AA voor *affiliated* eenheden: de eenheden uit het HRF *force package*. Al met al een complexe systematiek. Daar komt nog bij dat bij inzet van het hoofdkwartier ook eenheden van andere landen dan Duitsland en Nederland kunnen worden toegevoegd waarmee de binnen de NAVO gebruikelijke bevelsrelaties zullen gelden, waardoor er binnen het legerkorps verschillende bevelsrelaties ontstaan.

Het tweede deel van de nu ontstane juridische structuur is de overeenkomst tussen de *Framework Nations* en SHAPE: de *TA Command and Control*. De *TA* regelt dat het Hoofdkwartier van het 1^o Duits-Nederlandse Legerkorps beschikbaar is voor NAVO-operaties. Het hoofdkwartier is onder *Operational Command* gesteld van SACEUR. Daadwerkelijke inzet geschiedt op basis van een beslissing van de Noord-Atlantische Raad. Belangrijk punt voor Duitsland en Nederland is dat het hoofdkwartier ook kan worden ingezet voor andere operaties dan NAVO-operaties. Te denken is vooral aan operaties onder verantwoordelijkheid van de Europese Unie, maar ook andere 'ad hoc'-operaties. Een voorbeeld van zo'n ad hoc-operatie is de inzet als Hoofdkwartier van de *International Security Assistance Force* (ISAF) in Afghanistan in 2003. Het primaat berust echter bij de NAVO.

Duitsland en Nederland dragen als *Framework Nations* de verantwoordelijkheid voor de uitvoering van beslissingen van de Noord-Atlantische Raad. Beide landen hebben ook de verplichting om de nodige middelen en ondersteunende eenheden te leveren om het hoofdkwartier inzetbaar te houden. In een bijlage bij de *TA* is een lijst met Duitse en Nederlandse *affiliated formations and units* opgenomen die kunnen worden ingezet samen met het hoofdkwartier. Daarbij stellen Duitsland en Nederland zich garant voor toevoe-ging van eenheden, indien het zogeheten *force generation process* niet leidt tot voldoende extra troepen, en voor een *initial entry capability*: een troepenmacht die in staat is een mogelijk vijandig gebied als eerste binnen te trekken en onder controle te brengen.

Het derde deel van de juridische structuur wordt gevormd door de *MoU Manning, Funding and Support*. Hierin staan bepalingen over de organisatie, functionele opbouw, financiële aangelegenheden en ondersteuning van het hoofdkwartier. De *MoU* is gesloten tussen alle deelnemende landen en SHAPE. Duitsland en Nederland nemen als partij for-

meel een gelijkwaardige positie in ten opzichte van de andere deelnemende landen. Wel is het zo dat een aantal verantwoordelijkheden aan de *Framework Nations* is toegekend. De MoU is van toepassing op het hoofdkwartier, bestaande uit de staf, het ondersteuningsbataljon (*Staff Support Battalion*) en het verbindingsbataljon (*CIS Battalion*). Ook de status van internationaal hoofdkwartier zoals bedoeld in het NAVO-Hoofdkwartierenprotocol is in de MoU opgenomen.

De zogeheten *Plenary* is het orgaan waarin vertegenwoordigers van de deelnemende landen zijn vertegenwoordigd en waarin beleidsaangelegenheden van het hoofdkwartier, met name waar het gaat om de uitvoering van de MoU, aan de orde komen. Daarnaast bevat de MoU bepalingen over de verdeling van de functies binnen de staf, discipline en nationale verplichtingen, financiering en financiële procedures. Voor het gedeelte van het budget waar alle deelnemende landen aan bijdragen is er een toezichthoudende commissie waar de landen in vertegenwoordigd zijn: de *Senior Resources Committee*. De *Framework Nations* zijn in hoofdzaak verantwoordelijk voor de logistieke ondersteuning van het hoofdkwartier en zijn personeel.

De in de MoU vastgelegde afspraken en procedures zijn in overeenstemming met hetgeen in NAVO-verband gebruikelijk is. De verhoudingen in het Hoofdkwartier van het 1^e Duits-Nederlandse Legerkorps zijn niet anders dan in elk ander NAVO-hoofdkwartier. Er zijn duidelijke grenzen tussen multinationale verplichtingen en nationale bevoegdheden. De verdere integratie beperkt zich tot de Duits-Nederlandse verhoudingen.

Implementatie

Voor het multinationale hoofdkwartier blijkt dat voor de dagelijkse gang van zaken de TA, de MoU en in het verlengde daarvan het NAVO-Hoofdkwartierenprotocol de belangrijkste documenten zijn geworden. De betekenis van de bilaterale Duits-Nederlandse verdragen is afgenomen. De vraagstukken bij de implementatie zijn in hoofdzaak te relateren aan de volgende onderwerpen: de positie en zeggenschap van Duitsland en Nederland, de toepasselijkheid van nationale en internationale regelgeving en de toepassing van het NAVO-Hoofdkwartierenprotocol.

De positie van Duitsland en Nederland is onvermijdelijk gewijzigd. Ook SHAPE en de andere deelnemende landen hebben nu zeggenschap. Duitsland en Nederland als *Framework Nations* ontlenen echter ook zeggenschap aan de nieuwe documenten. De *Framework Nations* hebben de verantwoordelijkheid voor de inzetbaarheid en de taakuitvoering van het hoofdkwartier op grond van de TA en op basis daarvan de bevoegdheid aanwijzingen te geven. Daarnaast hebben de *Framework Nations* zeggenschap op basis van de MoU: zij hebben verantwoordelijkheden op het gebied van de ondersteuning van het hoofdkwartier en kunnen daartoe aanwijzingen en richtlijnen geven. Coördinatie vindt plaats via het binationale Gemengd Comité (*Joint Committee*). Het Comité komt regelmatig samen met de Chef-Staf van het hoofdkwartier in de zogeheten *Triangle*, waar beleidsaangelegenheden worden besproken. De *Triangle* behoudt tot nu toe een belangrijke rol naast de *Plenary*.

De nieuwe positie en status van het hoofdkwartier roepen ook vragen op over de toepasselijkheid van externe regelgeving. Het gaat dan bijvoorbeeld om de vraag of, nu het hoofdkwartier de status heeft op basis van het NAVO-Hoofdkwartierenprotocol, alle

NAVO-regelgeving rechtstreeks geldt. Dat is niet het geval. NAVO-regelingen kunnen van toepassing zijn wanneer dat voor deze regelingen in de overeenkomsten (MoU en TA) is afgesproken, wanneer het daarbuiten door de deelnemende landen is overeengekomen of wanneer het rechtstreeks uit de NAVO-regelingen zelf voortvloeit.

Een consequentie van de toepassing van het NAVO-Hoofdkwartierenprotocol is dat het hoofdkwartier rechtspersoonlijkheid heeft, afgeleid van de rechtspersoonlijkheid van SHAPE. Dit betekent dat het hoofdkwartier nu de mogelijkheid heeft contracten te sluiten en eigendom te hebben. Een tweede consequentie is dat het hoofdkwartier een aantal rechten en verplichtingen heeft die in het NAVO-Statusverdrag zijn toebedeeld aan de 'zendstaat' of de 'krijgsmacht'. Deze rechten en verplichtingen hebben bijvoorbeeld betrekking op de afhandeling van claims. Een derde gevolg is dat het hoofdkwartier en het personeel bepaalde belastingvrijstellingen genieten.

Dat ontwikkelingen snel gaan wordt geïllustreerd door de deelname van het Legerkorps hoofdkwartier aan de NATO *Response Force (NRF)*: een nieuw concept waarbij een aantal eenheden en hoofdkwartieren op roulatiebasis *stand-by* is om zeer snel ingezet te kunnen worden. Na analyse is vastgesteld dat deze rol past binnen de kaders van de multilaterale overeenkomsten voor het hoofdkwartier.

Wat nog te doen staat is de aanpassing van de bilaterale verdragen. Eerst was voorzien dat alleen het Legerkorpsakkoord gewijzigd zou moeten worden en het Legerkorpsverdrag ongemoeid zou kunnen worden gelaten. Later is men tot het inzicht gekomen dat ook het verdrag aangepast zou moeten worden. De aanpassing van het akkoord zou zo ingrijpend moeten zijn dat het niet meer als uitvoeringsverdrag van het verdrag zou kunnen gelden. Van Nederlandse zijde is nu geopperd een nieuw raamverdrag te sluiten waarin de beginselen van de binationale samenwerking tussen Duitsland en Nederland worden neergelegd, breder dan alleen over het hoofdkwartier. Op basis van dit raamverdrag kunnen dan MoU's worden gesloten, onder andere voor het hoofdkwartier. We staan nog aan het begin van deze ontwikkeling.

Tot slot

In dit artikel is de ontwikkeling beschreven van de verschillende overeenkomsten voor het 1^e Duits-Nederlandse Legerkorps. De overeenkomsten voorzagen in de juridische basis voor de vorming van een binationaal legerkorps en later voor de transformatie naar een multinationalaal samengestelde *High Readiness Forces (Land) Headquarters*. Daarbij is het aspect integratie nadrukkelijk belicht. Bij het binationale legerkorps was er in de ontwikkeling van de overeenkomsten in 1994-1995, de *Williamsburg Declaration* en uiteindelijk de verdragen van 1997, sprake van een toenemende integratie. Er waren op een aantal terreinen vergaande afspraken tot stand gekomen die in NAVO-verband uniek te noemen waren. Voorbeelden zijn de 'geïntegreerde leidinggevendende toezichthoudende bevoegdheid' van de commandant, de 'gezamenlijke verantwoordelijkheden' op het gebied van opleiding, oefening en logistiek en de binationale wacht. De overeenkomsten van 1997 zijn gesloten op het niveau van verdrag: een sterke juridische basis!

De omzetting van het Hoofdkwartier van het 1^e Duits-Nederlandse Legerkorps naar een

multinationaal samengestelde *High Readiness Forces Headquarters* betekende een ingrijpende wijziging van de juridische structuur. De reikwijdte van de bestaande verdragen nam sterk af; er werden nieuwe multilaterale overeenkomsten gesloten. De in 1997 gesloten verdragen bleken te weinig flexibiliteit te bieden voor de nieuwe ontwikkelingen. Daarnaast moest worden ingeboet op de gerealiseerde binationale integratie. Er werd aangesloten bij afspraken zoals die elders binnen de NAVO, in het bijzonder bij de andere *High Readiness Forces Headquarters*, waren gemaakt en bij standaard NAVO-procedures. Bijzondere bepalingen, zoals de geïntegreerde leidinggevende en toezichthoudende bevoegdheid van de commandant, blijken moeilijk te handhaven in breder NAVO-verband.

Dat alles neemt niet weg dat een nauwe samenwerking tussen Duitsland en Nederland van groot belang is voor het goed functioneren van de legerkorps. Beide landen moeten als het ware één *Framework Nation* vormen. Een sterke integratie blijft belangrijk. Dat is de uitdaging voor de vorming van de nieuwe verdragen: een sterk verband, maar toch flexibel genoeg zodat de verdragen lang mee kunnen gaan.

STRAFRECHTSPRAAK

Gerechtshof te Arnhem
Militaire kamer
Arrest van 4 mei 2005

Voorzitter: mr. Van den Heuvel; *lid:* mr. Boekhorst Carrillo; *militair lid:* Brigade-generaal (tit.) mr. In het Veld

Eric O. (II)

Sergeant-majoor der mariniers Eric O. was ten laste gelegd dat hij in december 2003 in Irak dienstvoerschriften aangaande het gebruik van geweld niet heeft opgevolgd toen hij een gericht waarschuwingsschot afvuurde in de richting van een aantal personen, terwijl er geen sprake was van een situatie die dat gebruik van geweld rechtvaardigde, waardoor een persoon zwaar lichamelijk letsel heeft opgelopen. De militaire kamer van de rechtbank Arnhem spreekt Eric O. vrij. Het OM gaat in hoger beroep.

Het hof overweegt het volgende. Verdachte diende als commandant, de totale situatie te beoordelen, waarbij hem uiteraard de nodige beoordelingsvrijheid toekwam. Verdachte is met beide waarschuwingsschoten gebleven binnen de hem door ROE 151 gegeven bevoegdheid, gelet op de "commanders intent" met betrekking tot de "force property" en de vereisten van "force protection" bij de dreigende doorbreking van de rondombeveiliging. Dit brengt met zich, dat verdachte van het primair en subsidiair telastegelegde moet worden vrijgesproken. Verdachte was bevoegd tot het lossen van een waarschuwingsschot. Gelet op de omstandigheden ter plaatse, vooral het feit dat schoten in de lucht niet het gewenste effect hadden, kan niet gezegd worden dat een schot naar de grond op een volgens de toen heersende inzichten als veilig beschouwde plek als grovelijk, althans aanmerkelijk onvoorzichtig, onzorgvuldig, onachtzaam of nalatig kan worden aangemerkt. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat in het algemeen het in de grond schieten bij een ondergrond als die ter plaatse onder omstandigheden niet als gevaarlijker dan een schot in de lucht werd beschouwd. Dit betekent dat verdachte ook van het meer subsidiair telastegelegde moet worden vrijgesproken.

ARREST

gewezen op het hoger beroep, ingesteld tegen het vonnis van de militaire kamer in de rechtbank te Arnhem van 18 oktober 2004 in de strafzaak tegen [VERDACHTE], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum], wonende te [woonplaats], [adres], [rang], [reg. nr.].

Het hoger beroep

De officier van justitie heeft tegen voormeld vonnis hoger beroep ingesteld.

Onderzoek van de zaak

Dit arrest is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzittingen van het hof van 23 maart 2005, 20 april 2005 en 21 april 2005 en, overeenkomstig het bepaalde bij artikel 422 van het Wetboek van Strafvordering, het onderzoek op de terechtzitting in eerste aanleg.

Het hof heeft kennisgenomen van de vordering van de advocaat-generaal, na voorlezing aan het hof overgelegd, en van hetgeen door en namens de verdachte naar voren is

gebracht. De advocaat-generaal heeft veroordeling voor het primair telastegelegde geëist, met oplegging van zes maanden militaire detentie, geheel voorwaardelijk, alsmede 240 uur werkstraf. met aftrek.

Ontvankelijkheid van het hoger beroep

Door de raadsman is bepleit dat de officier van justitie niet-ontvankelijk verklaard moet worden in het hoger beroep, omdat dit hoger beroep -kort gezegd- een overwegend rechts-politiek doel nastreeft en abstraheert van het wezen van een strafproces, namelijk de vaststelling of in een individueel geval een bestraffing op zijn plaats is.

Het hof is van oordeel dat dit verweer moet worden verworpen. Het openbaar ministerie streeft onmiskenbaar, zelfs met een zekere vasthoudendheid, ook de veroordeling en bestraffing van deze individuele verdachte na. Dat de vervolging door zijn tot dusverre unieke karakter mede betekenis kan hebben voor de instructie van militairen die op missie worden gestuurd, voor de strafrechtelijke aanpak van vergelijkbare zaken in de toekomst en overigens voor de beantwoording van vragen, die het belang van deze individuele strafzaak mogelijk overstijgen, doet aan de ontvankelijkheid van het hoger beroep niet af.

Het vonnis waarvan beroep

Het hof zal het vonnis, waarvan beroep, vernietigen nu het weliswaar tot dezelfde beslissing komt als de rechtbank, maar op grond van een op belangrijke punten andere motivering.

De tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd dat:

hij als militair op of omstreeks 27 december 2003 op of nabij de Main Supply Route (MSR) Jackson, gelegen tussen Al Khidr en As Samawah in Irak, in elk geval in Irak, opzettelijk het dienstvoorschrift "AIDE-MEMOIRE VOOR SFIR COMMANDANTEN", vastgesteld door de CDS (Chef Defensie Staf) d.d. 24 juli 2003, waarin onder meer is voorgeschreven (zakelijk weergegeven):

- dat het gebruik van strikt noodzakelijk geweld slechts is toegestaan in een aantal gevallen zoals omschreven in punten 3 en 4 van dat voorschrift,

- niet heeft opgevolgd,

- en/of

- opzettelijk het dienstvoorschrift "SFIR GEWELDSINSTRUCTIE", vastgesteld door de CDS (Chef Defensie Staf) d.d. 24 juli 2003, waarin onder meer is voorgeschreven (zakelijk weergegeven):

- dat het gebruik van geweld slechts is toegestaan in een aantal gevallen zoals omschreven in punt 2 van die instructie, niet heeft opgevolgd, aangezien hij, verdachte, opzettelijk in strijd met het gestelde in voornoemd(e) dienstvoorschrift(en) met zijn, verdachtes, vuurwapen (Diemaco C7 (Diemaco C7A1; hof)) een gericht (waarschuwings-)schot heeft afgevuurd in de richting van een of meer personen, terwijl er geen sprake was van een zodanige situatie dat het was toegestaan geweld te gebruiken, terwijl daarvan

- gemeen gevaar voor een of meer van die personen (art. 136 lid 1 sub 2 WMS)

- en/of

- levensgevaar voor een ander te duchten was, namelijk voor een of meer van voor-noemde personen (art. 136 lid 1 sub 3 WMS),

- en/of

- levensgevaar voor een ander te duchten was, namelijk voor een of meer van voor-

noemde personen,

en tengevolge van welk feit een persoon, te weten [slachtoffer], althans een van die personen, is overleden (art. 136 lid 1 sub 4 WMS);

(art. 136 Wetboek van Militair Strafrecht)

althans, indien het vorenstaande niet tot een veroordeling leidt:

hij als militair op of omstreeks 27 december 2003 op of nabij de Main Supply Route (MSR) Jackson, gelegen tussen Al Khidr en As Samawah in Irak, in elk geval in Irak, opzettelijk het dienstvoorschrift "AIDE-MEMOIRE VOOR SFIR COMMANDANTEN", vastgesteld door de CDS (Chef Defensie Staf) d.d. 24 juli 2003, waarin onder meer is voorgeschreven (zakelijk weergegeven):

- dat voordat het vuur wordt geopend, daarvoor mondeling moet worden gewaarschuwd als de operationele omstandigheden dat toelaten (punten 6 en 7)

en/of

- gebruik van geweld alleen is toegestaan indien andere middelen ontoereikend zijn (punt 2) edof

- in alle omstandigheden niet meer geweld te gebruiken dan strikt noodzakelijk is om de opdracht uit te voeren (punt 2a)

en/of

- dat telkens als het is toegestaan geweld te gebruiken, het verplicht is de mate van geweld te beperken tot het strikt noodzakelijke (punt 11) niet heeft opgevolgd

edof

opzettelijk het dienstvoorschrift "SFIR GEWELDSINSTRUCTIE", vastgesteld door de CDS (Chef Defensie Staf) d.d. 24 juli 2003, waarin onder meer is voorgeschreven (zakelijk weergegeven)

- dat het, voordat er gericht wordt geschoten, verplicht is mondeling te waarschuwen wanneer de situatie dat toelaat (punt 11) en/of

- dat het gebruik van geweld alleen is toegestaan indien andere middelen ontoereikend zijn (punt 3)

en/of

- in alle omstandigheden niet meer geweld te gebruiken dan strikt noodzakelijk is om de opdracht uit te voeren (punt 3b) niet heeft opgevolgd, aangezien hij, verdachte, opzettelijk in strijd met het gestelde in voornoemd(e) dienstvoorschrift(en) zonder mondelinge waarschuwing vooraf met zijn, verdachtes, vuurwapen (Diemaco C7 (Diemaco C7A1; hof)) een gericht (waarschuwings-)schot heeft afgevuurd in de richting van een plek in de grond (links) voor, in elk geval in de richting van een of meer personen, welke personen zich op een afstand van ongeveer 100 meter, in elk geval op een aanzienlijke afstand, van verdachte bevonden, terwijl daarvan

- gemeen gevaar voor een of meer van die personen (art. 136 lid 1 sub 2 WMS)

en/of

- levensgevaar voor een ander te duchten was, namelijk voor een of meer van voornoemde personen (art 136 lid 1 sub 3 WMS),

en/of

- levensgevaar voor een ander te duchten was, namelijk voor een of meer van voornoemde personen

en tengevolge van welk feit een van die personen, te weten [slachtoffer], althans een van die personen, is overleden (art. 136 lid 1 sub 4 WMS);

(art. 136 Wetboek van Militair Strafrecht) meer subsidiair:

hij op of omstreeks 27 december 2003 op of nabij de Main Supply Route (MSR)

Jackson, gelegen tussen Al Khidr en As Samawah in Irak, in elk geval in Irak, als militair in dienst bij de krijgsmacht, en als zodanig in de uitoefening van enig ambt of beroep, grovelijk, althans aanmerkelijk onvoorzichtig en/of onzorgvuldig en/of onachtzaam en/of nalatig met een vuurwapen (Diemaco C7 (Diemaco C7A1; hof)) een kogel heeft afgevuurd in de richting van een plek in de grond (links) voor, in elk geval in de richting van een of meer personen, onder wie zich [slachtoffer] bevond, welke personen zich op een afstand van ongeveer 100 meter van verdachte bevonden, waardoor het aan zijn, verdachte ~schuld te wijten is dat voornoemde [slachtoffer], althans een van die personen, door de door hem, verdachte, afgevuurde (gericocheerde) kogel is getroffen en een zodanig letsel heeft bekomen dat deze aan de gevolgen daarvan is overleden, althans waardoor het aan zijn, verdachtes, schuld te wijten is dat een van die personen door de door hem, verdachte, afgevuurde (gericocheerde) kogel is getroffen en zwaar lichamelijk letsel heeft bekomen.

(art. 307 en 308 ivm 309 Wetboek van Strafrecht)

Indien in de tenlastelegging taal- en/of schrijffouten voorkomen, zijn deze verbeterd. De verdachte is daardoor niet geschaad in de verdediging.

De advocaat-generaal heeft ter terechtzitting voor alle duidelijkheid aangegeven, dat in de telastelegging alleen wordt bedoeld op het laatste door verdachte afgevuurde waar-schuwingsschot.

Ontvankelijkheid van het openbaar ministerie

De raadsman heeft het in eerste aanleg gevoerde verweer, dat de officier van justitie niet ontvankelijk was in de vervolging, in hoger beroep gehandhaafd. Hij heeft daartoe aangevoerd dat sprake is van ernstige schending van beginselen van een goede procesorde waarbij doelbewust of met grove veronachtzaming van verdachtes belangen wordt tekort gedaan aan diens recht op een behoorlijke behandeling van zijn zaak (het zgn. "Zwols-mancriterium", door de raadsman niet geheel correct geciteerd en daardoor ogenschijnlijk iets opgerekt ten opzichte van de in NJ 1996,249 door de Hoge Raad gebezigde formulering "ernstige inbreuken op de beginselen van een behoorlijke procesorde, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan"). Ook indien de belangen van verdachte op zichzelf niet zouden zijn geschaad, is sprake van zeer fundamentele inbreuken, die niet-ontvankelijkheid kunnen opleveren (het zgn. "Karmancriterium", NJ 1999, 567).

Naar het oordeel van het hof heeft de rechtbank dit verweer op goede gronden verworpen. Het hof komt tot hetzelfde oordeel. In essentie gaat het om het volgende.

a. Er zou een rechts-politieke interventie hebben plaats gevonden ten aanzien van een sectie op het vermeende slachtoffer, aangezien de Minister van Justitie heeft besloten een daartoe strekkend rechtshulpverzoek niet door te zenden.

Het hof is van oordeel dat dit niet is te wijten aan, noch toe te rekenen is aan het openbaar ministerie. Het is duidelijk dat mede door deze, gelet op de te verwachten internationale verwickelingen zeker te billijken handelwijze van de Minister van Justitie het forensisch onderzoek verre van optimaal is geweest. Het is evenzeer duidelijk dat de daardoor op belangrijke punten gebleven twijfel niet ten nadele van verdachte mag strekken. Maar dat is een bewijskwestie en doet niet af aan de ontvankelijkheid van de officier van justitie in de vervolging.

b. De aanhouding van verdachte was in strijd met artikel 5 van het EVRM omdat, zo begrijpt het hof, er ten tijde van de aanhouding (op 31 december 2003) en inverzekeringstelling (op 1 januari 2004) van verdachte geen sprake was van de op grond van deze ver-

dragsbepaling vereiste "reasonable suspicion of having committed an offence."

Het hof deelt deze opvatting van de raadsman niet. In dit eerste stadium van het onderzoek waren er voldoende aanwijzingen voor een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit waarvoor voorlopige hechtenis was toegelaten. Zoals ook de rechtbank met juistheid heeft opgemerkt is een redelijk vermoeden van overtreding van artikel 136 van het Wetboek van Militair Strafrecht daartoe reeds voldoende, gelet op het bepaalde in artikel 26 van de Wet militaire strafrechtspraak. Op genoemde data was immers aannemelijk dat een Irakees door een schot van verdachte was gedood of tenminste zwaar gewond, en dat er niet letterlijk was gehandeld conform de in de instructies het "Aide-Memoire voor SFIR commandanten" (AM) of de "SFIR Geweldsinstructie" (GI) beschreven waarschuwingsprocedure. Bovendien was op dat moment reeds verschillend door gehoorde militairen verklaard over de op het moment van schieten bestaande dreiging.

Overigens staat -behoudens wellicht bijzondere omstandigheden waarvan te dezen geen sprake is- de beoordeling van de rechtmatigheid van de inverzekeringstelling door de rechter-commissaris er aan in de weg, dat het hof de bij deze beoordeling aangevoerde argumenten in het kader van de ontvankelijkheidsvraag nogmaals weegt.

c. Schending van de *presumptio innocentiae* door het openbaar ministerie in het algemeen en meer in het bijzonder door de uitspraken van de voorzitter van het College van procureurs-generaal.

Naar het oordeel van het hof heeft het openbaar ministerie de zaak aanvankelijk veel te zwaar ingezet. Het openbaar ministerie, meer in het bijzonder mr. De Wijkerslooth in zijn NOVA-interview op 5 januari 2004, heeft daarbij tevens niet de bij het prille stadium van het onderzoek te prefereren terughoudendheid in acht genomen. In de Aanwijzing voorlichting opsporing en vervolging van het College van procureurs-generaal wordt ten aanzien van "geruchtmakende zaken" met zoveel woorden gesteld dat politie en OM rekening houden met een overbelichting van bijvoorbeeld een verdenking of een aanhouding. Dat is dus niet gebeurd.

Tot enig nadeel voor verdachte heeft dit echter niet geleid: de rechter-commissaris heeft de vordering tot inbewaringstelling op 6 januari 2004 afgewezen omdat er onvoldoende ernstige bezwaren bestonden (voor de verdenking; hof) dat verdachte bewust gericht geschoten heeft op het slachtoffer of op de groep burgers.

d. De beslissing tot verdere vervolging is niet zorgvuldig genomen, namelijk op grond van een onvolledig onderzoek.

Naar het oordeel van het hof is het onderzoek inderdaad niet volledig geweest. Het niet horen van de Nederlandse bataljonscommandant, de luitenant-kolonel [betrokkene I], het niet overleggen van de relevante "situational reports" (sitreps) en het onvolledige forensische onderzoek zijn evenzovele hiaten. Toch kan naar het oordeel van het hof niet gezegd worden dat er dusdanige steken waren gevallen dat vervolging op grond van het voorliggende dossier in redelijkheid niet had dienen plaats te vinden. Dat ook het openbaar ministerie (uiteindelijk) enige twijfel aan de haalbaarheid van de vervolging zou hebben gekregen, doet daar niet aan af. Voor het overige geldt hetgeen het hof reeds onder a. heeft opgemerkt: uiteindelijk nog resterende onzekerheid verzwakt uiteraard de bewijspositie van het openbaar ministerie, maar leidt niet zonder meer tot zijn niet-ontvankelijkheid.

e. Het betoog van de raadsman over de onduidelijkheid van de geldende procedure voor de waarschuwingsschoten mist feitelijke grondslag. Uit de herhaalde stellingname van het openbaar ministerie in deze strafrechtelijke procedure blijkt dat van die zijde juist geen onduidelijkheid over de geweldsinstructie en de grenzen van de bevoegdheden van de uitgezonden militairen heeft bestaan. Het openbaar ministerie huldigt immers het standpunt

dat de nodige geboden en verboden voor deze militairen uitdrukkelijk zijn vermeld op de aan hen ter hand gestelde kaarten met geweldsinstructie (AM en GI) en dat aan de Rules of Engagement (ROE) in dit verband geen (zelfstandige) betekenis toekomt. Wel is door het openbaar ministerie ingegaan op de andersluidende reacties van militaire zijde op de vervolging van verdachte, waaruit bleek dat onzekerheid over de geldende geweldsinstructies bij internationale operaties was ontstaan. Mede in dat verband heeft het openbaar ministerie de verdere vervolging van verdachte geplaatst: het rechterlijk oordeel zou de nodige duidelijkheid kunnen geven.

f. Gezien al het bovenstaande komt geen zelfstandige betekenis toe aan het in hoger beroep ingeroepen artikel 14 van de UN Guidelines on the Role of Prosecutors. Het enkele afwijzen van de vordering bewaring door de rechter-commissaris, omdat deze onvoldoende ernstige bezwaren aanwezig achtte terzake moord of doodslag, staat niet in de weg aan nader onderzoek naar deze feiten en zeker niet aan de (verdere) vervolging wegens overtreding van aanzienlijk lichtere strafbepalingen. De beslissing van de rechter-commissaris ziet immers uitsluitend op de voorlopige hechtenis en betreft geen inhoudelijk oordeel over de zaak zelf. Er kan dus geen sprake zijn van het in het voormeld artikel 14 genoemde geval dat "an impartial investigation shows the charge to be unfounded". Of, hoe en in hoeverre de ingeroepen bepaling van invloed zou moeten zijn bij de beoordeling van vervolgingsbeslissingen kan daarom in het midden blijven.

Dit geldt ook ten aanzien van de door de raadsman ingeroepen, binnen de common law ontwikkelde jurisprudentie, waarvan de doorwerking in de Nederlandse rechtspraak voorsnog een juridische basis lijkt te ontberen. Het hof volstaat met het oordeel dat de ernst van de geconstateerde tekortkomingen in het vooronderzoek niet -ieder voor zich noch in combinatie bezien- dusdanig is dat naar geldend Nederlands recht, zoals verwoord in de aangehaalde Zwolsman- en Karmancriteria, het openbaar ministerie niet-ontvankelijk zou zijn in de vervolging. Daarmee wordt tevens niet voldaan aan de in de door de raadsman genoemde jurisprudentie voorkomende criteria dat "the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases" en dat "the admission of justice is best served by staying the proceedings".

g. Op grond van het voorgaande verwerpt het hof het verweer van de verdediging dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk verklaard zou moeten worden. Door het openbaar ministerie is niet, en zeker niet onherstelbaar, in strijd gehandeld met enig (laat staan: fundamenteel) beginsel van een behoorlijke procesorde, noch anderszins doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdediging.

Het juridische kader

Het primair en subsidiair telastegelegde ziet op overtreding van de door de opsteller van de telastelegging als dienstvoorschrift aangemerkte "Aide-Memoire voor SFIR Commandanten" (AM) en/of de "SFIR Geweldsinstructie" (GI). Daarnaast zijn de zogenaamde Rules of Engagement (ROE) van belang.

a. Het begrip dienstvoorschrift

Dit wordt gedefiniëerd in artikel 135 van het Wetboek van Militair Strafrecht, luidende "Onder dienstvoorschrift wordt verstaan een bij of krachtens algemene maatregel van Rijksbestuur of van bestuur dan wel een bij of krachtens landsverordening onderscheidenlijk landsbesluit gegeven schriftelijk besluit van algemene strekking dat enig militair dienstbelang betreft en een tot de militair gericht ge- of verbod bevat."

b. De ROE

b1. Het optreden van de Nederlandse militairen in Irak wordt gelegitimeerd door de

resoluties 1483 en 1511 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties. In laatstgenoemde resolutie, aangenomen op 16 oktober 2003, wordt klip en klaar gesteld dat de Veiligheidsraad "authorizes a multinational force under unified command to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq." In eerstgenoemde, op 22 mei 2003 aangenomen resolutie verwelkomt de Veiligheidsraad "the willingness of Member States to contribute to stability and security in Iraq by contributing personnel, equipment, and other resources under the Authority".

b2. Op basis hiervan hebben een aantal landen, waaronder Nederland, met het Verenigd Koninkrijk als "Lead Nation" een Memorandum of Understanding (MOU) gesloten met betrekking tot deelname aan de Multinational Division (South East) (MND(SE)). Deze overeenkomst is op 8 juli 2003 namens de Minister van Defensie voor Nederland ondertekend. De in deze overeenkomst van toepassing verklaarde ROE zijn opgenomen in annex F. Voor de beoordeling van de onderhavige strafzaak is vooral ROE 151 van belang.

b3. Het MOU en de bijlage F zijn aangeduid als "confidential", hetgeen met zich brengt dat de tekst van ROE 151 in beginsel niet openbaar mag worden gemaakt. De ROE zijn wel bekend gesteld aan de uitgezonden militairen, die instructie hebben gehad over de ROE en de toepassing er van hebben geoefend. Daarbij is het "need to know"-principe gehanteerd. ROE 151 is gebaseerd op het niet geclassificeerde NATO-document MC 362, dat als een soort "bouwstenenboek" voor ROE kan worden beschouwd. De inhoud van ROE 151 is in essentie weergegeven in het in het openbaar uitgesproken vonnis van de rechtbank, dat ondermeer op internet is gepubliceerd. Ook is ROE 151 met zoveel woorden besproken ter openbare zitting van het hof. Onder deze omstandigheden is het hof van oordeel dat het vertrouwelijke karakter van ROE 151 moet wijken voor de transparantie, ook extern, die een eerlijk strafproces vereist, zeker nu het oordeel van het hof op essentiële onderdelen niet begrijpelijk zou zijn zonder kennis te kunnen nemen van ROE 151.

b4. De ROE vormen tevens een integraal onderdeel van de Operatieaanwijzing nr 100 (Stabilisatiemacht IRAK) van de Chef Defensiestaf, het Concept of Operations (CON-OPS) van de commandant van MND(SE), major general [betrokkene 2] en daardoor van de op deze documenten gebaseerde Operational order (OPORD) van de Nederlandse bataljonscommandant, de luitenant-kolonel [betrokkene 1].

b5. Het hof is van oordeel dat de ROE voldoen aan alle eisen, die artikel 135 van het Wetboek van Militair Strafrecht aan een dienstvoorschrift stelt. Zij hebben, voor zover behorende tot het namens de Minister van Defensie ondertekende MOU en zonder dat er voor de Nederlandse Staat een voorbehoud is gemaakt, te gelden als door de Minister vastgesteld. De Minister is daartoe bevoegd op grond van artikel 9, tweede lid onder a van het Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht.

Zij vormen een schriftelijk besluit van algemene strekking, betreffen overduidelijk een militair dienstbelang en bevatten tot de militair gerichte ge- en verboden. Aan dit laatste doet niet af, dat de ROE eerst en vooral ook bevoegdheden omschrijven, aangezien overschrijding van die bevoegdheden steeds verboden is.

De in de appelmemoirie gemaakte tegenwerping, dat de ROE geen dienstvoorschrift kunnen zijn omdat ze geheim zijn, wordt door het hof verworpen. Zoals hiervoor werd overwogen zijn de ROE aan de uitgezonden militairen genoegzaam bekend gesteld. Dit geldt zeker voor het onderofficierskader, dat bovendien door de aanhef van het AM nog eens nadrukkelijk wordt gewezen op het belang van de ROE. Van strijd met het legaliteitsbeginsel is dan ook, anders dan het openbaar ministerie stelt, naar het oordeel van het hof geen sprake.

Voor de volledigheid merkt het hof op dat het feit, dat de ROE in het Engels zijn gesteld,

naar zijn oordeel evenmin afdoet aan het karakter van dienstvoorschrift. Het internationale karakter van dit soort uitzendingen maakt het overwegend gebruik van de Engelse taal nu eenmaal noodzakelijk. De uitgezonden militairen moeten worden geacht voldoende kennis van de Engelse taal te hebben en bovendien is bij meergenoemde instructie en oefening de inhoud van de ROE ook in het Nederlands aan de orde gekomen.

c. Het AM

c1. Het AM is vastgesteld door de Chef Defensiestaf op 24 juli 2003. Daartoe was hij bevoegd op grond van artikel 135 van het Wetboek van Militair Strafrecht in verbinding met artikel 9 van het Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht en artikel 4 van de Uitvoeringsregeling militair straf- en tuchtrecht 2000.

c2. Het AM bevat de volgende inleidende tekst: "Deze instructiekaart bevat een voor het kader opgestelde vereenvoudigde weergave van de Rules of Engagement (ROE) voor MND(SE) en de daarop aangebrachte Nederlandse restricties. In geval van twijfel, raadpleeg de Engelse tekst van de ROE en de daarbij behorende Nederlandse verklaringen. Bij verschillen tussen deze kaart enerzijds en de ROE en/of de Nederlandse verklaringen anderzijds, gaan de ROE en de Nederlandse verklaringen voor."

c3. Het hof is, evenals de rechtbank, van oordeel dat het AM als een dienstvoorschrift in de zin van artikel 135 van het Wetboek van Militair Strafrecht moet worden beschouwd, nu het aan alle daartoe gestelde vereisten voldoet. Dat dit AM in beperkte mate ook instructienormen bevat, doet daaraan niet af.

Door de hiervóór aangehaalde vermelding van de ROE op het door de Chef Defensiestaf vastgestelde AM zijn de ROE eveneens langs andere weg een dienstvoorschrift in de zin van artikel 135 van het Wetboek van Militair Strafrecht.

d. De GI

d1. Ook de GI is, in herziene uitgave, bevoegdelyk vastgesteld door de Chef Defensiestaf op 24 juli 2003.

d2. De GI bevat geen verwijzing naar de ROE.

d3. Ook de GI dient naar het oordeel van het hof als dienstvoorschrift in de zin van artikel 135 van het Wetboek van Militair Strafrecht te worden beschouwd, nu het aan alle daartoe gestelde vereisten voldoet.

e. De onderlinge verhouding tussen ROE, AM en GI

e1. Zowel het AM als de GI zijn, naar de uitdrukkelijke verklaring van de ter terechtzitting van het hof gehoorde getuige-deskundige [betrokkene 3], die belast is geweest met de opstelling van deze instructies, vereenvoudigde afleidingen van het moederdocument, de ROE. Indien in het AM of de GI staat "toegestaan", dan is dat niet limitatief bedoeld. Verdergaande bevoegdheden zijn alleen niet in de kaartjes opgenomen. De breedste bevoegdheden staan in het moederdocument.

Naar het oordeel van het hof heeft de CDS hierover ook geen enkele twijfel willen laten bestaan, gelet op de onder c2. geciteerde aanhef van het AM. Ondanks het ontbreken van een overeenkomstige vermelding op de GI heeft, naar het oordeel van het hof, hiervoor het zelfde te gelden.

e2. Gelet op het vorenstaande is het hof van oordeel dat het toepassen van niet in het AM of de GI voorzien geweld géén overtreding van een dienstvoorschrift oplevert, als daarbij binnen de grenzen van de ROE wordt geopereerd.

Feiten en omstandigheden met betrekking tot het schietincident

Het hof neemt als uitgangspunt de volgende beschrijving van de situatie en de gebeurtenissen ter plaatse. De door de rechtbank in haar vonnis opgenomen beschrijving kon

daarbij als uitgangspunt dienen.

a. Verdachte had als commandant van de bataljons-QRF (Quick Reaction Force) de opdracht om een container te bergen die langs de MSR (Main Supply Route) Jackson lag. Het was het beleid ("commanders intent") van de commandant MND(SE), major general [betrokkene 2] en de Nederlandse bataljonscommandant, luitenant-kolonel [betrokkene 1], dat goederen van de coalitie zoveel mogelijk geborgen dienden te worden en dat plundering daarvan door "locals" tegengegaan moest worden. Uit de ter terechtzitting van het hof afgelegde verklaring van de Nederlandse commandant, [betrokkene 1], blijkt van een toename van dergelijke plunderingen in de periode voorafgaand aan het onderhavige incident.

b. Aan de berging waren de volgende aspecten verbonden: het beveiligen van de berging en het transport van de container ("force property") en de bescherming van de bergers en de QRF zelf ("force protection"). Verdachte diende deze taak onder moeilijke omstandigheden te verrichten: de bataljons-QRF was niet op sterkte en was bovendien gesplitst wegens werkzaamheden elders, terwijl het materiaal, met name op het punt van de verbindingen, niet op orde was. In plaats van een commando-Patria zorgde een Patria-ZAU, met het daarbij behorende medische personeel, voor de communicatie met het basiskamp.

c. Bij aankomst op de plek van de berging was er sprake van een hectische situatie, waarbij door manschappen van de 23e infanteriecompagnie onder leiding van de korporaal [betrokkene 4] vele waarschuwingsschoten werden gelost (ter zitting van de rechtbank noemt [betrokkene 4] het aantal van zo'n 15 waarschuwingsschoten). De chaos werd vergroot door het ten behoeve van de berging afzetten van de weg, waardoor er aan weerszijden van de werkzaamheden files ontstonden met geagiteerde Irakezen en met een Amerikaans konvooi bestaande uit diepladers met prefabs. De prefabs hadden een zeer grote aantrekkingskracht op Irakezen, die vanuit het zijterrein telkens probeerden dichterbij te komen om voor hen waardevolle spullen van trucks en opleggers en uit de lading te bemachtigen. De onoverzichtelijkheid werd nog vergroot doordat een Amerikaans konvooi met gevangenen de plaats van de berging moest doorschrijden. Vlak voor het telastegelegde schietincident reed het konvooi met prefabs op. Het konvooi dreigde de opstelling ook te doorschrijden, maar werd stilgezet, waarbij het eerste voertuig voor de Patria-ZAU stopte.

d. Verdachte had gelet op deze situatie voor de uitvoering van de bergingstaak onvoldoende mensen om zijn beveiligingstaak - over een frontbreedte van 100 tot 150 meter - adequaat uit te voeren. Hij moest zorg dragen voor de persoonlijke beveiliging van de bergers, één marinier moest steeds in zijn directe nabijheid staan ten behoeve van het radiocontact via de Patria-ZAU naar de Main Command Post (MCP) en de Patria-ZAU moest ook worden beveiligd. Verdachte heeft daartoe de MAG-schutter op het dak van de Patria-ZAU gezet. Op die manier had hij maar enkele manschappen ter beschikking voor de beveiliging van de berging als geheel. Anders dan door de advocaat-generaal gesteld kon verdachte, naar het oordeel van het hof, het medisch personeel niet voor beveiligingstaken inzetten. Hij heeft hen terecht bevolen benedenluiks te gaan en daar te blijven. Verder was er sprake van slechte onderlinge communicatie als gevolg van gebrekkig functioneren van de Personal Role Radio (PRR).

Verdachte heeft ook nog, tevergeefs, getracht om ter plaatse aanwezige Iraakse politiefunctionarissen bij de handhaving van de orde in te schakelen.

e. Toen de container op de dieplader stond, de kraan werd ingepakt en het 23e - op de flank richting Al Khidr - zich voor vertrek gereed maakte, bevond zich een menigte van

naar schatting 100 Irakezen (in verschillende groepjes) in het zijterrein ter hoogte van de plek van de berging. Toen de laatste marinier, die deze groepjes van de bergingsplaats had weggehouden, terugliep naar de weg, begonnen enkele groepjes Irakezen zich in de richting van de bergingsplaats te begeven. Uit de voorhanden verklaringen, met name die van de meer ervaren militairen [betrokkene 4] en [betrokkene 5], blijkt dat de druk toenam. [betrokkene 4] verklaarde voor de rechtbank dat de locals weer plegen te naderen als de militairen zich klaar maken om weg te gaan. Een commandant moet dan het meest alert zijn. [betrokkene 5] heeft bij de rechtbank verklaard dat het langzaam aan drukker werd en dat het dan een stuk spannender wordt omdat je in feite opgesloten staat.

Naar het oordeel van het hof heeft verdachte, van de aanwezigen ter plaatse het hoogst in rang en het meest ervaren, op grond van deze ook door hem waargenomen dreiging als verantwoordelijk commandant kunnen oordelen, dat er een reëel gevaar bestond dat de rondombeveiliging van zijn eenheid doorbroken zou worden en dat zijn eenheid overlopen zou worden. Vanuit een oogpunt van force protection is dat laatste onaanvaardbaar en, zo heeft het hof uit de verklaring van de getuige-deskundige [betrokkene 1] begrepen, het overlopen worden is voor een militaire commandant een absoluut doemscenario.

Het hof betreft hierbij het gegeven, dat verdachte, die niet met specifieke taken was belast, als enige het overzicht had over de van minuut tot minuut en van plaats tot plaats wisselende omstandigheden. Verdachte moest in zijn hoedanigheid van commandant de totale situatie beoordelen.

f. Verdachte heeft toen, staande op de verhoogde weg, zijn wapen demonstratief en zichtbaar voor de naderende groepjes doorgeladen. De groepjes Irakezen liepen echter door. Verdachte heeft toen een waarschuwingsschot in de lucht afgevuurd. Desondanks bleef een deel van de Irakezen doorlopen naar de weg. Verdachte heeft toen - de Irakezen waren toen volgens zijn verklaring ongeveer 75 meter van hem verwijderd - een waarschuwingsschot links voor de voorste groep in de grond afgevuurd, volgens zijn eigen verklaring ruim naast en op tweederde van de afstand tot het voorste groepje Irakezen, gerekend vanaf zijn positie. Het hof acht dat aannemelijk. [betrokkene 5] verklaart op dat moment opspattend zand te hebben gezien. Kort (maximaal twee seconden) daarna werd gezien dat een Irakees viel en dat deze Irakees direct daarna door andere Irakezen naar de weg werd gebracht tot vlak voor onder meer verdachte. Deze Irakees was kennelijk zwaar gewond.

Beoordeling van de gebeurtenissen

a. Het door verdachte geloste schot moet worden gezien als een zogenaamd zelfstandig waarschuwingsschot. Ook verdachte zelf is de mening toegedaan dat de situatie (nog) niet dreigend genoeg was voor een gericht schot, waaraan -zo mogelijk- een waarschuwingsschot vooraf moet gaan.

b. ROE 151 luidt: "Passing of warnings to any person, aircraft, vehicle or vessel by any means in circumstances where MND(SE) forces or elements under MND(SE) protection or the mission are threatened or where the passing of warnings is necessary for purposes of execution of the mission is authorised."

c. Het hof volgt de advocaat-generaal niet in het door hem op grond van de MC 362 gemaakte onderscheid tussen waarschuwingen in het algemeen en waarschuwingsschoten in het bijzonder. De deskundige [betrokkene 3] heeft ter terechtzitting duidelijk uiteengezet dat dit in het eerder zo genoemde "bouwstenenboek" gemaakte onderscheid van belang is bij acties op zee, maar bij landoperaties gekunsteld is. Het hof merkt ten overvloede op dat de vele door de manschappen van [betrokkene 4] afgevuurde waarschuwingsschoten

onvoldoende (blijvend) effect hebben gehad en dat het door verdachte demonstratief doorladen van zijn wapen al helemaal geen effect heeft gehad. Het stadium van niet uit schoten bestaande "warnings" was daarom, naar het oordeel van het hof, een gepasseerd station. Het hof deelt hierom ook niet de opvatting van de advocaat-generaal, dat er onvoldoende tijd zat tussen de beide waarschuwingsschoten.

d. Zoals het hof hiervoor heeft opgemerkt diende verdachte, als commandant, de totale situatie te beoordelen, waarbij hem uiteraard de nodige beoordelingsvrijheid toekwam. Naar het oordeel van het hof is verdachte met beide waarschuwingsschoten gebleven binnen de hem door ROE 151 gegeven bevoegdheid, gelet op de "commanders intent" met betrekking tot de "force property" en de vereisten van "force protection" bij de dreigende doorbreking van de rondombeveiliging. Dit brengt met zich, dat verdachte van het primair en subsidiair telastegelegde moet worden vrijgesproken.

e. Verdachte was, op grond van het vorenstaande, bevoegd tot het lossen van een waarschuwingsschot. Gelet op de omstandigheden ter plaatse, vooral het feit dat schoten in de lucht niet het gewenste effect hadden, kan niet gezegd worden dat een schot naar de grond op een volgens de toen heersende inzichten als veilig beschouwde plek als grovelijk, althans aanmerkelijk onvoorzichtig, onzorgvuldig, onachtzaam of nalatig kan worden aangemerkt.

Het hof neemt daarbij in aanmerking dat in het algemeen het in de grond schieten bij een ondergrond als die ter plaatse onder omstandigheden niet als gevaarlijker dan een schot in de lucht werd beschouwd.

Dit betekent dat verdachte ook van het meer subsidiair telastegelegde moet worden vrijgesproken.

f. Gelet op het vorenstaande kan in het midden blijven of door het tweede door verdachte geloste waarschuwingsschot een persoon is gedood of zwaar is verwond en zo ja, wat de identiteit van die persoon was.

Overwegingen ten overvloede

a. Het hof onderkent dat het een, gelet op het uitgebreide requisitoir en pleidooi, relatief kort arrest heeft gewezen, waarin aan vele te berde gebrachte details en nuances geen aandacht wordt besteed. Het hof is van oordeel dat ook het militaire strafrecht "robuust" moet zijn in die zin, dat de individuele militair in het veld moet weten waar hij aan toe is, wat hij wel mag en wat hij niet mag. Hij kan immers niet vóór iedere handeling zijn "legal adviser" raadplegen. Hierbij past het doorhakken van knopen en niet het eindeloos ontrafelen daarvan.

b. In het requisitoir is een aantal rechtsvragen gesteld, die voor een gedeelte zijn beantwoord in dit arrest en voor een gedeelte niet. Het hof onderkent het belang van (de beantwoording van) deze vragen, maar roept in herinnering dat artikel 12 van de aloude Wet algemene bepalingen de rechter tot terughoudendheid maant. Dit geldt zeker voor de feitenrechter.

Voor een groot gedeelte zijn het vragen die het openbaar ministerie, in goed overleg met de militaire en militair-juridische deskundigen van het Ministerie van Defensie, zelf zou kunnen beantwoorden en ten grondslag zou kunnen leggen aan een afgewogen beleid voor instructie en vervolging. Aan dit goede overleg heeft het in dit geval ontbroken, zoals blijkt uit de verklaring van de deskundige [betrokkene 3]. Het hof onderkent dat de bereidheid daartoe van beide kanten moet komen ("it takes two to tango"), maar moet tot zijn spijt constateren dat in dit geval het openbaar ministerie kennelijk onvoldoende was voorbereid op de vraag, hoe een dergelijk schietincident aan te pakken. Dit heeft geleid tot de,

zeker bij aanvang, veel te zware inschatting van de zaak, zoals hiervoor genoemd bij de beoordeling van de ontvankelijkheid.

c. Nadere gedachtenvorming binnen het openbaar ministerie heeft inmiddels geleid tot een andere insteek bij onderzoek en vervolging: een schietende militair wordt in het vervolg niet primair als verdachte aangemerkt, zulks in navolging van de Instructie positie politiefunctaris bij geweldsaanwending. Naast de voor de hand liggende opmerking dat in het algemeen de positie van verdachte niet alléén nadelen voor de betrokkene met zich brengt (gedacht kan worden aan bijvoorbeeld het zwijgrecht), ziet het hof een ander bezwaar. Met een vergelijkbare regelgeving als voor de politie wordt uit het oog verloren dat het militaire optreden tijdens internationale missies van een volstrekt andere orde is. Een voorbeeld hiervan is juist het zelfstandige waarschuwingsschot, dat als politiebevoegdheid inderdaad taboe is, maar in de militaire praktijk geenszins.

d. Bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van het hoger beroep heeft het hof reeds gewag gemaakt van "een zekere vasthoudendheid", waarmee het openbaar ministerie veroordeling van verdachte nastreefde. Doordat het hof de ROE als dienstvoorschrift heeft aangemerkt kon hetgeen in de appelmemoire omtrent het legaliteitsbeginsel wordt gesteld grotendeels onbesproken blijven. Het hof wil echter niet onbesproken laten dat het openbaar ministerie een wel heel eenzijdige visie op het legaliteitsbeginsel heeft gepresenteerd, waarin het slechts ten nadele van verdachten zou strekken. Als het hof het goed ziet, miskent het openbaar ministerie dat het legaliteitsbeginsel eerst en vooral een rechtsbeschermende functie heeft en worden de zorgvuldig in literatuur en jurisprudentie voor buitengewone omstandigheden ontwikkelde buitenwettelijke strafuitsluitingsgronden terzijde geschoven. Bij zaken als de onderhavige kan het gevolg zijn dat het openbaar ministerie een uitgezonden militair in feite de nodige juridische rugdekking ontzegt bij zijn optreden in gevaarvolle omstandigheden. Het openbaar ministerie zal terzake, net als de militair die op missie wordt gestuurd naar buitenlandse brandhaarden, de nodige "situational awareness" moeten ontwikkelen.

e. Het hof heeft bij het onderzoek in deze zaak geconstateerd dat ervaren militairen niet in het algemeen het in de grond schieten bij een ondergrond als die ter plaatse als gevaarlijker beschouwen dan een schot in de lucht. Op grond van het tweede door de deskundige [betrokkene 6] verrichte onderzoek met schietproeven zou twijfel aan de houdbaarheid van die opvatting kunnen ontstaan. Van de afgegeven schoten bleek immers 50% te ricocheren, met een welhaast onvoorspelbaar, gevaarlijk effect binnen een betrekkelijk groot gebied achter het mikpunt. Nader, met name uitgebreider onderzoek naar het fenomeen ricochet lijkt aangewezen, alsmede -zonodig- aanpassing van de schietopleiding en -instructies.

Beslissing

Het hof:

Vernietigt het vonnis, waarvan beroep, en doet opnieuw recht:

Verklaart niet bewezen, dat verdachte het primair, subsidiair en meer subsidiair telastegelegde heeft begaan en spreekt verdachte daarvan vrij.

WETGEVING

door

MR. J.B. MIETE

Regeling BFG-registratie 2004

In Staatscourant 2004, nr. 191, kan men de mededeling lezen dat in de serie ministeriële publicaties is opgenomen de Regeling BFG-registratie 2004, die in de plaats treedt van de Regeling BFG (NL) registratie 1990. Kort samengevat betreft deze regeling de procedure van registratie van fiscaal vrijgestelde motorrijtuigen/brandstofrantsoenen van het daartoe gerechtigde Nederlandse defensiepersoneel in de BRD. De regeling houdt ten nauwste verband met artikel 10 van de Aanvullende overeenkomst bij het NAVO-statusverdrag, dat inhoudt dat motorrijtuigen van een krijgsmacht, van leden van een krijgsmacht of van gezinsleden door de autoriteiten van die krijgsmacht worden geregistreerd en toegelaten. Leden van de krijgsmacht die in Duitsland zijn gestationeerd voor de uitoefening van de dienst, komen in aanmerking voor bepaalde fiscale vrijstellingen indien hun motorrijtuig is voorzien van een BFG-registratie. Deze voertuigen zijn bijvoorbeeld vrijgesteld van de Duitse ~motorrijtuigenbelastingDe Aanvullende overeenkomst verplicht de Duitse autoriteiten en de autoriteiten van de staat van herkomst de nodige administratieve maatregelen te nemen ter uitvoering van het NAVO-statusverdrag. De regeling BFG-registratie bevat in dat verband voorschriften met betrekking tot de registratie, de aanvraag daartoe, de brandstoflegitimatiekaart en het te voeren kenteken.

De nieuwe regeling vloeit voort uit maatregelen naar aanleiding van een onderzoek naar de belastingfaciliteiten van Nederlands defensiepersoneel. Zij behelst een vereenvoudiging van de oude regeling, waarbij met name de bepalingen met betrekking tot de betrokkenheid van de Nederlandse douane bij de BFG-registratie zijn komen te vervallen. De registratie zal in het vervolg langs geautomatiseerde weg geschieden, en niet meer via kaarten. Tenslotte is een voorziening getroffen om in bijzondere omstandigheden met het oog op de veiligheid van het personeel onder bepaalde voorwaarden een op de Duitse kentekenplaat lijkende BFG-registratieplaat te voeren. De regeling is met ingang van 15 oktober 2004 in werking getreden.

Intrekking van geen betekenis meer hebbende regelingen

Het kabinet heeft zich ten doel gesteld het bestand aan ministeriële regelingen op te schonen. In het kader van het project B4, dat staat voor Beter Bestuur voor Burger en Bedrijf, heeft een doorlichting van het regelbestand plaatsgevonden. Als uitvloeisel hiervan hebben vrijwel alle departementen een min of meer uitgebreide intrekking van ministeriële regels tot stand gebracht. In een aantal gevallen kan men zich afvragen of dit een erg zinvolle actie is geweest. Zo heeft een aantal departementen zich ertoe gezet om uitdrukkelijk qua werkingsduur begrensde regelingen uit het eind van de vorige eeuw in te trekken. Hier kunnen toch vraagtekens bij worden geplaatst. In de eerste plaats is het algemeen aanvaard dat een qua werkingsduur beperkte regeling van zelf expireert. Voorts is naar het voorkomt de burger voldoende kritisch om vast te stellen dat bijvoorbeeld een regeling die de kleur van het bromfietsplaatje ergens in de tachtiger jaren vaststelt, heden ten dage geen betekenis meer heeft.

Ook Defensie heeft haar steentje bijgedragen aan het opschonen van het regelbestand.

Het gaat hier om een aantal regelingen uit de zestiger jaren op het vlak van de dienstplicht die, aangezien de dienstplicht is opgeschort, hun praktische betekenis hebben verloren. Voorts wordt een aantal regelingen op het gebied van inentingingen ingetrokken. De reden hiervoor is dat de betrokken regelingen ofwel hun betekenis hebben verloren, ofwel reeds eerder zijn ingetrokken op niet voor een ieder kenbare wijze. In dat geval strekt de intrekking ertoe zekerheid te bieden omtrent de intrekking, zodat digitale wetgevingsbestanden een correcte stand van zaken weergeven. De intrekking is bekendgemaakt in de Staatscourant van 10 november 2004 (nr. 217); zij is met ingang van 12 november 2004 in werking getreden.

Regeling doven luchtvaartuiglichten militaire luchtvaartuigen

Ingevolge de Wet luchtvaart en het daarop gebaseerde Luchtverkeersreglement dienen luchtvaartuigen buiten de daglichtperiode bepaalde lichten te voeren, waaronder navigatielichten. Het voeren van die lichten is evenwel niet altijd verenigbaar met het doel van militaire operaties waarbij het militaire luchtvaartuig zo lang mogelijk onopgemerkt moet blijven. Een dergelijke operatie kan meebrengen dat (een deel van) de vlucht zonder lichten wordt afgelegd. Bij dergelijke vluchten wordt gebruik gemaakt van speciale nachtzichtapparatuur, die overigens gestoord kan worden door de eigen boordverlichting. Met het oog op bijvoorbeeld de handhaving van de rechtsorde en drugsopsporingsoperaties in het Caraïbisch gebied maakt de Regeling doven luchtvaartuiglichten militaire luchtvaartuigen het mogelijk om in dergelijke gevallen met gedoofde verlichting te vliegen. De regeling vervangt de reeds bestaande Regeling doven luchtvaartuiglichten militaire jachtvliegtuigen. Met het oog op de veiligheid dient bij het vliegen met gedoofde lichten de aanwezige nachtzichtapparatuur te zijn ingeschakeld. Voorts dient zo mogelijk radiocontact te worden gehouden met de luchtverkeersleiding op de grond en dient in beginsel het radar beantwoordingssysteem te zijn ingeschakeld. De regeling is gepubliceerd in de Staatscourant van 6 december 2004 (nr. 235) en is met ingang van 8 december 2004 in werking getreden.

Ongevallenraden en -commissies

Met ingang van 1 februari 2005 is de Rijkswet Onderzoeksraad voor veiligheid in werking getreden. De rijkswet is geplaatst in Stb. 2004, 677. De beide uitvoeringsbesluiten, een rijksbesluit dat voornamelijk interne zaken regelt als eed/belofte, vergoedingen en procedurele voorschriften, en een "gewoon" besluit, dat o.a. regels betreft omtrent onderzoeksverplichtingen en meldingsplichten, verschenen in respectievelijk Stb. 2004, 679 en 680. Op het niveau van ministeriële regeling zag een tweetal regelingen het licht. In de eerste plaats de Regeling Onderzoeksraad voor veiligheid (Stcrt. 2005, 21), die o.a. regels bevat inzake het financieel beheer van de Onderzoeksraad, alsmede regels met betrekking tot het melden van voorvallen en onderzoeken aan andere staten, hetgeen veelal voortvloeit uit internationale verplichtingen op het gebied van de burgerluchtvaart en de burgerscheepvaart. De tweede regeling, gepubliceerd in diezelfde staatscourant, betreft het Informatiestatuut Onderzoeksraad voor veiligheid. Dit statuut geeft voorschriften met betrekking tot de informatiestromen tussen Onderzoeksraad en de voor de Onderzoeksraad verantwoordelijke minister, de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Gedacht moet daarbij worden aan informatie van de minister inzake voornemens tot wetgeving die van belang zijn voor de raad. Vanuit de raad gezien gaat het bijvoorbeeld om de ontwikkeling van de taakuitoefening door de raad in relatie tot de financiële bijdrage ten laste van de begroting van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

De inwerkingtreding van de Onderzoeksraad voor veiligheid leidt zoals beoogd tot een verdere concentratie van ongevallenonderzoek, en derhalve tot het vervallen van andere raden en commissies. Zoals bekend voorzag de Raad voor de Transportveiligheid reeds in een bundeling van ongevallenraden en –commissies op civiel terrein.

Op het gebied van het civiele transport komt die Raad voor de Transportveiligheid thans te vervallen (ingevolge artikel 89 Rijkswet Onderzoeksraad voor veiligheid). Op het gebied van Defensie vervalt als gevolg van het intrekken van de Marinescheepsongevalwet 1935 de Nederlandsche Marineraad (artikel 91). Ook is komen te vervallen de Tijdelijke Commissie Ongevallenonderzoek Defensie, kortweg de TCOOD, die door de Staatssecretaris van Defensie uitdrukkelijk als tijdelijke commissie voor het extern onderzoek van Defensieongevallen was ingesteld, in afwachting van de komst van de Onderzoeksraad voor veiligheid (die zoals bekend ook Defensieongevallen en bijna-ongevallen zal onderzoeken). Met de inwerkingtreding van de Onderzoeksraad voor veiligheid is tevens definitief het doek gevallen voor de ooit in gang gezette Ongevallenraad Defensie. Bij brief van 10 maart 2005 (kamerstukken II, 2004-2005, 26110 (R 1619), nr. 20) heeft de Minister van Defensie de Tweede Kamer laten weten dat hij het betrokken voorstel van rijkswet heeft ingetrokken.

Wijziging Wet luchtvaart ter implementatie van richtlijn 2003/42/EG inzake melding van voorvallen in de burgerluchtvaart

Op 31 januari 2005 is bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend (kamerstukken II, 2004-2005, 29977, nrs 1-3) dat ertoe strekt in de Wet luchtvaart een plicht op te nemen om voorvallen in de burgerluchtvaart, anders dan in het kader van een ongeval of ernstig incident met een luchtvaartuig, te melden aan de Minister van Verkeer en Waterstaat. Doel van deze melding is om zicht te krijgen op onderbrekingen, defecten, fouten of onregelmatigheden die vaak vooraf gaan aan daadwerkelijke ongevallen of ernstige incidenten. Uiteindelijk doel is uiteraard vergroting van de veiligheid in de luchtvaart door zo mogelijk anticiperend optreden.

De betrokken meldingsplicht, die wordt opgenomen in een nieuw hoofdstuk 7 van de Wet luchtvaart, was evenwel zodanig ruim omschreven dat strikt genomen ook de militaire luchtvaart er onder zou vallen. Ter voorkoming van onduidelijkheid hierover is bij nota van wijziging (29977, nr. 6) erin voorzien dat de niet-toepasselijkheid van deze plicht ten aanzien van militaire voorvallen expliciet wordt vastgelegd. Deze uitzonderingsbepaling is neergelegd in hoofdstuk 10 van de Wet luchtvaart, zoals dat ook voor uitzonderingen op andere delen van die wet is geschied.

RESOLUTIES VEILIGHEIDSRAAD VN

door

MAJOR MR R.H.G. GILSSEN

Inleiding

De afgelopen jaren is langzaam duidelijk geworden dat naar alle waarschijnlijkheid honderdduizenden mensen zijn gedood in Darfur, een provincie in het zuiden van Soedan. Herhaaldelijk zijn de slachtpartijen in het nieuws. De totstandkoming van een Veiligheidsraadresolutie waarmee een operatie zou worden gestart die een einde aan deze tragedie zou maken, werd door velen nabij geacht. Met UNSCR (United Nations Security Council Resolution) 1569 d.d. 26 oktober 2004 besluit de Veiligheidsraad dat zij – en dit is zeer uitzonderlijk – een vergadering buiten New York (in Nairobi) zal beleggen. Deze vergadering zal rapporten van de Secretaris-Generaal van de VN (SGVN) over Soedan tot onderwerp hebben. De Veiligheidsraad komt tijdens die tweedaagse vergadering in Nairobi tot UNSCR 1574 (d.d. 19 november 2004). Daarin geeft de Veiligheidsraad de gereedheid aan om, na ondertekening van een veelomvattend vredesverdrag, te overwegen een VN-vredesoperatie op te starten om de implementatie van dit vredesverdrag te ondersteunen. Rapportages over slachtpartijen blijven binnenkomen. Een Veiligheidsraadresolutie op grond waarvan een vredesoperatie is opgestart, waarbij mogelijk Nederlandse militairen worden ingezet, kan ik in deze bijdrage nog niet behandelen¹⁾. Wel is ten aanzien van Afghanistan een nieuwe resolutie tot stand gekomen. Aangezien daar naar alle waarschijnlijkheid nog jaren lang veel Nederlandse militairen worden ingezet, begint deze bijdrage met Afghanistan. Irak wordt daarna kort behandeld. Vervolgens is het voormalig Joegoslavië, waar toch nog altijd 470²⁾ Nederlandse militairen opereren, onderwerp van een resolutie. Deze bijdrage wordt afgesloten met de beschrijving van de meest recente resoluties over het Midden-Oosten. Hierbij is met name de situatie in Libanon en de rol van Syrië in dit land (hernieuwd) actueel.

Afghanistan: ISAF (International Security Assistance Force) en OEF (Operation Enduring Freedom)

In deze twee operaties zijn (in Afghanistan) voor Nederland nu ongeveer 350 militairen actief. F-16 gevechtsvliegtuigen voeren vanaf bases in Afghanistan taken ten behoeve van ISAF uit. De Apachegevechtshelikopters zijn daar tot 1 april 2005 actief geweest.

Daarnaast heeft Nederland een 'Provincial Reconstruction Team' in de provincie Baghlan; waarover later meer. Tevens wordt in Kandahar, honderden kilometers naar het zuiden, het Korps Commandotroepen ingezet. Als 'ogen en oren van de Chef Defensiestaf' zal, ten behoeve van de verschillende (soorten) operaties waaraan Nederland in

¹⁾ Deze bijdrage is afgesloten op 24 maart 2005. Later diezelfde dag heeft de Veiligheidsraad UNSCR 1590 aangenomen, waarmee een vredesmacht van 10.000 man naar SUDAN zal worden gestuurd. Mocht Nederland besluiten aan deze vredesoperatie deel te nemen, dan wordt deze resolutie in een volgende bijdrage behandeld.

²⁾ Alle in deze bijdrage genoemde aantallen NL-militairen gaan, indien niet anders genoemd, uit van de situatie d.d. 24 maart 2005. Voor het meest actuele en complete overzicht van door Nederland uitgezonden militairen en waar zij zich bevinden http://www.mindef.nl/missies/20040308_huidigeoperaties.html

Afghanistan zal deelnemen, in Kaboel een contingentscommando functioneren.

UNSCR 1563 d.d. 17 september 2004 gaat specifiek over ISAF. In de inleidende bepalingen merkt de Veiligheidsraad op dat zij internationale inspanningen om terrorisme uit te roeien, blijft ondersteunen. Vervolgens wordt aangegeven dat de verantwoordelijkheid voor de veiligheid (en 'law and order') in Afghanistan bij de Afghanen zelf ligt. Hierna verwelkomt de Veiligheidsraad de voortdurende samenwerking van de Afghan Transitional Administration³⁾ met ISAF. Ook benadrukt de Veiligheidsraad het belang van de progressieve uitbreiding van ISAF naar de gebieden en steden buiten Kaboel. Met het functioneren van de PRT's zien we dit ook daadwerkelijk plaatsvinden⁴⁾. Als in eerdere resoluties⁵⁾ wijst de Veiligheidsraad op het belang van uitbreiding van (de effectiviteit van) de centrale regering naar alle gedeeltes van Afghanistan, een uitgebreide ontwapening, demobilisatie en reïntegratie van alle gewapende facties in heel Afghanistan en de reconstructie van het nieuwe Afghan National Army en Afghan National Police. In UNSCR 1563 wordt, naast de hiervoor aangehaalde belangen, nu expliciet de koppeling gemaakt met de bestrijding van de handel en productie van verdovende middelen. Vervolgens verwelkomt de Veiligheidsraad in UNSCR 1563 de NAVO die zich committeert om meer PRT's op te zetten. Daarbij wordt in diezelfde (inleidende) bepaling de bereidheid en gereedheid ('readiness') geprezen – van zowel ISAF als de coalitie die samenwerkt in OEF (Operation Enduring Freedom) – om te assisteren bij het veilig laten verlopen van de nationale verkiezingen. In een eerdere bijdrage⁶⁾ heb ik opgeworpen dat de taak van OEF kan conflicteren met de rust en stabiliteit die ISAF nastreeft. De Veiligheidsraad maakt in deze resolutie een duidelijke koppeling tussen ISAF en OEF. In artikel 4 van UNSCR 1563 roept de Veiligheidsraad ISAF zelfs expliciet op om bij de implementatie van hun mandaat samen te werken met de OEF-coalitie. Daarnaast neemt bijvoorbeeld Nederland deel aan zowel ISAF als OEF. In de praktijk lijkt een mogelijk conflict tussen ISAF en OEF hiermee minder reëel. Het mandaat van ISAF is met UNSCR 1563 verlengd voor een jaar, tot 13 oktober 2005. Hoewel de Veiligheidsraad positief is over ISAF en bijvoorbeeld de verkiezingen inmiddels redelijk ordentelijk zijn verlopen, roept de Veiligheidsraad de lidstaten van de VN op om ISAF te versterken met personeel en materieel. Ook worden de lidstaten opgeroepen gelden te storten in het Trust Fund voortvloeiende uit UNSCR 1386 (2001).

Irak: SFIR (Stabilization Force Zraq)

Op 15 maart 2005 heeft Nederland de taken, die zij in de provincie Al Muthana uitvoerde als deel van SFIR, aan anderen overgedragen. Eind maart 2005 zijn in Irak en in Koeweit nog meer dan 480 NL-militairen actief. Na beëindiging van haar (omvangrijke) deelname aan de SFIR-missie zal Nederland militairen blijven leveren voor onder andere de trainingsmissie in Irak die wordt verzorgd door de NATO (NTIM-I). **UNSCR 1557** d.d.

³⁾ Dit is de overgangsregering o.l.v. President Karzai. Inmiddels hebben verkiezingen plaatsgevonden en wordt een nieuwe regering gevormd.

⁴⁾ In het PRT-concept is Afghanistan ingedeeld in gebieden of provincies, die zich in verschillende fasen van ontwikkeling bevinden. Zo wordt de provincie Baghlan, waar Nederland een PRT runt, gezien als een relatief veilige provincie. Voor meer over de PRT: www.mindef.nl

⁵⁾ UNSCR 1536 d.d. 26 maart 2004.

⁶⁾ MRT 2004 afl.6, p.301 e.v. De VS hebben herhaaldelijk benadrukt dat het voornaamste doel van de Amerikaanse aanwezigheid in Afghanistan is: de vernietiging van Al Qaeda, hun Taliban-schild en de ondersteunende structuren, en de voorkoming van het gebruik van het gebied als toevluchtsoord voor Al Qaeda.

12 augustus 2004 is, na de uitgebreide en historische UNSCR 1546 d.d. 8 juni 2004⁷⁾, een zeer beknopte resolutie. In nog geen halve pagina aan tekst herinnert de Veiligheidsraad ons er aan dat op 14 augustus 2003 United Nations Mission for Iraq (UNAMI) is opgericht. Waarna de Veiligheidsraad aangeeft dat de VN een leidende rol zou moeten vervullen ('*should play a leading role*') in het assisteren van het Irakese volk en haar regering. Vervolgens verwelkomt de Veiligheidsraad de benoeming van een nieuwe speciale afgezant ('*Special Representative*') van de Secretaris-Generaal van de VN voor Irak. Deze twee inleidende bepalingen duiden op een in de toekomst actievere rol van de VN bij de opbouw van Irak. Hierna besluit de Veiligheidsraad in artikel 1 van UNSCR 1557 het mandaat van UNAMI met 12 maanden te verlengen. Ook het mandaat van ISAF werd met UNSCR 1563 voor 12 maanden verlengd, daar waar we voor bijvoorbeeld SFOR, maar ook voor andere operaties, zagen dat een mandaatverlenging gebruikelijk voor 6 maanden gold. Het mandaat van UNAMI zal, zo luidt artikel 2 van UNSCR 1557, over 12 maanden of eerder indien verzocht door de regering van Irak, opnieuw worden bezien. Het afsluitende artikel 3 is de gebruikelijk afsluiting van een UNSCR: '*Decides to remain seized of the matter*'. De Veiligheidsraad geeft daarmee aan dat de materie – in casu de wederopbouw van Irak – haar aandacht blijft houden.

Bosnie-Herzegovina: Van SFOR (Stabilization Force) naar EUFOR (Europeun Union Force in Bosnia and Herzegovina) en een NAVO HQ in Sarajevo

Voor Nederland zijn nu nog 461 militairen in Bosnië actief. SFOR is beëindigd; EUFOR is opgestart. In de preambule van UNSCR 1575 d.d. 22 november 2004 stelt de Veiligheidsraad vast dat de situatie in de regio een bedreiging voor de internationale vrede en veiligheid blijft vormen. UNSCR 1575 is de meest recente resolutie van de Veiligheidsraad sinds de NAVO SFOR heeft afgerond en de Europese Unie vanaf december 2004 een EU-missie, inclusief een militaire component (EUFOR), in Bosnië-Herzegovina heeft opgestart. Het in Sarajevo door de NAVO opgezette Hoofdkwartier zal de NAVO's resterende militaire aanwezigheid in Bosnië-Herzegovina vormen. En EUFOR zal de belangrijkste taak van SFOR over nemen: '*EUFOR will have the main peace stabilization role under the military aspects of the Peace Agreement*'). In UNSCR 1575 worden wederom partijen opgeroepen hun verplichtingen voortvloeiend uit het Dayton-vredesverdrag strikt na te komen. Waar in voorgaande jaren in resoluties ook de Kroaten tot de partijen werden gerekend zijn het nu steeds duidelijker alleen de gezagsdragers in Bosnië-Herzegovina die worden gewezen op de primaire verantwoordelijkheid die bij haar ligt voor de implementatie van de Dayton-akkoorden. Als in eerdere resoluties worden ook in UNSCR 1575 de Bosnische autoriteiten opgeroepen mee te werken aan het ICTY (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia). Daarbij wordt nu deze medewerking, in artikel 2, als een voorwaarde neergezet om volwaardig deel uit te maken van Europa. In deze bepaling staat namelijk de zinsnede: '*...a fully functioning self-sustaining state, able to integrate itself into the European structures...*'. Wordt hier Bosnië-Herzegovina in bedekte termen zicht gegeven op toetreding tot de EU? Echter in artikel 4 van UNSCR 1575 komt het voortdurend benadrukken van de politieke realiteit naar voren.

⁷⁾ Zie voor een uitgebreide behandeling van UNSCR 1546: MRT 2004 afl.8, p.376 e.v.

⁸⁾ In artikel 7 van UNSCR 1575 is de Veiligheidsraad de autoriteiten van Bosnië-Herzegovina erkentelijk voor de bevestiging van EUFOR en het hoofdkwartier van de NAVO in Sarajevo als de juridische opvolgers van SFOR. Voor meer informatie over hoe de NAVO en de EU in Bosnië-Herzegovina zullen samenwerken verwijst UNSCR 1575 naar de brief van de President van de Raad van Europa aan de President van de Veiligheidsraad d.d. 19 november 2004.

Dat de 'High Representative' [de hoogste vertegenwoordiger van de SGVN] in voormalig Joegoslavië de hoogste autoriteit is ten aanzien van de implementatie van het Dayton-vredesverdrag, maakt de Veiligheidsraad duidelijk met: *'...he may give his interpretation ... and make binding decisions as he judges necessary...'*. Daarbij wordt in diverse bepalingen aangegeven dat die implementatie nog steeds kan met *'all necessary measures'*. In dat verband wordt, niet voor het eerst, verwezen naar hetgeen in het Dayton-vredesverdrag over de *'status of forces'* (de rechtspositie van de militairen) is bepaald. Vervolgens wordt – hoewel dit met deze verwijzing naar Dayton grotendeels is afgedekt – in artikel 17 uitdrukkelijk geëist dat de partijen de veiligheid en de vrijheid van bewegen (*'freedom of movement'*) respecteren van EUFOR, NATO- en ander internationaal personeel. Als er al sprake is van optimisme en beloningen in het vooruitzicht worden gesteld, dan blijkt uit UNSCR 1575 toch nog een lange weg te gaan.

De situatie in het Midden-Oosten (Israël, Palestina en Libanon)

In het Midden-Oosten worden voor United Nations Truce Supervision Organisation (UNTSO) 13 Nederlandse militairen ingezet. Sinds 1949 ziet UNTSO – de eerste VN-peace keeping organisatie – toe op de bestandslijnen tussen Israël en zijn buurstaten. In dat kader zijn ook in Libanon Nederlandse militairen actief. Hierom en vanwege de ontwikkelingen in Libanon⁹⁾ en mogelijk de gevolgen daarvan voor de situatie in het gehele Midden-Oosten, behandel ik kort de twee resoluties die de Veiligheidsraad recent heeft uitgebracht over Libanon¹⁰⁾.

In **UNSCR 1559** d.d. 2 september 2004 spreekt de Veiligheidsraad haar grote zorg (*'Gravely concerned'*) uit over de voortdurende aanwezigheid van gewapende milities in Libanon. Deze milities staan in de weg dat de Libanese regering volledige soevereiniteit kan uitoefenen over het gehele Libanese grondgebied. In artikel 2 van UNSCR 1559 worden alle resterende buitenlandse troepen opgeroepen Libanon te verlaten. Syrië wordt in de resolutie niet met name genoemd. Dit terwijl dat het enige land is dat nog troepen heeft in Libanon, nadat Israël haar troepen uit Libanon heeft teruggetrokken. De korte resolutie wordt afgesloten met artikel 7, waarin de Veiligheidsraad de SGVN verzoekt binnen 30 dagen te rapporteren omtrent de implementatie van deze resolutie. De korte termijn waarbinnen de SGVN dient te rapporteren duidt er wellicht op dat dit niet een resolutie is als zovele die reeds eerder over dit onderwerp zijn genomen. Aan de ontwikkelingen van de afgelopen maanden valt af te lezen dat inderdaad een cruciale fase haar intrede deed.

UNSCR 1583 d.d. 28 januari 2005 is tot stand gekomen naar aanleiding van de dood van een Franse officier¹¹⁾ die deel heeft uitgemaakt van UNIFIL (United Nations Interim

⁹⁾ UNSCR 1553 d.d. 29 juli 2004 ging specifiek over de oplopende spanning in Libanon. 14 februari 2005 is de Libanese oud-premier Rafik Hariri omgekomen bij een bomaanslag in de Libanese hoofdstad Beiroet. Begin 2005 werd de roep om terugtrekking van de Syrische troepen uit Libanon steeds sterker. Mede onder internationale druk heeft Syrië in maart 2005 toegezegd haar 15.000 militairen gefaseerd uit Libanon terug te trekken.

¹⁰⁾ Op 15 december 2004 (chronologisch tussen de beide Libanon-resoluties in) heeft de Veiligheidsraad de andere voor het Midden-Oosten relevante resolutie aangenomen. Deze UNSCR 1578 verlengt het mandaat voor de United Nations Disengagement Observer Force voor zes maanden. Partijen worden – zoals al decennia lang – opgeroepen om onmiddellijk UNSCR 338 (d.d. 22 oktober 1973) uit te voeren. Tevens verzoekt de Veiligheidsraad de SGVN aan het eind van de zes maanden mandaatverlenging een rapport uit te brengen over de ontwikkelingen en de maatregelen die zijn genomen om UNSCR 338 te implementeren.

¹¹⁾ *'killed by shelling from the Israeli side of the Blue Line'*. Dit volgens Milos Struger, woordvoerder voor UNIFIL in Zuid-Libanon. Tevens raakte hierbij een Zweedse officier gewond.
<http://web.israelinsider.com/Articles/Security/4764.htm>

Force In Libanon) begin januari 2005. Hoewel UNSCR 1583 Libanon tot onderwerp heeft wordt niet gerefereerd aan UNSCR 1559. In de preambule herinnert de Veiligheidsraad aan het feit dat Israël vanaf 16 juni 2000 – in lijn met UNSCR 425 uit 1978 – haar troepen uit Libanon heeft teruggetrokken. De dood van de Franse officier is in UNSCR 1583 niet expliciet weergegeven. Wel is in artikel 7 een veroordeling opgenomen van alle geweld, inclusief '*the recent incidents*' die hebben geresulteerd in de dood en verwonding van VN-personeel. Verder refereert de resolutie aan oplopende spanning, '*the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*' van 9 december 1994, potentieel van escalatie, etc. etc. Voor de juiste balans merkt de Veiligheidsraad in artikel 4 op dat de Libanese regering niet alleen de controle op het gebruik van geweld ('*the use of force*') binnen Libanon dient uit te voeren, maar ook vanuit Libanon ('*...to exert control over the use of force on its territory and from it*').

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Oorlog in Afghanistan

1. Op vrijdag, 22 april jl. maakt het Ministerie van Defensie bekend dat is besloten de *Special Forces* die in Afghanistan gaan opereren, voor de duur van hun verblijf aldaar onder artikel 71 van het Wetboek van Militair Strafrecht te brengen. Concreet betekent dit, aldus de bekendmaking, dat gedurende de periode van inzet *tijd van oorlog* van kracht is. Artikel 71 WvMS bepaalt dat voor een eenheid van de krijgsmacht *tijd van oorlog* aanwezig wordt geacht, indien de eenheid door het bevoegd gezag is aangewezen voor een van de in het artikel genoemde taken, *mits* de aanwijzing op de door de Kroon voorgeschreven wijze aan de eenheid is bekendgemaakt. Het artikel werd voor het eerst toegepast in 1929, toen - in een reactie op de overval door de zich *generaal* noemende Venezolaan Rafael Simon Urbina op het Waterfort te Willemstad (Curaçao) - in allerijl twee marineschepen naar het Caraïbisch gebied werden gezonden.)

De bekendmaking van het Ministerie van Defensie leidt onmiddellijk tot misverstanden. Radio en televisie, en ook de kranten, berichten dat het genomen besluit betekent dat de *Special Forces* in Afghanistan onder het oorlogsrecht worden geplaatst. Het zou de eerste keer zijn in de recente geschiedenis dat zoiets geschiedde. "Tijdens de Kosovo-crisis in 1999, waarbij Nederlandse F-16 vliegtuigen op grote schaal bombardementen uitvoerden, of in augustus 1995, toen Nederlandse gevechtsvliegtuigen en mariniers Servische stellingen rond Sarajevo onder vuur namen, waren de deelnemende militairen *niet* onder het oorlogsrecht geplaatst', aldus NRC Handelsblad.")

Of het oorlogsrecht van toepassing is hangt echter niet af van de omstandigheid of zich wel of niet *tijd van oorlog* voordoet. Tijdens de Kosovo-crisis in 1995 en in 1999, toen Servische stellingen onder vuur werden genomen, kon weliswaar niet van *tijd van oorlog* worden gesproken, maar de aan de operaties deelnemende militairen vielen wel gewoon onder het oorlogsrecht. Men leze er de bijdragen op na aan het op 22 mei 2003 in het

1) De overval komt aan de orde in aflevering 6 van de lopende reeks *Opmerkelijke zaken*.

2) NRC Handelsblad van zaterdag 23 april 2005.

Vredespaleis gehouden symposium *Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties.*")

Tijd van oorlog is een strafrechtelijk begrip. De aanduiding komt op vele plaatsen in het Wetboek van Militair Strafrecht voor. In *tijd van oorlog* is een feit veelal zwaarder strafbaar dan in tijd van vrede; of eerder strafbaar.ⁱⁱⁱ⁾ De aanduiding ziet, zoals uit de wetsgeschiedenis blijkt, op een oorlog in volkenrechtelijke zin; op een rechtstoestand die ontstaat zodra de regering het Koninkrijk in oorlog heeft verklaard.

2. Algemeen gesteld zijn oorlogen in volkenrechtelijke zin zeldzaam geworden. De reden is dat oorlogsverklaringen aan het begin van een gewapend conflict sinds het einde van de Tweede Wereldoorlog in onbruik zijn geraakt. Dit heeft ertoe geleid dat in 1949, in de vier Verdragen van Genève, uitdrukkelijk is bepaald dat het in deze Verdragen neergelegde oorlogsrecht niet alleen van toepassing is in geval van oorlog, maar ook in geval van elk ander internationaal gewapend conflict, 'zelfs wanneer de oorlogstoestand door een der Partijen niet wordt erkend'. Ook in alle andere naoorlogse verdragen is een zodanige bepaling opgenomen. Verzuimd is echter het Wetboek van Militair Strafrecht aan te passen. Dit Wetboek spreekt nog steeds uitsluitend van *tijd van oorlog*.

Zo luidt bijvoorbeeld artikel 38 WvMS: 'Niet strafbaar is hij die in *tijd van oorlog* binnen de grenzen zijner bevoegdheid een naar de regelen van het oorlogsrecht geoorloofd feit begaat.'

3. Om artikel 38 WvMS ging het minister Kamp. Hij wilde bereiken dat de *Special Forces* tijdens hun missie in Afghanistan te allen tijde, indien nodig, op de in dit artikel neergelegde rechtvaardigingsgrond een beroep zouden kunnen doen. Het artikel eist echter de aanwezigheid van tijd van oorlog. Om een beroep mogelijk te maken, diende dus tijdens de missie in Afghanistan tijd van oorlog te gelden. Dit kon worden bereikt door toepassing te geven aan artikel 71 WvMS. En aldus geschiedde.

4. Toepassing geven aan artikel 71 WvMS zou niet nodig zijn geweest indien in artikel 38 WvMS de volkomen achterhaalde beperking *tijd van oorlog* tijdig zou zijn geschrapt. Schrapping is door mij in het verleden enkele malen voorgesteld. Ik moge verwijzen naar de in 2000 in dit tijdschrift verschenen bijdrage *Tijd van oorlog, een verouderd begrip*, alsmede naar de tweede, derde en vierde druk van de studiepocket *Militair straf- en strafprocesrecht*, achtereenvolgens verschenen in 1996, 2000 en 2004.

Overigens is het Wetboek van Militair Strafrecht, evenals de Wet militair tuchtrecht, op meer plaatsen ten onrechte niet aan gewijzigde opvattingen aangepast.

Prof. mr. G.L. Coolen

ⁱⁱⁱ⁾ De bijdragen zijn alle geplaatst in het oktober 2003-nummer van dit tijdschrift.

^{iv)} Zo levert opzettelijke ongeoorloofde afwezigheid in tijd van vrede pas na vier dagen een strafbaar feit op; in tijd van oorlog echter reeds na twee dagen.

Verslag van de US Army Europe Operational Law Course (Oberammergau)

21-25 maart 2005

De cursus werd gegeven door het US Army Europe. Het maakt onderdeel uit van het Continued Legal Education programma en is primair gericht op Amerikaanse militaire juristen (JAG). Voor niet-Amerikanen is er aan aantal onderdelen dat wat minder interessant / goed te volgen is, vanwege een te technische benadering van een onderwerp of een te hoog gehalte aan Amerikaanse interne regelgeving. Zo werd er erg diep ingegaan op Computer Network Operations. Een goede kennis van computers en netwerken is dan essentieel om de uiteenzetting goed te kunnen volgen. De verschillende nationale regelingen zijn soms niet geheel bekend, maar vormen toch een nuttige indicatie waarom de VS op een bepaalde manier handelt. Door het veelvuldige gebruik van nationale afkortingen was het af en toe lastig om de details te doorgronden (zo is een "27E" een juridische medewerker in de rang van sergeant).

De verschillende onderwerpen die tijdens deze cursus aan bod kwamen waren:

Intro Law of War, Means and Methods, Computer Network Operations, Deployment Claims, Coalition Operations, SFOR-EU Transfer, War Crimes, Detention Operations, International Agreements and SOFA's, Fiscal Law, Civilian Affairs, Jus ad Bellum: Operation Iraqi Freedom, Legal issues: Operation Iraqi Freedom.

Ik zal kort een paar onderwerpen die behandeld zijn toelichten:

-Means and Methods of Warfare

Het oorlogsrecht (the Law of War) wordt gepresenteerd als een tool for your commander. Het kan dienen als een force multiplier. Tijdens Operatie Desert Storm waren er bijvoorbeeld duizenden Irakezen die zich overgaven aan de verschillende Amerikaanse eenheden. Zouden zij zich in dezelfde getale hebben overgeven, als zij hadden gedacht dat de VS zich niet aan de regels en gebruiken van het oorlogsrecht hielden? Naleving kan dus als gevolg hebben dat de tegenstander eerder bereid is om zich over te geven. Dit kan een conflict bekorten en onnodig lijden voorkomen.

De regels van het oorlogsrecht moeten altijd nageleefd worden, ook al leidt dit tot het verlies van een slag of zelfs de oorlog. Het is dus niet toegestaan om uit 'militaire noodzaak' gevangenen te doden (zie o.a. Hostages Trial).

De VS maken, i.t.t de Geneefse Verdragen, een onderscheid tussen lawful combatants en unlawful combatants. Taliban eenheden in Afghanistan vallen volgens de VS in de laatste categorie. Dit omdat zij, onder meer, niet van de gewone bevolking te onderscheiden waren en *in het algemeen* het oorlogsrecht niet zouden respecteren. Het gaat hierbij niet om de handelingen van de individuele militairen of eenheden, maar de totale groep. Iedereen wordt in dezelfde categorie geplaatst ongeacht mogelijke individuele afwijking. Bij gevangenneming krijgen zij niet de status van krijgsgevangene maar worden zij, als crimineel, berecht volgens het nationale (Amerikaanse) recht.

Echter Amerikaanse special forces eenheden die in Afghanistan in burgerkleding opereerden zouden toch 'lawful combatants' zijn omdat 'men in het algemeen weet dat VS militairen zich aan het oorlogsrecht houden of zich conform gedragen' (en omdat de VS het niet eens zijn met artikel 44 lid 3 Protocol I).

- Een van de meer internationaal juridische presentaties ging over de legal justification van operatie Iraqi Freedom.

Zes verschillende mogelijke rechtvaardigingsgronden werden behandeld:

1. Security Council Authorization;
2. Self-defense against state support to terrorism;
3. Anticipatory self-defense against Weapons of Mass Destruction (WMD) and terrorism;
4. Humanitarian intervention;
5. Regime change;
6. Breach of cease fire.

De eerste vijf werden om verschillende redenen verworpen. De laatste rechtvaardigingsgrond werd door de VS aan de veiligheidsraad gepresenteerd, net voordat Operatie Iraqi Freedom officieel begon.

1. Security Council Authorization.

Resolutie 1441 van de Veiligheidsraad zou militair ingrijpen rechtvaardigen. Deze resolutie heeft het echter over 'serious consequences' i.p.v. 'all necessary means' (die het gebruik van geweld inhouden). De laatste kans die Irak in deze resolutie krijgt ging ook niet gepaard met een deadline, zoals in resolutie 678 uit 1990. In de betreffende resolutie werd verdere betrokkenheid van de Veiligheidsraad voorzien indien Irak niet voldeed aan de opgelegde verplichtingen.

2. Self-defense against state support to terrorism.

Voorwaarden voor self-defense tegen een gewapende aanval zijn; noodzakelijkheid, proportionaliteit en onmiddellijkheid. Echter er heeft helemaal geen gewapende aanval (of een vergelijkbare equivalent hiervan) door Irak, of een door Irak gesteunde groep, op de VS plaatsgevonden. Self-defense is dan ook helemaal niet aan de orde.

3. Anticipatory self-defense against WMD and terrorism.

Er waren geen bewijzen dat Irak van plan was WMD te gebruiken (tegen welk land dan ook). Het beschikte ook niet over de middelen om ze effectief in te zetten. Bewijs dat Irak WMD aan terroristen wilde leveren was er ook niet. De aanwezigheid van deze wapens was al twijfelachtig. VN wapeninspecteurs hadden in de voorgaande jaren Irak al redelijk goed uitgekamd en grote hoeveelheden vernietigd. Irak werkte, hoewel moeizaam, mee aan deze inspecties. Bovendien was er geen bewijs dat Irak een op handen zijnde terroristische aanval op de VS steunde.

4. Humanitarian intervention.

Er zijn verscheidene voorbeelden van interventies die, min of meer, op humanitaire gronden hebben plaatsgevonden (Somalië, Haïti, Liberia, Sierra Leone, Kosovo). Er is echter geen volkenrechtelijke grondslag voor een humanitaire interventie. In Irak was de humanitaire situatie, in begin 2003, niet zodanig ernstig dat dit een interventie, op sociale gronden, zou rechtvaardigen. Er was ook geen vrees voor op handen zijnde genocide. Tijdens eerdere mensenrechtenschendingen heeft er ook geen interventie plaatsgevonden en de situatie was niet ernstiger dan voorheen. Er bestond in de Veiligheidsraad ook weerstand tegen een humanitaire grondslag voor een mogelijke interventie.

5. Regime change.

Hoewel hier vanuit de VS al langer op aangestuurd werd, bestond hier helemaal geen juridische basis voor. Het zou formeel alleen kunnen met een expliciet mandaat van de Veiligheidsraad. Een andere situatie wanneer een 'regime change' mogelijk plaats zou kunnen vinden; is als uitvloeisel van een defensieve operatie.

6. Breach of cease fire.

Dit is de, beoogde, rechtvaardiging van Iraqi Freedom. Resolutie 687 van de Veiligheidsraad legde een aantal verplichtingen op aan Irak. Deze verplichtingen vormden de voorwaarden voor de staakt-het-vuren overeenkomst uit 1991. De VS gaan er van uit dat een substantiële schending van deze verplichtingen de grondslag van het staakt-het-vuren weghaalt. Een dergelijke schending werd in Resolutie 1441 vastgesteld. Hierdoor zou de toestemming voor het gebruik van geweld, o.b.v resolutie 678, weer herleven. De vraag is echter of dit niet beperkt is tot de bescherming van het grondgebied van Koeweit. De verovering en bezetting van heel Irak lijkt hiermee niet in verhouding te staan.

Volgens de VS maakt het niet uit hoeveel tijd er tussen de schending en het staakt-het-vuren zit (in dit geval 12 jaar). Alleen indien een van de drie volgende omstandigheden zich zou voordoen, zou een herleving van vijandelijkheden zich niet kunnen voordoen: a. een formeel vredesverdrag; b. een van de staten houdt op te verstaan; of c. een materiële wijziging in de onderlinge relaties tussen de betrokken staten.

- Detention Operations.

De schaal waarop detentie operaties in Irak plaatsvinden was op voorhand niet voorzien. Door het karakter van het conflict in Irak zijn bepaalde knelpunten naar voren gekomen. Het gaat hier onder meer om: de verantwoordelijkheden van Military Intelligence en MP personeel zijn niet duidelijk gescheiden; ondervragingsprocedures komen niet overeen; onvoldoende beschikbaarheid van middelen in de detentiecentra; eenheden krijgen ter plaatse de opdracht om (onvoorbereid) detentie operaties uit te voeren; veel detentiecentra bevinden zich in dreiginggebieden en er zijn niet voldoende MP eenheden beschikbaar.

Vanwege het feit dat de veiligheidssituatie in een bepaald gebied snel kan omslaan en het feit dat het nergens in Irak echt veilig is, is het erg lastig om de veiligheid van detentiecentra te garanderen. Moet men de centra elke keer verplaatsen als ze onder vuur komen te liggen? Het is immers lastig te voorspellen waar het geweld de volgende aanval zal oplaaien.

Conclusie: De cursus geeft op bepaalde vlakken een redelijk inzicht in de juridische gedachtegang van de VS. Omdat de cursus primair gericht is op Amerikaanse militaire juristen, zijn er bepaalde delen wat minder relevant voor niet-Amerikanen. Een bijkomend voordeel van deze cursus is dat men op deze manier op informele wijze met een groot aantal Amerikaanse juristen kennis kan maken. Dergelijke contacten kunnen waardevol zijn tijdens toekomstige operaties.

LTZA 2 Mr. R. Raasveldt

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.C. Zuiderna, Brigade-generaal b.d. van de Militair Juridische dienst; |
| Secretaris/penningmeester | Mr. J.F. Stinissen , Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst; |
| Leden: | |
| voor de Koninklijke Landmacht: | Mr. R. <i>in het Veld</i> , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst; |
| voor de Koninklijke Luchtmacht: | Mr. P.T. <i>Hebly</i> , Kolonel van de Koninklijke Luchtmacht; |
| voor de Koninklijke Marine: | Mr. W.E. <i>Louwerse</i> , Kapitein ter zee; |
| voor de Koninklijke Marechaussee: | Mr. C.P.C. <i>Kuijs</i> , Kolonel der Koninklijke Marechaussee; |
| 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. Dr. TD. <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; |
| 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> , | Hoofd Beleidsondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van ABP; |
| Mr. G.F. <i>Walgemoed</i> , | Kolonel b.d. van de Militair Juridische Dienst |
| Adres van de Redactiecommissie: | Koningin Wilhelminalaan 50, 2264 BN Leidschendam |

VASTE MEDEWERKERS:

- Prof. Mr. G.L. *Coolen*, Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
- Prof. Dr. K.A. *Lawson*, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.
- Dr. M. *Boor-Mathijssen*, wetenschappelijk medewerker verbonden aan het Nederlands Instituut voor Internationale Betrekkingen 'Clingendael'.

WUZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt tien keer per jaar.

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1-2003 E 36,75. Men abonneert zich bij Sdn Klantenservice Uitgevers, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. tel.: 070-378 9880, fax: 070-378 9783, e-mail: sdu@sdu.nl, of bij zijn boekhandelaar. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 3,95. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar tegen de prijs van € 25. Auteurs van bijdragen van meer dan één pagina ontvangen een vergoeding van E 35 p.p. tot een maximum E 230 per aflevering, benevens vijf presentexemplaren van de desbetreffende aflevering. Het auteursrecht wordt met de publicatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u van informatie te voorzien over Sdu Uitgevers bv en zorgvuldig geselecteerde andere bedrijven. Als u geen prijs stelt op deze informatie, kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice, postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar. Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan Sdu Servicecentrum Uitgevers. Zij die het M.R.T. van rijkswege verstrekt krijgen, dienen zich voor kennisgeving van adreswijzigingen 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"

**uitgeversverbond**
Groep uitgevers voor vak en wetenschap

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVIII

juli/augustus 2005

Aflevering

7

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

| | |
|---|-----|
| Ontwikkelingen rondom het militaire strafrecht naar aanleiding van het strafproces tegen Eric O.; door mr. M.D. Fink..... | 237 |
| Onderzoek van Defensieongevallen door de Onderzoeksraad voor veiligheid, "Gebruiksaanwijzing OVV"; door mr. J.B. Miete..... | 244 |
| Opmerkelijke zaken (3) – De ene scheepsarts gehoorzaamde, de andere niet; door prof. mr. G.L. Coolen..... | 254 |

Strafrechtspraak

| | |
|--|-----|
| Hof Ah 04.05.05 Eric O. (II) Naschrift door prof. mr. Th.J. de Roos..... | 258 |
|--|-----|

Bestuursrecht

| | | |
|-------------------------------------|--|-----|
| Vzngr. Rb Den Haag 20.12.2004 | Tien hennepplantjes Ontslag militair KM op grond van wangedrag (AMAR art. 39, tweede lid, aanhef en onder l) wegens bezit van tien hennepplantjes. Bevestiging van het drugsbeleid binnen de krijgsmacht: bij constatering van het bezit van meer dan een gebruikershoeveelheid volgt zonder meer ontslag..... | 261 |
|-------------------------------------|--|-----|

Opmerkingen en mededelingen

| | |
|---|-----|
| Verslag van de Conferentie "The Law of Armed Conflict: The return to custom as an important source of law", ter lancering van de Gewoonterechtstudie op het gebied van het Humanitair Oorlogsrecht; door mr. J.C. van den Boogaard..... | 265 |
| Boeken en tijdschriften: | |
| - boekaankondiging..... | 271 |
| - boekaankondiging..... | 271 |
| De zaak Eric O..... | 272 |

| | | |
|--------------|----------|--------------------------|
| 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 |
| | G.F.W. | - Mr G.F. Walgemoed |

BIJDRAGEN

Ontwikkelingen rondom het militaire strafrecht naar aanleiding van het strafproces tegen Eric O.

door

MR. M.D. FINK

Inleiding

Tegen het vonnis van de militaire kamer van de rechtbank te Arnhem inzake Eric O. van 18 oktober 2004¹⁾ werd door het openbaar ministerie hoger beroep in gesteld. De militaire kamer van het gerechtshof te Arnhem besloot in tweede aanleg het vonnis te vernietigen en opnieuw recht te doen²⁾. Daarbij kwam het hof eveneens tot een vrijspraak, zij het op andere gronden dan de rechtbank.

Het *NRC-Handelsblad* meldt op de dag van de uitspraak dat de raadsman G.G.J. Knoops dit arrest zou hebben betiteld als uniek in de geschiedenis van het militair strafrecht³⁾. 'Het getuigt van een modern inzicht in internationale operaties en zal bijdragen aan het verbeteren van het militair strafrecht', aldus de raadsman. Om meer redenen is deze zaak inderdaad van belang voor de ontwikkeling van het militaire strafrecht. In deze korte beschouwing ga ik in op vier onderwerpen waaraan deze zaak mijns inziens heeft bijgedragen. Ten eerste de aansluiting van het militair strafrecht bij de huidige inzet krijgsmacht, ten tweede de strafrechtelijke positie van de militair, ten derde de status van geweldsinstructies en tenslotte een opmerking over de militaire strafrechtspleging.

1. Aansluiting militair strafrecht bij huidige inzet krijgsmacht

Reeds voor het schietincident van 27 december 2003 te Irak bestond het besef dat het huidige wetboek van militair strafrecht, stammende uit 1903, niet geheel meer voldeed aan de gewijzigde taakstelling van de krijgsmacht waarbij de inzet in vredesoperaties tegenwoordig een belangrijke rol speelt. Coolen pleitte al eerder dat de gebezigde term 'tijd van oorlog' een verouderd begrip betrof en aan herziening toe was teneinde aansluiting te krijgen bij de huidige inzet van de krijgsmacht⁴⁾. In de destijds aan de orde zijnde overgang van de Wet Oorlogsstrafrecht naar de Wet Internationale Misdrijven, werd met het besef van verouderde terminologie reeds rekening gehouden en het bestanddeel 'in tijd van gewapend conflict' in de wet opgenomen⁵⁾. Tevens werd naar aanleiding van gestelde kamervragen aanstalten gemaakt om ten aanzien van dit onderwerp een mogelijke herziening van het wetboek van militair strafrecht te bezien.

De ontstane commotie rondom de zaak Eric O. alsmede de zaak tegen twee mariniers die in Irak op een wachtpost in slaap waren gevallen⁶⁾ zette de kwestie van onvoldoende

¹⁾ Vonnis is opgenomen in MRTXCIV, afl. 10 (nov/dec 2004), 443-459.

²⁾ Arrest van de militaire kamer van het gerechtshof te Arnhem van 4 mei 2005, opgenomen in MRT, jrg. XCVIII, afl. 6 (juni 2005), 213-224.

³⁾ 'Militair optreden niet als politiewerk' in *NRC-Handelsblad*, 4 en 5 mei 2005, pag. 3.

⁴⁾ G.L. Coolen, 'Tijd van oorlog, een verouderd begrip', in *MRT*, jrg. XCIII, afl. 7 (juli/aug 2000), 270-274.

⁵⁾ Zie hierover Tweede Kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 337, nr. 3, pag. 12 e.v. Zie verder G.L. Coolen, 'Het wetsvoorstel internationale misdrijven', in *MR?*; jrg. XCV afl. 10 (nov/dec 2002), 373-384.

⁶⁾ Vonnis van de militaire kamer Rb Arnhem, 1 maart 2004, opgenomen in MRT, jrg. XCVII, afl. 4 (april 2004), 148-154.

aansluiting bij huidige inzet van de krijgsmacht weer terug in het daglicht. In de zaak tegen de twee slapende mariniers werd door de militaire kamer expliciet opgemerkt dat 'de huidige terminologie in het wetboek van militair strafrecht onvoldoende aansluit bij de veranderde operationele omstandigheden waaronder de krijgsmacht haar internationale taken moet verrichten'. Dit 'signaal' van de rechtbank en de gebeurtenissen rondom de zaak Eric O. werden opgepakt en uit de brief van de Minister van Defensie van 22 april 2005 blijkt dat inmiddels een dergelijke wetswijziging in aantocht is⁷⁾.

De vraag kan overigens worden gesteld of het aansluiten van de terminologie aan de veranderde operationele omstandigheden door het begrip 'tijd van oorlog' te veranderen in 'tijd van gewapend conflict' of andere soortgelijke term⁸⁾ ook daadwerkelijk wenselijk is. Coolen geeft inderdaad terecht aan dat er licht zit tussen het huidig militair optreden en het militair strafwetboek, maar geeft niet aan wat alle mogelijke gevolgen van een dergelijke aanpassing kunnen zijn. Een dergelijke wijziging brengt voor- en nadelen met zich mee. Een van de gevolgen is dat dit onder meer strafverzwaring bij overtreding van delicten bewerkstelligt, hetgeen als nadeel kan worden ervaren bij militairen. De achterliggende bedoeling van strafverzwaring ging uit van de stelling dat de toestand van oorlog gepaard dient te gaan met een strengere discipline, hetgeen door strafverzwaring wordt gewaarborgd. Het belang der zaak [het winnen van de oorlog] vordert de eisen van een strengere krijgstucht⁹⁾. Als strafverzwaring het resultaat is van aansluiting bij de veranderde operationele omstandigheden, kan vanuit de zijde van de militair worden afgevraagd of daarmee de complexe omstandigheden waarin de militair tegenwoordig dient op te treden alsmede de professionaliteit van de huidige militair niet juist daarmee uit het oog wordt verloren. Gevolg is dat militairen worden weggestuurd om te opereren in complexe omstandigheden en daarbij tevens worden bedreigd met een hogere straf. De Minister van Defensie werpt daarop tegen dat het in de praktijk vrijwel nooit voorkomt dat de maximum straffen worden geëist¹⁰⁾. Dat betekent dat het opgeworpen nadeel voor militairen in beginsel zo goed als geen effect teweeg zou brengen.

Tegenwoordig is de oorspronkelijke koppeling tussen de inzet van militaire eenheden in gewapende conflicten en de strafrechtelijk overgang van tijd van vrede naar tijd van oorlog, nu de oorlogsverklaring in onbruik is geraakt, niet meer aan de orde. Dit brengt met zich mee dat de extra algemene rechtvaardigingsgrond voor militairen van art. 38 Msr. buiten bereik blijft wanneer geen gebruik wordt gemaakt van art. 71 MSr. Nu dit artikel zeer terughoudend wordt toegepast, impliceert dit in beginsel een verslechtering van de rechtspositie van militairen. Hier kom ik later in deze bijdrage op terug.

Er zijn nogal wat artikelen die de term 'tijd van oorlog', in de delictsomschrijving hebben staan. Een collectieve omzetting naar een andere term zou met zich kunnen meebrengen dat bij sommige artikelen juist dan weer de plank wordt misgeslagen. Men kan zich indenken dat sommige delicten inderdaad gereserveerd dienen te blijven voor oorlog in de klassieke zin van het woord. Voorts tast dit ook andere termen in het militair wetboek aan die verbonden zijn aan het systeem van oorlog en vrede. Een term als vijand kan bijvoorbeeld, bij inzet in vredesondersteunende operaties, mogelijk tot moeilijkheden leiden.

7) Brief aan de Tweede Kamer van 22 april 2005 van de Minister van Defensie betreffende 'Toepassing van art. 71 MSr'.

8) Coolen noemt 3 mogelijkheden: tijd van gewapend conflict, onder operationele omstandigheden en deelneming aan een operatie in internationaal verband buiten het Koninkrijk. G.L. Coolen, 'Tijd van oorlog, een verouderd begrip', 274.

9) H. van der Hoeven, *Militair straf en tuchtrecht*. Eerste deel. (Leiden, 1903), 557.

10) Brief aan de Tweede Kamer van 22 april 2005 van de Minister van Defensie betreffende 'Toepassing van art. 71 MSr'.

Een voordeel dat zowel voor de politiek als militairen kan gelden is dat door de wijziging het inzicht en besef wordt vergroot dat militairen optreden in omstandigheden die niet zonder meer te vergelijken zijn met vredes- of oorlogsomstandigheden. Optreden in vredesondersteunende operaties wordt thans strafrechtelijk nog beschouwd als optreden in vredestijd hetgeen niet altijd strookt met de werkelijkheid ter plekke. Het vervolgen van geweldsdelicten naar de maatstaven van vredestijd mist dan de essentiële context waarin een delict heeft plaatsgevonden. Door deze leemte in de wet op te vullen door aan te geven dat het een en ander heeft plaatsgevonden tijdens een gewapend conflict, draagt het bij aan het inzicht dat in strafrechtelijke zin met geweldsdelicten tijdens vredesoperaties anders dient te worden omgegaan.

Ook het arrest van het hof in deze zaak geeft aan de bijzondere omstandigheden waarin de militair tijdens vredesondersteunende operaties dient op te treden te onderkennen. Als reactie op de oplossing van het College van Procureurs-generaal dat -op verzoek van de Minister van Defensie- door middel van de aanwijzing 'Positie militairen bij geweldsaanwending') in zekere mate aansluiting heeft gezocht bij politiereggeving, overweegt het hof dat hiermee juist uit het oog wordt verloren dat het militair optreden tijdens internationale missies van een volstrekt andere orde is. Voorts overweegt het hof dat het militair strafrecht 'robuust' dient te zijn, in die zin dat de militair weet waar hij te velde aan toe is, wat hij wel mag en niet mag. Een kreet waarmee ongetwijfeld aansluiting is gezocht met de terminologie die gebruikt wordt om aan te duiden dat de *rules of engagement* in een bepaalde operatie voldoende mogelijkheden bieden om de opdracht naar behoren uit te voeren. Robuust militair strafrecht betekent dan mijns inziens dat de militaire wetgeving in staat moet zijn om delicten naar behoren aan te pakken. Of bedoelt het hof hiermee dat het militair strafrecht militair optreden tijdens vredesondersteunende operaties niet (onnodig) in de weg dient te staan? Als het betekent dat het hof begrip toont voor omstandigheden waarin de militair optreedt, is de uitspraak van het hof voor de militair een welkome opmerking.

2. De strafrechtelijke positie van de militair

De gebeurtenissen rondom de zaak Eric O. hebben vooral de aandacht gevestigd op de positie van militairen in het militair strafrecht tijdens vredesondersteunende operaties. De aanhouding en de initiële verdachtmaking van moord, doodslag of dood door schuld van betrokken militair bracht bij militairen vertwijfeling en bij militairrechtelijke deskundigen onbegrip omtrent de rechtspositie van de militair nadat geweld was aangewend"). Met betrekking tot dit onbegrip vermeldt Coolen in zijn symposiumbijdrage in het *Militair Rechtelijk Tijdschrift* dat er twee mogelijkheden bestaan nadat de beslissing tot vervolging is genomen: ten eerste de mogelijkheid om te vervolgen vanwege het schuldig maken aan een geweldsdelict en ten tweede de vervolging terzake het schenden van een dienstvoerschrift, namelijk de geweldsinstructies¹³⁾. Deze keuze is met name van belang, zoals de Advocaat-generaal bij de Hoge Raad Jörg stelt in zijn reactie op de bijdrage van Coolen, voor de op te leggen strafmaat, die in de eerste mogelijkheid immers hoger ligt¹⁴⁾. Met

¹¹⁾ Aanwijzing van College van Procureurs-generaal, nr. PaG/BJZ/7612 d.d. 28 oktober 2004.

¹²⁾ 'Militair deskundigen begrijpen niets van optreden OM tegen bij schietincident in Irak betrokken Nederlandse marinier'. In *Volkscrant*, 5 januari 2004.

¹³⁾ G.L. Coolen, 'Geweldsinstructies vanuit strafrechtelijk oogpunt bezien', in MRT, jrg. XCVI, afl. 9 (oktober 2003), 376-390.

¹⁴⁾ N.J. Jörg, 'Een opmerking over de reikwijdte van het beroep op ambtelijk bevel en een opmerking over de delictkeuze van de officier van Justitie, in *militaribus*', in MRT, jrg. XCVI, afl. 9 (oktober 2003), 390-392.

deze opmerking stelt Jörg het belang om een geweldsdelict met een hoge strafmaat te ver-
gelden voorop en gaat voorbij aan de eerder naar vorengebrachte bijzondere omstandig-
heden waarin het feit is gepleegd. Het openbaar ministerie koos in deze zaak, nadat eerst
publicitair de eerste weg was bewandeld, uiteindelijk voor de laatste optie en legde alsnog
overtreding van een dienstvoorschrift ten laste. Zoals inmiddels bekend leidde overigens
deze manier van optreden van het openbaar ministerie, daargelaten een aantal afkeurende
opmerkingen, over het geheel genomen niet tot de niet-ontvankelijkheid van het openbaar
ministerie.

Bij de ministeries van Defensie en Justitie gaf dit onderwerp aanleiding tot de totstand-
koming van eerder genoemde aanwijzing van Procureurs-generaal. De aanwijzing
bepaalt dat de militair die geweld heeft gebruikt in principe niet meteen als ver-
dachte is aan te merken, maar ten eerste als getuige wordt gehoord¹⁵). Zodoende is het uit-
gangspunt voor de geweldgebruikende militair dat hij in beginsel juist heeft gehandeld.
Daarmee onderstreept de aanwijzing eigenlijk niet meer dan dat de onschuldpresumptie
heeft te gelden en creëert verder niets nieuws¹⁶). De 'winst' zal vooral moeten worden
behaald in de gevoelsmatige kwestie niet meteen als verdachte te worden gekwalificeerd.
Juridisch kan amper van winst worden gesproken omdat onder meer een getuige immers
minder bescherming geniet dan een verdachte.

De rechtbank heeft in deze zaak in eerste aanleg aangegeven wat met betrekking tot de
bewijslast de positie van de militair bij geweldgebruik dient te zijn. De rechtbank over-
woog dat bij de beoordeling van de noodzaak tot geweldgebruik door een militair... 'van
een militair ten aanzien van de door hem gestelde noodzaak tot geweldgebruik in rede-
lijkheid niet meer bewijs kan worden gevorderd dan dat hij een op zichzelf niet onaanne-
melijke verklaring geeft van zijn handelwijzen en dat de onjuistheid daarvan alleen mag
worden aangenomen indien de onwaarheid van zijn verklaring aannemelijk wordt
gemaakt'. Een opvatting die, zoals de rechtbank zelf aangeeft, is overgenomen van eerdere
uitspraken van de krijgsraden¹⁷).

Het Hof is niet ingegaan op het door de raadsman aangevoerde pleidooi dat ten aanzien
van de bewijslast voor militair optreden in vredesondersteunende operaties zelfs een hoge-
re bewijslast zou moeten gelden, nu de strafrechtelijke bewijslast primair bedoeld is voor
normale omstandigheden en wellicht niet toereikend is voor de bijzondere omstandighe-
den waarin vredesondersteunende operaties worden uitgevoerd. In dit verband herinnerde
de raadsman aan een uitspraak van Generaal-majoor der mariniers b.d. Van Kappen tijdens
de rechtszitting dat aangezien aan het gebruik van geweld een rechts-politieke afweging
vooraf gaat, het toestaan van geweldgebruik een bedrijfsrisico impliceert dat niet zou moe-
ten worden afgewend op de uitvoerders. Het hof ging zoals gezegd niet verder dan de
erkenning dat de omstandigheid waarin vredesondersteunende operaties worden uitge-
voerd van andere orde is.

¹⁵) Tenzij er van meet af aan geen twijfel over bestaat dat een strafbaar feit is gepleegd.

¹⁶) De brief geeft ook aan dat de aanwijzing in feite geen verandering is van het bestaande beleid,
maar beoogt wel duidelijkheid te scheppen over de positie van militairen. Zie over een uitgebreide
analyse over de aanwijzing P.A.L. Ducheine, G.F. Walgemoed, 'Militairen na 'rake zaken': de straf-
rechtelijke positie van militairen na functioneel geweldgebruik', in *MRT*, jrg. XCVII, afl. 7 (juli/aug
2004), 309-324.

¹⁷) Bedoelde vonnissen zijn de vonnissen van de Krijgsraad te velde van Poerwekertoen Soerabaja,
respectievelijk gedaan op 11 juli 1949 en 28 oktober 1949. Opgenomen in *MRT*, jrg. XLV (1952),
104-111. In het laatste geval schoot een militair een gearresteerde Indonesiër neer nadat hij volgens
de militair een verdachte beweging maakte. Beide uitspraken hebben overigens betrekking op art.
38 MSr.

Nu de rechtspositie van militairen door deze zaak in de schijnwerpers was komen te staan is voor het eerst sinds lange tijd de beslissing genomen om door middel van een verklaring zoals bedoeld in art. 71 MSr. een gedeelte van de krijgsmacht, namelijk de speciale eenheden die zijn ingezet in het kader van Operatie *Enduring Freedom* in Afghanistan, onder 'tijd van oorlog' te brengen. 'Naar mijn oordeel hebben militairen van de SF-taakgroep recht op duidelijkheid omtrent hun positie', schreef de Minister aan de Kamer¹⁸). Een artikel dat volgens Coolen reeds de oplossing in zich droeg om aansluiting te zoeken bij de gewijzigde taakstelling van de krijgsmacht, maar door de regering in de praktijk zeer terughoudend wordt toegepast¹⁹). Immers, vanuit politieke overweging dient connotatie met de term oorlog voorkomen te worden aangezien dit wellicht een ongewilde mate van betrokkenheid aan een conflict zou impliceren. Art. 71 MSr. komt er kort gezegd op neer dat voor een gedeelte van de krijgsmacht tijd van oorlog aanwezig wordt geacht. Het gebruik van Art. 71 MSr. is mogelijk nu de aangewezen eenheid optreedt binnen het juridisch kader van een gewapend conflict (ter enig optreden tot collectieve of individuele zelfverdediging), waarop het oorlogsrecht betrekking heeft.

Bij het eerste onderwerp is reeds naar voren gebracht dat, naast het nadeel van strafverzwaring, een van de voordelen is dat de toepassing van art. 38 MSr. mogelijk wordt. Naast de strafuitsluitingsgronden van het commune strafrecht betreft artikel 38 MSr. een algemene rechtvaardigingsgrond voor militairen²⁰). In de eerder aangehaalde vonnissen van de krijgsraden ook wel *oorlogsnoedzaak* genoemd. Art. 38 luidt 'niet strafbaar is hij die in tijd van oorlog binnen de grenzen van zijn bevoegdheid een naar regelen van oorlogsrecht geoorloofd feit begaat, of wiens bestraffing strijdig zou zijn met een verdrag, geldende tussen Nederland en de mogendheid, waarmee Nederland in oorlog is, of met enig voorschrift, ingevolge zodanig verdrag vastgesteld'. Hiermee wordt bedongen dat militairen niet kunnen worden vervolgd voor het plegen van oorlogshandelingen mits zij binnen de regels van hun bevoegdheden blijven en zich houden aan de regels van het oorlogsrecht. De ROE zouden dan moeten worden gezien als 'de grenzen van zijn bevoegdheid'. Aangezien de ROE in gevallen waarop het oorlogsrecht betrekking heeft een inperking betreffen van wat geoorloofd is onder het oorlogsrecht, kan overtreding van de ROE volgens Dolman en Keijzer hoogstens leiden tot overtreding van een dienstbevel wanneer de daad nog toelaatbaar is in het oorlogsrecht²¹). Dit kan uiteraard anders zijn wanneer niet wordt opgetreden in een situatie waarop het oorlogsrecht betrekking heeft²²).

3. Status van geweldsinstructies

In deze zaak werd de rechterlijke macht voor de vraag gesteld of de geweldsdocumenten ROE, *aide-memoire* (AM) en geweldsinstructie (GI) als dienstvoorschrift kunnen worden beschouwd.

In de loop der jaren hebben zich diverse soorten vredesoperaties ontwikkeld; van *peacekeeping* tot en met *yeace enforcing* operaties, met elk een eigen insteek voor wat betreft

¹⁸) Brief aan de Tweede Kamer van 22 april 2005 van de Minister van Defensie betreffende Toepassing van art. 71 MSr¹.

¹⁹) Coolen, 'Tijd van oorlog, een verouderd begrip', 273.

²⁰) G.L. Coolen, *Militair straf- en strafprocesrecht* (Deventer, 2004), 45 e.v.

²¹) *Militair straf- en tuchtrecht*, commentaar van N. Keijzer, voortgezet door M.M. Dolman aan gaande artikel 38 MSr.

²²) Zie ter verduidelijking de afbeelding 3 van de bijdrage van J.A. van Diepenbrugge, 'Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties: leidt de integratie van politieke, juridische en operationele aspecten in de rules of engagement in het kader van vredesoperaties tot vage en multi-interpretabele regels? In MRT, jrg. XCVI, afl. 9 (oktober 2003), 371-375, 373.

het gebruik van geweld. Het op een genuanceerde manier gebruik maken van gewelddocumenten is een van de factoren tot het behalen van politieke doeleinden. Dit genuanceerde geweldgebruik wordt vastgesteld in de ROE waarin, volgens het inmiddels klassiek geworden model van Roach militaire, politieke en juridische belangen samengevoegd worden²³). Per missie wordt de ROE ter uitvoering van het onderliggend mandaat, zorgvuldig afgestemd door middel van deze factoren. De ROE zijn, zo stelde de rechtbank in eerste aanleg, een middel om het gebruik van geweld door militairen te beheersen door het plaatsen van beperkingen hierop of bepaalde vormen van geweld toe te staan. De wens om die beheersing van geweldgebruik duidelijk te maken aan militairen heeft geresulteerd in *aide-memoires* en geweldsinstructiekaartjes zodat ook op het laagste niveau de militair doordrongen is van het hogere doel. Aangezien, althans met name voor landoperaties, de individuele militair op het laagste niveau daadwerkelijk wordt geconfronteerd met het uitvoeren van de missie en daarmee de sleutelfiguur vormt voor het welslagen daarvan, is het niet onlogisch dat het opereren in lijn met de AM en de GI veel waarde wordt toegekend. Overtreding hiervan zou de missie op andere niveau's uit balans kunnen brengen, hetgeen uiteindelijk effect zou kunnen hebben op de politieke eindresultaat. Tot zover was het belang van de GI en AM in volkenrechtelijke context wel duidelijk. Wat overtreding van de GI en AM in strafrechtelijke zin zou betekenen was tijdens dit proces nog niet duidelijk. Tijdens de terechtzitting voor het hof kwam naar voren dat over de verhouding tussen het volkenrecht en strafrecht ten aanzien van de geweldsdocumenten nog geen volledige afstemming had plaatsgevonden van zowel de zijde van het openbaar ministerie als het ministerie van defensie. Oorzaak hiervoor was omdat simpelweg de noodzaak daartoe er nog nooit zou zijn geweest.

In eerste aanleg besloot de rechtbank dat zowel de AM en de GI aan te merken zijn als dienstvoorschriften in de zin van art. 135 MSr. terwijl de ROE werden bestempeld als 'van een andere orde'. Anders dan de rechtbank oordeelde het hof echter dat ook de ROE dienen te gelden als dienstvoorschrift. Het hof vond dat ondanks dat ROE zijn opgesteld door een buitenlandse bevelvoerder, er genoeg aanknopingspunten zijn om de ROE als dienstvoorschrift te beschouwen. Onder meer vond het hof hierover dat nu de Minister van Defensie, als bevoegde persoon in de zin van art. 9 lid 2 onder a Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht, het *memorandum of understanding* met het Verenigd Koninkrijk had ondertekend zonder daar dat daarop voorbehouden zijn gemaakt en waar de ROE een onderdeel is, die ROE hebben te gelden als door de minister vastgesteld. De AM en GI dienen voorts te gelden als afgeleiden van de ROE en in zoverre ondergeschikt dat het toepassen van geweld dat niet binnen de AM of GI valt nog geen schending van een dienstvoorschrift oplevert wanneer binnen de grenzen van de ROE wordt geopereerd. Met andere woorden, niet de GI of AM dient te worden genomen als uitgangspunt om strafbaarheid vast te stellen maar de ROE bepalen de grenzen van geweldgebruik. Daarmee geeft het hof aan wat de verhouding is tussen de verschillende documenten. Overigens dient mijns inziens wel opgemerkt te worden dat het bovenstaande specifiek van toepassing was met betrekking tot de situatie in Irak. Wellicht dat voor andere, toekomstige operaties de situatie gebiedt dat er voor wordt gekozen om op een andere wijze de ROE vast te stellen.

4. Militaire strafrechtspleging

Hoewel de reacties op de gebeurtenis op 27 december 2003 in materieel strafrechtelijke

²³) Zie meer hierover in de bijdrage van J.F.R. Boddens Hosang, 'Rules of Engagement: het politiek-juridische struikelblok voor de militaire commandant', in MRT, jrg. XCVI, afl. 9 (oktober 2003), 354-370.

zin erop aandrongen om het materieel militair strafrecht te moderniseren, was de reactie in militair strafprocesrechtelijke zin eerder een wens naar het oudere militaire strafprocesstelsel van voor de herziening van 1991 terug te keren. Met name vanwege de vermeende tekortkomende expertise van het openbaar ministerie werd door sommigen de wens geuit zich weer te verstaan met het systeem van krijgsraden of in ieder geval met de goede (militaire) elementen daarvan²⁴). Het oude systeem laat zich met name kenmerken doordat het vervolgingsbesluit voornamelijk in handen was van de krijgsmacht zelf. De verwijzingsautoriteit (vlootvoogd of commanderend generaal) besloot, na advies van de fiscaal dan wel auditeur-militair of een militair wel of niet werd vervolgd²⁵). De auditeur-militair, of bij de zeemacht de fiscaal, vervulde de functie van openbaar aanklager. De Rechtspleging bij de Zeemacht respectievelijk Landmacht bepaalde dat de fiscaal werd benoemd uit een rechtsgeleerd officier, terwijl de auditeur-militair geen militair mocht zijn²⁶). De samenstelling van de krijgsraden bestond uit een burgerpresident en twee militairen²⁷). Na de herziening werd de mogelijke tekortkoming aan kennis wellicht reeds onderkend aangezien met de herziening de functie van de verbindingsofficier krijgsmacht werd gecreëerd om het openbaar ministerie bij te staan in alle militaire aangelegenheden²⁸).

De Minister van Justitie reageerde op de vermeende tekortkomingen in militaire expertise met een uitleg aan de Kamer waarin hij vaststelde dat de militaire expertise van het openbaar ministerie wel degelijk voldoende werd gewaarborgd²⁹). Het hof heeft zich hierover in de zaak Eric O. desondanks zeer kritisch uitgelaten. Ten overvloede overwoog het hof dat het openbaar ministerie kennelijk onvoldoende was voorbereid op de vraag hoe een dergelijk schietincident aan te pakken en dat dit zou liggen aan het ontbreken van goed overleg tussen Defensie en Justitie. Tevens zou het openbaar ministerie de nodige *situational awareness* ontberen en dusdoende moeten ontwikkelen. Tot slot zou dit hebben geleid tot de, zeker bij de aanvang, veel te zware inschatting van de zaak. Wel verzuimde mijns inziens het hof om naast de kritische overwegingen te vermelden dat de Ministers van Defensie en Justitie in juni 2004 reeds in reactie op de gebeurtenissen afspraken hebben gemaakt waarin onder meer regelmatiger overleg en bezoeken aan inzetgebieden tot de afspraken behoren³⁰). Hoe de afspraken zich in de praktijk houden is een kwestie van afwachten.

Conclusies

Uit de vier bovenbesproken onderwerpen wordt duidelijk dat de zaak Eric O. aanleiding vormde of heeft bijgedragen aan de ontwikkeling van het militaire strafrecht. Een aantal conclusies met betrekking tot deze vier onderwerpen kan de volgende zijn.

²⁴) Zoals bij de uitingen van het kamerlid van J.J.C. Baalen in *Telegraaf*, 19 maart 2004 'Voer krijgsrecht weer in', en Gill in *NRC Handelsblad*, 2 maart 2004, pag 2.

²⁵) G.L. Coolen, *Militair straf- en tuchtrecht* (Zwolle, 1991) 96 e.v. De fiscaal had wel het recht van redres. Zie over de verhouding tussen de auditeur-militairen de verwijzingsautoriteit o.a., A. Spruijt, *Militaire procedures* (Alphen a/d Rijn, 1940), 199 e.v.; Th. W van den Bosch, *Proeve van een ontwerp voor een wetboek van militaire strafvordering* (Utrecht, 1949), 17 e.v.

²⁶) Art. 126 Rechtspleging bij de Landmacht (R.L.). Art 131 Rechtspleging bij de zeemacht (R.Z.).

²⁷) Art. 120 R.L.; art. 122 R.Z. Voor de wetwijziging van 1963 waren het nog vier leden. Twee leden bleek echter in de praktijk voldoende te zijn. Zie hierover A.F. Steffen, *De partiële wijziging van de militaire straf en tuchrechtwetgeving bij de rijkswetten van 4 juli 1963* (Den Haag, 1971), 105.

²⁸) Een bureau waar thans twee officieren werkzaam zijn.

²⁹) Brief aan de Tweede Kamer van de Minister van Justitie van 30 maart 2004.

³⁰) Brief aan de Tweede Kamer van de Minister van Defensie van 9 juni 2004, 'Afspraken tussen Defensie en het Openbaar Ministerie'.

De behoefte aan modernisering van het Wetboek van Militair Strafrecht bestond al, maar is na de zaak in een stroomversnelling geraakt. Dit kan een positieve ontwikkeling zijn aangezien de modernisering van het wetboek mogelijk teweeg brengt dat de strafrechtelijke positie van de militair die optreedt in vredesondersteunende operaties daarmee zou kunnen worden verbeterd. Die verbetering ontstaat onder meer door het inzicht en besef dat daarmee verworven wordt voor het hedendaags militaire optreden in vredesoperaties, alsmede door dan de mogelijkheid voor militairen om zich te beroepen op art. 38 MSr.

Het strafproces heeft ook op andere punten verbetering gebracht in de strafrechtelijke positie van militairen nu enige duidelijkheid is verschaft ten aanzien van de onderlinge verhouding van de geweldsdocumenten en naar aanleiding van de zaak afspraken zijn gemaakt met betrekking tot de afhandeling van geweldsaanwending. Tevens heeft de zaak in een belangrijke mate een aanzet geleverd tot het gebruik van artikel 71 Msr. waar tot nu toe slechts zeer terughoudend mee is omgegaan. De extra rechtvaardigingsgrond voor militairen ex art. 38 MSr. is daarmee voor een aantal militairen binnen bereik gekomen.

De reacties op de zaak in militair strafprocesrechtelijke zin hebben niet zozeer verandering in dit stelsel gebracht maar hebben wel geleid tot afspraken waardoor nauwere coördinatie tussen Defensie en Justitie tot stand is gekomen, hetgeen de werking van het militair strafproces zou moeten optimaliseren. Een ontwikkeling die ongetwijfeld bijdraagt aan de rechtszekerheid van militairen tijdens vredesondersteunende operaties.

Ongetwijfeld zijn dit niet de enige onderwerpen en conclusies met betrekking tot de ontwikkeling van het militair strafrecht waartoe de zaak aanleiding heeft gegeven of een bijdrage aan heeft geleverd. Ook besproken onderwerpen zijn slechts kort aangestipt en zeker niet in alle volledigheid besproken zodat op de conclusies wel het een en ander valt af te dingen. Deze bijdrage heeft dan ook te gelden als een schot voor de militairrechtelijke boeg en ik zie daarmee uit naar bijdragen van militairrechtelijke deskundigen omtrent aangehaalde of verwante onderwerpen.

Onderzoek van Defensieongevallen door de Onderzoeksraad voor veiligheid "Gebruiksaanwijzing OVV"

door

MR. J.B. MIETE

Met ingang van 1 februari 2005 kent ons land een algemene raad voor het onafhankelijk onderzoek van ongevallen en bijna-ongevallen: de Onderzoeksraad voor veiligheid (hierna: OVV).

Het gaat in dit artikel niet om de totstandkoming van de Rijkswet Onderzoeksraad voor veiligheid, die op 16 oktober 2002 als voorstel van rijkswet bij het parlement aanhangig werd gemaakt en eind 2004 in Staatsblad 677 verscheen. De ontstaansgeschiedenis is in de afgelopen jaren reeds in het MRT aan de orde geweest (MRT 2002, nr. 10, blz. 4031404, MRT 2003, nr. 8, blz. 310-313, en MRT 2004, nr. 7, blz. 3361337).

In deze bijdrage staat de inhoud van de Rijkswet Onderzoeksraad voor veiligheid centraal. Na enkele meer algemene aspecten als de reikwijdte van de wet, het doel van het onderzoek en de betekenis van het begrip "voorval", wordt de wet van voor naar achter

doorgelopen, beginnend met een voorval en eindigend met de reactie op de resultaten van het onderzoek van het voorval. Daarbij zal tevens worden ingegaan op de positie van Defensie in het ongevalsonderzoek, alsmede de veranderingen die de Rijkswet OVV bevat ten opzichte van het bij Defensie gangbare ongevalsonderzoek. Aldus ontstaat een soort "gebruiksaanwijzing OVV", waarbij overigens in het achterhoofd dient te worden gehouden dat bij de onderzoeksraad en zijn voorzitter de onafhankelijkheid van de raad hoog in het vaandel staat.

Reikwijdte van de wet

De Onderzoeksraad voor veiligheid is een algemene onderzoeksraad die een breed terrein bestrijkt en voorvallen zal onderzoeken in alle denkbare sectoren. Bij wijze van voorbeeld noem ik de transportsector, de industrie, de natuur (wateroverlast) en de defensiesector. De raad heeft bij rijkswet gestalte gekregen, hetgeen in het bijzonder verband houdt met het feit dat de raad ook de Defensiesector omvat. De defensietaak is immers ingevolge artikel 3, eerste lid, onderdeel a, van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden een aangelegenheid van het Koninkrijk. Artikel 4, derde lid, van de Rijkswet OVV geeft de reikwijdte aan waar het defensievoorvallen betreft. Een onderzoek kan worden ingesteld naar voorvallen waarbij betrokken is een zaak of persoon, in gebruik bij onderscheidenlijk in de uitoefening van een functie ten behoeve van a. de Minister van Defensie, of b. een buitenlandse krijgsmacht indien het voorval plaatsvond op of boven (kort gezegd) het grondgebied van het Koninkrijk. Onderzoek kan dus worden gedaan naar voorvallen waarbij de eigen krijgsmacht is betrokken op of boven het grondgebied van het Koninkrijk en daarbuiten (in welk geval uiteraard de instemming en medewerking van de betrokken andere staat is vereist) en naar ongevallen waarbij een buitenlandse krijgsmacht is betrokken op of boven het grondgebied van het Koninkrijk. Het vierde lid van artikel 4 breidt de reikwijdte expliciet uit naar voorvallen waarbij betrokken is een zaak of een persoon, in gebruik bij onderscheidenlijk in de uitoefening van een functie ten behoeve van een organisatie waarvan het beheer is opgedragen aan de Minister van Defensie. Met deze laatste omschrijving wordt de Kustwacht voor de Nederlandse Antillen en Aruba bedoeld. De omschrijving sluit niet uit dat ook andere organisaties aldus onder de reikwijdte van de rijkswet zullen komen te vallen. De formulering "in de uitoefening van een functie ten behoeve van de Minister van Defensie" in het derde lid strekt ertoe te voorkomen dat de enkele aanwezigheid van een militair bij een voorval dit voorval tot een defensievoorval maakt. Voert de betrokken militair daarentegen op het moment van het voorval militaire taken uit, dan maakt dit het voorval tot een defensievoorval. De vergelijkbare formulering in het vierde lid dient uiteraard een vergelijkbaar doel.

Doel van het onderzoek

Artikel 3 van de rijkswet formuleert de taak van de Onderzoeksraad als volgt: "De raad heeft, met het uitsluitend doel toekomstige voorvallen te voorkomen of de gevolgen daarvan te beperken, tot taak te onderzoeken en vast te stellen wat de oorzaken of vermoedelijke oorzaken van individuele of categorieën voorvallen en van de omvang van hun gevolgen zijn en daaraan zo nodig aanbevelingen te verbinden⁷". Het doel van het onderzoek is derhalve het achterhalen van de (vermoedelijke) oorzaken van het voorval teneinde daar lessen uit te leren ter vergroting van de veiligheid in de toekomst. Het onderzoek strekt zich ook uit tot de omvang van de gevolgen van de voorvallen. Dit betekent dat de rampbestrijding en de nazorg eveneens voorwerp van onderzoek door de raad kunnen zijn. Ook op dat vlak kan onderzoek namelijk leerzaam zijn om in het vervolg de gevolgen van voor-

vallen te kunnen beperken.

De raad kan individuele voorvallen en categorieën van voorvallen onderzoeken. Bij dit laatste kan worden gedacht aan het meer dan eens zich voltrekken van een zelfde soort voorval, waarbij het vermoeden kan rijzen dat er sprake is van een structureel veiligheidstekort.

Het is mogelijk dat de raad reeds tijdens het onderzoek tot bevindingen komt die direct ingrijpen eisen om verdere voorvallen te voorkomen. Te denken valt aan het vermoeden of vaststellen van een ernstig gebrek bij een luchtvaartuig waarvan meerdere exemplaren in gebruik zijn. Met het oog daarop maakt artikel 63 het mogelijk dat de raad reeds tijdens het onderzoek op preventie gerichte aanbevelingen doet.

Niet tot het doel van het onderzoek kan worden gerekend het vaststellen van schuld aan of verantwoordelijkheid voor een voorval. Dit vloeit niet alleen voort uit het woord "uitsluitend" in artikel 3, maar wordt nog eens expliciet vastgelegd in artikel 61: "Een conclusie of aanbeveling behelst niet een vermoeden van schuld aan of aansprakelijkheid wegens een voorval." Zoals hierna nog aan de orde zal komen, is de reden hiervoor dat veiligheidsonderzoek en schuldonderzoek twee niet te verenigen onderzoeken zijn.

Het totstandkomen van een algemene onderzoeksraad betekent dat er geen zelfstandig onderzoek ter lering door andere instanties dient te worden uitgevoerd. Dubbel onderzoek, met mogelijk uiteenlopende bevindingen, moet worden vermeden. Heeft het onderzoek door de andere instantie een ander doel, bijvoorbeeld het vaststellen of een bestuurlijke maatregel moet worden opgelegd, dan kan dergelijk onderzoek uiteraard parallel worden uitgevoerd.

Het begrip "voorval" en de uitzonderingen daarop

Artikel 1 bevat een ruime omschrijving van het begrip voorval: "gebeurtenis die de dood of letsel van een persoon dan wel schade aan een zaak of het milieu veroorzaakt, alsmede een gebeurtenis die gevaar voor een dergelijk gevolg in het leven heeft geroepen". Deze omschrijving omvat zowel daadwerkelijke ongevallen, waarbij het nadelig gevolg zich heeft gemanifesteerd, als incidenten of bijna-ongevallen, waarbij zulks net niet is geschied. Op het niveau van de wet worden de begrippen ongeval en incident niet nader omschreven, al komen ze wel voor in de definitie van het begrip "vluchtrecorder". Voor de wet is het onderscheid verder niet van belang. In de uitvoeringsregelgeving wordt het onderscheid wel gemaakt, hetgeen in het bijzonder verband houdt met onderzoeksverplichtingen op het gebied van de burgerluchtvaart en de civiele scheepvaart. Naar verwachting zal de omvang van een ongeval of mate van gevaarstelling bij een bijna-ongeval voor de onderzoeksraad een rol van betekenis spelen bij de vraag of een voorval zal worden onderzocht. De rijkswet bevat op het punt van de omvang van het voorval evenwel geen beperkingen. Een voorval behoeft immers geen grote nadelige gevolgen te hebben gehad om tot lering te kunnen strekken.

Aanvankelijk was het streven om geen enkele beperking op het begrip "voorval" aan te brengen en het aan het inzicht van de onderzoeksraad over te laten om bepaalde voorvallen waarbij wel degelijk sprake is van letsel, dood, of schade, niet te onderzoeken. Het gaat dan om voorvallen als verstoringen van de openbare orde, optreden van de bevoegde autoriteiten ter handhaving van de rechtsorde, alsmede optreden door de krijgsmacht in de in de rijkswet genoemde conflictsituaties. Artikel 1, tweede lid, van de rijkswet OVV zondert deze situaties expliciet uit van het begrip "voorval" en daarmee van de mogelijkheid voor de Onderzoeksraad om een onderzoek in te stellen. Reden voor deze uitzondering is dat het hier gaat om – zoals de memorie van toelichting het verwoordt – voorvallen die "naar

hun aard van een andere orde zijn dan de ongevallen en rampen waarvoor de raad in het leven wordt geroepen".

Met betrekking tot de krijgsmacht worden niet als voorval beschouwd een optreden van de krijgsmacht of een deel daarvan 1. in een situatie van oorlog of gewapend conflict, 2. tijdens een operatie ter handhaving of bevordering van de internationale rechtsorde, 3. op grond van de Politiewet 1993, en 4. in het kader van het verlenen van bijstand ingevolge de Aanwijzingen inzake de inzet van de krijgsmacht in de Nederlandse Antillen en Aruba. De boodschap is duidelijk: in dergelijke conflictsituaties doet de Onderzoeksraad geen onderzoek. Niettemin kan de vraag rijzen wanneer de uitzondering precies van toepassing is. Als voorbeeld kan een situatie van uitzending naar een conflictgebied dienen. Een dergelijke uitzending begint in Nederland en kent mogelijk ook een of meer tussenstations. Mede onder verwijzing naar de aangehaalde passage uit de toelichting brengt een redelijke wetsuitleg mee – in samenhang met het belang dat Defensie heeft bij onderzoek van een voorval – dat bij een voorval tijdens de voorbereiding in Nederland of bij een tussenstop in het buitenland, onderzoek van het voorval door de Onderzoeksraad tot de mogelijkheid behoort. Er is op dat moment immers nog geen sprake van de conflictsituatie in de ware zin van het woord. Voor de situatie dat een onderzoek niettemin ongewenst is omdat het bijvoorbeeld een in het diepste geheim voorbereid ingrijpen betreft dat niet kan worden onderbroken voor een onderzoek door de OVV (hetgeen immers de medewerking van tal van betrokkenen zal vergen, het mogelijk kan maken de ongevalslocatie te bevriezen of voorwerpen in beslag te nemen, alsmede publiciteit met zich mee kan brengen), bevat artikel 42 een oplossing. Ingevolge dat artikel onthoudt de Onderzoeksraad zich van onderzoek indien de voor de onderzoeksraad verantwoordelijke minister, de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, dit bepaalt om overwegende redenen van de veiligheid van de landen van het Koninkrijk dan wel om overwegende redenen verband houdende met de handhaving of bevordering van de internationale rechtsorde. Van deze in artikel 42 voorziene mogelijkheid zal overigens slechts in zeer uitzonderlijke gevallen gebruik kunnen worden gemaakt.

Positie Defensie in relatie tot de raad

Zoals bekend was het streven van Defensie ooit om tot een eigen onderzoeksraad voor militaire voorvallen te komen. Redenen hiervoor waren o.a. het hiervoor al ter sprake gekomen rijksaspect van defensievoorvallen, het feit dat bij Defensie zeer specifiek materieel in gebruik is dat specifieke kennis vergt, alsmede het feit dat bij Defensie gerubriceerde gegevens een rol kunnen spelen. Het is evenwel anders gelopen en de geplande Ongevallenraad Defensie is evenals de reeds bestaande civiele Raad voor de Transportveiligheid opgegaan in de Onderzoeksraad voor veiligheid. Met de diverse Defensiebelangen is als volgt rekening gehouden. Met het oog op de rijksaspecten van de Defensietaak heeft de Onderzoeksraad gestalte gekregen bij rijkswet. Voorts is er in voorzien dat op het niveau van de raad de vijf algemene leden in het geval van een defensievoorval worden aangevuld met buitengewone defensieleden (artikel 7, derde lid), die om reden van onafhankelijkheid niet in actieve dienst van Defensie zijn. Op het niveau van het onderzoeksbureau levert Defensie een aantal militaire onderzoekers (artikel 11, vijfde lid) die onder verantwoordelijkheid van de raad worden ingezet bij het onderzoek van defensieongevallen, maar ook voor andere ongevallen kunnen worden ingezet. De redenen voor deze personele Defensie-inbreng zijn drieërlei. In de eerste plaats zorgen deze (oud)militairen voor een stuk herkenbaarheid in het onderzoek, zowel naar de eigen krijgsmacht als naar een eventueel betrokken buitenlandse krijgsmacht. In het buitenland is het

onderzoek veelal in militaire handen. Voorts zorgen bedoelde personen voor de inbreng van kennis omtrent de defensieorganisatie, het daar in gebruik zijnde materieel en de daar gevolgde procedures. Tenslotte kunnen de buitengewone raadsleden bij de formulering van conclusies en aanbevelingen naar aanleiding van het onderzoek de implementatiemogelijkheden bij defensie voor het voetlicht brengen.

Ook met het aspect van de gerubriceerde defensiegegevens is rekening gehouden in de Rijkswet OVV. Zo zijn zowel de functie van raadslid als die van medewerker van het onderzoeksbureau aangewezen als vertrouwensfunctie (artikelen 7, vierde lid, en 11, vierde lid) en zijn er – zoals hierna zal blijken – tal van andere voorzieningen ter waarborging van gerubriceerde gegevens getroffen.

Ten behoeve van de contacten met de Onderzoeksraad krijgt bij Defensie een centraal aanspreekpunt gestalte. Tot de taak hiervan zal onder meer behoren het maken van afspraken met de OVV omtrent te melden voorvallen (uniformiteit), het reageren op verzoeken tot deskundige bijstand (artikel 14), het bevriezen van de ongevalslocatie (artikel 30), de teruggave van in het kader van het onderzoek in beslaggenomen materiaal (artikel 31), het behandelen van verzoeken tot toegang tot defensie terreinen (artikel 36) alsmede het reageren op verzoeken om gegevens, waaronder mogelijk gerubriceerde gegevens (artikel 40).

Start met voorval

Voor het starten van een onderzoek door de onderzoeksraad is uiteraard vereist dat de raad op enigerlei wijze kennis heeft gekregen van het feit dat zich een voorval heeft voorgedaan. Dit kan plaatsvinden in de vorm van een melding door bij het voorval betrokkenen, door een melding door andere betrokken autoriteiten of andere bij het voorval betrokken partijen, of in laatste instantie door berichtgeving in de media. De raad maakt over het melden van voorvallen afspraken met de verschillende partijen, waaronder de politie. Ook met Defensie zullen afspraken worden gemaakt omtrent meldenswaardige voorvallen. Niet is voorzien in een algemene meldingsplicht voor een ieder die kennis draagt van een voorval. In de praktijk blijken afspraken met autoriteiten als de politie veel effectiever te werken. In meldingsplichten is slechts voorzien voor zover die plicht uit veelal internationale voorschriften voortvloeit, hetgeen zich met name in de civiele sector voordoet. Op defensie terrein is er slechts sprake van één meldingsplicht: artikel 9 van het Besluit Onderzoeksraad voor veiligheid bepaalt dat de Minister van Defensie gehouden is de raad melding te doen van een luchtvaartongeval of ernstig luchtvaartincident waarbij luchtvaartuigen zijn betrokken van twee of meer NAVO-staten. Deze melding vloeit voort uit punt 9 van Stanag no. 3531 betreffende safety investigation and reporting of accidents/incidents involving military aircraft and/or missiles.

Na de melding beslist de onderzoeksraad zelf of een onderzoek wordt ingesteld. Het betreft hier een eigen bevoegdheid die moet worden gezien als een wezenlijk element van de onafhankelijke positie die de raad inneemt. Primair criterium om een voorval in onderzoek te nemen zal de verwachting zijn dat er uit het onderzoek lessen vallen te leren ter vergroting van de veiligheid in de toekomst. De verwachting is voorts dat de raad grote rampen die maatschappelijk sterk de aandacht trekken, altijd zal onderzoeken om na te gaan wat daaruit te leren valt. Op die wijze kan tevens eventuele maatschappelijke onrust die door het voorval is ontstaan, worden weggenomen.

Wettelijk heeft de raad een aantal mogelijkheden om te reageren op een voorval. Afhankelijk van de verwachting of er veiligheidslessen uit het onderzoek zijn te leren zal de raad besluiten om wel onderzoek in te stellen, dan wel daarvan af te zien (artikel 41, eerste lid). Op deze bevoegdheid om zelf te beslissen of een onderzoek wordt ingesteld,

bestaat evenwel een uitzondering voor zover er sprake is van een onderzoeksplicht (artikel 41 juncto artikel 5). Deze doet zich veelal voor in die situaties dat er ook sprake is van een plicht tot het melden van voorvallen. Wat betreft Defensie gaat het hier andermaal om Stanag 3531. Tenslotte is het mogelijk dat de voorzitter van de raad beslist dat een voorlopig onderzoek wordt ingesteld (artikel 41, tweede lid), vooruitlopend op een formele beslissing tot onderzoek door de raad. Tot een voorlopig onderzoek kan de voorzitter besluiten indien het gewenst voorkomt om direct onderzoekers naar de ongevalsplek af te vaardigen. Op basis van eerste bevindingen van de onderzoekers kan de raad tot definitief onderzoek besluiten.

Artikel 41, derde lid, stelt dat de beslissing tot onderzoek of voorlopig onderzoek wordt genomen binnen vijf dagen na het voorval. Deze termijn is een termijn van orde die ten doel heeft zoveel mogelijk duidelijkheid te bieden over de vraag of de raad onderzoek zal instellen. Het overschrijden van de termijn betekent dus niet dat de raad geen onderzoek meer mag instellen. Anderzijds is het uiteraard in het belang van eventueel onderzoek dat de beslissing tot onderzoek snel wordt genomen, zulks in verband met het zekerstellen van sporen en getuigenverklaringen. Verstrekt de termijn zonder dat de raad tot onderzoek besluit, dan mag de buitenwereld er van uitgaan dat er geen onderzoek zal worden ingesteld en dat het normale leven zijn loop hervat. Dat betekent derhalve dat sporen onherroepelijk verloren kunnen gaan.

Het feit dat de raad – behoudens wettelijke onderzoeksplichten – zelf bepaalt welke voorvallen worden onderzocht, betekent dat derden, zoals individuele ministers, daar geen invloed op hebben. Wel voorziet artikel 43 in de mogelijkheid voor ministers, commissarissen der Koningin en burgemeesters om schriftelijk om het instellen van een onderzoek te verzoeken, maar de raad heeft om reden van onafhankelijkheid het laatste woord en kan het verzoek gemotiveerd afwijzen.

Verloop onderzoek

Voor het onderzoek beschikt de raad over een eigen onderzoeksbureau met eigen onderzoekers. Tot die onderzoekers behoren de door Defensie bij het bureau geplaatste militaire onderzoekers, die in het bijzonder zijn belast met het onderzoek van voorvallen waarbij defensie betrokken is (artikel 11). Voorts is mogelijk dat op verzoek van de raad door een betrokken minister deskundigen worden aangewezen, die onder verantwoordelijkheid van de raad bijstand verlenen bij een onderzoek (artikel 14). Ten behoeve van het onderzoek beschikken de onderzoekers over een groot aantal wettelijke onderzoeksbevoegdheden (artikelen 32 tot en met 39), die zijn ontleend aan de bevoegdheden die zijn voorzien in de Algemene wet bestuursrecht. Het betreft onder andere de toegang tot plaatsen, het vorderen van inlichtingen, het inzien van gegevens en bescheiden, het maken van kopieën en het nemen van monsters.

Ingevolge artikel 30 Rijkswet OVV in relatie tot artikel 5 van het Rijksbesluit OVV kan de voorzitter van de raad de betrokken autoriteiten verzoeken maatregelen te nemen die ertoe strekken de situatie ter plaatse van het voorval ongewijzigd te laten. Ten aanzien van Defensieschepen en -terreinen is de Minister van Defensie de bevoegde autoriteit. Aan een dergelijk verzoek van de voorzitter van de raad wordt door de bedoelde autoriteiten voldaan tenzij dit naar hun oordeel niet mogelijk is vanwege in het rijksbesluit expliciet genoemde belangen. Wat betreft Defensie gaat het dan om het belang van daadwerkelijk optreden door de krijgsmacht. De toelichting bij het besluit noemt als voorbeeld het na een ongeval vrij maken van de start- en landingsbaan voor troepenverplaatsingen indien niet naar een andere baan kan worden uitgeweken. Daarnaast heeft de voorzitter van de raad

de bevoegdheid (artikel 31 Rijkswet en artikel 6 Rijksbesluit) om in geval van risico van verloren gaan van bij het voorval betrokken zaken, deze zaken ter beschikking van de raad te stellen. Deze zaken worden weer vrij gegeven zodra verder onderzoek naar het oordeel van de raad niet langer noodzakelijk is. Voor Defensie bevat het vierde lid van artikel 6 Rijksbesluit OVV een bijzondere voorziening: zaken in gebruik ten behoeve van de Minister van Defensie of een buitenlandse krijgsmacht worden door de voorzitter vrijgegeven indien naar het oordeel van de Minister van Defensie het belang van het beschikbaar blijven van de betrokken zaken voor het onderzoek, niet opweegt tegen het belang van inzet van die zaken in het kader van daadwerkelijk operationeel optreden van de krijgsmacht. Als voorbeeld noemt de toelichting materieel waarvan de krijgsmacht slechts weinig exemplaren ter beschikking heeft. Het criterium "daadwerkelijk operationeel optreden" geeft aan dat de Minister van Defensie de belangenafweging in de artikelen 5 en 6 niet lichtvaardig in het voordeel van Defensie zal kunnen laten uitpakken. Er zal sprake moeten zijn van een urgente situatie waarbij inzet van het betrokken materieel geboden is in verband met daadwerkelijke operationeel optreden door de krijgsmacht.

Bescherming betrokkenen

De positie van de bij het voorval betrokkenen, waaronder de mogelijke veroorzaker van het voorval en de getuigen van het voorval, is in de Rijkswet OVV wezenlijk anders geregeld dan in het bij Defensie gebruikelijke intern onderzoek van voorvallen, dat op lager regelgevingsniveau gestalte pleegt te krijgen (zoals bijvoorbeeld het bij ministeriële regeling gestalte gegeven onderzoek door de met ingang van de Rijkswet OVV vervallen Tijdelijke commissie ongevallenonderzoekdefensie).

Zoals reeds gesteld is doel van het onderzoek nadrukkelijk niet het vaststellen van schuld of aansprakelijkheid. Ongevallenonderzoek en strafrechtelijk onderzoek dienen volstrekt gescheiden trajecten te volgen. Reden hiervoor is het spanningsveld dat is gelegen tussen enerzijds het bij het ongevallenonderzoek geldende belang van onbeperkte medewerking van alle betrokkenen om de achterliggende oorzaken van een ongeval boven water te krijgen, en anderzijds het in het strafrechtelijk traject gehanteerde beginsel dat iemand geen belastende verklaringen over zichzelf of naaste verwanten behoeft af te leggen, waardoor hij zichzelf of bepaalde naasten aan het gevaar van een strafrechtelijke vervolging bloot zou stellen.

Het intern ongevallenonderzoek kent geen wettelijke onderzoeksbevoegdheden en geen medewerkingsplicht (hooguit in de vorm dat de Minister "zijn" ambtenaren opdraagt mee te werken aan het onderzoek). Wanneer men bedenkt dat de Officier van Justitie beschikt over wettelijke bevoegdheden om bijvoorbeeld in het intern ongevallenonderzoek afgelegde verklaringen in beslag te nemen, dan zal duidelijk zijn dat de dreiging van een strafrechtelijke vervolging altijd aanwezig is bij het medewerken aan een intern ongevallenonderzoek. In de praktijk van het intern onderzoek pleegt men zich dan te behelpen met verschoningsrechten, die meebrengen dat iemand zichzelf of naasten niet behoeft te belasten. Duidelijk zal zijn dat het intern veiligheidsonderzoek daar niet bij gebaat is.

De Rijkswet OVV biedt voor het onderzoek van voorvallen een op het niveau van formele wet vormgegeven regeling die afrekent met de hiervoor genoemde tekortkomingen van het intern ongevallenonderzoek. Uitgangspunt is dat in de onderzoeksfase zo ruim mogelijk informatie wordt verstrekt. Artikel 40 Rijkswet OVV bevat daartoe een medewerkingsplicht: een ieder is verplicht aan een onderzoeker alle medewerking te verlenen die de onderzoeker redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Getuigen en deskundigen zijn verplicht ter zitting van de raad te verschijnen en kunnen

zonodig worden gedagvaard met bevel tot medebrenging (artikel 51). Zij kunnen onder ede worden gehoord (artikel 52). In de fase van de openbare zitting en het eindrapport zijn voorzieningen getroffen dat de ruimhartig verstrekte informatie niet onbedoeld in de openbaarheid komt of voor andere doeleinden wordt gebruikt dan waarvoor de informatie is verstrekt. In plaats van verschoningsrechten kent de Rijkswet OVV in artikel 50 de mogelijkheid tot niet-openbaarheid te besluiten en bij de zitting de deuren te sluiten. De raad is hiertoe verplicht op wens van degene die wordt gehoord en die meent door een verhoor in het openbaar zichzelf of (in artikel 50 genoemde) naasten bloot te stellen aan het gevaar van een strafrechtelijke of tuchtrechtelijke veroordeling, een disciplinaire maatregel of een nadelige civielrechtelijke uitspraak. De raad wijst de persoon op deze mogelijkheid. [Overigens is de praktijk bij de Raad voor de Transportveiligheid tot nu toe geweest dat openbare zittingen niet worden gehouden]. De tijdens het onderzoek ten behoeve van het onderzoek door de raad verzamelde informatie is ingevolge artikel 59, vijfde lid, niet openbaar.

Het eindrapport bevat geen personalia omtrent bij het ongeval betrokkenen, terwijl gegevens als verklaringen van personen en met technische hulpmiddelen vastgelegde gegevens slechts in het rapport worden opgenomen voor zover wezenlijk voor de analyse van de toedracht van het voorval of de onderbouwing van conclusies. (artikel 55, derde lid).

Ingevolge artikel 61 bevat een conclusie of aanbeveling geen vermoeden van schuld aan of aansprakelijkheid wegens een voorval.

Artikel 69 bepaalt expliciet dat in een strafrechtelijke, tuchtrechtelijke of civielrechtelijke procedure niet als bewijs kunnen worden gebruikt, en dat daarop evenmin een disciplinaire maatregel, een bestuurlijke sanctie of maatregel kan worden gebaseerd (kort gezegd):

- a. verklaringen van personen, afgelegd in het kader van het onderzoek van de raad;
- b. met een technisch hulpmiddel vastgelegde communicatie tussen personen die betrokken zijn bij het laten functioneren van een vervoermiddel;
- c. in het kader van het onderzoek vastgelegde medische of privé-informatie omtrent bij het voorval betrokken personen;
- d. gegevens ontleend aan vluchtrecorders e.d. en de transcripten daarvan;
- e. meningen, geuit in het kader van het analyseren van onderzoeksmateriaal;
- f. door de raad opgestelde documenten.

Artikel 69 bepaalt voorts dat de hiervoor onder a t/m d en f genoemde gegevensdragers, met uitzondering van het eindrapport (dat immers openbaar is) niet ten behoeve van een strafrechtelijk of tuchtrechtelijk onderzoek of een procedure tot oplegging van een disciplinaire maatregel, een bestuurlijke sanctie of een bestuurlijke maatregel, ter inzage kunnen worden gevorderd of in beslag kunnen worden genomen. Een partiële uitzondering bestaat daarop indien het betreft een strafrechtelijk onderzoek ter zake van gijzeling, moord, doodslag, dan wel strafbare feiten van terroristische aard.

Tenslotte bepaalt artikel 69 dat een onderzoeker van de raad niet ter zake van een onderzoek waarbij hij betrokken is geweest, als getuige of deskundige wordt opgeroepen.

Op deze wijze worden tal van waarborgen in het leven geroepen om zeker te stellen dat betrokkenen vrijuit kunnen spreken, opdat de oorzaken van het voorval kunnen worden achterhaald.

Op de in artikel 40 opgenomen verplichting om de onderzoeker van de raad alle medewerking te verlenen, bestaat slechts één uitzondering, te weten de gebruikelijke uitzondering voor personen met een geheimhoudingsplicht uit hoofde van ambt, beroep of wette-

lijk voorschrift. Het betreft hier de geheimhoudingsplicht zoals die bijvoorbeeld voor artsen geldt.

Waarborgen gerubriceerde gegevens

Geenszins is uitgesloten dat bij een voorval waarbij Defensie betrokken is, gerubriceerde gegevens een rol spelen. Duidelijk is dat dergelijke gegevens niet via de weg van het openbaar eindrapport van de onderzoeksraad in de openbaarheid mogen komen. Aanvankelijk werd voor de OVV een systeem voorzien, inhoudende dat de Minister van Defensie het eindrapport voordat de raad dat openbaar maakt, zou screenen op gerubriceerde informatie. Onder zware druk van de Tweede Kamer is dit systeem van wat men betitelde als "interventiemogelijkheden" verlaten. In de plaats van de toets achteraf is gekozen voor een toets vooraf. Dit systeem werkt als volgt. Uitgangspunt is dat een ieder alle medewerking aan het onderzoek verleent (artikel 40, eerste lid). Bepaalde ministers, waaronder de Minister van Defensie, kunnen evenwel bij het verlenen van medewerking aangeven dat de daarbij aangeduide informatie door de minister of door de onder hem ressorterende ambtenaren vertrouwelijk aan de raad wordt verstrekt. De afweging of informatie al dan niet vertrouwelijk wordt verstrekt, zal geschieden aan de hand van de in artikel 57 vervatte openbaarheidsgronden. De raad mag deze onder een dergelijk beding verstrekte gegevens niet openbaar maken (artikel 40, tweede lid). De minister kan ingevolge het derde lid van artikel 40 medewerking weigeren indien hij uit hoofde van ambt of wettelijk voorschrift tot geheimhouding is verplicht. Deze mogelijkheid komt evenwel eerst in beeld indien verstrekking onder beding van vertrouwelijkheid niet mogelijk is. Dit betekent dat weigering van medewerking zich alleen binnen de in artikel 57 genoemde gronden kan voordoen.

Los van het voorgaande heeft de raad een eigen verantwoordelijkheid op het gebied van het openbaar maken van gegevens. Artikel 57 bevat daartoe een aantal aan de Wet openbaarheid van bestuur ontleende criteria, waaronder de veiligheid van het Koninkrijk (absolute grond) en de betrekkingen van het Koninkrijk met andere staten of met internationale organisaties (relatieve grond). De Rijkswet OVV kent derhalve een eigen openbaarheidsregime dat als "specialis" voor dat van de Wet openbaarheid van bestuur gaat. De in artikel 72 neergelegde geheimhoudingsplicht vormt het sluitstuk voor de geheimhouding van vertrouwelijke gegevens.

Eindrapport

Ter afronding van het onderzoek stelt de raad een rapport op (artikel 55). Dat bevat in ieder geval een analyse van de toedracht van het voorval (en het omgaan met de gevolgen daarvan), de vaststelling van de oorzaken of vermoedelijke oorzaken, alsmede indien daartoe aanleiding bestaat, de constatering van structurele veiligheidstekorten en daaraan verbonden aanbevelingen. In het kader van het onderzoek verzamelde gegevens worden slechts in het rapport opgenomen voor zover zij wezenlijk zijn voor de analyse van de toedracht of de onderbouwing van conclusies. Identificatiegegevens omtrent personen die bij het voorval betrokken zijn, worden niet in het rapport opgenomen.

De OVV zendt het eindrapport in concept voor commentaar toe (artikel 56) aan de natuurlijke personen, rechtspersonen of bestuursorganen waarvan het handelen of nalaten blijkens het voorlopig oordeel van de raad heeft bijgedragen tot het ontstaan van het voorval, of de nabestaanden van een natuurlijke persoon als bedoeld. De reactietermijn bedraagt vier weken. Betrokkenen zijn verplicht tot geheimhouding van het conceptrapport.

Na de openbaarheidstoets maakt de raad het eindrapport zelf openbaar (artikel 59). Mocht de in artikel 57 opgenomen openbaarheidstoets ertoe leiden dat de raad voor de analyse van de toedracht van het voorval of de onderbouwing van de conclusies wezenlijke informatie niet in het rapport kan opnemen, dan kan de raad besluiten om de op die informatie gebaseerde conclusies en aanbevelingen buiten het rapport om en met behoud van geheimhouding toe te zenden aan degene tot wie de aanbeveling zich richt en bij wie die informatie reeds bekend is (artikel 60). Indien het als gevolg van het buiten het rapport laten van geheime informatie niet meer wenselijk is om een openbaar rapport uit te brengen, kan de raad besluiten het rapport in het geheel niet openbaar te maken.

Zoals al eerder vermeld, bevat een conclusie of aanbeveling geen vermoeden van schuld aan of aansprakelijkheid wegens een voorval.

Reactie op eindrapport en vervolg

Het bestuursorgaan, bijvoorbeeld de verantwoordelijke minister, tot wie een aanbeveling van de raad is gericht, dient binnen een half jaar na vaststelling van het rapport zijn standpunt omtrent die aanbeveling te bepalen (artikel 73). Deze termijn kan door het bestuursorgaan twee maal gemotiveerd worden verlengd. De standpuntbepaling dient schriftelijke te geschieden.

Ingevolge artikel 75 zendt de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in overleg met de minister wie het aangaat, jaarlijks aan de Staten-Generaal een overzicht van de aanbevelingen, de daarop bepaalde standpunten, en de wijze waarop aan de aanbevelingen gevolg is gegeven. Deze bepaling, die is voortgekomen uit een amendement van de Tweede Kamer (kamerstukken II, 2002-2003, 28 634 (R1727) nr. 12) heeft tot strekking te voorkomen dat aanbevelingen in de vergetelheid raken. Op deze wijze kan de Kamer toezicht houden op wat er met de aanbevelingen van de raad gebeurt. De overlegverplichting houdt verband met het feit dat andere ministers de rechtstreeks geadresseerde van de aanbevelingen kunnen zijn. De Minister van BZK is dus voor zijn rapportage afhankelijk van informatie van andere ministers.

Een wat merkwaardig artikel is artikel 76, dat is ingevoegd door de Tweede Kamer bij amendement (28 634, nr. 21). Dit artikel verklaart dat de raad bevoegd is een onderzoek in te stellen naar de stand van zaken met betrekking tot de uitvoering van aanbevelingen die de raad in eerder onderzoek heeft gedaan. Gezien de bewoordingen "stand van zaken" en gelet op de plaatsing in hoofdstuk 6 "Vervolg op aanbevelingen" betreft het hier niet meer dan de bevoegdheid om bij de betrokken autoriteiten tot wie de aanbeveling was gericht, te informeren hoe het met het vervolg op de aanbevelingen is gesteld.

De Onderzoeksraad ziet af van onderzoek

Indien de Onderzoeksraad voor veiligheid besluit een Defensieongeval of -incident niet te onderzoeken, dan staat het de defensieorganisatie uiteraard vrij om zelf een intern onderzoek naar de toedracht van het voorval in te stellen teneinde daaruit lering te trekken. Dit onderzoek wordt uitgevoerd door het betrokken beleidsterrein. Voor zware letselongevallen kent het Tijdelijke protocol letselongevallen Defensie daar een variant op waarbij de regie van het intern onderzoek bij de Chef Defensiestaf berust. In de toekomst zal zich dergelijk "resterend" onderzoek verder moeten ontwikkelen. Bij een terughoudend onderzoeksbeleid van de OVV moet onderzoek door een nader vorm te geven externe commissie daarbij niet uitgesloten worden geacht.

OPMERKELIJKE ZAKEN (3)

De ene scheepsarts gehoorzaamde, de andere niet

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

Een bijdrage, waarin twee strafzaken, beide uit 1915, naast elkaar worden gezet. In de ene zaak is de opdracht van de commandant van een marineschip om hem een opgave te verstrekken van opvarenden die na 1 januari 1914 aan een venerische ziekte hebben geleden, door de scheepsarts opgevolgd; in de andere zaak is opvolging geweigerd.'

Inleiding

Het moest maar eens uit zijn met die venerische ziekten. In de voor de marine geldende voorschriften - het is het jaar 1913 - wordt een bepaling opgenomen die inhoudt dat de tijd, gedurende welke een militair der zeemacht ten gevolge van het lijden aan een venerische ziekte, ontstaan na 1 januari 1914, aan de dienst onttrokken is geweest, niet langer meetelt bij de berekening van de hoogte van het traktement (van officieren) of van de soldij (van schepelingen).²⁾ Om de nieuwe bepaling 'tot zijn recht te doen komen en overeenstemming in de behandeling der daarin bedoelde aangelegenheid te verkrijgen', draagt de Minister van Marine, bij beschikking van 29 april 1915, alle bij de marine dienende officieren van gezondheid op om - zodra een officier of een schepeling ten gevolge van het lijden aan een venerische ziekte, ontstaan na 1 januari 1914, aan de dienst wordt onttrokken (en evenzo wanneer dit niet meer het geval is) - hiervan schriftelijk melding te maken aan de commandant.³⁾ Elke melding dient vervolgens te worden aangetekend in het rekening-courantboekje (indien de melding een officier betreft) of op de zgn. veranderinglijst (indien de melding een schepeling betreft).

De eerste zaak

Waarin het Hoog Militair Gerechtshof tot de slotsom komt dat de positie van de officier van gezondheid uitsluitend is die van ambtenaar belast met de uitoefening van de geneeskunst, hetgeen inhoudt dat hij uit hoofde van zijn ambt tegenover de commandant niet verplicht is tot geheimhouding van wat hem in de uitoefening van zijn dienst ter kennis is gekomen.

Op 30 april 1915 stelt de commandant van Hr. Ms. *Schorpioen* de scheepsarts, officier van gezondheid der 1e klasse (OVG 1) S.E. Visser, in het bezit van een afschrift van de (hiervóór aangehaalde) beschikking van de Minister van Marine van 29 april 1915.⁴⁾ Verwijzend naar de inhoud van de beschikking draagt de commandant OVG 1 Visser ver-

¹⁾ De namen in deze bijdrage zijn verzonnen.

²⁾ 1 VKM I, 19 (2) en 1 VKM VI, 27 (6j). Zie MRT 1915116 (deel XI), p. 386 en 387.

³⁾ Beschikking Minister van Marine van 29 april 1915, afdeling B, nr. 46. Zie MRT 1915116 (deel XI), p. 375.

⁴⁾ Pas na 1945 is de aanduiding officier van gezondheid vervangen door: luitenant ter zee arts.

volgens op om hem, commandant, een opgave te verstrekken van alle opvarenden die sedert 1 januari 1914 ten gevolge van het lijden aan een venerische ziekte gedurende enige tijd niet in staat zijn geweest dienst te verrichten, met vermelding van de dagen waarop zij niet beschikbaar waren. OVG Visser voldoet aan de opdracht en overhandigt de commandant enkele dagen later de gevraagde opgave. Op de lijst komt de naam voor van de a/b geplaatste luitenant ter zee der 2e klasse (LTZ 2) P.H. Kroon. In diens rekening-courantboekje wordt vervolgens in rode inkt aangetekend: 'Het tijdvak v/m 12 Maart t/m 4 April 1915 telt niet mede voor periodieke traktementsverhoging op grond van I VKM I, 19 (2), laatste gedeelte'.⁵⁾

Als LTZ Kroon kennis krijgt van de aantekening, ontsteekt hij in woede: hij had de scheepsarts, toen hij zich voor behandeling meldde, nog zo gevraagd de aard van zijn ziekte geheim te houden. Op 31 mei 1915 dient hij een klacht in met het verzoek de scheepsarts te vervolgen wegens het misdrijf, omschreven in artikel 272 van het Wetboek van Strafrecht (WvS): het opzettelijk bekend maken van enig geheim dat men uit hoofde van zijn ambt of beroep verplicht is te bewaren.⁶⁾

Aan het verzoek wordt gevolg gegeven. OVG 1 S. E. Visser wordt op 9 juni 1915 naar de krijgsraad verwezen. De tenlastelegging luidt:

'dat hij, Arts en Officier van Gezondheid bij de Koninklijke Marine, wetende dat Luitenant ter Zee der 2e klasse P.H. Kroon - toen deze, dienend aan boord van Hr. Ms. *Schorpioen*, op welk schip hij beklaagde belast was met den geneeskundigen dienst, zich omstreeks Maart 1915 onder zijne geneeskundige behandeling had gesteld - hem, beklaagde, het verzoek had gedaan om den aard zijner ziekte geheim te houden, desondanks en desbewust in het begin van Mei 1915 te Hellevoetsluis, op last van den Commandant van Hr. Ms. *Schorpioen*, aan dezen een lijst heeft ingediend waarin hij, beklaagde, bekend gesteld had den naam van dien luitenant ter zee met vermelding van den aard van de toen - dat is: omstreeks Maart 1915 - bij dezen bevonden ziekte.'

Op 14 juli 1915 houdt de krijgsraad zitting. Na sluiting van het onderzoek wordt beklaagde (OVG Visser) vrijgesproken. Naar het oordeel van de krijgsraad is hetgeen hem ten laste is gelegd wel wettig en overtuigend bewezen, maar valt het bewezene niet onder het bereik van artikel 272 WvS (of van enige andere strafbepaling).⁷⁾

In hoger beroep bevestigt het Hoog Militair Gerechtshof het vonnis van de krijgsraad, met verbetering van de bewijsvoering. Het Hof begint met vast te stellen dat in het vonnis terecht is aangenomen dat het bewezenverklaarde niet valt onder het bereik van artikel 272 WvS; de bewijsvoering behoeft echter verbetering. Het Hof overweegt vervolgens:

'dat de positie van den Officier van Gezondheid *uitsluitend* is die van ambtenaar, belast met de uitoefening der geneeskunst met inachtneming van de regelen door het bevoegd gezag met het oog op de ambtsvervulling gegeven; dat van de uitoefening van het vrije beroep van geneeskundige, onderworpen aan de regelen voor dat beroep geldende, bij den Officier van Gezondheid als zodanig *geen* sprake is;

dat artikel 272 WvS met straf bedreigt hem, die opzettelijk eenig geheim bekend maakt, hetwelk hij, uit hoofde van zijn hetzij tegenwoordig hetzij vroeger ambt of beroep, verplicht is te bewaren, terwijl gedaagde *niet* uitoefenende een *beroep* in den zin, als waarin

⁵⁾ Uit de in de aantekening aangehaalde bepaling blijkt dat het om een venerische ziekte gaat.

⁶⁾ Ingevolge het tweede lid van artikel 272 WvS wordt het misdrijf, indien het tegen een bepaald persoon is gepleegd, slechts vervolgd op diens klacht.

⁷⁾ Vonnis Zeekrijgsraad Willemsoord 21 juli 1915, MRT 1915116 (deel XI), p. 370. In het toen geldende militaire strafproces leidde niet-strafbaarheid van het feit of van de dader tot vrijspraak, niet tot ontslag van rechtsvervolging.

dit woord in genoemd wetsartikel (...);

dat het hier dus enkel de vraag kan zijn, of gedaagde uit hoofde van het door hem bekleede *ambt* verplicht was gegevens als door hem ingevolge de order aan den Commandant, onder wiens bevelen hij te dezen opzichte was gesteld, moesten worden verstrekt (...), tegenover dien Commandant als geheim te bewaren; dat deze vraag in het vonnis terecht in ontkennende zin is beantwoord;

dat immers uit het Reglement op den Geneeskundigen Dienst bij de Zeemacht (...) duidelijk blijkt, dat een plicht tot geheimhouding van hetgeen in de uitoefening van zijn dienst tot zijn kennis is gekomen, voor een Officier van Gezondheid tegenover zijnen Commandant *niet* bestaat; dat integendeel onderscheidene bepalingen van dit Reglement (...) den Officier van Gezondheid zelfs verplichten om aan den Commandant bijzonderheden te openbaren omtrent hetgeen hem bij de uitoefening van zijn ambt is gebleken.⁸⁾

De tweede zaak

Waarin het Hoog Militair Gerechtshof zich op het standpunt stelt dat de beroepseed die door artsen wordt afgelegd, ook bindend is voor officieren van gezondheid die de geneeskunst uitoefenen, hetgeen betekent dat een officier van gezondheid, die optreedt als behandelend geneesheer, in beginsel tegenover een ieder (ook tegenover de commandant) verplicht is tot geheimhouding van hetgeen hem als zodanig ter kennis is gebracht.

Op 31 mei 1915 roept de eerste officier van Hr. Ms. *De Ruijter* de a/b dienende scheepsarts, OVG 1 H.P. Collette, bij zich en geeft hem de beschikking van de Minister van Marine van 29 april 1915 ter inzage. Vervolgens draagt hij hem op om de in de beschikking bedoelde opgave, voorzover officieren betreffend, zo spoedig mogelijk aan de commandant ter hand te stellen. OVG Collette antwoordt dat hij tot zijn spijt niet aan de order kan voldoen, 'daar ik hierdoor mijn ambtsgeheim zou schenden, wat ik gezworen heb te zullen bewaren'. En hij blijft bij zijn standpunt, ook nadat hij van de eerste officier een uur bedenktijd heeft gekregen.

Ook OVG 1 H.P. Collette wordt naar de krijgsraad verwezen. Hem wordt ten laste gelegd:

'dat hij, belast met den geneeskundigen dienst aan boord van Hr. Ms. *De Ruijter*, op den 31en Mei 1915 aan boord van dien bodem te Vlissingen, uitdrukkelijk heeft geweigerd en opzettelijk heeft nagelaten te voldoen aan de hem, namens zijn meerdere in rang, den Kapitein ter Zee B., Commandant van gemelden bodem, door den Luitenant ter Zee der 1e klasse R., eersten officier van gemelden bodem, in den dienst gegeven order, om den Commandant voormeld eene opgave te verstrekken van Officieren van Hr. Ms. *De Ruijter*, die na 1 Januari 1914 vrij van dienst zijn geweest wegens het lijden aan eene venerische ziekte, met vermelding van de data waarop het vrij van dienst zijn een aanvang nam en eindigde.'

Op 28 juli 1915 houdt de krijgsraad zitting. Na sluiting van het onderzoek verklaart de krijgsraad wettig en overtuigend bewezen hetgeen beklaagde (OVG Collette) ten laste is gelegd, met zijn schuld daaraan, en veroordeelt hem - ter zake van het misdrijf, omschreven in artikel 97 van het Crimineel Wetboek voor het Krijgsvolk te Water - tot één dag militaire gevangenisstraf.)

HMG 26 november 1915, MRT 1915116 (deel XI) p. 391 e.v.

⁸⁾ Vonnis Zeekrijgsraad Willemsoord 28 juli 1915, MRT 1915/16 (deel XI), p. 391.

OVG Collette kan zich niet met het vonnis verenigen en stelt hoger beroep in. Tijdens de behandeling van de zaak door het Hoog Militair Gerechtshof betoogt hij dat hij, indien hij de order van de commandant zou hebben opgevolgd, in strijd zou hebben gehandeld met de destijds door hem als geneeskundige afgelegde eed. Het Hof deelt de opvatting van appellant (OVG Collette) dat bedoelde eed - en dus ook de uit de eed voortvloeiende verplichting tot geheimhouding¹⁰⁾ - eveneens geldt 'voor den ambtenaar, die de geneeskunst uitoefent, derhalve ook voor den Officier van Gezondheid bij de Koninklijke Marine'. Blijkens de inhoud verplicht de eed echter (slechts) tot geheimhouding, *tenzij de wet het tegendeel bepaalt*, aldus het Hof. De vraag vervolgens of de wet in zaken als de onderhavige het tegendeel bepaalt (dus de plicht tot geheimhouding opheft), beantwoordt het Hof ontkenkend. Weliswaar verplichten verscheidene bepalingen van het (bij Koninklijk besluit vastgestelde) Reglement op den Geneeskundigen Dienst voor de Koninklijke Marine de officier van gezondheid aan de commandant mededeling te doen van allerlei zaken die hem bij de uitoefening van zijn ambt ter kennis zijn gekomen, maar dit Reglement, aldus het Hof, steunt op artikel 60 van de Grondwet, welke bepaling de Koning *niet* de bevoegdheid verleent om een officier te dwingen in strijd te handelen met een krachtens een wettelijke bepaling op hem rustende verplichting.¹¹⁾ 'Immers, zooals ook blijkt uit het tweede lid van artikel 60 voornoemd, is de Koning enkel tot regelen bevoegd voor zooverre, naar staatsrechtelijke beginselen, het terrein niet door Grondwet of wet voor den wetgever is voorbehouden, hetwelk met betrekking tot hetgeen de Officier van Gezondheid verplicht zal zijn mede te delen omtrent hetgeen in de uitoefening van zijn ambt hem als geheim is toevertrouwd of ter zijner kennis is gekomen, wel het geval'.¹²⁾

Dit alles betekent dat een officier van gezondheid, die mededelingen doet als in casu door de commandant van Hr. Ms. *De Ruijter* gevraagd, (inderdaad) in strijd handelt met de door hem als geneeskundige afgelegde eed.

Voor appellant bestond dus, toen hem de order werd gegeven, een conflict van plichten. Door te kiezen voor niet-opvolging van de gegeven order heeft hij de juiste keuze gemaakt, aldus het Hof. Appellant kan dus met vrucht een beroep doen op overmacht in de vorm van noodtoestand, 'omdat van hem, die geneeskundige was toen hij werd officier, en officier is geworden en heeft kunnen worden enkel omdat hij geneeskundige was, in redelijkheid en ook rechtens niet mag worden gevorderd, dat hij aan zijn eed als geneeskundige te kort zoude doen'. Vervolgens spreekt het Hof OVG I H.P. Collette vrij wegens niet strafbaarheid van het ten laste gelegde feit.

¹⁰⁾ Zie artikel 21 van de Wet van 25 december 1878, Stb. 222.

¹¹⁾ Artikel 60, eerste lid, van de Grondwet luidde destijds: 'De Koning heeft het oppergezag over zee- en landmagt.'

¹²⁾ Artikel 60, tweede lid, van de Grondwet luidde destijds: 'De militaire officieren worden door hem benoemd. Zij worden door Hem bevorderd, ontslagen of op pensioen gesteld, volgens regel door de wet te bepalen.'

¹³⁾ HMG 26 november 1915, MRT 1915116 (deel XI), p. 401 e.v.

STRAFRECHTSPRAAK

Eric O.

Hieronder volgt het naschrift bij het arrest van het Gerechtshof te Arnhem, Militaire kamer, van 4 mei 2005 in de zaak 'Eric O.' Het arrest zelf is geplaatst in MRT XCVIII, afl. 6, juni 2005, pag. 213-224.

NASCHRIFT

1. *Deze strafzaak heeft veel politieke en maatschappelijk commotie veroorzaakt. Parlementariërs schroomden niet om zich met de rechtsgang te bemoeien en onversneden kritiek op het openbaar ministerie te leveren. Men ging zelfs zo ver de scalp op te eisen van de voorzitter van het College van procureurs-generaal, naar aanleiding van diens optreden in de publiciteit (waarover hieronder nader). Juridisch en rechtspolitiek is de beslissing die nu voorligt belangrijk, omdat goed onderbouwde uitspraken zijn gedaan over het toepasselijke recht, en omdat de vrees dat 'onze jongens in den vreemde' die actief zijn in vredesmissies vogelvrij zouden zijn wanneer er door hun toedoen doden en gewonden vallen in moeilijke omstandigheden flink is gereduceerd. Het openbaar ministerie heeft afgezien van cassatie. Daarmee is voor de betrokken marinier een einde gekomen aan een lange periode van onzekerheid. Hij is naar verluidt weer volop actief.*

2. *Bij de motivering van de vrijspraak is de aanpak van het hof wezenlijk verschillend van die van de rechtbank (Rechtbank Arnhem, militaire kamer; 18 oktober 2004, MRT XCVII, afl. 10, nov./dec. 2004, p. 443-450). Het relaas van de feiten komt in beide beslissingen overeen, zij het dat het hof een wat uitvoeriger en plastischer beschrijving geeft, maar het neemt de versie van de rechtbank wel als uitgangspunt. Het 'zelfstandige waarschuwingsschot' blijft binnen de ruimte die de toepasselijke regels bieden, het schieten was niet disproportioneel; een andere oplossing diende zich niet aan (subsidiariteitsbeginsel). Nu er geen sprake was van grove onachtzaamheid behoeft de vraag of de dood van het slachtoffer door het schot was veroorzaakt (het onderzoek op dat punt was zeer lacuneus) geen beantwoording meer: Vrijspraak dus over de gehele linie. Het belangrijkste verschil tussen arrest en vonnis is hierin gelegen, dat de rechtbank, na de 'objectieve' feitenvaststelling, de subjectieve, namelijk die van de verdachte, als centrale bouwsteen hanteert in de bewijsmotivering. Zij doet dat omdat zij ervoor koos aan te knopen bij "eerdere uitspraken van krijgsgaden", waarmee kennelijk werden bedoeld enkele uitspraken van de Krijgsraad te velde naar aanleiding van strafvervolgingen tegen militairen die tijdens de politonele acties in Nederlands Indië dodelijk geweld hadden toegepast. Zie met name KRtV (K.L.) Poerwokerto II juli 1949, MRT 1952, p. 104. Daarover N. Keijzer en M.M. Dolman ad art. 38 WMSr in Militair straf- en tuchtrecht (losbl.), Kluwer, Deventer, en M. Fink, Ontwikkelingen rondom het militaire strafrecht naar aanleiding van het strafproces tegen Eric O., geplaatst elders in deze aflevering van het MRT (MRT XCVIII, afl. 7, jul./aug. 2005, p. 237-244). De maatstaf die volgens de rechtbank heeft te gelden voor de beoordeling van het geweldsgebruik luidt dan, dat van een militair ten aanzien van door hem gestelde noodzaak tot geweldgebruik in redelijkheid niet meer bewijs kan worden gevorderd dan dat hij een op zichzelf niet onaannemelijke verklaring geeft van zijn handelwijze en dat de onjuistheid daarvan alleen mag worden aangenomen indien de onwaarheid van zijn verklaring aannemelijk wordt gemaakt. Die maatstaf is om verschillende redenen ongelukkig, en daarom terecht niet door het hof overgenomen. In de eerste plaats*

suggereert de formule, dat een afwijkende, speciale bewijsregeling aan de orde is, terwijl dat allerminst het geval is. In het strafrechtelijk bewijsrecht geldt algemeen, dat een op zichzelf aannemelijke verklaring van de verdachte door andere wettige bewijsmiddelen onzenuwd zal moeten worden. In de tweede plaats ging het in de bedoelde uitspraken van de kriegsraad te velde om opzettelijk (dodelijk) geweld, terwijl in de zaak Eric O. opzet gericht op geweld tegen personen niet aan de orde is (ook niet volgens het openbaar ministerie) en bovendien het causaal verband tussen het schot en de dood van het slachtoffer niet vaststaat. In de derde plaats is de verwijzing naar die oude rechtspraak ongelukkig omdat zij anno 2004 politiek nogal beladen is, terwijl zij volkomen onnodig is omdat de geldende dienstvoorschriften niets inhouden wat in de richting van de door de rechtbank gehanteerde maatstaf wijst. De rechtbank meende kennelijk deze redenering nodig te hebben om enkele getuigenverklaringen die niet strookten met de verklaringen van de verdachte gemotiveerd terzijde te kunnen schuiven. Het hof pakt ook dat punt anders aan, en mijns inziens effectief genoeg. Het wijst (onder 'feiten en omstandigheden' e.) enkele verklaringen van betrokkenen aan en weegt die vervolgens als relevant en overtuigend. De bewijsredenering wordt dan afgerond met het gegeven dat de verdachte, die niet met specifieke taken was belast, als enige het overzicht had over de steeds wisselende omstandigheden. Als commandant had hij de totale situatie te beoordelen. Al met al is de bewijsredenering van het hof veel overtuigender dan die van de rechtbank.

3. Dat geldt ook voor de redenering met betrekking tot de interpretatie van het begrip 'dienstvoorschrift'. Anders dan de rechtbank, het openbaar ministerie en de verdediging komt het hof op gronden die overtuigen tot de conclusie dat, de Rules of Engagement als dienstvoorschrift in de zin van de artikelen 135 en 136 WvMSr moeten worden beschouwd. De minister van defensie, die het Memorandum of Understanding met het Verenigd Koninkrijk heeft ondertekend waaraan de ROE zijn gehangen, is de bevoegde bron. De ROE vormen een schriftelijk besluit van algemene strekking en betreffen een militair dienstbelang. Ten opzichte van de Aide-Mémoire en de Geweldsinstructie verhouden zij zich als moederdocument tot daarvan afgeleide, vereenvoudigde documenten. Met name artikel 151 ROE is in casu van belang. Terecht heeft het hof de omstandigheid dat de ROE 'confidential' zijn terzijde geschoven. Nog afgezien van de omstandigheid dat de facto nauwelijks meer sprake was van vertrouwelijkheid, vertegenwoordigt de transparantie van het strafgeding een belang van zodanige orde dat de vertrouwelijkheid van toepasselijke rechtsregels daarvoor zal moeten wijken. De (oorspronkelijke) vertrouwelijkheid staat ook niet aan toepasselijkheid in de weg, evenmin als het feit dat de ROE in het Engels zijn gesteld. Geen zinnig mens zal kunnen volhouden dat zij om die redenen voor de betrokken militairen onvoldoende kenbaar zouden zijn.

4. Het arrest bevat enkele overwegingen ten overvloede die de aandacht verdienen. In de eerste stelt het – in reactie op de ter terechtzitting gevoerde, uitvoerige debatten – dat "ook het militaire strafrecht 'robuust' moet zijn". De militair in actie moet weten waar hij aan toe is; knopen doorhakken in plaats van eindeloos ontrafelen. Het is mij niet duidelijk waar het woordje 'ook' in dit verband op slaat. Voorzover het hof hier een wezenlijk verschil met het algemeen strafrecht meent te ontwaren kan ik mij daar niet in vinden. Ook gewone burgers die in noodweersituaties verzeilen zullen zelden de kans hebben om hun advocaat te bellen voor advies. Te verdedigen valt zelfs dat aan militairen, en zeker aan (onder)officieren, hogere eisen worden gesteld omdat het professionals zijn ('Garantenstellung'). In de tweede overweging ten overvloede levert het hof kritiek op de gedragslijn van het openbaar ministerie in deze zaak. Ten gevolge van onvoldoende voorbereiding heeft, aldus het hof, het openbaar ministerie de zaak – zeker aanvankelijk – veel

te zwaar ingeschat. Dat kwam al eerder in het arrest ter sprake, namelijk in het kader van de verwerping van niet-ontvankelijkheidsverweer dat zich op de *presumptio innocentiae* beriep. Het openbaar ministerie zou niet de ook volgens zijn eigen Aanwijzing voorlichting vereiste terughoudendheid in acht hebben genomen, met name niet door het beruchte interview dat de voorzitter van het College van Procureurs-Generaal op 5 januari 2004 afstond aan NOVA. Deze laatste heeft inmiddels publiekelijk toegegeven dat dat interview niet erg gelukkig was. Niettemin kan men zich afvragen of het hof er goed aan doet zich op deze wijze, zonder dat dat nodig is voor de van hem verlangde beslissingen, in een publiek debat te begeven. De collegevoorzitter heeft in reactie op vele uitlatingen in de media (dus reactief en niet offensief) een juist beeld willen geven van de verdenking zoals deze op dat moment bestond. Wellicht meer door de presentatie dan door de inhoud was het effect, naar men achteraf in alle nuchterheid moet vaststellen, *averechts*. Toch moet men niet uit het oog verliezen dat de rechtbank nadien heeft vastgesteld, dat er op 31 december 2003 een redelijk vermoeden van schuld kon bestaan aan de strafbare feiten moord, doodslag dan wel dood door schuld. Van verwijtbaar 'veel te zwaar inschatten' kan dan toch geen sprake zijn.? Dat het aanvankelijke beeld later moet worden bijgesteld is een vrij normale zaak.

5. In de derde overweging ten overvloede gaat het hof helemaal op de essayïstische toer: Daar laakt het hof het voornemen van het openbaar ministerie in de toekomst in situaties als de onderhavige te behandelen naar analogie van de Instructie positie politiefunctienaris (de schutter wordt primair niet als verdachte aangemerkt). Naar aanleiding daarvan merkt het hof terloops op dat de positie van de verdachte ook voordelen heeft (wat wel waar is, maar in dit verband nauwelijks relevant lijkt me), maar het voert als hoofdbezwaar aan dat militair optreden tijdens internationale missies van een volstrekt andere orde is dan politieoptreden. Het 'zelfstandige waarschuwingsschot' is daarvan een voorbeeld. Deze stellingname is discutabel, omdat bij alle verschillen ook veel overeenkomsten kunnen worden vastgesteld. Men denke slechts aan politieoptreden bij massale gewelddadige ordeverstoringen. Waarom de procedure die het openbaar ministerie nu beoogt in *militaribus* niet zou voldoen maakt het hof niet duidelijk. Hoe dan ook, ik vind dat rechterlijke uitspraken niet moeten ontaarden in *columns*.

6. In de vierde overweging ten overvloede wordt de vloer aangeveegd met de curieuze opvatting die in de *appèlmemorie* wordt verdedigd over het legaliteitsbeginsel. Deze kritiek snijdt hout en is ook niet misplaatst in het arrest, omdat zij immers (zij het ten overvloede) op een in de procedure door een *procespartij* ingenomen standpunt reageert. Dat het legaliteitsbeginsel een reden zou opleveren om *buitenwettelijke strafuitsluitingsgronden* terzijde te schuiven is inderdaad weinig aannemelijk. Het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel (art. 1 Wetboek van strafrecht, art. 15 Grondwet, artikel 7 EVRM) heeft vooral een rechtsbeschermende functie met betrekking tot de burger en de verdachte. De oproep dat het openbaar ministerie de nodige 'situational awareness' moet ontwikkelen kan slechts worden ondersteund.

7. De laatste overweging ten overvloede verdient bijzondere aandacht. Het hof had al eerder vastgesteld dat het schot in de grond door de verdachte en zijn 'peers' als niet bijzonder riskant werd beschouwd en gelet op het heersend inzicht in relevante kring ook mocht worden beschouwd. Voortschrijdend inzicht zou echter tot andere schietinstructies kunnen leiden.

Prof.mr. Th.A. de Roos

BESTUURSRECHTSPRAAK

Voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage

Sector Bestuursrecht

Uitspraak van 20 december 2004

Reg.nr. AWB 04104213 MAWKMA en 04105222 MAWKMA

Mr. M. Kramer

Tien hennepplantjes

Naar aanleiding van een bezoek van de politie op 30 april 2004 verklaarde een militair van de Koninklijke Marine (KM) dat hij thuis tien hennepplantjes kweekte voor eigen gebruik en voor vrienden en dat hij ook al eerder hennepplanten had gekweekt. Bij besluit van 21 september 2004 deelde de Staatssecretaris van Defensie de militair mee dat hij met toepassing van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder I AMAR werd ontslagen. Betrokkene maakte bezwaar tegen dit besluit en verzocht de voorzieningenrechter een voorlopige voorziening te treffen. Het bezwaarschrift werd ongegrond verklaard.

Bij deze uitspraak heeft de voorzieningenrechter het beroep tegen het laatste besluit ongegrond verklaard en het verzoek om een voorlopige voorziening afgewezen. In het drugsbeleid voor de KM is onder meer gesteld dat een militair die wordt betrapt op het vervoer, gebruik of bezit van softdrugs bij een maximum gebruikershoeveelheid bij de eerste keer een waarschuwing krijgt. Ingevolge de Aanwijzing Opiumwet van het college van procureurs-generaal wordt het bezit van een hoeveelheid tot en met vijf gram aangemerkt als geringe hoeveelheid voor eigen gebruik. Bij het bezit van vijf hennepplanten of minder wordt aangenomen dat er geen sprake is van bedrijfsmatig handelen. In dit geval zijn geen feiten en/of omstandigheden gebleken op basis waarvan geconcludeerd moet worden dat de Staatssecretaris niet in redelijkheid van zijn bevoegdheid tot ontslag gebruik heeft kunnen maken. Er kan niet worden geoordeeld dat hij niet in redelijkheid de belangen van de KM bij handhaving van zijn drugsbeleid zwaarder heeft kunnen laten wegen dan de belangen van de militair bij behoud van zijn dienstbetrekking.

AMAR artikel 39, tweede lid, aanhef en onder 1
(ontslag wegens wangedrag)

UITSPRAAK

op het verzoek om een voorlopige voorziening van
B., wonende te Heerhugowaard, eiser,
ten aanzien van het besluit van 3 december 2004 van de staatssecretaris van Defensie, verweerder, waarbij het bezwaar van eiser tegen het ontslagbesluit van 21 september 2004 ongegrond is verklaard.

Ontstaan en loop van het geding

Bij besluit van 21 september 2004 heeft verweerder eiser medegedeeld dat hij met toepassing van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder 1, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (hierna: AMAR) met ingang van 1 oktober 2004 wordt ontslagen.

Eiser heeft tegen dit besluit bij brief van 29 september 2004 bezwaar gemaakt. Bij brief van gelijke datum heeft hij de voorzieningenrechter verzocht een voorlopige voorziening te treffen.

Eiser is op 4 november 2004 omtrent zijn bezwaar gehoord.

Bij besluit van 3 december 2004 heeft verweerder het bezwaar ongegrond verklaard.

Bij brief van 6 december 2004 heeft eiser tegen dit besluit beroep ingesteld. Met toepassing van artikel 8:81, vijfde lid, van de Awb wordt het verzoek om een voorlopige voorziening van 29 september 2004 gelijkgesteld met een verzoek dat wordt gedaan hangende het beroep bij de rechtbank.

Het verzoek om een voorlopige voorziening is behandeld ter zitting op 13 december 2004. Eiser is niet in persoon verschenen. Hij heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde mr. D.E. Lof. Verweerder heeft zich doen vertegenwoordigen door mevrouw mr. T. Bozilovic.

Beoordeling van het verzoek om een voorlopige voorziening

Ingevolge artikel 8:81 van de Awb kan, indien tegen een besluit bij de rechtbank beroep is ingesteld dan wel, voorafgaand aan een mogelijk beroep bij de rechtbank, bezwaar is gemaakt of administratief beroep is ingesteld, de voorzieningenrechter van de rechtbank die bevoegd is of kan worden in de hoofdzaak, op verzoek een voorlopige voorziening treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.

Op grond van het bepaalde in artikel 8:86 van de Awb kan de voorzieningenrechter, indien het verzoek om een voorlopige voorziening wordt gedaan indien beroep bij de rechtbank is ingesteld en de voorzieningenrechter van oordeel is dat na de zitting, bedoeld in artikel 8:83, eerste lid, van de Awb, nader onderzoek redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak, onmiddellijk uitspraak doen in de hoofdzaak. Er bestaat aanleiding om in dit geval van laatstgenoemde bevoegdheid gebruik te maken.

Eiser heeft aangevoerd dat verweerder in strijd met het vigerend beleid van de Koninklijke Marine heeft gehandeld door eiser direct voor te dragen voor ontslag en hem niet eerst een waarschuwing te geven.

Verweerder heeft zich op het standpunt gesteld dat eiser in het bezit was van softdrugs die de toegestane hoeveelheid voor eigen gebruik te boven gaat en dat hij op grond daarvan in lijn met het drugsbeleid ontslagen mocht worden wegens wangedrag.

Ingevolge artikel 39, tweede lid, aanhef en onder 1, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (hierna: AMAR) kan aan de militair ontslag worden verleend wegens wangedrag in de dienst, dan wel buiten de dienst voor zover dit gedrag schadelijk is of kan zijn voor zijn dienstvervulling of niet in overeenstemming is met het aanzien van zijn ambt.

De beleidsuitgangspunten van verweerder met betrekking tot de bestrijding van drugs binnen de krijgsmacht zijn neergelegd in zijn brief van 19 juli 1996. Onder punt 4 van de brief staat aangegeven dat indien bezit, vervoer, handel en gebruik van harddrugs worden geconstateerd, ook al gaat het om kleine hoeveelheden, doorgaans een ontslagprocedure op basis van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder 1, van het AMAR in gang wordt gezet. Bij het constateren van handel in softdrugs geldt dezelfde gedragslijn. Bij gebruik en/of bezit van softdrugs in gebruikershoeveelheden volgt in het algemeen een waarschuwing onverminderd eventuele strafrechtelijke of tuchtrechtelijke sancties. Bij een nieuwe constatering volgt eveneens ontslag.

Het drugsbeleid van de Koninklijke Marine is verwoord in de brief van de bevelhebber der Zeestrijdkrachten van 17 mei 1993 en opgenomen in bijlage 2 bij dienstvoorschrift 1 VVKM2. Ingevolge punt 17 kan de vrijwillig dienende militair worden ontslagen op grond van een van de bepalingen van artikel 39, tweede lid, van het AMAR. Onder punt 21 staat vermeld dat bij constatering van bezit of gebruik van softdrugs binnen de eenheid

of inrichting der zeemacht zal bij een eerste constatering een waarschuwing worden gegeven. Wordt daarna wederom bezit of gebruik van softdrugs geconstateerd, dan kan in ieder geval bij vrijwillig dienende militairen worden overgegaan tot schorsing en ontslag op grond van artikel 39, tweede lid, van het AMAR. Dit beleid is reeds eerder in zijn algemeenheid door de rechtbank als niet onredelijk beoordeeld.

In de zogenaamde MARALG 033104, welke is opgenomen in de dagelijkse orders voor 23 april tot en met 28 april 2004 van de eenheid van eiser, is het bij de Koninklijke Marine gevoerde drugsbeleid opgenomen. Onder punt 3 van die MARALG staat vermeld dat een militair die wordt betrap op het vervoer, gebruik of bezit van softdrugs bij een maximum gebruikshoeveelheid bij de eerste keer een waarschuwing krijgt. De voorzieningenrechter kan eiser niet volgen in zijn stelling dat hetgeen in de MARALG 033104 is weergegeven niet kan gelden als (verwijzing naar) beleid van de Koninklijke Marine.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat uit de bewoordingen van het hierboven omschreven beleid moet worden afgeleid dat bij bezit van softdrugs *meer dan de maximum* gebruikshoeveelheid niet eerst een waarschuwing hoeft te volgen, maar dat direct tot ontslag kan worden overgegaan.

Uit de gedingstukken is de voorzieningenrechter gebleken dat eiser naar aanleiding van een bezoek van de politie op 30 april 2004 heeft verklaard dat hij thuis 10 hennepplantjes kweekte voor eigen gebruik en voor vrienden en dat hij ook al eerder hennepplanten heeft gekweekt. Daarmee is het bezit en gebruik van softdrugs komen vast te staan.

Voor het bepalen van de gebruikershoeveelheid heeft verweerder aangesloten bij de Aanwijzing Opiumwet van het college van procureurs-generaal (Stcrt 2000, 250). De voorzieningenrechter acht dit niet onjuist. Ingevolge deze aanwijzing wordt het bezit van een hoeveelheid tot en met 5 gram aangemerkt als geringe hoeveelheid voor eigen gebruik. Bij het bezit van een hoeveelheid van 5 hennepplanten of minder wordt aangenomen dat er geen sprake is van bedrijfsmatig handelen. Nu er sprake is van bezit van 10 hennepplanten mag op basis van het voorgaande worden aangenomen dat daarmee de toegestane hoeveelheid voor eigen gebruik is overschreden. Daarmee is verweerders bevoegdheid eiser te ontslaan met toepassing van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder 1, van het AMAR gegeven. De door eiser aangehaalde uitspraak van 14 oktober 2004 van de voorzieningenrechter van deze rechtbank in de zaak AWB 0414274 MAWKMA doet daaraan niet af, nu daarin sprake was van een andere maatregel dan ontslag, terwijl het beleid niet in die betreffende maatregel voorzag.

Ter beoordeling staat thans nog of verweerder in redelijkheid gebruik heeft kunnen maken van de hem toekomstige bevoegdheid om eiser wegens wangedrag te ontslaan. Daartoe moet de vraag beantwoord worden of verweerder, gelet op de betrokken belangen en de omstandigheden van het geval, ten aanzien van eiser had moeten afwijken van het door hem gevoerde beleid.

Eiser heeft daartoe aangevoerd dat hij niet wist welke hoeveelheid een gebruikershoeveelheid was en daarover ook geen voorlichting heeft gehad. De voorzieningenrechter overweegt dat het algemeen bekend is dat drugsgebruik in de krijgsmacht niet wordt getolereerd. Eiser is, zoals zijn gemachtigde ter zitting heeft aangegeven, reeds acht jaar in dienst en het is derhalve niet aannemelijk dat hij in die jaren niet is geïnformeerd over het drugsbeleid van verweerder. Eiser kan voorts ook op basis van de MARALG 033104 geacht worden op de hoogte te zijn van het door verweerder gevoerde drugsbeleid. Als eiser had willen weten wat er precies met gebruikershoeveelheid werd bedoeld, dan had het op zijn weg gelegen om hierover navraag te doen. Dat in de beleidsbrieven en de MARALG 033104 niet concreet staat aangegeven hoeveel de toegestane hoeveelheid voor

eigen gebruik is, betekent niet dat verweerder niet tot ontslag van eiser kon overgaan. Dat eiser dacht dat bij een eerste constatering van gebruik en/of bezit van softdrugs altijd een waarschuwing volgt, komt voor zijn risico.

De voorzieningenrechter zijn ook overigens geen feiten en/of omstandigheden gebleken op basis waarvan geconcludeerd moet worden dat verweerder niet in redelijkheid van zijn bevoegdheid tot ontslag wegens wangedrag gebruik heeft kunnen maken. Niet kan worden geoordeeld dat verweerder niet in redelijkheid de belangen van de Koninklijke Marine bij handhaving van zijn drugsbeleid zwaarder heeft kunnen laten wegen dan de belangen van eiser bij behoud van zijn dienstbetrekking.

Gelet op het vorenstaande verklaart de voorzieningenrechter het beroep ongegrond.

Nu reeds op het beroep wordt beslist, bestaat er naar het oordeel van de voorzieningenrechter geen aanleiding om een voorlopige voorziening te treffen. Het verzoek om toepassing van artikel 8:81 van de Awb komt niet voor inwilliging in aanmerking.

Er bestaat geen aanleiding voor een proceskostenveroordeling.

Beslissing

DE VOORZIENINGENRECHTER VAN DE RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE,
RECHT DOENDE:

Ten aanzien van het beroep
verklaart het beroep ongegrond.

Ten aanzien van het verzoek om een voorlopige voorziening
wijst het verzoek om een voorlopige voorziening af.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Verslag van de Conferentie "The Law of Armed Conflict: The return to custom as an important source of law", ter lancering van de Gewoonterechtstudie op het gebied van het Humanitair Oorlogsrecht

Op 30 en 31 mei 2005 organiseerde het Internationale Rode Kruis Comité samen met het Ministerie van Buitenlandse Zaken en het Nederlandse Rode Kruis een Conferentie ter lancering van de langverwachte Gewoonterechtstudie¹⁾ van het Internationale Rode Kruis Comité (ICRC). Deze bijdrage geeft eerst een beschrijving van de totstandkoming, inhoud en structuur van de Gewoonterechtstudie. Vervolgens volgt een kort verslag van de conferentie.

De totstandkoming van de Gewoonterechtstudie

In de laatste 10 jaar van de 20^e eeuw vonden bijzonder veel schendingen van het humanitair oorlogsrecht plaats, onder andere tijdens de oorlogen in het voormalig Joegoslavië en Rwanda. Als gevolg hiervan kwam een internationale discussie op gang over de vergroting van de naleving van de bestaande regels. In 1995 formuleerde een Intergouvernementele groep experts in het humanitair oorlogsrecht een aantal aanbevelingen. Aanbeveling II daarvan luidde:

"The ICRC be invited to prepare, with the assistance of experts in IHL [international humanitarian law] representing various geographical regions and different legal systems, and in consultation with experts from governments and international organisations, a report on customary rules of IHL applicable in international and non-international armed conflicts, and to circulate the report to States and competent international bodies."

De 26^{ste} Internationale Rode Kruis Conferentie nam deze aanbeveling in december 1995 over en gaf het ICRC de opdracht tot het uitvoeren van de studie.²⁾ Het ICRC vormde een Stuurgroep (*Steering Committee*) waarin (academische) experts in het humanitair oorlogsrecht waren vertegenwoordigd.³⁾ De Stuurgroep formuleerde in juni 1996 een plan van aanpak. Er werd onderzoek gedaan naar de praktijk van bijna 50 staten, waaronder Nederland, Argentinië, Ethiopië, Japan en Libanon. Ook in de archieven van het ICRC werd onderzoek verricht naar 40 recente gewapende conflicten.⁴⁾ Na 10 jaar onderzoek, consultaties, discussies en noeste arbeid is de studie in het voorjaar van 2005 gepubliceerd.

Gewoonterecht

Het internationaal gewoonterecht is één van de belangrijkste rechtsbronnen van het internationaal recht, samen met verdragen en de algemene beginselen van het internationaal recht.⁵⁾ Het gewoonterecht is opgebouwd uit een objectieve en een subjectieve com-

¹⁾ Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2005.

²⁾ Jean-Marie Henckaerts, *Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict*, in de *International Review of the Red Cross*, Volume 87, nr. 857, maart 2005, p. 175-212.

³⁾ Het *Steering Committee* bestond uit Georges Abi-Saab, Salah El-Din Amer, Ove Bring, Eric David, John Dugard, Florentino Feliciano, Horst Fischer, Françoise Hampson, Theodor Meron, Djamchid Momtaz, Milan Šahovi? en Raul Emilio Vinuesa.

⁴⁾ Zie voetnoot I, p. 184-185.

⁵⁾ Artikel 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof.

ponent. Bij de vraag of een regel behoort tot het internationaal gewoonterecht dient in de eerste plaats te worden gezien of er voldoende praktijk bestaat van de belangrijkste internationale actoren. Met andere woorden: is er voldoende statenpraktijk? De subjectieve component staat in het internationaal recht bekend als *opinio juris*. Dit is te omschrijven als de overtuiging dat een bepaalde regel geldt als een wettelijke regel en dat overtreding van die regel niet is toegestaan.⁶⁾ De schrijvers van de Gewoonterechtstudie hebben uit een enorme hoeveelheid materiaal moeten vaststellen bij welke regels van het humanitair oorlogsrecht voldoende eenduidige en wijdverspreide statenpraktijk is. Daarnaast moest het bestaan van een *opinio juris* worden aangetoond.

Structuur van de Gewoonterechtstudie

De Gewoonterechtstudie bestaat uit 2 delen. Deel 1, dat ongeveer 600 pagina's beslaat, bevat de 161 regels van het gewoonterecht op het gebied van het humanitair oorlogsrecht, zoals door de auteurs geïdentificeerd. De regels zijn voorzien van een korte uitleg over de oorsprong van deze regels. De 161 regels zijn ingedeeld in 6 categorieën:

1. Het beginsel van onderscheid;
2. Beschermden personen en objecten;
3. Methodes van oorlogvoering;
4. Wapens;
5. Behandeling van burgers en personen die niet deelnemen aan het gevecht;
6. Implementatie

Het ruim 4.000 pagina's tellende Deel 2 bevat de statenpraktijk waaruit de 161 regels zijn gedestilleerd en volgt de indeling van het eerste deel. Deze statenpraktijk wordt bijvoorbeeld uit de volgende bronnen afgeleid: verdragsbepalingen,⁷⁾ overige overeenkomsten,⁸⁾ militaire handleidingen,⁹⁾ nationale wetgeving,¹⁰⁾ overige nationale praktijk¹¹⁾ en internationale praktijk.¹²⁾

De Haagse Lanceringsconferentie

Het ICRC organiseert, na de initiële lancering in Genève op 17 maart 2005, wereldwijd conferenties om de Gewoonterechtstudie onder de aandacht te brengen.¹³⁾ Het houden van een Lanceringsbijeenkomst in Den Haag, als 'Legal Capital of the World' lag voor de

⁶⁾ Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Seventh Revised Edition, Routledge Publishing, 1997, p. 39.

⁷⁾ Met name verwijzingen naar de Verdragen van Genève 1949 en de Aanvullende Protocollen van 1977.

⁸⁾ Bij Rule 124, over de toegang van het ICRC tot gevangen gehouden personen, staan verwijzingen genoemd naar het Protocol bij het Vredesakkoord voor Vietnam uit 1973, en naar het Dayton Akkoord uit 1995 dat een einde maakte aan de oorlog in het voormalige Joegoslavië.

⁹⁾ Bijvoorbeeld passages uit de militaire handleidingen van Canada, Ecuador, El Salvador, Israël, Zweden, Verenigd Koninkrijk, Verenigde Staten en Nederland.

¹⁰⁾ Zoals de Nederlandse Wet Internationale Misdrijven en het Wetboek militair strafrecht.

¹¹⁾ Bijvoorbeeld een verklaring van Nederland bij de Stuurgroep Mensenrechten van de Raad van Europa (CDDH).

¹²⁾ Zoals resoluties van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties, verklaringen van andere Internationale organisaties, zoals de OVSE, uitspraken van internationale tribunalen en praktijk van het ICRC.

¹³⁾ Op 18 en 19 april 2005 vond in Londen de eerste bijeenkomst plaats. In Europa zullen voorts in Brussel, Oslo en Parijs nog Lanceringsbijeenkomsten plaatsvinden. Zie voor een samenvatting van de Conferentie in Londen de website van Chatham House:

http://www.chathamhouse.org.uk/pdf/research/il/IL_Parmedconflict.pdf

hand. De jurisprudentie van de in Den Haag gevestigde internationale tribunalen en het Internationaal Gerechtshof heeft bijgedragen aan de ontwikkeling van het gewoonterecht op het gebied van het humanitair oorlogsrecht. Theodor Meron, de huidige president van het ICTY,¹⁴⁾ heeft als lid van de Stuurgroep een rol gespeeld bij de totstandkoming van de Gewoonterechtstudie.

De Lanceringsconferentie was vooral bedoeld voor mensen die in hun dagelijkse werk met het humanitair oorlogsrecht te maken hebben. Belangrijke doelgroepen van de Lanceringsconferentie waren dan ook het personeel van het ICTY, het Internationaal Strafhof en het Internationaal Gerechtshof. Daarnaast namen ook academici en vertegenwoordigers van de krijgsmacht en de Ministeries van Defensie, Buitenlandse Zaken en Justitie deel aan de conferentie.

Verslag van de Conferentie¹⁵⁾

Opening

Na een welkomstwoord van de Secretaris-Generaal van het Ministerie van Buitenlandse Zaken en de Directeur van het Nederlandse Rode Kruis, volgde de inleidende speech van Theodor Meron, getiteld "*The revival of Customary International Humanitarian Law*". Voorzitter van deze sessie was Nicholas Michel, Juridisch Adviseur van de Verenigde Naties. Meron besprak aan de hand van zaken van (onder meer) het Internationaal Gerechtshof, het ICTY en het Rwanda Tribunaal, de belangrijke rol die het internationaal gewoonterecht speelt als rechtsbron van het internationaal recht. Meron ziet de Gewoonterechtstudie als een beginpunt voor alle discussies over het humanitair oorlogsrecht. De Conferentie bestond verder uit een viertal paneldiscussies.

Panel I: *The ICRC Study on Customary International Humanitarian Law: an assessment.*

Jean-Marie Henckaerts,¹⁶⁾ één van de twee auteurs van de studie, gaf een globaal overzicht van de studie en enig inzicht in de wijze waarop de studie tot stand is gekomen. Volgens Henckaerts is de studie een momentopname (*snapshot*) van de huidige staat van het internationaal gewoonterecht op het gebied van het humanitair oorlogsrecht. De belangrijkste conclusies die Henckaerts trok uit de studie zijn:

1. De regels en beginselen van het humanitair oorlogsrecht worden meer geaccepteerd dan men zou verwachten op basis van het ratificatiegedrag van staten;
2. Het normatieve raamwerk voor niet-internationale conflicten is beter ontwikkeld dan men op basis van het bestaande verdragenrecht zou verwachten;
3. Veel van de regels die gelden tijdens niet-internationale gewapende conflicten zijn hetzelfde als tijdens internationale conflicten.

Horst Fischer¹⁷⁾) gaf in zijn bijdrage een korte eerste reactie op de studie. Fischer gaf aan een aantal vraagtekens te hebben bij de wijze waarop de auteurs hebben bepaald of een

¹⁴⁾ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.

¹⁵⁾ Een aantal van de speeches zal beschikbaar worden gesteld op www.rodekruis.nl.

¹⁶⁾ Dr. Jean Marie Henckaerts is juridisch adviseur bij het ICRC in Genève.

¹⁷⁾ Professor Horst Fischer is verbonden aan de Universiteit van Leiden en Bochum, en tevens adviseur van het Nederlandse Rode Kruis.

regel wel of niet tot het gewoonterecht behoort. Zo is het niet zeker of staten bepaald gedrag vertonen omdat zij daarmee statenpraktijk beogen te vormen, of omdat zij partij zijn bij een bepaald verdrag. Zo zou wellicht vooral de praktijk van die staten die géén partij zijn bij een bepaald verdrag moeten worden betrokken bij het bepalen of een regel die in dat verdrag staat, óók behoort tot het internationaal gewoonterecht.

Het eerste panel werd afgesloten met een aantal conclusies van Liesbeth Lijnzaad.¹⁸⁾ Zij noemde de studie een nuttig instrument in internationale discussies met betrekking tot het humanitair oorlogsrecht. Echter, de Nederlandse regering had van een aantal documenten die zijn gebruikt voor de studie niet verwacht dat deze bepalend zouden zijn bij het vaststellen van de Nederlandse statenpraktijk. Ook gaf Lijnzaad aan dat het voordeel van ongeschreven recht is dat het soms méér bescherming geeft dan geschreven regels. Dat kan een nadeel zijn van het op schrift stellen van de regels van het gewoonterecht.

De tweede dag

De tweede dag van de conferentie begon met een inleidende speech van de president van het Internationaal Strafhof in Den Haag, Philippe Kirsch. Hij werd geïntroduceerd door Pieter Kooijmans.¹⁹⁾ Kirsch sprak over de naleving van het humanitair oorlogsrecht en de belangrijke rol die het Internationaal Strafhof hierin vervult. Volgens Kirsch is tijdens het opstellen van het Statuut van het Internationaal Strafhof zeer goed naar het gewoonterecht gekeken, omdat er werd gestreefd naar universele acceptatie van het Statuut. Daardoor is het Statuut óók een belangrijke codificatie van het internationaal gewoonterecht.

Panel II: The interplay between International Humanitarian Law and Human Rights Law.

In het zeer interessante tweede panel kwam de relatie tussen het humanitair oorlogsrecht en mensenrechten aan de orde. Louise Doswald-Beck,²⁰⁾ samen met Henckaerts auteur van de studie, besprak het hoofdstuk "Fundamental guarantees". De regels die in dit hoofdstuk staan zijn vooral belangrijk in situaties van een niet-internationaal gewapend conflict. Een aantal van de regels die de schrijvers op dit gebied hebben geïdentificeerd vindt zijn oorsprong in de mensenrechtenpraktijk. Dit valt ook op te maken uit het gebruikte taalgebruik, zoals bij het verbod om mensen te laten verdwijnen.²¹⁾ Deze regel is als zodanig niet expliciet opgenomen in de Verdragen van Genève en de Aanvullende Protocollen, maar is impliciet wel af te leiden van andere regels uit het humanitair oorlogsrecht, zoals die met betrekking tot de registratie van gevangenen.

Noam Lubell²²⁾ stelde vast dat er na een debat van enkele jaren inmiddels overeenstemming lijkt te zijn over het feit dat mensenrechten voor het grootste deel blijven gelden als een gewapend conflict is begonnen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de Advisory Opinion van het Internationaal Gerechtshof over de Afscheidings-

¹⁸⁾ Dr. Liesbeth Lijnzaad is plaatsvervangend Hoofd van de Afdeling Internationaal Recht van het Ministerie van Buitenlandse Zaken.

¹⁹⁾ Professor P.H. Kooijmans is voormalig Nederlands Minister van Buitenlandse Zaken en thans rechter bij het Internationaal Gerechtshof.

Louise Doswald-Beck is verbonden aan het University Centre for International Humanitarian Law in Genève.

Rule 98: Enforced disappearance is prohibited.

²²⁾ Noam Lubell is verbonden aan het Human Rights Centre van Essex University.

muur in de Palestijnse bezette gebieden.") Op een aantal gebieden vullen de regels van de twee rechtsgebieden elkaar hierdoor aan, bijvoorbeeld op het gebied van juridische garanties bij berechting en bij de bescherming van gevangen gehouden personen.

Toch zijn er volgens Lubell ook een aantal problemen te onderkennen. Ten eerste is er de vraag hoe ver mensenrechten doorwerken buiten het eigen grondgebied. Kunnen mensen die zich in bezet gebied bevinden een rechtsreeks beroep doen op de mensenrechten mechanismen die gelden voor de bezettende mogendheid?²⁴⁾

Een tweede probleem dat zich voordoet bij de gelijktijdige toepasselijkheid van mensenrechten en het humanitair oorlogsrecht, komt voort uit de verschillen tussen de rechtsgebieden. Niet alle mensenrechteninstanties zijn gewend om te gaan met situaties van gewapend conflict en het toepassen van de regels van het humanitair oorlogsrecht. Lubell pleitte daarom voor een betere kennis van het humanitair oorlogsrecht bij juristen die werkzaam zijn op het terrein van de mensenrechten, maar ook vice versa. De Gewoonterechtstudie kan worden gebruikt om deze verschillen te overbruggen.

Een ander probleem wordt veroorzaakt door het verschil in taalgebruik en de betekenis van begrippen tussen beide rechtsgebieden. Zo houdt het proportionaliteitsbeginsel bij de mensenrechten in dat indien een persoon wordt aangevallen, dit met gepast geweld dient te geschieden. Het richt zich dus op het effect voor het *individu*. Binnen het humanitair oorlogsrecht houdt het proportionaliteitsbeginsel echter in dat er niet teveel schade mag worden toegebracht aan de civiele personen en zaken in de directe nabijheid van het militaire doel dat wordt aangevallen. Het gaat dus om het effect van de aanval op de *omgeving* van het aangevallen doel. Bij de toepassing van regels uit beide rechtsgebieden dient rekening te worden gehouden met deze verschillende betekenissen.

Panel III: *Conduct of hostilities: Old Law, New Challenges?*

Professor Yoram Dinstein²⁵⁾, die zelf meewerkte aan de Gewoonterechtstudie, maakte een aantal kritische opmerkingen over het boek. Volgens hem had er een meer restrictieve toets moeten worden aangelegd bij de identificatie van de regels van het gewoonterecht. Bovendien vond hij dat voor de statenpraktijk ten aanzien van regels die ook in de Aanvullende Protocollen staan niet gekeken moet worden naar de praktijk van een land als Nederland, dat verdragspartij is. Juist de praktijk van de staten die géén partij zijn bij dat verdrag, zoals de Verenigde Staten, Israël en India, zou bepalend moeten zijn. Vervolgens identificeerde Dinstein een aantal gebieden in het humanitair oorlogsrecht waar nadere ontwikkeling nodig is:

1. De definitie van de directe deelname van burgers aan vijandelijkheden²⁶⁾
2. Lucht- en raket gevechtsoperaties²⁷⁾
3. Aanvallen op computernetwerken²⁸⁾
4. Bescherming van journalisten
5. Toegang van humanitaire hulpverleners in conflictgebieden

²³⁾ Internationaal Gerechtshof, *Legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory*, 9 juli 2004, nr. 131. Zie <http://www.icj-cij.org/iccjwww/idocket/imwp/imwp-frame.htm>.

²⁴⁾ Dit vraagstuk deed zich bijvoorbeeld voor bij de Britse bezettingstroepen in Irak ten aanzien van door hen vastgehouden personen. Deze zaak komt binnenkort bij het Britse Hooggerechtshof.

²⁵⁾ Professor Dinstein is verbonden aan de Universiteit van Tel Aviv.

²⁶⁾ Het ICRC heeft, in samenwerking met het Asser Instituut, een groep experts samengesteld die dit onderwerp inmiddels onderzoekt.

²⁷⁾ De universiteit van Harvard heeft, in samenwerking met het ICRC, een groep experts samengebracht die werkt aan een handleiding voor dit type oorlogvoering.

²⁸⁾ Het ICRC doet hier samen met de Zweedse en Finse regering nader onderzoek naar.

William Fenrick²⁹⁾ merkte in zijn bijdrage op dat het ICTY heeft bewezen dat het mogelijk is om personen te vervolgen die verantwoordelijk zijn voor 'unlawful attacks'. Daarbij heeft het ICTY zich voor een deel ook op het gewoonterecht gebaseerd. Toch is het lastig om te putten uit uitspraken van het ICTY bij het vaststellen welke regels tot het gewoonterecht behoren. Het betreft immers de vervolging van individuele gevallen, daarbij is het uitgangspunt niet om regels (over het gewoonterechtelijke karakter van misdrijven) te formuleren die voor de schrijvers van de gewoonterechtstudie bruikbaar zijn.

Georges Abi-Saab³⁰⁾ sprak over het verkleinen van de kloof tussen de regels die van toepassing zijn in internationale gewapende conflicten en niet-internationale gewapende conflicten. Hij gaf een historisch overzicht waaruit bleek dat de tendens om dezelfde regels in beide situaties toe te passen al sinds 1948 aan de gang is. De Gewoonterechtstudie onderstreept deze belangrijke ontwikkeling in het humanitair oorlogsrecht.

Panel IV: *Assessing the needs to clarify and develop International Humanitarian Law.*

In het laatste panel kwam George Aldrich³¹⁾ aan het woord, die als lid van de delegatie van de Verenigde Staten een grote rol speelde bij de totstandkoming van de tekst van de Aanvullende Protocollen uit 1977. Hij vergeleek een aantal bepalingen uit de Aanvullende Protocollen met de in de Gewoonterechtstudie geïdentificeerde regels. Hij bracht bijvoorbeeld de moeizame onderhandelingen in herinnering bij de formulering van artikel 54 van het Eerste Aanvullende Protocol, inzake de bescherming van objecten die onmisbaar zijn voor het overleven van de burgerbevolking. Er was destijds een groot aantal aanvullende beperkingen nodig om dit artikel acceptabel te maken voor de onderhandelaars. Dezelfde bepaling in de Gewoonterechtstudie³²⁾ bevat deze restricties echter niet. Aldrich denkt dan ook dat zoals de regel in de studie is geformuleerd geen gewoonterecht is, maar restrictiever zou moeten worden geformuleerd.

Dieter Fleck³³⁾ besteedde aandacht aan de vraag op welke wijze de naleving van het humanitair oorlogsrecht kan worden verbeterd in niet-internationale conflicten. Met name bracht hij de plicht van staten om zorg te dragen voor de vergoeding van de schade die door schendingen van het humanitair oorlogsrecht is veroorzaakt voor het voetlicht.³⁴⁾

In zijn slotwoord concludeerde Yves Sandoz³⁵⁾ dat de Gewoonterechtstudie een goede start is voor nieuwe initiatieven om het humanitair oorlogsrecht verder te ontwikkelen en op die manier de slachtoffers van alle soorten gewapende conflicten beter te beschermen.

²⁹⁾ William Fenrick is voormalig juridisch adviseur van de Office of the Prosecutor van het ICTY.

³⁰⁾ Georges Abi-Saab is president van het Appellate Body van de World Trade Organisation (WTO).

³¹⁾ George Aldrich is verbonden aan het Iran-Verenigde Staten Claims Tribunaal.

³²⁾ Rule 54: Attacking, destroying, removing or rendering useless objects indispensable to the survival of the civilian population are prohibited.

³³⁾ Dr. Dieter Fleck is voormalig juridisch adviseur van het Ministerie van Defensie van de Bondsrepubliek Duitsland.

³⁴⁾ Rule 150: A state responsible for violations of international humanitarian law is required to make full reparation for the loss or injury caused.

³⁵⁾ Yves Sandoz is lid van het ICRC.

Conclusie

De Gewoonterechtstudie geeft aan dat de regels van internationaal gewoonterecht op het gebied van het humanitair oorlogsrecht voor het grootste deel gelijk zijn in alle situaties van gewapend conflict: zowel tijdens een internationaal als tijdens een niet-internationaal conflict. De discussie over de inhoud van de studie gaf aan dat het laatste woord over de Gewoonterechtstudie nog niet is gesproken. Gelet op de hoge opkomst en het niveau van de deelnemers kan worden gesproken van een geslaagde conferentie. Het is nu aan alle deelnemers, mét het gratis exemplaar van het eerste deel van de Gewoonterechtstudie, om met de studie een bijdrage te leveren aan de verdere ontwikkeling van het gewoonterecht op het gebied van het humanitair oorlogsrecht.

mr. J.C. van den Boogaard⁶⁾

⁶⁾ De auteur is werkzaam bij de Sectie Humanitair Oorlogsrecht van het Nederlandse Rode Kruis en reserve officier van de Militair Juridische Dienst van de Koninklijke Landmacht.

Boeken en tijdschriften

Boekaankondiging

Prof. mr. G.L. Coolen, G.F. Walgemoed, Hoofdzaken van het militaire ambtenarenrecht, vijfde druk, studiepocket nr. 17 in de serie Studiepockets staats- en bestuursrecht, Kluwer 2005, Deventer; ISBN 90 1302 8624.

Binnenkort verschijnt de vijfde herziene druk van de door prof. G.L. Coolen geschreven studiepocket *Hoofdzaken van het militaire ambtenarenrecht*. De tekst is totstandgekomen in samenwerking met mr. G.F. Walgemoed, thans als docent *Militair recht* verbonden aan de Universiteit van Amsterdam. De studiepocket bestaat uit twee delen: een algemeen deel en een bijzonder deel. Het algemene deel vangt aan met een beschrijving van de plaats van de krijgsmacht in het Koninkrijk. Vervolgens wordt in hoofdstuk 2 aangegeven wie de rechtspositie van militair ambtenaar bezitten. De hoofdstukken 3 t/m 8 behandelen de structuur van de rechtspositie van de militaire ambtenaar. Hoe komt deze tot stand? Welke regels behoort het bestuur in acht te nemen? Welk stelsel van rechtsbescherming is van toepassing? Ook is een afzonderlijk hoofdstuk (6) gewijd aan vier grondrechten: de vrijheid van meningsuiting; het recht tot vereniging; het recht tot vergadering en betoging; en het recht op lichamelijke onaantastbaarheid. In het bijzonder deel, de hoofdstukken 9 t/m 17, komen onderwerpen aan de orde als: aanstelling; oplei ding; functioneringsgesprekken en beoordelingen; schadevergoeding en schadeverhaal; schorsing; en ontslag. Ook wordt, in hoofdstuk 17, ingegaan op de financiële rechtspositie van de militaire ambtenaar.

De tekst is bijgewerkt tot 1 mei 2005.

Boekaankondiging

Kaderwet militaire pensioenen en Uitkeringswet gewezen militairen, tweede druk, deel 176 in de Editie Schuurman en Jordens, bewerkt door mr. W.J. Schmitz, Hoofd Beleidsondersteuning van de businessunit Bijzondere Regelingen Defensie van ABP, Kluwer 2005, Deventer, ISBN 90-13-01638-3.

Zojuist is bij Kluwer verschenen de tweede druk van deel 176 in de Editie Schuurman en Jordens met als titel Kaderwet militaire pensioenen en Uitkeringswet gewezen militairen.

Dit deel bevat de wetten, besluiten en regelingen, welke op dit moment gelden voor postactieve militairen (gewezen beroepsmilitairen, dienstplichtigen en reservisten) en hun nabestaanden. Allereerst zijn dat de wetten en besluiten van het sinds 1 juni 2001 voor militairen geldende nieuwe pensioenstelsel, met als hoofdwet de Kaderwet militaire pensioenen. Voorts zijn in dit deel ook de voor militairen van toepassing zijnde bovenwettelijke besluiten en regelingen bij werkloosheid, wachtgeld, invaliditeit en arbeidsongeschiktheid opgenomen, met de daarbij van belang zijnde toelichting en jurisprudentie.

Tenslotte zijn ook de voor militairen terzake geldende uitvoeringsvoorschriften opgenomen.

Deze druk is bijgewerkt tot 15 februari 2005.

De zaak Eric O.

Mr. R. in het Veld, lid van de redactie, maakte deel uit van de militaire kamer van het Gerechtshof te Arnhem die het arrest van 4 mei 2005 heeft gewezen in de zaak 'Eric O.'. In verband daarmee neemt hij geen (mede) verantwoordelijkheid voor artikelen en andere publicaties in relatie tot de zaak Eric O. die in deze en volgende afleveringen van dit tijdschrift worden gepubliceerd.

De redactie

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.C. Zuidema, Brigade-generaal b.d. van de Militair Juridische dienst; |
| Secretaris/penningmeester | Mr. J.F. Stinissen, Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst; |
| Leden: | |
| voor de Koninklijke Landmacht: | Mr. R. <i>in het Veld</i> , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst; |
| voor de Koninklijke Luchtmacht: | Mr. P.T. Hebly, Kolonel van de Koninklijke Luchtmacht; |
| voor de Koninklijke Marine: | Mr. W.E. Louwerse, Kapitein ter zee; |
| voor de Koninklijke Marechaussee: | Mr. C.P.C. Kuijs, Kolonel der Koninklijke Marechaussee; |
| voor de Centrale Organisatie: | Mr. J.J. Buirma, Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie; |
| 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; |
| Prof. Mr. Th. A. de Roos, | Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden; |
| Mr. W.J. Schmitz, | Hoofd Beleidsondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van ABP; |
| Mr. G.F. Walgemoed, | Kolonel b.d. van de Militair Juridische Dienst |
| Adres van de Redactiecommissie: | Koningin Wilhelminalaan 50, 2264 BN Leidschendam |

VASTE MEDEWERKERS:

Prof. Mr. G.L. Coolen, Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;

Prof. Dr. R.A. Lawson, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.

Dr. M. Boot-Mathijssen, wetenschappelijk medewerker verbonden aan het Nederlands Instituut voor Internationale Betrekkingen 'Clingendael'.

WIJZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt tien keer per jaar.

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1-2003 E 36,75. Men abonneert zich bij Sdu Klantenservice Uitgevers, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. tel.: 070-378 9880, fax: 070-378 9783, e-mail: sdu@sdu.nl, of bij zijn boekhandelaar. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 3,95. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar tegen de prijs van E 25. Auteurs van bijdragen van meer dan één pagina ontvangen een vergoeding van € 35 p.p., tot een maximum E 230 per aflevering, benevens vijf presentemplaren van de desbetreffende aflevering. Het auteursrecht wordt met de publicatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u van informatie te voorzien over Sdu Uitgevers bv en zorgvuldig geselecteerde andere bedrijven. Als u geen prijs stelt op deze informatie, kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice, postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar.

Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan Sdu Servicecentrum Uitgevers. Zij die het M.R.T. van rijkswege verstrekt krijgen, dienen zich voor kennisgeving van adreswijzigingen 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"

uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVIII

september 2005

Aflevering

8

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

| | |
|--|-----|
| Tussen inlichten en instemmen, over de posities van regering en parlement bij de uitzending van militairen naar Afghanistan; door mr. H.J.J. Talsma..... | 273 |
| Overzicht jurisprudentie militair ambtenarenrecht (II); door prof. mr. G.L. Coolen..... | 282 |

Strafrechtspraak

| | | |
|-------------|--|-----|
| Ah 09.12.04 | Bevoegdheid tot kennisneming van internationale misdrijven Behoudens de bevoegdheid van de Rb. Arnhem op grond van de Wet Oorlogsstrafrecht neemt de Rb. Den Haag kennis van alle internationale misdrijven, ook als die vóór 1 oktober 2003 (i.w.tr. WIM) zijn begaan. Overgangsrecht: deze regel lijdt slechts uitzondering in het geval de vervolging voordien is aangevangen. In casu was daarvan geen sprake; geen connexiteit met een zaak waarin in maart 2003 een gerechtelijk vooronderzoek werd aangevangen. (Naschrift M.M.D.)..... | 288 |
|-------------|--|-----|

Tuchtrechtspraak

| | | |
|-------------------------------|---|-----|
| Gerecht i.e.a. NA 24.03.03 | Hij behoorde wèl dienst te doen Een militair wordt tuchtrechtelijk gestraft wegens niet-opvolging van een dienstbevel. Vrijspraak, omdat art. 15 WMT geen bepaling bevat als bedoeld in art. 3 lid 1 onder c WMT. (Naschrift G.L.C.)..... | 291 |
|-------------------------------|---|-----|

Bestuursrecht

| | | |
|---------------|---|-----|
| CRvB 161204 | "Individueel gelijkwaardig" is niet hetzelfde als "nominaal gelijk" (2) Per 1 juni 2001 zijn alle militairen voor wat betreft hun ouderdoms- en nabestaandenpensioen toegetreden tot het Pensioenreglement ABP. Betrokkene stelt in beroep dat bij de conversie onvoldoende inzicht is verschaft in de juiste pensioenaanspraken. De Rechtbank verklaart het beroep ongegrond. De Centrale Raad is het hiermee eens (Naschrift W.J.S.)..... | 294 |
| CRvB 24.02.05 | Functiewaardering en bevordering (2) Ingangsdatum van bevordering is juist bepaald. Opwaardering van functie heeft binnen een redelijke termijn haar beslag gekregen. (Naschrift G.L.C.)..... | 297 |
| CRvB 06.04.05 | Het aanvangstijdstip van de opzegtermijn Met de 'beslissing tot ontslagverlening' in artikel 47 AMAR is bedoeld: de schriftelijke kennisgeving aan de militair van het voornemen hem voor ontslag in aanmerking te brengen. (Naschrift G.L.C.)..... | 301 |
| CRvB 28.04.05 | De val van de launcher Verzoek om schadevergoeding ten onrechte afgewezen. Door niet gebruik veiligheidsriem voor te schrijven, in strijd gehandeld met op bestuur rustende zorgplicht. (Naschrift G.L.C.)..... | 306 |

BIJDRAGEN

Tussen inlichten en instemmen

Over de posities van regering en parlement bij de uitzending van militairen naar Afghanistan.

door

MR. H.J.J. TALSMA¹⁾

1. Aanleiding en inleiding

Enige tijd geleden besloot het kabinet militairen van het Korps Mariniers en het Korps Commandotroepen uit te zenden naar Afghanistan ter assistentie van de Verenigde Staten in de strijd tegen het terrorisme. Dit besluit zorgde voor de nodige politieke commotie. Via een lek was de inhoud van het besluit namelijk bij 'de Telegraaf' terechtgekomen en vervolgens bleek dat de Tweede Kamer (nog) niets wist van deze voorgenomen uitzending. Daarmee geconfronteerd namen Minister-president Balkenende en Minister van buitenlandse zaken Bot in de media het standpunt in dat er ook helemaal geen aanleiding was geweest om het parlement te informeren omdat de missie naar Afghanistan moet worden gezien als een vorm van zelfverdediging en dat valt niet onder de grondwettelijk vastgelegde inlichtingenplicht van het kabinet. De Tweede Kamer was '*not amused*' en riep de regering in een spoeddebat op 8 maart 2005 ter verantwoording. Tijdens dit debat werd volop gediscussieerd over de internationaal-rechtelijke basis van de Nederlandse militaire deelname aan '*Enduring Freedom*' en over de consequenties daarvan voor de posities van regering en parlement zoals die ten aanzien van militaire missies zijn vastgelegd in de Grondwet.²⁾

In het maartnummer van het MRT heeft prof. Coolen reeds een korte schets gegeven van de inhoud van de relevante bepalingen uit de Grondwet (GW), namelijk de artikelen 97 en 100.³⁾ Mede naar aanleiding van het hiervoor genoemde Afghanistan-debat wil ik in deze bijdrage wat nader ingaan op de achtergrond van deze beide bepalingen en van daaruit op de rol die zij in de kwestie-Afghanistan hebben gespeeld. Na een blik op de totstandkoming, inhoud en strekking van de artikelen 97 en 100 GW wordt de aandacht specifiek gericht op het besluit van de regering om in het kader van collectieve zelfverdediging deel te nemen aan operatie '*Enduring Freedom*'. Is het juist dat de regering spreekt van zelfverdediging? Is het juist dat het parlement niet hoefde te worden ingelicht? Hoe zijn regering en parlement in dit geval omgegaan met de grondwettelijke rolverdeling en heeft deze handelwijze consequenties voor de relevantie van die rolverdeling? Het accent in deze bijdrage ligt op de nationale grondwettelijke regeling. Om die reden is de uitstap naar het internationale recht bewust beperkt gehouden. Op dat punt is bovendien al volop literatuur beschikbaar.

¹⁾ LTZA2KMR, Rechterlijk ambtenaar in opleiding bij het Arrondissementsparket Den Haag. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

²⁾ Vgl. *Handelingen II* 200412005, 27 925, nr. 56, p. 3648-3676.

Zie voor een weergave van dit debat verder onder meer Trouw, 9 maart 2005: 'Kamer: Vrijbrief bij strijd tegen terreur niet eeuwig' en Bart Tromp: 'Eeuwige oorlog', *Elsevier*, 19 maart 2005, p. 47.

³⁾ G.L. Coolen, 'De inzet van de krijgsmacht buiten het Koninkrijk', MRT 2005, afl. 4, p. 161.

2. De Grondwet over de krijgsmacht

2.1 Voorgeschiedenis

De grondwettelijke bepalingen over de defensie – de huidige artikelen 97 t/m 102 GW – hebben een geschiedenis die deels teruggaat tot onze allereerste nationale Grondwet. De voorloper van het huidige artikel 100 GW bijvoorbeeld regelde de indienstneming van vreemde troepen en stond in bijna gelijke bewoordingen ook al in de 'Grondwet voor de Vereenigde Nederlanden' die op 30 maart 1814 in werking trad. Het oude artikel 97 GW stamde uit 1887 en ging over de plicht van alle Nederlanders en niet-Nederlandse ingezetenen om "mede te werken tot handhaving van de onafhankelijkheid van het Rijk en tot verdediging van zijn grondgebied". Door de jaren heen zijn beide bepalingen hun oorspronkelijke betekenis – en daarmee uiteindelijk hun bestaansrecht – kwijtgeraakt.³⁾ Bij de grondwetsherzieningen in 1983 en 1987 is geprobeerd de defensiebepalingen te moderniseren, maar beide keren strandden daartoe strekkende wetsvoorstellen tijdens de parlementaire behandeling. Dat er echter wel degelijk politiek draagvlak bestond voor een modernisering bleek toen de Tweede Kamer zich in 1995, bij de behandeling van de grondwetswijziging in verband met de vorming van een krijgsmacht uit beroepsmilitairen en de opschorting van de opkomstplicht voor dienstplichtigen, unaniem schaarde achter een motie met die strekking, ingediend door het kamerlid Jurgens (PvdA). In 1994 aanvaardde de Tweede Kamer een motie van het kamerlid Van Middelkoop (GPV), waarin de regering werd verzocht een regeling voor te bereiden die het parlement bij de uitzending van militairen een formeel instemmingsrecht zou geven. Mede ter uitvoering van (de strekking van) deze beide moties kwam de regering in 1997 met een wetsvoorstel dat uiteindelijk heeft geleid tot wijziging van – onder meer – de artikelen 97 en 100 GW in de vorm waarin ze in deze bijdrage centraal staan.⁴⁾

2.2 Artikel 97 GW

De huidige grondwetsbepalingen omtrent de defensie beginnen in artikel 97 GW met de taakomschrijving en de constitutionele plaatsbepaling van de krijgsmacht. Het artikel luidt als volgt:

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

2. De regering heeft het oppergezag over de krijgsmacht."

Het grootste deel van deze bepaling is bijna letterlijk overgenomen uit het oude artikel 98 GW. De Memorie van toelichting (MvT) is op die onderdelen dan ook summier. Bij de verdedigingstaak tekent de regering kortweg aan dat hieronder ook de bondgenootschappelijke verdediging in het kader van bijvoorbeeld de NAVO en de West-Europese Unie (WEU) vallen. Bij de bescherming van andere belangen van het Koninkrijk moet worden gedacht aan het verlenen van bijstand aan de politie en aan hulpverlening in geval van calamiteiten. Dat de regering het oppergezag heeft over de krijgsmacht is blijkens de MvT niets anders dan een bevestiging van de bestaande verhoudingen; "de krijgsmacht treedt onder volledige ministeriële verantwoordelijkheid op."⁵⁾ Weliswaar kan het voorkomen dat Nederlandse militairen hun taak vervullen onder strategische of operationele leiding

³⁾ C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 171 en 174.

⁴⁾ Voorstel van Rijkswet, *Kamerstukken II 1996/197*, 25 367, nr. 1.

⁵⁾ *Kamerstukken II 1996/197*, 25 367, nr. 3, p. 3 en 4 (hierna: MvT II).

Vgl. ook *Kamerstukken I 1997/9*, 25 367, nr. 226b, p. 2-3 (hierna: MvA I)

van bijvoorbeeld een internationale organisatie, maar in dat geval heeft de regering op basis van artikel 97 lid 2 GW altijd het recht om de inzet of de terbeschikkingstelling van (onderdelen van) de krijgsmacht te beëindigen.⁶⁾

Echt nieuw in de tekst van artikel 97 GW is eigenlijk alleen het gedeelte over de handhaving en bevordering van de internationale rechtsorde. Bij de formulering van deze taak van de krijgsmacht heeft de wetgever expliciet aansluiting gezocht bij artikel 90 GW en bij artikel 39 van het Handvest van de Verenigde Naties (Hv). Door de handhaving en de bevordering van de internationale rechtsorde te formuleren als taak van de krijgsmacht, wordt tot uitdrukking gebracht dat de nationale defensie meer dan voorheen in een context van internationale verhoudingen en verplichtingen is komen te staan en dat bij de inzet van de krijgsmacht steeds meer nadruk is komen te liggen op het vervullen van internationale taken. Als voorbeelden van het bevorderen van de internationale rechtsorde noemt de regering deelname aan vredesoperaties, humanitaire hulpverlening en hulpverlening bij natuurrampen. Bij handhaving gaat het bijvoorbeeld om militair optreden als bedoeld in hoofdstuk VII Hv in gevallen van schending van de internationale rechtsorde.⁷⁾ Uit de parlementaire stukken blijkt dat de regering zich ervan bewust is geweest dat ook een combinatie van bevorderen en handhaven of een geleidelijke overgang van het een in het ander mogelijk is.

2.3 Artikel 100 GW

In een geheel nieuwe bepaling is, voortbordurend op de in artikel 97 GW geformuleerde taakomschrijving voor de krijgsmacht en het 'oppergezag' van de regering, vastgelegd wat de positie van regering en Staten-Generaal is bij een besluit tot het inzetten van troepen voor de handhaving of bevordering van de internationale rechtsorde. Artikel 100 GW bepaalt:

"1. De regering verstrekt de Staten-Generaal vooraf inlichtingen over de inzet of het ter beschikking stellen van de krijgsmacht ter handhaving of bevordering van de internationale rechtsorde. Daaronder is begrepen het vooraf verstrekken van inlichtingen over de inzet of het ter beschikking stellen van de krijgsmacht voor humanitaire hulpverlening in geval van gewapend conflict.

2. Het eerste lid geldt niet, indien dwingende redenen het vooraf verstrekken van inlichtingen verhinderen. In dat geval worden inlichtingen zo spoedig mogelijk verstrekt."

De inlichtingenplicht die dit artikel de regering oplegt is vanaf het eerste begin onderwerp van discussie geweest. Centraal stond daarbij met name de vraag in hoeverre het parlement aanspraak kan maken op een formeel of materieel instemmingsrecht. In eerste instantie deed de regering voorkomen alsof het nieuwe artikel 100 GW de uitvoering vormde van de hiervoor genoemde motie-Van Middelkoop, waarin werd gevraagd om een formeel instemmingsrecht. Op aandrang van de Raad van State werd het parlement echter duidelijk gemaakt dat artikel 100 GW helemaal geen formeel instemmingsrecht inhoudt en als zodanig ook niet bedoeld is.⁸⁾ Een formeel instemmingsrecht zou zich volgens de regering ook niet verdragen met het 'oppergezag' van de regering over de krijgsmacht (artikel 97 lid 2 GW) en de bestaande constitutionele rolverdeling waarin de regering

⁶⁾ *Kamerstukken II* 1997/198, 25 367, nr. 5, p. 5 (hierna: NV II).

⁷⁾ Vgl. MvT II, p. 3 en NV II, p. 4.

⁸⁾ Vgl. J. van Schooten-van der Meer in: A.K. Koekoek (red.), *de Grondwet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 492-493 en het advies van de Raad van State, *Kamerstukken II* 1996/197, 25 367, B.

regeert en het parlement controleert. Bovendien zou een formeel instemmingsrecht van de Staten-Generaal snel en flexibel optreden in internationaal overleg en in (nood)situaties die daarom vragen praktisch onmogelijk maken.

In de parlementaire stukken heeft de regering meermalen benadrukt dat het overleg met de Staten-Generaal in beginsel voorafgaat aan de daadwerkelijke inzet of terbeschikkingstelling van militairen. De inlichtingen hebben volgens de regering evenwel geen betrekking op een voornemen, maar op een reeds genomen besluit. Met andere woorden is wel gesteld dat de regering inlichtingen verstrekt nádat zij een besluit heeft genomen, maar vóórdat het wordt uitgevoerd en dat die inlichtingen op een zodanig tijdstip komen dat een "reëel overleg" met de Staten-Generaal mogelijk is.⁹⁾ Hieruit en uit de gegroeide praktijk dat aan het einde van een dergelijk overleg aan alle fracties wordt gevraagd of zij met die concrete uitzending kunnen instemmen, is door verschillende kamerleden de conclusie getrokken dat het parlement dan wel geen formeel, maar toch in elk geval een materieel instemmingsrecht geniet. Bovend'Eert heeft echter ten tijde van de behandeling van de grondwetswijziging al glashelder gemaakt dat en waarom ook van een materieel instemmingsrecht geen sprake is.¹⁰⁾ Het besluit tot inzet of terbeschikkingstelling blijft namelijk een regeringsbesluit - men zou kunnen zeggen een '*fait accompli*' - waarover het parlement alleen nog wordt ingelicht. Van meebeslissen is geen sprake. En zelfs al zou de regering uitdrukkelijk slechts met een voorgenomen besluit naar het parlement komen, een mogelijkheid die door de tekst van artikel 100 GW niet lijkt te worden uitgesloten"), dan nog kan het parlement niet meer doen dan zich in een motie over dat voornemen uitspreken. Voeg daarbij het staatsrechtelijke gegeven dat een motie alleen de kamer bindt en niet het kabinet - de enige motie die ministers bindt is een motie van wantrouwen - en het is duidelijk dat de regering hier op geen enkele wijze afhankelijk is van de instemming van het parlement. Vanuit die optiek noemt Bovend'Eert het dan ook terecht "*misleidend*" om van een materieel instemmingsrecht te spreken. In een reactie op deze stellingname wijst Van Middelkoop echter op de hiervoor genoemde politieke praktijk waarin elke kamerfractie aangeeft al dan niet in te stemmen met de voorgenomen uitzending. Artikel 100 GW is volgens Van Middelkoop een codificatie van deze praktijk en kan wat hem betreft dan ook zonder bezwaar worden opgevat als een materieel instemmingsrecht. "*Zo wordt het door regering en parlement in de politieke praktijk beleefd en dat lijkt me doorslaggevend*".¹²⁾ De manier waarop deze praktijk zich verhoudt tot een instemmingsrecht en de wijze waarop kabinet en kamer in het Afghanistan-debat met deze materie zijn omgegaan komen later in deze bijdrage aan de orde.

Om de mogelijkheid van parlementaire controle zoveel mogelijk te waarborgen dient de regering de bedoelde inlichtingen in beginsel vooraf te verschaffen. Het tweede lid van artikel 100 GW laat op deze regel een uitzondering toe voor gevallen waarin dwingende redenen het vooraf verstrekken van inlichtingen verhinderen. Blijkens de parlementaire stukken kunnen die dwingende redenen enerzijds te maken hebben met de spoedeisendheid van de inzet en anderzijds met het gegeven dat sommige operaties alleen (of signifi-

⁹⁾ Zie onder meer MvT II, p. 4, NV II, p. 6-7 en MvA I, p. 5.

¹⁰⁾ P.P.T. Bovend'Eert, 'De inzet van strijdkrachten zonder toestemming van de Staten-Generaal', NJB 1998, afl. 35, p. 1594-1599 (hierna: Bovend'Eert 1998).

¹¹⁾ Vgl. ook C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 184-185.

¹²⁾ E. van Middelkoop, 'De inzet van strijdkrachten zonder toestemming Staten-Generaal', NJB 1998, afl. 44, p. 2022 t/m 2024 (reactie en naschrift).

cant meer) kans van slagen hebben wanneer zij onaangekondigd worden uitgevoerd.¹³⁾ Of in een concreet geval sprake is van dwingende redenen is vanzelfsprekend primair aan het oordeel van de regering. In een later stadium zal zij zich hierover moeten verantwoorden tegenover het parlement.

3. De kwestie-Afghanistan

3.1 'Enduring Freedom' als collectieve zelfverdediging

De regering stelt zich op het standpunt dat de Nederlandse militaire bijdrage aan de internationale strijd tegen het terrorisme in het kader van 'Enduring Freedom' moet worden beschouwd als een vorm van collectieve zelfverdediging. Is dit standpunt juist? Artikel 51 van het Handvest van de Verenigde Naties legt vast dat een aangevallen staat niet werkloos hoeft toe te zien, maar gebruik mag maken van het 'inherente' recht op zelfverdediging. Artikel 51 Hv biedt echter niet alleen ruimte voor individuele, maar ook voor collectieve zelfverdediging. Een gewapende aanval op een lidstaat vormt namelijk zo'n ernstige schending van het geweldsverbod tussen staten, dat ook de rechtsbelangen van andere staten daardoor worden aangetast.") Dit recht van collectieve zelfverdediging heeft geleid tot de vorming van bondgenootschappen zoals bijvoorbeeld de NAVO, waarvan de leden zijn overeengekomen – zie artikel 5 NAVO-verdrag – een aanval op één van hen te zullen beschouwen als een aanval op allen.

Voor een gerechtvaardigd beroep op het recht van zelfverdediging moet volgens de (vertaalde) tekst van artikel 51 Hv sprake zijn van "een gewapende aanval". De uitleg van dit begrip wordt bepaald door internationaal gewoonterecht en blijkt door de jaren heen ruimer te zijn geworden. De 'klassieke' aanval van het leger van de ene staat op het gebied van een andere staat valt er vanzelfsprekend onder. In de 'Nicaragua-case'") oordeelde het Internationaal Gerechtshof echter dat niet alleen een geregeld leger, maar ook door of namens een staat gestuurde gewapende bendes, ongeregelde troepen of huurlingen die gewapend geweld plegen tegen een andere staat een 'gewapende aanval' kunnen opleveren. Om naast het individuele recht ook het recht van collectieve zelfverdediging in te kunnen roepen, moest er naar het oordeel van het Hof behalve van een gewapende aanval echter ook sprake zijn van een verklaring dat de aangevallen staat zich beschouwde als slachtoffer van een gewapende aanval en van een verzoek om hulp door de aangevallen staat.¹⁶⁾

Na de terreuraanslagen op 11 september 2001 is de reikwijdte van het begrip 'gewapende aanval' nog verder uitgebreid. In de resoluties 1368 en 1373 benoemde de Veiligheidsraad de aanslagen weliswaar niet als gewapende aanval, maar als een 'bedreiging voor de vrede', maar zonder al te diep in te gaan op de betrokkenheid of de verantwoordelijkheid van de staat Afghanistan, bevestigde de Raad wel het recht op individuele en collectieve zelfverdediging. De zeer brede internationale steun voor het erkennen van 'Enduring Freedom' als een vorm van zelfverdediging – alleen Iran en Irak verklaarden zich uitdrukkelijk tegen – kan volgens Evans worden gezien als "instant customary inter-

¹³⁾ MvT II, p. 5.

¹⁴⁾ A.E. de Vos e.a., RH. Kooijmans, Internationaal publiekrecht in vogelvlucht, Deventer: Kluwer 2002, p. 152.

¹⁵⁾ IGH 27 juni 1986, I.C.J. Rep. 1986, p. 14 in: Rechtspraak Volkenrecht, 's-Gravenhage: T.M.C. Asser Instituut 1992, p. 195-221.

¹⁶⁾ Uitgebreider: P. Malanczuk, *Akehurst's modern introduction to international law*, Londen: Routledge 1997, p. 319-322.

national law” die grondslag biedt aan deze ruimere interpretatie van artikel 51 Hv.¹⁷⁾

De Verenigde Staten verklaarden zich te beschouwen als het slachtoffer van een gewapende aanval door terroristen en claimden het recht van individuele en collectieve zelfverdediging om samen met hun bondgenoten de strijd aan te gaan. Gesteund door de erkenning in de Veiligheidsraad van het recht op zelfverdediging verklaarde de NAVO – voor het eerst in haar geschiedenis – artikel 5 van het NAVO-verdrag van toepassing; De aanslagen op 11 september werden beschouwd als een aanval op de Verenigde Staten en daarmee als een aanval op alle NAVO-lidstaten. Dit betekent kortom dat ook de Nederlandse bijdrage aan *'Enduring Freedom'* als collectieve, bondgenootschappelijke zelfverdediging kan worden beschouwd.

3.2 De inlichtingenplicht bij zelfverdediging of bondgenootschappelijke verdediging.

Uit het feit dat de Nederlandse bijdrage aan *'Enduring Freedom'* gekwalificeerd kan worden als een vorm van bondgenootschappelijke verdediging, heeft de regering de conclusie getrokken dat die bijdrage daarom moet worden beschouwd als een inzet van de krijgsmacht waarvoor op grond van artikel 100 lid 1 GW geen inlichtingenplicht geldt. Deze conclusie, die na publicatie in de media leidde tot het Afghanistan-debat, is strikt genomen juist. Omdat de tekst van artikel 100 lid 1 GW zo letterlijk aansluit bij de bewoordingen van de taakomschrijving uit artikel 97 lid 1 GW, valt heel duidelijk op dat de inlichtingenplicht van de regering niet geldt wanneer de krijgsmacht wordt ingezet ter verdediging en ter bescherming van de belangen van het Koninkrijk. Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter niet wat de reden is geweest om (dit) onderscheid te maken tussen de verschillende taken van de krijgsmacht als het gaat om het inlichten van het parlement. Artikel 96 GW, dat voorafgaande toestemming van het parlement vereist voor het in oorlog verklaren van het Koninkrijk, speelt in dit verband eigenlijk geen rol van betekenis aangezien oorlogsverklaringen in de praktijk niet meer voorkomen. Maar ook al zou dat anders geweest zijn, dan nog zou er een leemte blijven in de parlementaire betrokkenheid, omdat immers niet aannemelijk is dat voor elke 'verdedigingstaak' een oorlogsverklaring zal worden afgegeven.

Voor zover het gaat om het inzetten van de krijgsmacht ter assistentie van de politie of voor hulp bij calamiteiten is het nog wel voorstelbaar dat de inlichtingenplicht niet geldt. De tijdsduur en kwantitatieve omvang van de militaire inzet zijn in een dergelijke situatie immers meestal beperkt en bovendien zal er vaak sprake zijn van spoedeisendheid. Voor de militaire verdediging van het Koninkrijk en de bondgenootschappelijke verdediging ligt dit echter wel wat anders. Daarbij kan het immers zeer wel gaan om langdurige inzet in het buitenland van substantiële aantallen militairen onder risicovolle (oorlogs)omstandigheden. Ook kan sprake zijn van een samenloop van verdedigingstaken en handhaving van de internationale rechtsorde. Het (internationale) besluitvormingstraject en de gedegen voorbereiding die aan een dergelijke missie voorafgaan, zullen bovendien de spoedeisendheid relativeren. Het zou naar mijn mening dan ook niet in lijn zijn met de constitutionele rolverdeling zoals die volgt uit de strekking van artikel 100 lid 1 GW wanneer een dergelijke inzet alleen vanwege de kwalificatie '(zelf)verdediging' wèl zou kunnen plaatsvinden zonder dat het parlement daarover vooraf zou zijn ingelicht, terwijl dat – behoudens dwingende redenen – niet zou kunnen in het geval van een uitzending met het etiket 'vredesoperatie' of 'humanitaire hulpverlening'.

¹⁷⁾ Vgl. Malcolm D. Evans, *Internatzonal Law*, Oxford: Univeraity Press 2003, p. 602-605.

Uit het verslag van het Afghanistan-debat") maak ik op dat ook regering en parlement deze ongerijmdheid ervaren. Hoewel de diverse kamerfracties natuurlijk verschillende politieke accenten leggen en in meer of mindere mate begrip tonen voor het feit dat de regering in verband met de betrouwbaarheid (nog) niet alle inlichtingen kan verstrekken, blijken zij het er eigenlijk allemaal wel over eens dat de regering in het geval van een operatie als *'Enduring Freedom'* in beginsel niet kan volstaan met het verstrekken van inlichtingen achteraf. De PvdA-fractie zegt bij monde van kamerlid Koenders: *"De regering had consequent moeten kiezen voor de lijn van artikel 100 (...) Juridisch was dat zeer wel mogelijk en politiek beslist noodzakelijk"*. Christenunie-kamerlid Huizinga-Heringa verwoordt het als volgt: *"Natuurlijk, strikt formeel kloppen de opmerkingen. [Bedoeld zijn de opmerkingen van kabinetszijde dat de inlichtingenplicht van artikel 100 GW niet geldt. HJTT] Maar de opmerkingen doen geen recht aan de gegroeide praktijk in dit huis, want die is al jaren een andere. Ook operaties onder de vlag van Enduring Freedom zijn in het verleden analoog aan artikel 100 behandeld. (...) Dat is terecht, want de afwegingen bij deze operaties volgen dezelfde lijn als die bij crisisbeheersingsoperaties"*. VVD-woordvoerder Van Baalen wijst er in het debat terecht op dat voor de inzet van militairen in het kader van ISAF – eveneens in Afghanistan – artikel 100 GW wel geldt. Ten aanzien van operatie *'Enduring Freedom'* merkt hij vervolgens op: *"Ik vind het goed dat er, voorafgaand aan een missie van deze omvang, die een groot risico met zich kan brengen, een debat in de kamer plaatsvindt (...) Het is geen recht wat ik claim, maar een praktijk waarvan ik hoop dat zij tot stand komt"*. Na een op dit punt eensgezinde stellingname van de kant van de Kamer, is het woord aan het kabinet. Reeds uit de openingswoorden van minister Bot blijkt dat de regering de visie van het parlement deelt: *"Ik kan de Kamer verzekeren dat het altijd de bedoeling van de regering is geweest om de Kamer tijdig te informeren. (...) De regering wil in de geest van artikel 100 de Kamer voorlichten (...) Alles wat de regering heeft gezegd (...) is dat formeel gesproken artikel 97 daar niet toe verplicht, maar dat de regering zich materieel gebonden voelt aan artikel 100 om de Kamer informatie te verschaffen"*. Even later volgt op dit punt zelfs een harde toezegging van Bot: *"Bij operaties van deze omvang en van dit belang zullen wij altijd de Kamer voorlichten"*.

Met een dergelijke toezegging van de regering wordt het met artikel 100 lid 1 GW gemaakte onderscheid tussen – kortweg – 'verdediging' en 'internationale rechtsorde' voor wat betreft de positie van het parlement in de praktijk nu al een dode letter. Ook bij uitzendingen die formeel niet vallen onder het kopje 'internationale rechtsorde' zal immers het parlement vooraf worden ingelicht, tenzij 'dwingende redenen' dit verhinderen. Bovendien blijkt hier naar mijn inschatting de juistheid van de door Bovend'Eert geponeerde stelling dat de inlichtingenplicht van artikel 100 GW eigenlijk niets toevoegt aan die van artikel 68 GW.¹⁸⁾ Wanneer het parlement om inlichtingen vraagt, dient het kabinet die in beginsel gewoon te verschaffen. Artikel 100 GW verlegt het initiatief weliswaar naar de regering, maar uit het Afghanistan-debat blijkt wel dat het parlement zich daardoor niet in een afwachtede houding laat manoeuvreren en dan maakt het in wezen niet uit op wiens initiatief de gewenste inlichtingen worden verstrekt. Minister Bot deed dit punt tijdens het Afghanistan-debat af als *"juridische scherpslijperij"*, maar erkende desgevraagd

¹⁸⁾ *Handelingen II* 200412005, 27 925, nr. 56, p. 3648-3676.

N.B. De digitale (print)versie van de Handelingen hanteert een afwijkende paginanummering. Om verwarring hierover te voorkomen volsta ik (ook voor navolgende citaten uit het debat) met deze algemene verwijzing.

¹⁹⁾ Bovend'Eert 1998, p. 1595-1596.

wel dat het onderscheid tussen de artikelen 97 (geen inlichtingenplicht) en 100 GW (wel inlichtingenplicht) in wezen buitengewoon gering is. Voor zover het parlement naast artikel 68 GW echter toch een toegevoegde waarde ziet in een inlichtingenplicht die zich bovendien ook uitstrekt tot (zelf)verdedigingsmissies, zou het verstandig zijn dit te formaliseren door de omschrijving van de verdedigingstaak in artikel 97 lid 1 GW toe te voegen aan de tekst van artikel 100 lid 1 GW.

3.3 De rol van het parlement bij het besluit tot uitzending

Ook het zogenaamde instemmingsrecht van het parlement speelde in het Afghanistan-debat weer een rol. Kamerlid Huizinga-Heringa (ChristenUnie) stelde minister Bot de vraag of handelen in de geest van artikel 100 GW ook betekent dat de regering rekening houdt met een materieel instemmingsrecht van de kamer. Minister Bot: *"Dat volgt daaruit, want duidelijk is dat voor een dergelijke operatie een zo breed mogelijk draagvlak moet bestaan. Als er onvoldoende draagvlak is, zal de regering haar besluit moeten heroverwegen"*. Dit lijkt te duiden op de erkenning van een 'doorslaggevende invloed' van het parlement, maar verderop in het debat verzet diezelfde minister de bakens. *"De regering heeft altijd het recht om zelf haar besluiten te nemen. Als de regering zou zeggen dat zij toch militairen stuurt, dan staat het de Kamer vrij om een motie aan te nemen en te zeggen dat zij het er niet mee eens is. Wij zullen bekijken wat de uitslag daarvan is. (...) Maar nogmaals, u kunt de regering nooit dwingen om bepaalde besluiten niet te nemen"*. Op de vraag van VVD-kamerlid Van Baalen of de minister het denkbaar acht dat de regering toch troepen uitzendt, ook als de kamer daarvoor geen toestemming zou verlenen, antwoordt Bot even later dat dit een kabinetszaak is, maar dat hij het moeilijk denkbaar acht. Hij herhaalt daarbij zijn standpunt dat als er onvoldoende draagvlak is, de regering haar besluit zou moeten heroverwegen. Harde toezeggingen worden op dit punt echter niet gedaan en daarmee blijft het kamerbreed veel geroemde 'materiële instemmingsrecht' populair gezegd een linke bedoening. Het blijft namelijk een fictief, een vermeend recht, niet gebaseerd op enige (grond)wetsbepaling, maar uitsluitend op een zekere mate van 'zelfbinding' in de vorm van toezeggingen door de kabinetten Kok en Balkenende. Deze façade van instemmingsrecht op basis van 'de politieke praktijk' blijft keurig overeind staan zolang de regering en een kamermeerderheid op één lijn zitten. Het gemis van een daadwerkelijk instemmingsrecht zal pas gevoeld worden als de meningen sterk verdeeld zijn. Wanneer namelijk het kabinet in zo'n situatie – bijvoorbeeld op grond van reeds gemaakte internationale afspraken – voet bij stuk wil houden en tot uitzending wil overgaan, dan heeft de volksvertegenwoordiging het nakijken, alle mooie woorden van regeringszijde over wat al dan niet denkbaar is ten spijt. Zelfs het parlementaire paardenmiddel van de motie van wantrouwen houdt de militairen dan niet meer in de kazerne. Het is zeer begrijpelijk dat het parlement er geen genoegen mee wil nemen dat het alleen maar ingelicht wordt over een uitzending. Door echter al te zeer te vertrouwen op het geclaimde 'materiële instemmingsrecht' houdt het zichzelf in wezen voor de gek. Alleen wanneer men werk maakt van een (grond)wettelijke verankering van het gewenste instemmingsrecht, met natuurlijk de nuances en uitzonderingen die daarbij horen, kunnen de belangen van de volksvertegenwoordiging op dit terrein zeker gesteld worden.²⁰⁾

²⁰⁾ Voor een helder betoog dat zo'n instemmingsrecht wel degelijk zou passen binnen de bestaande constitutionele verhoudingen, verwijs ik korthedshalve naar Bovend'Eert 1998, p. 1597-1598.

4. Conclusies

De huidige grondwettelijke bepalingen omtrent de defensie zijn ingegeven door de wens tot modernisering, maar lijken enkele jaren na hun inwerkingtreding al weer achterhaald. Artikel 97 GW maakt een onderscheid tussen de taken van de krijgsmacht ten aanzien van het Koninkrijk en de taken ten aanzien van de internationale rechtsorde. Verder legt het de politieke leiding over de krijgsmacht bij de regering. Artikel 100 GW wordt door kamerleden weliswaar ervaren als de codificatie van een 'materieel instemmingsrecht', maar omvat feitelijk niets meer of anders dan een inlichtingenplicht voor de regering. De helderheid waarmee deze inlichtingenplicht in de tekst van artikel 100 lid 1 GW wordt beperkt tot de taken ten aanzien van de internationale rechtsorde, suggereert een bewuste keuze voor die beperking. Toch leert de kwestie-Afghanistan anders. De regering heeft terecht het standpunt ingenomen dat de Nederlandse deelname aan operatie 'Enduring Freedom' een vorm van collectieve zelfverdediging is. Op grond van artikel 100 lid 1 GW is voor deze operatie dan ook geen sprake van een inlichtingenplicht. Parlement en kabinet blijken in de praktijk echter terug te komen op het hiervoor weergegeven, door henzelf gemaakte onderscheid in artikel 100 lid 1 GW. De wens van het parlement om ook over (zelf)verdedigingsmissies te worden ingelicht en de harde toezeggingen van het kabinet op dat punt leiden ertoe dat het bedoelde onderscheid in de praktijk nu al niet meer bestaat. Om nieuwe misverstanden hierover te voorkomen en het parlement daarbij niet (slechts) afhankelijk te laten zijn van een kabinetstoezegging, lijkt het verstandig praktijk en Grondwet op één lijn te brengen door de inlichtingenplicht van artikel 100 lid 1 GW uit te breiden met (zelf)verdedigingsmissies.

Ook ten aanzien van het zogenaamde instemmingsrecht is er verschil tussen de Grondwettelijke en de politieke werkelijkheid. Het kabinet is politiek fijngevoelig genoeg om het door het parlement als zodanig ervaren materiële instemmingsrecht niet te ontkennen, maar laat in het Afghanistan-debat wel blijken dat de regering altijd het recht behoudt om anders te besluiten dan het parlement wil. Het instemmingsrecht bestaat dan ook slechts bij de gratie van een welwillende houding van de regering en het uitblijven van een fundamenteel verschil van opvatting tussen de regering en een kamermeerderheid. Het is goed dat het parlement zoveel waarde hecht aan een recht om al dan niet met een uitzending in te stemmen, maar men lijkt daarbij nu veel te gemakkelijk te vertrouwen op de 'precedentwerking' van de politieke praktijk tot nu toe en de vermeende codificatie daarvan in artikel 100 lid 1 GW. De enige manier om een reëel instemmingsrecht te verzekeren en onafhankelijk te maken van politieke (krachts)verhoudingen is het vast te leggen in de (Grond)wet. Dat maakt pas het verschil tussen inlichten en instemmen.

Overzicht jurisprudentie militair ambtenarenrecht (II)

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

Inleiding

Deze bijdrage bevat een aanvulling op het in juni 1998 in dit tijdschrift verschenen overzicht van de jurisprudentie van de bestuursrechter inzake:

- de Militaire Ambtenarenwet 1931;
- het Besluit georganiseerd overleg sector Defensie;
- Besluit medezeggenschap defensie;
- de Premiereregeling en aanvullende voorzieningen beroepsmilitairen;
- het Inkomstenbesluit militairen;
- het Verplaatsingskostenbesluit militairen;
- het Besluit procedure geneeskundig onderzoek blijvende dienstongeschiktheid en pensioenkeuring militairen.

Van belangrijkste uitspraken is steeds in het kort de kern weergegeven. Dit is zoveel mogelijk geschied in de vorm van een letterlijk, tussen aanhalingstekens geplaatst, citaat. Een enkele keer is de kern van de uitspraak in eigen woorden weergegeven, zonder gebruik van aanhalingstekens.

Hier en daar zijn aan een letterlijk citaat, ter verduidelijking, enkele woorden toegevoegd. Deze woorden zijn steeds tussen haakjes geplaatst.

Militaire Ambtenarenwet 1931

Artikel 4:

- 'Gezien deze strekking van het verzoek is de schriftelijke mededeling van gedaagde van 1 april 1997, dat het verzoek niet kan worden ingewilligd omdat op grond van de Regeling betreffende de werk- en rusttijden voor militairen der zeemacht (WRTZ) dergelijke reizen niet tot arbeidsduur leiden (...), niet op rechtsgevolg gericht, zodat die schriftelijke mededeling niet een besluit is in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht.' (CRvB 28 juni 2001, MRT 2002, p. 128, m.nt. G.L.C.)

- 'Anders dan in bezwaar en beroep in eerste aanleg heeft appellant in hoger beroep slechts bezwaren geuit tegen de inhoud van de Militaire Wachtgeldregeling 1961. Naar zijn mening is deze regeling sterk verouderd en sluit niet meer aan bij de huidige arbeidsomstandigheden. Het hoger beroep van appellant is derhalve gericht tegen de Wachtgeldregeling 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.' (CRvB 29 november 2001, MRT 2002, p. 216, m.nt. G.L.C.)

- 'Zoals de rechtbank al eerder in haar uitspraak van 8 februari 1999, TAR 1999, nr. 62, heeft overwogen dienen naar het oordeel van de rechtbank onder het begrip *besluiten op grond van deze wet* als genoemd in artikel 4 MAW 1931, te worden begrepen al die beslui-

ten die ten aanzien van militaire ambtenaren of gewezen militaire ambtenaren worden genomen betreffende hun rechtspositionele aanspraken, alsmede besluiten waarbij sprake is van een nauwe samenhang met de rechtspositie van de (gewezen) militaire ambtenaar. De rechtbank heeft hierbij ook in aanmerking genomen dat bij het tot stand brengen van de tekst van het huidige artikel 4 MAW 1931 bij Wet van 16 december 1993 (Stb. 1993, 650) niet beoogd is om wijziging te brengen in de reeds lang bestaande praktijk dat beroepen met betrekking tot de rechtspositie van (gewezen) militaire ambtenaren behoren tot de relatieve competentie van de militaire kamer van de Rechtbank 's-Gravenhage, voorheen het militair ambtenarengerecht te 's-Gravenhage.' (Rb Den Haag, 23 augustus 2002, TAR 2002, nr. 133).

- 'Een en ander brengt de Raad tot het oordeel dat onder *besluiten op grond van deze wet*, als bedoeld in artikel 4 van de Militaire Ambtenarenwet 1931, zijn te begrijpen: alle besluiten, de rechtspositie betreffende, waarbij een (gewezen) militair in de zin van de Militaire Ambtenarenwet 1931 als zodanig, zijn nagelaten betrekkingen of zijn rechtverkrijgenden als bedoeld in de Militaire Ambtenarenwet 1931 belanghebbende zijn.' (CRvB 21 augustus 2003, TAR 2003, nr. 181, m.nt. G.L.C., p. 696; MRT 2004, p. 155, m.nt. W.J.S.)

- 'De strekking van bedoelde bepaling (artikel 18, eerste lid, aanhef en onder *a*, Beroepswet) is om de Raad rechtsmacht toe te kennen ter zake van besluiten gegeven in het kader van een ambtelijke rechtsverhouding. Van zo'n besluit is in dit geval sprake, nu het hier gaat om de intrekking van een besluit waarbij gedaagde per een in de toekomst gelegen datum werd aangesteld als militair ambtenaar.' (CRvB 2 april 2004, TAR 2004, nr. 93, m.nt. G.L.C.; MRT 2005, p. 77, m.nt. G.L.C.)

Artikel 5:

- 'Zelfs indien aangenomen zou moeten worden dat appellant met recht zou kunnen stellen dat de procedure voor de rechtbank niet in overeenstemming is geweest met artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM), is van een schending van dat verdragsartikel geen sprake, omdat de vraag of een gerechtelijke procedure heeft voldaan aan de vereisten van artikel 6 EVRM, nu geen sprake is van een *serious criminal charge* (...), moet worden beoordeeld in het licht van de hele procedure en niet is aangevoerd dat de berechting door de Raad niet aan de vereisten van artikel 6 EVRM voldoet. De Raad verwijst in dit verband naar de beslissing van het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM) van 27 april 2000, nr. 39355198 (Varisli tegen Nederland), NJB 2000, p. 1338, nr. 28.' (CRvB 28 september 2000, MRT 2001, p. 277, m.nt. G.L.C.)

Besluit georganiseerd overleg sector Defensie

Artikel 3:

- 'Aan het Onderhandelingsakkoord kunnen individuele politieambtenaren als gedaagden, los van de uitwerking die volgens de onderhandelingspartners nog nodig was, niet (rechtstreeks) rechtspositionele aanspraken ontlenen. Zij ontlenen dergelijke aanspraken aan de ter bepaling van hun rechtspositie gegeven algemeen verbindende voorschriften en in dat kader gegeven beleidsregels en voorts aan anderszins bevoegdijk gedane toezeggingen.' (CRvB 26 februari 1998, TAR 1998, nr. 75.)

- 'Zoals de Raad reeds eerder heeft overwogen - en evenals de rechtbank verwijst hij daartoe naar zijn uitspraak van 26 februari 1998, gepubliceerd in TAR 1998, nr. 75 - kunnen individuele ambtenaren, zoals appellante, aan een onderhandelingsakkoord niet

rechtsreeks rechtspositionele aanspraken ontlenen. Zij ontlenen dergelijke aanspraken aan de ter bepaling van hun rechtspositie gegeven algemeen verbindende voorschriften en in dat kader gegeven beleidsregels en voorts aan anderszins bevoegdelyk gedane toezeggingen.' (CRvB 24 mei 2002, TAR 2003, nr. 5.)

- 'Volgens vaste rechtspraak (zie CRvB 24 mei 2002, TAR 2003, nr. 5) ontlenen individuele politieambtenaren als appellants rechtspositionele aanspraken niet (rechtstreeks) aan een dergelyk akkoord (lees: arbeidsvoorwaardenakkoord). Zij ontlenen die aanspraken aan de ter bepaling van hun rechtspositie gegeven algemeen verbindende voorschriften en in dat kader gegeven beleidsregels en voorts aan anderszins bevoegdelyk gedane toezeggingen.' (CRvB 20 maart 2003, TAR 2003, nr. 119.)

Besluit medezeggenschap defensie

Artikel 22 lid 2:

- 'De voorzieningenrechter volgt gedaagde (het Ministerie van Defensie) in zijn verweer dat voormeld voorgenomen besluit (tot sluiting van de vliegbasis Twenthe) geen onderwerp is van overleg (als bedoeld in artikel 22 lid 2 van het Besluit medezeggenschap defensie). Daarop wijst recente jurisprudentie (HR 26 januari 200, NJ 2000, 223, en HR 1 maart 2002, NJ 2002,295) inzake het aan artikel 22 lid 2 verwante artikel 46d onder b van de Wet op de Ondernemingsraden.' (Vzngr.Rb Den Haag, 10 september 2003, MRT 2004, p. 116, m.nt. G.L.C.)

Premieregeling en aanvullende voorzieningen beroepsmilitairen

Artikel 3:

- 'Voorts is de Raad van oordeel dat gedaagde terecht heeft geweigerd de aanstellingspremie aan appellants uit te betalen aangezien appellants, gelet op de voortijdige beëindiging (van de aanstelling), de uit die aanstelling voortvloeiende dienverplichting niet heeft volbracht wegens een aan hemzelf te wijten oorzaak.' (CRvB 1 november 2001, MRT 2002, p. 229, m.nt. G.L.C.)

Artikel 4:

- '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.' (CRvB 20 december 2001, MRT 2002, p. 234, m.nt. G.L.C.)

Inkomstenbesluit militairen

Artikel 3:

- 'De Raad onderschrijft het oordeel van de rechtbank dat het wijzigingsbesluit, dat uit-

sluitend is bedoeld als mutatiebericht ten behoeve van de salarisadministratie van gedaagde (de Minister van Justitie), niet als een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht kan worden beschouwd. Dat wijzigingsbesluit is slechts aan te merken als een interne organisatorische mededeling van de ene departementale afdeling aan de andere dat naar aanleiding van het ontslagbesluit van 29 oktober 1999 wijziging moet worden aangebracht in de salarisgegevens van appellante. Een dergelijke mededeling is niet gericht op enig rechtsgevolg.' (CRvB 28 november 2002, TAR 2003, nr. 80.)

Artikel 5:

- 'De Raad volgt de rechtbank in het oordeel dat de (hernieuwde) salarissvaststelling per 1 januari 1997, zoals deze blijkt uit de specificatie van januari 1997, een besluit is in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht, zodat hiertegen bezwaar en tegen het besluit op bezwaar beroep openstaat.' (CRvB 20 april 2000, TAR 2000, nr. 111.)

- '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.' (CRvB 16 augustus 2001, MRT 2002, p. 200.)

- 'Naar vaste jurisprudentie van de Raad (zie CRvB 25 april 1985, TAR 1985, nr. 144) ligt aan elke (meestal: maandelijks) betaling van salaris of uitkering een besluit tot zodanige betaling ten grondslag. Tegen zodanig besluit, dat in de regel - wanneer een (ander) geschrift van het bestuursorgaan waarin de daartoe strekkende beslissing is neergelegd, ontbreekt - zichtbaar wordt in een salaris- of uitkeringspecificatie, kan bezwaar worden gemaakt en vervolgens beroep worden ingesteld (...). Indien bij de specificatie niet geheel is voldaan aan de eisen die ingevolge de Algemene wet bestuursrecht worden gesteld aan de motivering en de bekendmaking van besluiten, wordt door die gebreken het besluitkarakter niet aangetast (...).

De Raad maakt van de gelegenheid gebruik om deze jurisprudentie te preciseren. De rechtsgeldigheid van een reeds eerder in rechte onaanastbaar geworden besluit, waarbij omtrent de grondslag van periodiek te betalen salaris of uitkering is beslist, kan niet bij elke betaling opnieuw (integraal) aan de orde worden gesteld. Voorzover over een element van de salaris- of uitkeringsvaststelling al bij een eerdere (beslissing tot) betaling is beslist en dit element toen niet is aangevochten, is die salaris- of uitkeringsvaststelling in zoverre onaanastbaar geworden.' (CRvB 24 mei 2002, TAR 2003, nr. 6.)

- 'Naar vaste jurisprudentie (zie CRvB 24 mei 2002, TAR 2003, 6) kan de rechtsgeldigheid van een reeds eerder in rechter onaanastbaar geworden besluit waarbij over de grondslag van periodiek te betalen salaris of uitkering is beslist, niet bij elke betaling opnieuw (integraal) aan de orde worden gesteld. Voorzover over een element van de salaris- of uitkeringsvaststelling al bij een eerdere (beslissing tot) betaling is beslist en dit element toen niet is aangevochten, is die salaris- of uitkeringsvaststelling in zoverre in rechte onaanastbaar geworden.' (CRvB 5 januari 2004, TAR 2004, nr. 76.)

Artikel 7:

- 'Gedaagde (de Staatssecretaris van Defensie) heeft genoegzaam duidelijk gemaakt dat het voor hem zowel in de situatie van de burgerspecialist die in juni 1990 als militair-specialist zijn aangesteld in de *Krijgsmacht Hospitaal Organisatie*, als bij de latere horizontale instromers, teneinde te kunnen voorzien 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 tot het maximumbe-

drag in de schaal is bereikt, zijn aldus redelijk en objectief gerechtvaardigd.' (CRvB 16 augustus 2001, MRT 2002, p. 200.)

Artikel 17 lid 4:

- 'Volgens vaste jurisprudentie van de Raad (zie CRvB 3 oktober 1996, TAR 1996, nr. 200) geldt voor de toepassing van regelingen als de onderhavige, in een geval waarbij de ziekte van psychische aard is (...), als eis dat niet alleen sprake moet zijn van een oorzakelijk verband tussen de (psychische) ziekte en de werkzaamheden of de omstandigheden waaronder deze dienden te worden verricht, maar dat tevens en allereerst dient vast te staan dat die werkzaamheden of die omstandigheden een abnormaal of excessief karakter hadden.' (CRvB 28 maart 2002, TAR 2003, nr. 35.)

Verplaatsingskostenbesluitmilitairen

Artikel 1:

- 'De afwijzing van het verzoek is gebaseerd op de overweging dat de kinderen van appelland niet kunnen worden aangemerkt als gezinsleden in de zin van artikel 1, aanhef en onder *j*, van het Verplaatsingskostenbesluit militairen (VKBM). De Raad acht die overweging van gedaagde juist. Het begrip *gezinsleden* is gedefinieerd als: de echtgenote van de militair en de eigen, stief- of pleegkinderen van de militair zelf of zijn echtgenote, voorzover zij met hem samenwonen. Evenals de rechtbank acht de Raad voor het antwoord op de vraag of sprake is van samenwonen, de feitelijke situatie bepalend. De Raad heeft (...) vastgesteld dat, vanaf het moment van de benoeming van de ex-echtgenote tot voogdes over de kinderen, geen sprake meer was van het in gezinsverband samenwonen van de kinderen met appelland. De kinderen maakten mitsdien vanaf toen geen deel meer uit van het gezin van appelland als bedoeld in het VKBM, zodat niet gesproken kan worden van *gezinshereniging*. Aan het voorgaande kan het bepaalde in artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, waarop appelland een beroep heeft gedaan, niet afdoen.' (CRvB 25 februari 1999, TAR 1999, nr. 65, MRT 2000, p. 100.)

Artikel 28:

- '(In het bestreden besluit) is evenmin beslist over de toepassing van de hardheidsclausule. Aan de genoemde directeur personeel is niet (...) een aanvraag om toepassing van de hardheidsclausule gedaan. Naar het oordeel van de Raad behoefde daarom niet over toepassing van de hardheidsclausule te worden beslist. Een hardheidsclausule behoeft niet ambtshalve te worden toegepast; het ligt op de weg van betrokkene om bij de aanvraag feiten of omstandigheden te melden die aanleiding zouden kunnen zijn tot gebruikmaking van de clausule. Appelland heeft bij zijn aanvraag (...) geen omstandigheden gemeld die noopten tot het overwegen van de toepassing van de hardheidsclausule (...).' (CRvB 25 februari 1999, TAR 1999, nr. 65, MRT 2000, p. 100.)

- '(De rechtbank is) van oordeel dat een hardheidsclausule beoogt in individuele gevallen een afweging mogelijk te maken teneinde te bezien of de strekking van de regeling bij strikte toepassing daarvan niet zodanig geweld wordt aangedaan dat ten gunste van die individuele gevallen een uitzondering moet worden gemaakt om aan de strekking van de regeling recht te doen. In het onderhavige geval is verweerder niet met toepassing van de hardheidsclausule ten gunste van een individueel geval afgeweken van de regeling, maar heeft hij met toepassing van die clausule de groep militairen die verplicht gebruik dienen te maken van vervoer van rijkswege een eigen bijdrage opgelegd (...). Gelet op hetgeen de rechtbank hiervoor (...) overwogen heeft, is de rechtbank van oordeel dat verweerder

hiermee een onjuiste toepassing heeft gegeven aan de hardheidsclausule.' (ArrRb Den Haag 30 maart 2001, TAR 2001, nr. 67.)

Besluit procedure geneeskundig onderzoek blijvende dienstongeschiktheid en pensioenkeuring militairen

Artikel 3:

- 'De Raad acht het op zichzelf niet onaanvaardbaar dat in voorkomende gevallen een geneeskundig onderzoek als hier in geding niet wordt verricht of bijgewoond door alle van de commissie van drie deelluitmakende geneeskundigen. In dat geval is het echter geraden dat van de bevindingen van de andere twee geneeskundigen een schriftelijke rapportage wordt opgemaakt, welke rapportage in de voltallige commissie wordt besproken, waarbij ook de zienswijze van de arts die bij het onderzoek niet aanwezig was aan de orde komt. Op basis van die discussie kan dan een advies tot stand komen dat aan gedaagde wordt meegedeeld.' (CRvB 20 juli 2000, TAR 2000, nr. 130.)

STRAFRECHTSPRAAK

Arrondissementsrechtbank te Arnhem

Raadkamer

Beschikking van 9 december 2004

Voorzitter: mr. A.B.A.P.M. Varenhorst, *Rechters:* mrs H.J.T. Blom en P.J. Schreuder.

Bevoegdheid tot kennisneming van internationale misdrijven.

Behoudens de bevoegdheid van de Rb. Arnhem op grond van de Wet Oorlogsstrafrecht neemt de Rb. Den Haag kennis van alle internationale misdrijven, ook als die vóór 1 oktober 2003 (i.w.tr. WIM) zijn begaan. Overgangsrecht: deze regel lijdt slechts uitzondering in het geval de vervolging voordien is aangevangen. In casu was daarvan geen sprake; geen connexiteit met een zaak waarin in maart 2003 een gerechtelijk vooronderzoek werd aangevangen.

(WIM art. 15 en 21)

De rechtbank heeft kennis genomen van de vordering van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem van 9 december 2004, strekkende tot afgifte van een bevel tot gevangenhouding van de verdachte:

[...],

geboren op [...],

wonende te [...],

thans gedetineerd: P.I. Arnhem – HvB Zuid te Arnhem.

De rechtbank heeft gezien een bevel tot bewaring van verdachte van 30 november 2004, alsmede de overige stukken.

In raadkamer zijn gehoord op 9 december 2004 de officier van justitie en verdachte, bijgestaan door mr. [...].

De rechtbank heeft kennis genomen van de stukken.

Op 1 oktober 2003 is de Wet Internationale Misdrijven (WIM) in werking getreden. Bij deze wet zijn misdrijven tegen de menselijkheid in Nederland strafbaar gesteld. Oorlogsmisdrijven, genocide en foltering waren al strafbare feiten naar Nederlands recht in respectievelijk de Wet Oorlogsstrafrecht, de Uitvoeringswet Genocideverdrag en de Uitvoeringswet Folteringverdrag. Uit de Wet Oorlogsstrafrecht zijn de schendingen van het oorlogsrecht overgebracht naar de WIM, en de beide uitvoeringswetten zijn ingetrokken.

Ingevolge artikel 15 van de WIM neemt de rechtbank te 's-Gravenhage kennis van de misdrijven omschreven in de WIM, behoudens de bevoegdheid van de rechter aangewezen bij de Wet Militaire Strafrechtspraak. In de nota n.a.v. het verslag, kamerstuk 28 337, nr. 6, wordt hierover opgemerkt:

"In overleg met de rechterlijke organisatie is [...] naar voren gekomen dat het wenselijk zou zijn om de berechting van internationale misdrijven op te dragen aan de rechtbank te Den Haag in plaats van de (gewone) rechter ter Arnhem. De reden hiervoor is dat in Den Haag het Joegoslaviëtribunaal en het Internationaal Gerechtshof zijn gevestigd [...]. Gelet hierop leidt concentratie van [...] de berechting van internationale misdrijven bij de rechtbank Den Haag tot een bundeling van kennis die zowel uit een oogpunt van kwaliteit als doelmatigheid van rechtspraak voordelen heeft. [...] Voor de goede orde zij vermeld dat de voorgestelde wijziging de hiervoor besproken bevoegdheid van de militaire rechter in

Arnhem onverlet laat."

Artikel 21 WIM bevat een overgangsregeling. Hierover is in de MvT, kamerstuk 28 337, nr. 3 gesteld:

"Het onderhavige voorstel bevat hoofdzakelijk regels van materieel strafrecht. Hiervoor geldt de in artikel 1, eerste lid, Sr besloten regel dat zij niet mogen worden toegepast op strafbare feiten die vóór de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel hebben plaatsgevonden. Voor die feiten geldt het materiële recht zoals dat op het moment van plegen gold. Overgangsregels zijn voor dit soort gevallen niet nodig. Anders ligt dit voor de wijziging die het onderhavige voorstel brengt in de relatieve competentie. Voortaan is ter zake van internationale misdrijven steeds de gewone rechter bevoegd (behoudens indien de verdachte een Nederlandse militair is). Om te voorkomen dat een zaak die nog onder het oude recht, op grond van de Wet Oorlogsstrafrecht, bij de militaire rechter in Arnhem is aangebracht, na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel bij de gewone rechter aldaar zou moeten worden voortgezet, wordt een overgangsbepaling voorgesteld: artikel 21, eerste lid, bepaalt dat in zo'n geval de zaak bij dezelfde rechter bij wie de vervolging is ingesteld, wordt voortgezet."

De bij de WIM aangewezen rechter is dus bevoegd om kennis te nemen van de internationale misdrijven, óók als die feiten zijn begaan vóór de inwerkingtreding van de WIM, met uitzondering van het geval dat de vervolging reeds vóór 1 oktober 2003 was aangevangen.

Ingevolge de Wet Militaire Strafrechtspraak neemt de militaire rechter kennis van strafbare feiten gepleegd door Nederlandse militairen of met hen gelijkgestelden (krijgsgevangenen en geïnterneerde personen), dan wel bij Koninklijk Besluit aangewezen vreemde militairen). Verdachte is geen Nederlandse militair, en ook niet met hen gelijkgesteld, zodat de militaire rechter in Arnhem geen bevoegdheid toekomt.

In de onderhavige zaak is niet gebleken dat er vóór de inwerkingtreding van de WIM reeds vervolging was ingesteld bij een andere rechter dan bedoeld in artikel 15 van de WIM (eerst op 18 november 2004) is een gerechtelijk vooronderzoek tegen verdachte aangevangen).

Voor wat betreft de eventuele connexiteit met de zaak N., waarin op 11 maart 2003 een gvo te Arnhem werd aangevangen, overweegt de rechtbank dat niet gebleken is van een dusdanige samenhang dat doorbreking van de bevoegdheidsregel ingevolge de WIM hier gewenst is.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de rechtbank te 's-Gravenhage bij uitsluiting bevoegd is van deze vordering kennis te nemen.

[Volgt: Onbevoegdverklaring door de rechtbank te Arnhem, met bepaling dat het bevel tot voorlopige hechtenis zes dagen na onherroepelijkheid van de beschikking van kracht zou blijven. – *Red.*]

NASCHRIFT

Zowel met betrekking tot materieelrechtelijke bepalingen als met betrekking tot formeelrechtelijke bepalingen kunnen kwesties van overgangsrecht rijzen. Wat het materiële recht betreft is de vraag welke bepaling moet worden toegepast bij verandering van wetgeving na het tijdstip waarop het feit begaan is. Die vraag is beantwoord in art. 1 lid 2 Sr: de voor de verdachte gunstigste bepaling wordt toegepast. Materieelrechtelijke bepalingen werken in beginsel alleen voor de toekomst; op het verbod van terugwerkende kracht dat uit het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel voortvloeit wordt slechts ten gun-

ste van de verdachte een uitzondering gemaakt. De formeelrechtelijke vraag welke voorschriften (de uitoefening van) bevoegdheden beheersen in het geval die voorschriften gewijzigd zijn wordt daarentegen in het Wetboek van Strafvordering niet met zoveel woorden beantwoord; uit art. 1 Sv – dat bepaalt dat strafvordering alleen plaats heeft op de wijze bij de wet voorzien – volgt dat steeds de geldende wet moet worden toegepast. Voor het geval die toepassing op bezwaren stuit pleegt de wijzigingswet bepalingen van overgangsrecht te bevatten.

Deze beschikking betreft zo'n geval. De officier van justitie in het arrondissement Arnhem had een vordering tot gevangenhouding ingediend tegen een in Nederland verblijvende Afghaan, die verdacht werd van – kort gezegd – internationale misdrijven. De feiten zouden begaan zijn vóór 1 oktober 2003, toen de Wet internationale misdrijven (WZM) in werking trad. Voordien waren zij strafbaar gesteld in de Wet Oorlogsstrafrecht (WOS) en de Uitvoeringswet Folteringverdrag. Bevoegd tot kennisneming van de feiten omschreven in die wetten was de militaire kamer van de Rechtbank te Arnhem.¹⁾ Art. 15 WIM bepaalt daarentegen dat de burgerlijke rechter – meer bepaald: de Rechtbank Den Haag – kennis neemt van misdrijven omschreven in die wet, behoudens de bevoegdheid van de rechter die in de Wet militaire strafrechtspraak is aangewezen. De bevoegdheid van de militaire rechter is derhalve beperkt tot internationale misdrijven begaan door Nederlandse militairen of met hen gelijkgestellten. Verdachte in deze zaak behoorde tot geen van beide categorieën. Deze beperking geldt ook voor zover het feiten betreft die voor 1 oktober 2003 zijn begaan; de omstandigheid dat de WIM geen toepassing kan vinden op feiten die voor het tijdstip van haar inwerkingtreding begaan zijn is niet van invloed op de bevoegdheid daarvan kennis te nemen. Dit uitgangspunt leidt slechts uitzondering in de gevallen waarop art. 21 WIM ziet: als de vervolging voor de militaire kamer van de Rechtbank Arnhem op 1 oktober 2003 reeds was aangevangen. Zo'n geval deed zich volgens de raadkamer niet voor: Niet alleen werd de verdachte in deze zaak – degene wiens gevangenhouding gevorderd werd – op 1 oktober 2003 niet vervolgd, zijn zaak vertoonde volgens de raadkamer ook geen zodanige verwantschap met de zaak-N. – die op die datum wél vervolgd werd – dat doorbreking van de bevoegdheidstoedeling in de WIM wenselijk was. Er zat voor de raadkamer dus niets anders op dan zich onbevoegd te verklaren. Die uitkomst was onontkoombaar, hoewel de weg waarlangs zij bereikt werd geen schoonheidsprijs verdient. Waar de vordering tot gevangenhouding gebaseerd was op de WOS, had zij door de militaire raadkamer behandeld moeten worden. Dat ook die zich onbevoegd had moeten verklaren doet daaraan niet af.

M.M.D.

¹⁾ Van oorlogsmisdrijven werd in HR 11 november 1997, NJ 1998, 463 m.nt. 't H. geoordeeld dat deze tot de bevoegdheid van de militaire rechter behoren; op grond van art. 1 lid 1, aanhef en onder 5^o (oud) WOS bracht deze exclusieve bevoegdheid bracht met zich mee dat in voorkomende gevallen de militaire rechter ook kennis nam van foltering, waarvan kennisneming aan de burgerlijke rechter was opgedragen.

TUCHTRECHTSPRAAK

Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen

Militaire kamer

Uitspraak in beroep van 24 maart 2003

Voorzitter: mr. J.Th. de Wit; *lid:* mr. D. van den Brink; *militair lid:* kapitein-luitenant ter zee A.F.J. Schipper

Hij behoorde wèl dienst te doen

Een onderofficier (sergeant B.), geplaatst in de Nederlandse Antillen, werd door de commandant van de marinebasis Parera tuchtrechtelijk gestraft met vier dagen uitgaansverbod: hij had geen gevolg gegeven aan de meermalen herhaalde opdracht van de eerste officier om van huis naar de marinebasis terug te keren teneinde te worden ingezet in het kader van de Vlootdagen 2002. Toen hij tegen deze (door de beklagmeerdere bevestigde) strafoplegging beroep instelde, vernietigde de militaire kamer van het Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen de bestreden beslissing en sprak de onderofficier, opnieuw rechtdoende, alsnog vrij. Naar het oordeel van de militaire kamer kon - nu artikel 15 WMT geen bepaling bevatte als bedoeld in artikel 3 lid 1 sub c WMT - de conclusie slechts zijn dat de aan sergeant De B. verweten gedraging tuchtrechtelijk niet strafbaar was.

(Art. 3 en 15 WMT)

UITSPRAAK

op het beroep van SGMARNS B. (registratiernr.), Marinebasis Parera, Curacao, beschuldigde, tegen de uitspraak op zijn beklag van BRIGGENMARNIS Z., beklagmeerdere, gedateerd 16 januari 2003, waarbij bevestigd werd de uitspraak van beschuldigde Commandant, S., Kapitein Luitenant ter Zee, dd. 8 november 2002.

Deze uitspraak is gegeven naar aanleiding van het onderzoek op de openbare terechtzitting van heden, 24 maart 2003. Op die terechtzitting zijn, naast de officier van Justitie mr F. Pommer, gehoord de beschuldigde B en diens vertrouwensman, de SMJRLDA P..

Overwegingen

1. B. is op 8 november 2002 door zijn Commandant veroordeeld tot vier dagen uitgaansverbod terzake van het volgende feit:

"Bij de marinekazerne Parera te Curacao op 4 oktober 2002 omstreeks 15.32 uur geen gevolg gegeven aan de meermaals herhaalde opdracht van de Eerste Officier om terug te keren naar de marinebasis teneinde ingezet te worden voor de Vlootdagen en zich daardoor onttrokken aan zijn dienstverplichtingen."

2. Blijkens het betreffende straffenformulier levert deze gedraging volgens de Commandant op een overtreding van de artikelen 9 en 15 Wet Militair Tucht recht (onttrekking aan dienstverplichtingen en niet opvolgen van een dienstbevel).

3. Deze uitspraak is door de beklagmeerdere bevestigd.

4. B heeft in beroep doen aanvoeren dat:

a. de gedragsregels in artt 9 en 15 WMT, gelet op het bepaalde in artikel 3, eerste lid, WMT niet van toepassing zijn aangezien (1) de gedraging niet plaatsvond gedurende de tijd waarin hij dienst deed of behoorde dienst te doen en (2) de gedraging niet plaatsvond

op een militaire plaats, terwijl hier (3) evenmin sprake is van een geval als bedoeld in artikel 3, eerste lid, onder c; (b) er sprake is van een dermate ernstig verzuim van vormen dat de uitspraak van de Commandant moet worden vernietigd en hij, B, moet worden vrijgesproken (subsidiair).

5. Aan de bestreden beslissing ligt kennelijk (de Commandant) danwel uitdrukkelijk (de beklagmeerdere) ten grondslag de gedachte dat "iedere militair in principe 24 uur per dag de aan hem gegeven dienstbevelen moet opvolgen, welke regel uitdrukkelijk ook geldt wanneer de militair, zoals in het onderhavige geval, zich na vastwerken in zijn woonhuis bevindt" en dat "eerst achteraf, dat wil zeggen na het opvolgen van het dienstbevel, moet worden beoordeeld of een dienstbevel rechtmatig danwel onrechtmatig is gegeven".

6. Hoewel dit uitgangspunt juist is, volgt daaruit – anders dan ijzeren logica lijkt voor te schrijven – niet dat het niet opvolgen van een dienstbevel overal en altijd een tucht-rechtelijk vergrijp oplevert. Uit de wetsgeschiedenis en de in artikel 3 WMT neergelegde regels vloeit immers onmiskenbaar voort dat het niet opvolgen van een buiten de diensturen en buiten een militaire plaats gegeven dienstbevel (weliswaar fout doch) tuchtrechtelijk niet strafbaar is. Dat slechts militairen, die dienst doen of behoren te doen, zich aan dienstverplichtingen kunnen onttrekken, en dat militairen die geen dienst doen of behoren te doen dat dus niet kunnen, spreekt tenslotte voor zich.

7. Waar in casu vast staat dat B de dienstopdracht naast zich neergelegd heeft op een moment dat hij geen dienst meer deed of behoefde te doen en hij zich toen niet op een militaire plaats (maar thuis) bevond, kan, nu artikel 15 WMT geen bepaling kent als bedoeld in artikel 3 lid 1 sub c WMT, de conclusie geen andere zijn dan dat de aan B verweten gedraging tuchtrechtelijk niet strafbaar is. Hieruit volgt dat de bestreden beslissing in eerste aanleg moet worden vernietigd en dat B alsnog moet worden vrijgesproken. Het vorenstaande brengt (voorts) met zich dat de overige, subsidiaire, argumenten van B geen bespreking behoeven.

8. Nu B het hem opgelegde uitgaansverbod al ondergaan heeft, zal een en ander, op de voet van artikel 98 WMT in verband met artikel 17 lid 1 Uitvoeringsbesluit, moeten worden gecompenseerd.

9. Op grond van het bovenstaande wordt als volgt beslist.

Uitspraak

Het Gerecht:

vernietigt in beroep de bestreden beslissing in eerste aanleg,

en opnieuw rechtdoende:

spreekt de beschuldigde vrij;

bepaalt dat het door de beschuldigde, als gevolg van de tenuitvoerlegging van het opgelegde uitgaansverbod, geleden nadeel zal worden gecompenseerd met vrije tijd overeenkomstig het bepaalde in artikel 17 lid 1 Uitvoeringsbesluit.

NASCHIFT

1. Ingevolge artikel 3 lid 1 onder a WMT zijn de strafbepalingen van de Wet militair tuchtrecht in de eerste plaats van toepassing gedurende de tijd waarin de militair dienst doet of behoort te doen. 'Gedurende de tijd waarin de militair dienst behoort te doen' is niet hetzelfde als 'tijdens de diensturen'. Een militair bijvoorbeeld, aan wie buiten de voor hem geldende diensturen de opdracht wordt gegeven om naar de kazerne terug te keren teneinde bepaalde werkzaamheden te verrichten, krijgt deze opdracht 'gedurende de tijd waarin hij dienst behoort te doen'. Eerst wordt immers het besluit genomen dat de mili-

tair dienst behoort te doen. Vervolgens wordt hem opgedragen in verband hiermee naar de kazerne terug te keren. Deze (logische) uitleg van het bepaalde in artikel 3 lid 1 onder a is algemeen aanvaard. Ik moge verwijzen naar deel II van het losbladig handboek Van den Bosch c.s., Militair straf- en tuchtrecht, alsmede naar de studiepocket C.L. Coolen, Militair tuchtrecht.

Ook in de rechtspraak is deze uitleg aanvaard. Verwezen kan bijvoorbeeld worden naar Rb Arnhem 5 februari 1993, MRT 1993, p. 163, m.nt. C.: 'De rechtbank is op grond van de vermelde omstandigheden (...) van oordeel dat het dienstbelang het onvermijdelijk maakte dat de Officier Compagniesdienst onderhavige opdracht (om van huis naar de kazerne terug te keren teneinde in te vallen voor de wacht) gaf en dat deze (dus) werd gegeven gedurende de tijd dat de beschuldigde dienst behoorde te doen.' Deze uitspraak is niet alleen in dit tijdschrift gepubliceerd, zij staat ook vermeld in Schuurman & Jordens, deel nr. 81, Militair straf- strafproces- en tuchtrecht.

Ondanks dit alles stelt de militaire kamer in de onderhavige uitspraak: 'Waar in casu vaststaat dat De B. de dienststopdracht naast zich neergelegd heeft op een moment dat hij geen dienst meer deed of behoefde te doen en hij zich toen niet op een militaire plaats (maar thuis) bevond, kan - nu artikel 15 WMT geen bepaling kent als bedoeld in artikel 3 lid 1 sub c WMT - de conclusie geen andere zijn dan dat de aan B. verweten gedraging tuchtrechtelijk niet strafbaar is.'

2. Artikel 15 WMT luidt: 'In strijd met de militaire tucht gedraagt zich de militair die een dienstbevel niet opvolgt. Het artikel bevat inderdaad niet een bepaling als bedoeld in artikel 3 lid 1 onder c WMT. Dit betekent dat niet-opvolging van een dienstbevel, dat buiten de tijd waarin de militair dienst doet of behoort te doen en buiten een militaire plaats is gegeven, niet een tuchtvergrijp oplevert; tenzij de militair, toen hem het bevel werd gegeven, in uniform gekleed ging. Sinds 1 januari 2000 bepaalt artikel 3 lid 2 immers: 'Onder de tijd waarin de militair dienst doet of behoort te doen, wordt in deze wet mede verstaan de tijd waarin de militair in uniform gekleed gaat.' Opvalt dat artikel 3 lid 2 in de onderhavige uitspraak in het geheel niet worden genoemd.

3. Dat artikel 15 WMT niet een bepaling bevat als bedoeld in artikel 3 lid 1 onder c WMT betekent niet dat een dienstbevel dat buiten diensttijd en buiten een militaire plaats aan een in burger geklede mindere is gegeven, door de mindere niet hoeft te worden opgevolgd. De bevoegdheid dienstbevelen te geven - en dus ook de plicht bevoegd gegeven dienstbevelen op te volgen - is noch naar tijd noch naar plaats beperkt. Anders gezegd: de plicht tot gehoorzaamheid aan dienstbevelen (mits rechtmatig) geldt altijd en overal; zoals ook de geheimhoudingsplicht, vervat in artikel 6 WMT, altijd en overal geldt. Waarom (nu dit zo is) wel artikel 6, maar niet artikel 15 een bepaling bevat als in artikel 3 lid 1 onder c bedoeld, blijft raadselachtig.

4. In de (bij de stukken gevoegde) beklagbeschikking overweegt de beklagmeerdere onder meer 'dat eerst achteraf, dat wil zeggen na het opvolgen van het dienstbevel, moet worden beoordeeld of een dienstbevel rechtmatig dan wel onrechtmatig is'. Zoals in de onderhavige uitspraak valt te lezen, acht de militaire kamer 'dit uitgangspunt juist'. Het uitgangspunt is echter &juist. Naar geldend recht behoeven onrechtmatige dienstbevelen niet te worden opgevolgd. Soms zelfs bestaat een plicht tot ongehoorzaamheid. Ook dit standpunt is algemeen aanvaard. Het ligt zelfs ten grondslag aan artikel 16 WMT, voorzover dit artikel bepaalt: 'Het voorgaande artikel is niet toepasselijk indien de bevolen gedraging onrechtmatig is.' Ook moge ik wederom naar het losbladig handboek en naar de studiepocket verwijzen.

5. Inzake toch een belangrijk onderwerp als de militaire gehoorzaamheidsplicht slaat

de militaire kamer in de onderhavige uitspraak op twee punten de plank mis. Eén blik, op de juiste plaats, in de studiepocket Militair tuchtrecht (waarvan in 2004 de vierde druk is verschenen) had dit kunnen voorkomen.

G.L.C.

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep
Uitspraak van 16 december 2004
0316032 MPW

Voorzitter: mr. J.C.F. Talman; leden: mr. G.L.M.J. Stevens en mr. K. Zeilemaker.

"Individueel gelijkwaardig" is niet hetzelfde als "nominaal gelijk" (2)

Per 1 juni 2001 zijn alle militairen voor wat betreft hun ouderdoms- en nabestaandenpensioenen toegetreden tot het Pensioenreglement ABP. Dit is neergelegd in de Kaderwet militaire pensioenen. Artikel 3, lid 3 van deze wet garandeert dat belanghebbenden van deze overgang geen nadeel zullen ondervinden. Met dit artikel wordt zowel gegarandeerd dat de oude en nieuwe rechten in de tijd op elkaar aan zullen sluiten alsook wordt de garantie gegeven dat die oude en nieuwe rechten ook gelijkwaardig van omvang zullen zijn. Een gepensioneerd marineofficier maakt bezwaar tegen de zgn. conversiebeschikking, het besluit van 13 augustus 2002. Dit besluit heeft betrekking op de omzetting van het pensioen tot 1 juni 2001 op basis van de Algemene militaire pensioenwet (Amp-wet) naar een pensioen op basis van het Pensioenreglement ABP na 1 juni 2001.

Belanghebbende is van mening dat het bestreden besluit onvoldoende gegevens bevat om in de toekomst te blijven toetsen dat geen lager pensioen zal worden betaald dan het geval zou zijn geweest onder vigeur van de Amp-wet. De rechtbank oordeelt dat het primaire besluit zich met name in eerste instantie heeft beperkt tot de vaststelling van de diensttijd en de grondslag en geen inzicht heeft verschaft in de precieze aanspraken op pensioen voor en na de conversie. In de ogen van de rechtbank bevat de beslissing op bezwaar wel een inzichtelijke berekening van het pensioen per 31 mei 2001 en per 1 juni 2001.

Hiermee is naar het oordeel van de rechtbank in voldoende mate tegemoet gekomen aan de bezwaren van belanghebbende.

In hoger beroep oordeelt de Centrale Raad van Beroep tevens dat de door Defensie afgegeven garanties niet zover strekken dat ook in de toekomst te allen tijde een vergelijking kan worden gemaakt met de pensioenuitkering zoals die zou hebben gegolden als de AMP-wet niet was ingetrokken. De Raad bevestigt dan ook de aangevallen uitspraak.

(Kaderwet militaire pensioenen, artikel 3)

UITSPPRAAK

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

I. Ontstaan en loop van het geding

Op bij beroepschrift uiteengezette gronden heeft appelland bij de Raad hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 28 oktober 2003, nummer AWB 0213547 MPW, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van de Raad op 4 november 2004. Daar is appelland in persoon verschenen, terwijl namens gedaagde is verschenen P.J. Consten, werkzaam bij de Stichting Pensioenfonds ABP.

II. Motivering

In dit geding is aan de orde de Kaderwet militaire pensioenen, hierna te noemen: de Kaderwet (wet van 13 december 2000, Stb. 2001, nr. 37). Ingevolge het bij deze wet gegeven koninklijk besluit van 29 mei 2001, Stb.2001, nr. 260, is de Raad bevoegd van het onderhavige geding, handelend over het door gedaagde ten aanzien van appelland genomen conversiebesluit van 13 augustus 2002, kennis te nemen.

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. Appelland ontving tot 1 juni 2001 een ouderdomspensioen ingevolge de Algemene militaire pensioenwet. Deze wet is met ingang van genoemde datum komen te vervallen. Bij de Kaderwet, en de daarbij behorende Conversieregeling militaire pensioenen (ministeriële regeling van 21 mei 2001, nr. P/2001002775, Stcrt. 23 augustus 2001, nr. 162), is de overgang naar een nieuw militair pensioenstelsel op privaatrechtelijke basis geregeld.

Bij besluit van 6 juni 2001 heeft gedaagde aan appelland een overzicht verschaft van de voor omzetting van zijn pensioen op 1 juni 2001 geldende basisgegevens, te weten diensttijd en pensioengrondslag. Nadat appelland daartegen bezwaar had gemaakt heeft gedaagde (uiteindelijk) bij besluit van 13 augustus 2002 een uitgebreider overzicht verstrekt van de oude en de nieuwe pensioensituatie op het omzettingmoment.

In beroep tegen dit laatste besluit heeft appelland bij de rechtbank een aantal grieven aangevoerd, in de kern erop neerkomend dat dit besluit onvoldoende gegevens bevat om ook voor de toekomst te kunnen verifiëren of is voldaan aan de in artikel 3, derde lid, van de Kaderwet neergelegde garantie - naast die van nominale gelijkheid van de op het omzettingmoment reeds ingegane pensioenen - van individuele gelijkwaardigheid van uitzichten op pensioen. In de visie van appelland had in het bestreden besluit de uitgangspositie voor de toepassing van de Algemene militaire pensioenwet formeel, en veel meer gedetailleerd, vastgelegd behoren te worden, zodat ook in de verdere toekomst nagerekend kan worden of het daadwerkelijk verstrekte pensioen nog wel spoort met datgene waarop aanspraak zou hebben bestaan indien de Algemene militaire pensioenwet van toepassing was gebleven.

De rechtbank heeft deze grieven bij de aangevallen uitspraak verworpen en het beroep van appelland ongegrond verklaard. De rechtbank heeft daartoe overwogen - kort samengevat - dat de positie van appelland in het nieuwe pensioenstelsel met de in het bestreden besluit neergelegde gegevens wel in voldoende mate is gemarkeerd ten opzichte van de situatie die gold onder de werking van de Algemene militaire pensioenwet.

In hoger beroep heeft appelland zijn grieven gehandhaafd.

De Raad overweegt dienaangaande als volgt.

Het geschil spitst zich toe op de toepassing van de in artikel 3, derde lid, van de Kaderwet opgenomen voorwaarden dat 'individuele gelijkwaardigheid van uitzichten op pensioen en, voor het totaal van de aan de dezelfde dienstverhouding te ontleen nieuwe

aanspraken, nominale gelijkheid van de op het omzettingmoment al ingegane pensioenen' moet worden bereikt.

Naar de Raad al eerder heeft geoordeeld - zie de uitspraak van 15 mei 2003, nrs 0213346 + 0213819 MPW, LJN: AI5653, - duiden de woorden 'uitzichten op pensioen' en de wetsgeschiedenis van artikel 3 van de Kaderwet erop dat gekeken moet worden naar het totaal aan uitzichten op pensioen dat op het moment van de omzetting bestaat. Hierbij geldt als basis dat de onder het oude recht opgebouwde tijd en het daarbij geldende pensioengevend inkomen uitgangspunt zijn voor de volgens de in de Conversieregeling militaire pensioenen neergelegde systematiek uit te voeren omzetting naar een waarde onder het nieuwe recht van het totaal van het verzekerde pakket.

De Raad stelt vast dat gedaagde met het bestreden besluit aan de evengenoemde wettelijke voorwaarden heeft voldaan. Anders dan appelland meent strekken die voorwaarden, en de daarin vervatte garantie, niet zover te verzekeren dat ook in de toekomst te allen tijde een (eventueel tot aanpassing nopende) vergelijking kan worden geëist met de pensioenuitkering, zoals die dan zou hebben gegolden als de Algemene militaire pensioenwet niet zou zijn ingetrokken. Die garantie betekent wel dat de hiervoor bedoelde, thans vastgestelde basiselementen ook voor de toekomst gelden en dat appelland zich op die elementen steeds kan beroepen.

Al hetgeen appelland in hoger beroep verder heeft aangevoerd heeft de Raad niet tot een ander oordeel kunnen brengen.

Uit het vorenstaande volgt dat de aangevallen uitspraak voor bevestiging in aanmerking komt.

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

I. Per 1 juni 2001 zijn militairen voor wat betreft hun ouderdoms- en nabestaandenpensioen toegetreden tot het Pensioenreglement van de Stichting Pensioenfonds ABP. Deze overgang is neergelegd in de Kaderwet militaire pensioenen (wet van 13 december 2000, Stb. 2001, 37). Deze overstap naar het Pensioenreglement en de daarmee verband houdende intrekking van alle militaire pensioenwetten heeft een omrekening van de tot de overgang opgebouwde pensioenaanspraken en lopende rechten noodzakelijk gemaakt. In de Kaderwet is neergelegd dat de Minister van Defensie door middel van een besluit de op grond van de militaire pensioenwetten opgebouwde aanspraken omzet naar aanspraken en rechten ingevolge het Pensioenreglement en de uitkomsten daarvan overdraagt aan het ABP. Deze omzetting en het daaruit voortvloeiende correctiebedrag is vastgelegd in de Conversieregeling militaire pensioenen, een ministeriële regeling van 21 mei 2001, Stcrt. 23 augustus 2001, nr. 162.

Zie voor het per 1 juni 2001 voor militairen geldende nieuwe pensioenstelsel ook het artikel van mr. J.G.F.M. van Kessel, "Militairen onder ABP-pensioenreglement", MRT 2001, pag. 307 – 313.

2. Zoals de toevoeging van het cijfer 2 bij het kopje bij deze uitspraak al aangeeft is dit de tweede (gepubliceerde) uitspraak waarin de Centrale Raad van Beroep zich uitspreekt over de vraag of voldoende inhoud is gegeven aan de in artikel 3 van de Kaderwet militaire pensioenen gegeven garantie. Het geschil spijst zich toe op de toepassing van de in artikel 3, derde lid, van de Kaderwet opgenomen voorwaarden dat "individuele gelijkwaardigheid van uitzichten op pensioen en, voor het totaal van de aan dezelfde dienstverhouding te ontleen nieuwe aanspraken, nominale gelijkheid van de op het omzettingmoment al ingegane pensioenen" moet worden bereikt.

De eerder door de Raad gedane uitspraak van 15 mei 2003, nr. 02/3346 + 02/3819 MPW, waarnaar de Raad in deze uitspraak ook verwijst is, met naschrift van mr. A.J.T. Dörenberg, eerder gepubliceerd in MRT 2004, pag. 282 –289. In zijn naschrift gaat de heer Dörenberg uitgebreid en uitputtend in op de toedracht van de overgang van de militaire pensioenen naar het ABP en de destijds in beroep en hoger beroep gevoerde procedures. De Centrale Raad oordeelde in het kader van het hoger beroep destijds dat de pensioenaanspraken door de overdracht aan het ABP niet zijn aangetast, omdat het geheel van de nieuwe aanspraken op ouderdoms- en nabestaandenpensioen gelijkwaardig is aan de overeenkomstige oude aanspraken.

In zijn Slotopmerking verwijst de heer Dörenberg tevens naar de uitspraak van 28 oktober 2003 van de rechtbank in de thans gepubliceerde zaak. In lijn met haar eerdere uitspraak komt de Raad ook thans tot het oordeel dat voldaan is aan de in artikel 3 van de Kaderwet gegeven garantie dat de oude en nieuwe pensioenrechten op elkaar aansluiten en dat die oude en nieuwe rechten ook gelijkwaardig van omvang zijn.

W.J.S.

Centrale Raad van Beroep

24 februari 2005

0315060 MAW

Voorzitter: mr. G.P.A.M. Garvelink-Jonkers; leden: mr. J.Th. Wolleswinkel en mr. R. Kooper

Functiewaardering en bevordering (2)

Per 3 december 2001 werd aan een officier met de rang van luitenant ter zee der 1e klasse (hierna: appellant) de functie toegewezen van onderzoeker bij het (tot de Maatschappelijke Dienst Defensie (MDD) behorende) Veteraneninstituut. Volgens de bemanningslijst was aan deze functie de rang van LTZ 1 verbonden. Later werd - bij de vaststelling van de organisatie van de MDD - bij besluit van de Commandant van het Defensie Interservice Commando (DICO) van 8 maart 2002 de functie van onderzoeker bij het Veteraneninstituut opgewaardeerd en in de organisatie opgenomen onder de benaming 'onderzoeker gedragswetenschappen', met vermelding van de rang van luitenant-kolonel. De Bevelhebber der Zeestrijdkrachten nam de gewijzigde functie vervolgens per 20 mei 2002 op in de bemanningslijst, met vermelding van de rang van kapitein-luitenant ter zee (KLTZ). Toen appellant hierna, eveneens met ingang van 20 mei 2002, tot KLTZ werd bevorderd, maakte hij tegen dit besluit bezwaar: zijns inziens had hij met terugwerkende kracht tot 3 december 2001 bevorderd moeten worden. De Staatssecretaris van

Defensie (hierna: gedaagde) handhaafde echter het bestreden besluit, waarna appellant in beroep kwam. De eerste rechter verklaarde het beroep ongegrond, welke uitspraak door de Centrale Raad van Beroep werd bevestigd. De Raad begon met vast te stellen dat het, gelet op het bepaalde in artikel 27 lid 4 AMAR, niet mogelijk was appellant eerder dan per 20 mei 2002 te bevorderen. 'Immers, vóór die datum bekleedde appellant nog geen functie waaraan de hogere rang van KLTZ was verbonden.' Tegenover de grief van appellant dat het proces van functiewaardering veel te laat in gang was gezet, stelde de Raad dat 'de opwaardering van de functie haar beslag (had) gekregen binnen de in S Raads jurisprudentie bedoelde redelijke termijn' (waarbij de Raad verwees naar CRvB 14 oktober 1999, TAR 1999, nr. 151 en 154).

(Art. 27 lid 4 AMAR)

UITSpraak

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

Z. Ontstaan en loop van het geding

Namens appellant is op bij (aanvullende) beroepschriften aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 8 september 2003, nr. AWB 03100124 MAWKMA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 13 januari 2005, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. O.W. Borgeld, juridisch adviseur te Bentveld. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. C.A.D. Berkhuizen, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. De Raad gaat uit van de volgende in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden.

1.1. Appellant, in dienst bij de Koninklijke Marine, was sedert juli 1997 in de rang van luitenant ter zee der eerste klasse (LTZ-1) werkzaam bij de Maatschappelijke Dienst Defensie (MDD). In mei 2000 is bij de MDD het Veteraneninstituut opgericht en in mei 2001 is appellant benaderd voor het vervullen van een functie bij het Kennis- en Onderzoekscentrum van dat instituut. Per 3 december 2001 is aan appellant de functie van onderzoeker (EX0450) bij het Veteraneninstituut toegewezen. In de bemanningslijst per 20 mei 2002 is deze functie vervallen en is de functie van onderzoeker gedragswetenschapper (EX0710) ingevoerd, met daaraan verbonden de rang van kapitein-luitenant ter zee (KLTZ).

1.2. Bij besluit van 28 mei 2002 heeft gedaagde, gebruik makende van de hem bij Koninklijk besluit van 27 december 1995 (Stb. 1996, 34) verleende machtiging, appellant met ingang van 20 mei 2002 bevorderd tot KLTZ. Tegen dit besluit heeft appellant bezwaar gemaakt, stellende dat aan zijn bevordering terugwerkende kracht had moeten worden verleend tot 3 december 2001. Bij het bestreden besluit van 5 december 2002 heeft gedaagde het bezwaar ongegrond verklaard.

1.3. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het beroep van appellant eveneens ongegrond verklaard.

2. Naar aanleiding van hetgeen in hoger beroep is aangevoerd, overweegt de Raad als

volgt.

2.1. Ingevolge artikel 27, vierde lid, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) wordt aan de militair die een functie is toegewezen waaraan een hogere rang is verbonden dan de rang die hij bekleedt, op de datum van ingang van functievervulling die hogere rang toegekend.

2.2. Blijkens de stukken en het verhandelde ter zitting ressorteert het Veteraneninstituut onder het Defensie Interservice Commando (DICO) en worden functies bij dit instituut vanuit de verschillende krijgsmachtonderdelen gevuld. Op de bij de start van het Veteraneninstituut ingestelde functie van onderzoeker was aanvankelijk een majoor van de Koninklijke Landmacht geplaatst. Teneinde de benoeming van een militair van de Koninklijke Marine mogelijk te maken, heeft de Bevelhebber der Zeestrijdkrachten de functie onder de code EX0450 in de bemanningslijst van de Marine opgenomen, met vermelding van de - met majoor overeenkomende - rang van LTZ-1. Bij plaatsingsbeschikking van 30 november 2001 is appellant per 3 december 2001 op de functie EX0450 geplaatst, onder vermelding dat daaraan de rang van LTZ-1 was verbonden. Tegen dit besluit heeft appellant, die de rang van LTZ-1 reeds bekleedde, geen rechtsmiddel ingesteld. Eveneens op 30 november 2001 heeft de Defensiedirecteur van het Veteraneninstituut een herziene functiebeschrijving aangeboden aan het Hoofd van de MDD, met het verzoek om functiewaardering. Bij besluit van 8 maart 2002 heeft de Commandant DICO de organisatie van de MDD per 1 mei 2001 vastgesteld, waarin de gewijzigde functie was opgenomen onder de benaming onderzoeker gedragswetenschappen en met vermelding van de rang van luitenant-kolonel (LKol), welke overeenkomt met de rang van KLTZ. Vervolgens heeft de Bevelhebber der Zeestrijdkrachten, zoals reeds onder 1.1. aangegeven, de bemanningslijst van de Koninklijke Marine per 20 mei 2002 vastgesteld, waarin de gewijzigde functie is opgenomen onder de code EX0710 en met vermelding van de rang van KLTZ. Naar appellant desgevraagd ter zitting heeft bevestigd, is de functie EX0710 hem ook door middel van een plaatsingsbeschikking toegewezen.

2.3. Het vorenstaande brengt met zich dat gedaagde, gelet op het bepaalde in artikel 27, vierde lid, van het AMAR, appellant niet eerder dan per 20 mei 2002 kon bevorderen. Immers, vóór die datum bekleedde appellant nog geen functie waaraan de hogere rang van KLTZ was verbonden.

2.4. De grieven van appellant komen er in hoofdzaak op neer dat de Koninklijke Marine reeds in mei 2001 het proces van functiewaardering in gang had behoren te zetten. Daartoe heeft appellant aangevoerd dat reeds toen duidelijk kon zijn dat de functie zou moeten worden opgewaardeerd. Appellant heeft er daarbij nog op gewezen dat hem vanaf 3 december 2001 feitelijk het takenpakket is opgedragen dat is vastgelegd in de functiebeschrijving senior wetenschappelijk medewerker/projectleider, en dat om die reden de Defensiedirecteur van het Veteraneninstituut in zijn brief van 30 november 2001 ook heeft bepleit dat een bevordering per 3 december 2001 zou plaatsvinden.

2.4.1. De Raad kan het standpunt van appellant niet onderschrijven. Zoals uit het gestelde onder 2.2. blijkt is de beschrijving van de functie senior wetenschappelijk medewerker/projectleider pas op 30 november 2001 gereedgekomen en ter waardering aan het hoofd van de MDD aangeboden, is die (opgewaardeerde)functie in maart 2002 onder de benaming onderzoeker gedragswetenschappen door de Commandant DICO in een nieuwe organisatietabel van de MDD opgenomen en is de nieuwe functie in mei 2002 in de bemanningslijst van de Koninklijke Marine opgenomen. Gezien het vorenstaande heeft de opwaardering van de functie haar beslag gekregen binnen de in 's Raads jurisprudentie bedoelde redelijke termijn (zie bijvoorbeeld CRvB 14 oktober 1999, TAR 1999, 151 en 154).

Het feit dat appellant vanaf 3 december 2001 feitelijk zwaardere werkzaamheden heeft verricht dan die behoorden bij de hem toegewezen functie van onderzoeker vormt in het licht van het vorenstaande onvoldoende reden om voorbij te gaan aan de omstandigheid dat de functie met de daaraan verbonden (hogere) rang nog niet in de bemanningslijst was geformaliseerd.

2.5. Het hoger beroep is derhalve ongegrond. De aangevallen uitspraak zal worden bevestigd.

3. Voor een proceskostenveroordeling met toepassing van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht bestaat geen aanleiding.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. Het komt vaker voor dat de functie die een militair vervult - na een al of niet op verzoek van de militair gehouden functiewaarderingsonderzoek - met ingang van een bepaalde datum wordt opgewaardeerd. Indien de opwaardering inhoudt dat aan de functie een hogere rang wordt verbonden dan de militair bekleedt, moet de militair 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.'

2. In de praktijk geschiedt bevordering in gevallen als bedoeld met ingang van de dag van de (officiële) verwerking van de nieuwe rang in de bemanningslijst (bij de marine) dan wel de Organisatietabel en Autorisatiestaat (bij de andere krijgsmachtdelen). Aan dit beleid ligt de overweging ten grondslag dat in de regel niet precies kan worden vastgesteld op welk tijdstip de functieverzwaarings feitelijk is ingetreden. Het is daarom uit een oogpunt van objectiviteit juister de datum van wijziging van de bemanningslijst/OTAS te nemen. Van dit beleid wordt echter afgeweken indien het niet met ingang van een eerder tijdstip bevorderen strijd zou opleveren met een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

3. In het verleden heeft de Raad te kennen gegeven dit beleid aanvaardbaar te achten, mits het op een zorgvuldige wijze wordt toegepast. Zie hieromtrent bijvoorbeeld CRvB 14 oktober 1999; MRT 2000, p. 35, m.nt. G.L.C.; TAR 1999, nr. 151: 'In eerdere uitspraken heeft de Raad dit vaste beleid, met de daarin vervatte uitzonderingsmogelijkheid, aanvaardbaar bevonden, mits het met zorgvuldigheid wordt toegepast. Indien echter, aldus de Raad in dezelfde uitspraak, het functiewaarderingsonderzoek en de verwerking van de resultaten in de bemanningslijst/OTAS niet binnen redelijke termijn hebben plaatsgevonden, zou weigering om aan de rangsverhoging en de hieruit voortvloeiende bevordering terugwerkende kracht tot het einde van bedoelde redelijke termijn niet juist zijn.

4. Een algemeen antwoord op de vraag welke termijn nog als redelijk is te beschouwen valt niet te geven. Dit hangt te zeer van de omstandigheden af. In de zaak die leidde tot de (hiervóór aangehaalde) uitspraak van 14 oktober 1999 was naar het oordeel van de Raad in elk geval te lang gewacht, hetgeen inhield 'dat gedaagde in redelijkheid niet had kunnen weigeren, in afwijking van zijn vaste beleid, aan de rangsverhoging en de daaruit voortvloeiende bevordering van appelland terugwerkende kracht te verlenen tot een vrij kort na eind december 1994 gelegen tijdstip'. In de zaak die leidde tot de uitspraak waarbij dit naschrift is geschreven was wel aan de eisen voldaan. Gelet op alle omstandighe-

den, aldus de Raad, 'heeft de opwaardering van de functie haar beslag gekregen binnen de in 's Raads jurisprudentie bedoelde redelijke termijn.'

5. In de onderhavige uitspraak stelt de Raad eveneens dat het, gelet op het bepaalde in artikel 27 lid 4 AMAR, niet mogelijk was appellant eerder dan per 20 mei 2002 te bevorderen. 'Immers, vóór die datum bekleedde appellant nog geen functie waaraan de hogere rang van KLTZ was verbonden.' Ter toelichting diene het volgende.

Artikel 27 lid 4 houdt niet alleen in dat een militair, aan wie een functie wordt 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. - 'Mede gelet op de nota van toelichting bij het Algemeen militair ambtenarenreglement, waarin is vermeld dat artikel 27 de kernbepaling 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.'

G.L.C.

Centrale Raad van Beroep

6 april 2005

0314917 MAW

Voorzitter: mr. H.A.A.G. Vermeulen: leden: mr. J.Th. Wolleswinkel en mr. K. Zeilemaker

Het aanvangstijdstip van de opzegtermijn

Een BBT-er, wiens aanstelling enkele keren was verlengd, laatstelijk tot 1 november 2000, ondervond steeds meer pijnklachten van een hem in 1989 overkomen dienstongeval. Besloten werd hem aan een militair geneeskundig onderzoek (MGO) te onderwerpen. In afwachting van de uitslag werd de aanstelling wederom verlengd, nu tot 1 maart 2001. Toen het MGO uitwees dat de BBT-er niet dienstgeschikt was, werd hij hiervan in kennis gesteld, met de toevoeging dat hem, met toepassing van artikel 39 lid 2 onder b AMAR, per 1 mei 2001 ontslag zou worden verleend. Op verzoek van de BBT-er vond een herhaald MGO plaats. In afwachting van de uitslag van dit onderzoek werd het aangezegde ontslag opgeschort tot 1 juni 2002. Toen duidelijk werd dat toch sprake was van blijvende dienstongeschiktheid, werd de BBT-er, zoals aangekondigd, per 1 juni 2002 uit de dienst ontslagen, echter niet met toepassing van artikel 39 lid 2 onder b, maar met toepassing van artikel 39 lid 2 onder f AMAR. Toen de BBT-er (hierna: appellant) tegen dit (na bezwaar gehandhaafde) beroep instelde, verklaarde de eerste rechter het beroep ongegrond. Deze uitspraak werd door de Centrale Raad van Beroep bevestigd. De Raad deelde niet het standpunt van appellant dat in gevallen als het onderhavige met ontslag moest worden gewacht totdat een medische eindtoestand was bereikt. Evenmin kon de Raad appellant volgen in diens stelling dat de staatssecretaris (hierna: gedaagde) hem, door middel van een aanstelling voor onbepaalde tijd en herplaatsing binnen Defensie, in dienst had moe-

ten houden. 'Voor zodanige aanstelling bestond geen enkele grond.' De Raad voegde hieraan toe dat hij al eerder als zijn oordeel te kennen had gegeven dat 'het beleid van gedaagde, inhoudende dat de eis van inzetbaarheid het niet toelaat dat Defensie medisch ongeschikte militairen in dienst houdt, ook niet als de ziekte of het gebrek in en door de dienst is ontstaan, in rechte houdbaar is. Ook de stelling van appellant dat gedaagde zich niet aan de vereiste opzegtermijn had gehouden, onderschreef de Raad niet.

(Art. 27 lid 4 AMAR)

UITSpraak

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

I. Ontstaan en loop van het geding

Namens appellant is op daartoe bij beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 25 augustus 2003, nr. AWB 0213713 MAWKMA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend en zijn nadere stukken ingezonden. Het geding is behandeld ter zitting van 24 februari 2005. Voor appellant zijn verschenen zijn vader, [vader], en de gemachtigde van appellant, mr. G. Froom. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. C.A.D. Berkhuizen, werkzaam bij de Koninklijke Marine.

II. Motivering

1. Bij zijn oordeelsvorming gaat de Raad uit van de volgende, kort weergegeven, feiten en omstandigheden.

1.1. Appellant is in 1988 aangesteld bij de Koninklijke Marine (KM) als beroepsmilitair voor de bepaalde tijd van vier jaar. Nadien is zijn aanstelling diverse malen verlengd. Op zijn verzoek is aan hem ten behoeve van het vinden van een betrekking buiten de KM met toepassing van artikel 10 van de Beleidsregels aanstelling militairen zeemacht met ingang van 1 november 1999 een bijzondere verlenging verleend tot 1 november 2000.

1.2. In de loop der jaren ondervond appellant steeds meer pijnklachten van een hem in augustus 1989 overkomen dienstongeval. Op 26 november 1999 is appellant in verband daarmee verwezen naar de Sociaal Medische Dienst (SMDKM) en op 17 mei 2000 - de datum waarop hij zich definitief ziek meldde - is hij geplaatst bij de SMDKM.

1.3. In afwachting van de uitslag van een door gedaagde aangevraagd Militair Geneeskundig Onderzoek (MGO) is de aanstelling van appellant, die afliep op 1 november 2000, verlengd tot 1 maart 2001. Nadat op 8 december 2000 uit het MGO naar voren kwam dat appellant niet blijvend dienstongeschikt was, is appellant er in januari 2001 van in kennis gesteld dat hem, in verband met het eindigen van de tijd waarvoor de aanstelling was verleend, met toepassing van het bepaalde in artikel 39, tweede lid, aanhef en onder b, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) met ingang van 1 mei 2001 ontslag zou worden verleend.

1.4. Op verzoek van appellant heeft een herhaald MGO plaatsgevonden. Gedaagde heeft het ontslag in afwachting van de resultaten van dat MGO opgeschort tot 1 juni 2002. Nadat uit dat MGO bleek dat er wel sprake was van blijvende dienstongeschiktheid, waarvan herstel binnen zes maanden na ommekomst van de ziekteverzuimperiode van twee jaar niet te verwachten was en dat aan appellant na einde wachttijd een gedeeltelijke uitkering ingevolge de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) was toegekend,

is aan appelland bij besluit van 20 maart 2002 op grond van blijvende dienstongeschiktheid wegens ziekte of gebrek met ingang van 1 juni 2002 ontslag verleend.

1.5. Bij besluit van 27 augustus 2002 (hierna: het bestreden besluit) is het bezwaar van appelland tegen het besluit van 20 maart 2002 ongegrond verklaard.

2. De rechtbank heeft het beroep van appelland tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard.

3. De Raad overweegt ten aanzien van het in (hoger) beroep aangevoerde als volgt.

3.1. Het beleid van gedaagde inzake de te hanteren ontslaggrond van dienstongeschiktheid militairen is vastgelegd in de Nota reïntegratie dienstongeschikte militairen van 29 december 1999, nr. P/1999008662 (hierna: Nota reïntegratie). Op grond van dit beleid geldt (onder meer) dat met ingang van 1 januari 2000 ook voor de voor een bepaalde tijd aangestelde militair die zijn werkzaamheden wegens ziekte of gebrek niet kan verrichten een ontslagbeschermingstermijn van twee jaar is gaan gelden, met dien verstande dat het dienstverband regulier wordt beëindigd door ommeekomst van de aanstellingsduur indien dit moment binnen de ontslagbeschermingsperiode valt. Achteraf kan deze ontslaggrond volgens de gebruikelijke systematiek aan de hand van de definitieve uitslag van het MGO worden omgezet in de ontslaggrond zoals vermeld in artikel 39, tweede lid, aanhef en onder f, van het AMAR.

3.2. Ingevolge artikel 39, tweede lid, aanhef en onder f, van het AMAR kan aan een militair ontslag worden verleend ter zake van blijvende ongeschiktheid voor het vervullen van de dienst uit hoofde van een ziekte of een gebrek. Op grond van artikel 8, tweede lid, van het Besluit procedure geneeskundig onderzoek blijvende dienstongeschiktheid en pensioenkeuring militairen (hierna: het Besluit) en de Nota reïntegratie is sprake van blijvende dienstongeschiktheid indien de militaire ambtenaar geheel of gedeeltelijk arbeidsongeschikt is in de zin van de WAO en herstel binnen een periode van zes maanden na ommeekomst van de ziekteverzuimperiode van twee jaar niet te verwachten is. Het is dan ook geenszins zo dat met een ontslag wegens blijvende dienstongeschiktheid moet worden gewacht tot een medische eindtoestand is bereikt, zoals namens appelland is gesteld.

3.3. De Raad kan appelland evenmin volgen in de stelling dat gedaagde er onder de gegeven omstandigheden toe over had moeten gaan appelland in dienst te houden door middel van het verlenen van een aanstelling voor onbepaalde tijd en een herplaatsing binnen defensie. Voor zodanige aanstelling bestond geen enkele grond. Ingevolge de Nota reïntegratie hanteert gedaagde voorts ook ten aanzien van militairen met een aanstelling voor onbepaalde tijd het beleid dat dezen, na de vaststelling dat sprake is van blijvende dienstongeschiktheid, de dienst zullen moeten verlaten.

3.4. De stelling van appelland dat er geen ontslag op grond van blijvende dienstongeschiktheid mogelijk was omdat op 8 december 2000 uit het eerste MGO was gebleken dat appelland niet blijvend dienstongeschikt was en er nadien nog geen twee jaar zijn verstrekken, deelt de Raad niet. Blijkens de stukken is appelland op 17 mei 2000 definitief uitgevallen en is op 15 oktober 2001 komen vast te staan dat sprake was van blijvende arbeidsongeschiktheid. Dit oordeel strekt zich ook uit tot de periode van 17 mei 2000 tot 8 december 2000.

3.5. Zoals de Raad eerder heeft overwogen (CRvB 18 augustus 1994, TAR 1994, 210 en 8 april 1999, RAwb 1999/142), komt een bestuursorgaan bij een samenloop van ontslaggronden een zekere keuzevrijheid toe. Het komt de Raad niet onjuist of onredelijk voor dat gedaagde, nadat bleek dat appelland voldeed aan de eisen voor een ontslag op grond van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder f, van het AMAR, gekozen heeft voor de voor appelland meest gunstige ontslaggrond als gevolg waarvan appelland nog ruim een

jaar (extra) ontslagbescherming heeft genoten.

3.6. De Raad merkt hierbij meer in het algemeen op dat hij al eerder als zijn oordeel te kennen heeft gegeven (CRvB 5 juni 2003, TAR 2003, 159) dat het beleid van gedaagde, inhoudende dat de eis van inzetbaarheid het niet toelaat dat defensie medisch ongeschikte militairen in dienst houdt, ook niet als de ziekte of het gebrek in en door de dienst is ontstaan, in rechte houdbaar is.

3.7. De stelling van appellant dat gedaagde er - naar de Raad begrijpt - op grond van cao-bepalingen in elk geval toe had moeten overgaan appellant een dienstverband te verlenen tot 35-jarige leeftijd, kan niet worden gevolgd. Vooropgesteld dient te worden dat de rechtspositie van appellant als militair ambtenaar beheerst werd door de voor militairen geldende rechtspositionele regelgeving en beleidsregels. Indien al sprake zou zijn van een in aanvulling op die regels gesloten onderhandelingsakkoord, dan zou een individuele (militaire) ambtenaar zoals appellant, gelet op de vaste rechtspraak van deze Raad (CRvB 24 mei 2002, TAR 2003, 5), daaraan geen rechtstreekse rechtspositionele aanspraken kunnen ontlenen.

3.8. Ook de stelling dat het bestreden besluit geen stand zou kunnen houden omdat gedaagde zich niet aan de vereiste opzegtermijn heeft gehouden zoals namens appellant is gesteld, onderschrijft de Raad niet. In artikel 47, tweede lid, van het AMAR is immers bepaald dat ontslag op grond van - onder meer - artikel 39, tweede lid, aanhef en onder f, van het AMAR niet eerder in kan gaan dan nadat ten minste drie maanden zijn verstreken sedert het tijdstip waarop de militair schriftelijk in kennis is gesteld van de beslissing tot ontslagverlening. Appellant is blijkens de stukken van het voorgenomen ontslag wegens blijvende arbeidsongeschiktheid na 13 december 2001 op de hoogte gebracht. Uit nadien gezonden brieven van appellants gemachtigde van 5 februari 2002 blijkt dat hij deze kennisgeving heeft ontvangen.

3.9. Op grond van het vorenstaande kan de Raad tot geen andere conclusie komen dan dat gedaagde, gezien de feiten en omstandigheden van het voorliggende geval, de bevoegdheid toekwam appellant te ontslaan op grond van het bepaalde in artikel 39, tweede lid, aanhef en onder f, van het AMAR. Naar het oordeel van de Raad is niet gebleken dat gedaagde bij de uitoefening van deze bevoegdheid heeft gehandeld in strijd met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of een algemeen rechtsbeginsel.

4. Gelet op het vorenoverwogene moet de aangevallen uitspraak worden bevestigd.

5. De Raad acht tot slot geen termen aanwezig toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Awb inzake vergoeding van proceskosten.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. Het belang van de onderhavige uitspraak is vooral gelegen in hetgeen de Centrale Raad van Beroep overweegt met betrekking tot het tijdstip van aanvang van de opzegtermijn. Hierop wordt in punt 2 van dit naschrift nader ingegaan. Wat de overige overwegingen betreft: veelal is sprake van een herhaling van zetten. Zo bijvoorbeeld de overweging dat het bestuur in geval van samenloop van ontslaggronden 'een zekere keuzevrijheid toekomt'. Zie hieromtrent CRvB 16 november 1995, MRT 1996, p. 339, m.nt. G.F.W. Of de overweging dat het standpunt van Defensie, dat de eis van inzetbaarheid meebrengt dat

medisch ongeschikte militairen niet in dienst kunnen worden gehouden, 'in rechte houdbaar is'. Zie hieromtrent CRvB 5 juni 2003, TAR 2003, nr. 159. Slechts min of meer nieuw is de overweging dat in geval van blijvende dienstongeschiktheid met ontslag niet hoeft te worden gewacht totdat een medische eindtoestand is bereikt.

2. In geval van ongevraagd ontslag dient in een aantal gevallen een opzegtermijn in acht te worden genomen. Zo bepaalt artikel 47, tweede lid, AMAR dat - in geval van ontslag met toepassing van artikel 39, tweede lid onder c, d, e, f, g of j, - het ontslag niet eerder kan ingaan dan nadat ten minste drie maanden zijn verstreken sedert het tijdstip waarop de militair van de beslissing tot ontslagverlening schriftelijk in kennis is gesteld. De vraag is: Wat is in deze bepaling bedoeld met: 'de beslissing tot ontslagverlening'.

In het verleden nam de Centrale Raad van Beroep het standpunt in dat met de aanduiding was bedoeld: het ontslagbesluit zelf. Zie hieromtrent CRvB 18 mei 2000, MRT 2001 p. 156, m.nt. G.L.C. In die uitspraak overwoog de Raad: 'Artikel 47, tweede lid, AMAR bevat de waarborg dat de opzegtermijn eerst na ontvangst van het ontslagbesluit kan ingaan. Dit betekent ingeval een officier ontslag wordt verleend, dat het ontslag niet eerder kan ingaan dan nadat ten minste drie maanden verstreken zijn nadat betrokkene van het in artikel 38, eerste lid, AMAR voorgeschreven koninklijk besluit tot ontslagverlening door uitreiking overeenkomstig artikel 50, eerste lid, AMAR, van dat besluit in kennis is gesteld. Geen algemeen verbindend voorschrift biedt de mogelijkheid deze opzegtermijn reeds vóór de uitreiking van het ontslagbesluit te laten ingaan.'

Niet in het naschrift bij deze uitspraak, maar wel later in de bijdrage 'Ontslag tijdens de proeftijd' (MRT 2004, p. 396-405), schreef ik het standpunt van de Raad niet te delen. Gelet op de context en op (vooral) de geschiedenis van de bepaling kon mijns inziens met 'de beslissing tot ontslagverlening' in artikel 47 AMAR slechts zijn bedoeld: de (schriftelijk ter kennis van de militair gebrachte) beslissing om hem voor ontslag in aanmerking te brengen. En ziet: thans, in de uitspraak waarbij dit naschrift is geschreven, overweegt de Raad: 'Ook de stelling dat het bestreden besluit geen stand kan houden omdat gedaagde zich niet aan de vereiste opzegtermijn heeft gehouden (...) onderschrijft de Raad niet. In artikel 47, tweede lid, van het AMAR is immers bepaald dat ontslag op grond van (...) niet eerder in kan gaan dan nadat ten minste drie maanden zijn verstreken sedert het tijdstip waarop de militair schriftelijk in kennis is gesteld van de beslissing tot ontslagverlening. Appellant is blijkens de stukken van het voorgenomen ontslag wegens blijvende arbeidsongeschiktheid na 13 december 2001 op de hoogte gebracht. Uit nadien gezonden brieven (...) van 5 februari 2002 blijkt dat hij deze kennisgeving heeft ontvangen.'

Thans is dus ook naar oordeel van de Raad met 'de beslissing tot ontslag verlening' in artikel 47, tweede lid, AMAR bedoeld: de schriftelijk kennisgeving aan de militair van het voornemen hem voor ontslag in aanmerking te brengen; en met name niet het ontslagbesluit zelf.

3. Vaststaat dat artikel 47 AMAR voor (ten minste) tweërlei uitleg vatbaar is. Gelet hierop herhaal ik het eerder - in de bijdrage 'Ontslag tijdens de proeftijd' - gedane voorstel om in het artikel de woorden 'de beslissing tot ontslagverlening' te vervangen door: de beslissing hem voor ontslag in aanmerking te brengen. Overname van dit voorstel zal de duidelijkheid ten goede komen. Dit geldt overigens ook voor de andere in bedoelde bijdrage gedane voorstellen.

G.L.C.

Centrale Raad van Beroep

28 april 2005

03/1704 MAW

Voorzitter: mr. G.P.A.M. Garvelink-Jonkers; *leden:* mr. K. Zeilemaker en mr. R. Kooper

De val van de launcher

Een matroos, dienend a/b van een fregat, viel tijdens onderhoudswerkzaamheden van het platform van de seasparrowlauncher en kwam op het lager gelegen dek terecht. Hij liep hierbij een verwonding op boven de slaap, alsmede een hersenschudding. Later ontwikkelde zich bij hem psychische klachten. Toen de matroos, na ontslag uit de dienst, de Staatssecretaris van Defensie verzocht om de aansprakelijkheid voor het ongeval te aanvaarden en alle door hem ten gevolge van het ongeval geleden en nog te lijden schade te vergoeden, wees de staatssecretaris dit verzoek af. De rechtbank te S-Gravenhage verklaarde het tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) afwijzing ingestelde beroep ongegrond. De Centrale Raad van Beroep oordeelde echter anders en vernietigde zowel de uitspraak van de rechtbank als het bestreden besluit. Naar het oordeel van de Raad had de staatssecretaris, door niet het gebruik van een veiligheidsriem voor te schrijven, in strijd gehandeld met de op hem als rustende zorgplicht.

(Dienstongeval en schadevergoeding)

UITSpraak

in het geding van A., wonende te W., 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 rechtbank 's-Gravenhage van 18 februari 2003, nr. AWB 01102201 MAWKMA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 24 maart 2005, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. B. Wernik, advocaat te Haarlem. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. C.L. Kuipers, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. De Raad gaat uit van de volgende in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden.

1.1. Appellant was werkzaam als matroos van de [naam onderdeel] bij de Koninklijke Marine. Op 6 september 1990 is hij bij het verrichten van onderhoudswerkzaamheden aan boord van [naam schip] - destijds vanuit de Golf (oorlog) op weg naar de Seychellen voor een korte vakantie - van het (platform van) de seasparrowlauncher gevallen en terechtgekomen op het lager gelegen dek. Hij had als gevolg daarvan een verwonding boven de slaap en een hersenschudding. Nadien ontwikkelde hij psychische klachten. Met ingang van 21 september 1992 is appellant ontslag verleend uit de militaire dienst, naar later is vastgesteld op grond van blijvende ongeschiktheid uit hoofde van een ziekte of gebrek. Appellant is in elk geval tot 1997 onder behandeling geweest voor zijn psychische klachten.

1.2. Bij brief van 11 oktober 1996 heeft appellant gedaagde aansprakelijk gesteld voor de schade die hij lijdt als gevolg van het voornoemde ongeval. Deze brief is aanvankelijk opgevat en behandeld als een verzoek om toekenning van een militair pensioen. De aansprakelijkheidstelling is bij brief van 12 juli 2000 herhaald. Bij besluit van 7 augustus 2000 heeft gedaagde hierop afwijzend gereageerd op grond van de overweging dat de vordering tot schadevergoeding was verjaard. Na bezwaar heeft gedaagde bij het bestreden besluit van 10 mei 2001 zijn afwijzing gehandhaafd, daarbij zijn standpunt met betrekking tot de verjaring laten varen en vastgesteld dat van schending van de op hem rustende zorgplicht geen sprake is geweest.

2. De rechtbank heeft het hiertegen ingestelde beroep van appellant bij de aangevallen uitspraak ongegrond verklaard.

3. Het bestreden besluit betreft een zuiver schadebesluit aangaande de schade die door de ambtenaar in de uitoefening van zijn dienstbetrekking is geleden. Gedaagde heeft bij de beoordeling van het verzoek terecht de toetsingsmaatstaf van de uitspraak van de Raad van 22 juni 2000, LJN AB0072, TAR 2000, 112, gehanteerd. Het geschil spitst zich toe op de vraag of gedaagde voldoende voorzorgsmaatregelen heeft getroffen om het ongeval te voorkomen.

3.1. Uit het proces-verbaal van het ongeval blijkt dat appellant op de dag van het ongeval tijdens de vaart onderhoudswerkzaamheden verrichtte aan de buffers van het wapensysteem welke buffers zich bevinden boven op de lanceerinrichting. Daarbij stond appellant aanvankelijk op een platform dat was voorzien van een railing van ongeveer 90 cm hoog. Dat platform bevond zich 2.10 meter boven het dek waarop appellant is gevallen. Niet weersproken is dat appellant voor het schoonmaken van de achterste buffer boven op de launcher moest klimmen om in liggende, hurkende, knielende of zittende positie zijn werkzaamheden aan die buffer uit te voeren. De afstand van de bovenkant van de launcher tot het onderdek is 3.15 meter. De voorzijde van de launcher grenst aan het voordek, dat meer dan 4 meter lager is gelegen. Appellant is gevallen toen hij na zijn werkzaamheden aan de achterste buffer met de daarbij gebruikte hulpmiddelen terugklauterde naar het platform, op het moment dat hij met één been op het platform stond en de knie van zijn andere been nog op de launcher rustte. Appellant stootte toen zijn elleboog en stroombotje, als gevolg waarvan hij een moment buiten kennis raakte en achterwaarts, over de railing van het platform, naar beneden is gevallen op het onder gelegen achterdek.

3.2. Gedaagde heeft gesteld dat het dragen van een veiligheidsgordel bij het uitvoeren van de onderhoudswerkzaamheden aan de launcher niet gebruikelijk was omdat het platform van een railing was voorzien. Ook overigens golden geen veiligheidsvoorschriften. Gelet op de hoogte van 2.10 meter was geen sprake van (relevant) valgevaar, waarbij gedaagde verwijst naar - destijds overigens nog niet geldende - Arbowetgeving.

Bovendien was appellant voor het uitvoeren van het werk toestemming door de officier van de wacht verleend, omdat het rustig weer was en het schip geen noemenswaardige slingerbewegingen maakte.

3.3. De Raad kan gedaagde hierin niet volgen. Uit 3.1. kan worden afgeleid dat de werkzaamheden aan de buffers niet volledig vanaf het platform konden worden uitgevoerd, maar dat het noodzakelijk was óp de launcher te klimmen. De launcher zelf is niet voorzien van een railing of andere beveiliging. De oppervlakte van de launcher is, naar appellant heeft gesteld en door gedaagde niet is weersproken, ongeveer 80 x 200 cm. Op dat kleine oppervlak moest appellant manoeuvreren met vetspuit en ander schoonmaakmateriaal. In die omstandigheden kon, gelet ook op het aan de voorzijde van de launcher meer dan 4 meter lager gelegen voordek, niet worden afgezien van het dragen van een veilig-

heidsriem. Daarbij dient te worden bedacht dat ook bij rustig weer sprake is van een bewegend schip. Van enige operationele noodzaak om zonder riem te werken is voorts niet kunnen blijken. Door deze veiligheidsriem niet te verschaffen, althans geen opdracht te geven zulk een riem te gebruiken, heeft gedaagde naar het oordeel van de Raad niet voldaan aan de op hem rustende zorgplicht zoals onder 3. bedoeld.

4. Dit betekent dat het bestreden besluit moet worden vernietigd. Ook de aangevallen uitspraak houdt geen stand. Gedaagde zal een nieuw besluit op bezwaar moeten nemen met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen.

5. In het vorenstaande vindt de Raad aanleiding gedaagde op grond van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht te veroordelen in de proceskosten van appelland in eerste aanleg en in hoger beroep ten bedrage van € 1.610,-.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het beroep gegrond;

Vernietigt het bestreden besluit;

Bepaalt dat gedaagde een nieuwe beslissing op bezwaar neemt met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen;

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appelland in eerste aanleg tot een bedrag van € 966,- en in hoger beroep tot een bedrag van € 644,-, te betalen door de Staat der Nederlanden;

NASCHRIFT

In de onderhavige zaak gaat het om een zgn. zuiver schadebesluit dat betrekking heeft op schade, geleden ten gevolge van een dienstongeval. In een zodanig geval gaat de Raad na of het bestuursorgaan wel of niet heeft voldaan aan de op het bestuur rustende zorgplicht. Wat deze zorgplicht precies inhoudt, valt te lezen in CRvB 8 mei 2003, MRT 2003, p. 420, m.nt. G.L.C. Voor het overige wordt verwezen naar het naschrift bij CRvB 28 oktober 2004, MRT 2005, p. 191, m.nt. G.L.C. (De tegelleger die door zijn rug ging)

G.L.C.

WETGEVING

door

MR. J.B. MIETE

Regeling bijstand bestrijding luchtvaartterrorisme

Op 20 april 2005 is een regeling van de Minister van Justitie tot stand gekomen met als onderwerp het verlenen van militaire bijstand ten behoeve van de bewaking van het Nederlandse luchtruim en de inzet van defensiemiddelen tegen terroristische dreigingen vanuit de lucht. Deze regeling is getroffen naar aanleiding van de aanslagen op 11 september 2001 in de VS. Het betreft thans een permanente regeling van bijstand die in de plaats treedt van een eerdere regeling tussen Justitie en Defensie. De regeling vindt haar basis in artikel 59, tweede lid, van de Politiewet 1993 en strekt ertoe op voorhand de in dat artikel bedoelde militaire bijstand in de vorm van terbeschikkingstelling van defensiemiddelen ter bestrijding van luchtvaartterrorisme te regelen. Reden hiervoor is de zeer beperkte tijd die in geval van een dreiging vanuit de lucht voor handelen beschikbaar is. Afspraken tussen Defensie en Justitie over de uitvoering van de bijstand zijn vastgelegd in een gerubriceerd nationaal draaiboek of actieplan. Dit actieplan voorziet in korte, rechtstreekse lijnen tussen het bij Justitie berustende gezag en de uitvoering van de bijstand door het betrokken deel van de Koninklijke Luchtmacht. Langs deze lijnen kan de Minister van Justitie in geval een civiel vliegtuig wordt aangemerkt als een terroristische dreiging vanuit de lucht, aanwijzingen geven aan de Quick Reaction Alert, bestaande uit een tweetal bewapende F-16 jachtvliegtuigen van de luchtmacht. In een dergelijk geval geschiedt de inzet van de Quick Reaction Alert onder verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie. Deze minister kan opdracht geven, met inachtneming van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, tot het afdwingen van een koerswijziging of landing door het civiele vliegtuig zonder gebruik van geweld, het geven van een waarschuwingsschot, of het geven van gericht vuur. Voor de Quick Reaction Alert geldt een bijzondere, gerubriceerde geweldsinstructie.

De regeling is bekendgemaakt in Staatscourant 83 en is met ingang van 1 mei 2005 in werking getreden.

Verkeersregeling defensie

Eind april 2005 is een wijziging van de Verkeersregeling defensie tot stand gekomen op het vlak van militaire rijbewijzen. Het gaat in het bijzonder om een wijziging van artikel 36, dat betrekking heeft op het inleveren van het militaire rijbewijs in gevallen waarin met betrekking tot de burgerrijbevoegdheid van betrokkene maatregelen zijn genomen als bijvoorbeeld bepaalde vormen van invordering van het rijbewijs. In de handhavingspraktijk is gebleken dat de parallel met de civiele wegenverkeerswetgeving in de Verkeersregeling defensie niet over de gehele linie van de met betrekking tot de rijbevoegdheid te nemen maatregelen is doorgetrokken. Dat leidt tot het onverklaarbare verschil dat bepaalde maatregelen met betrekking tot de burgerrijbevoegdheid wel tot maatregelen met betrekking tot de militaire bevoegdheid leiden, en andere niet. Het gaat dan in het bijzonder om de ongeldigverklaring, invordering of schorsing wegens het vermoeden dat de houder van het rijbewijs niet langer beschikt over de rijvaardigheid dan wel de lichamelijke of geestelijke geschiktheid die is vereist voor het besturen van motorrijtuigen. De wijziging van arti-

kel 36 strekt er derhalve toe de Verkeersregeling defensie ook op die punten aan te doen sluiten op de Wegenverkeerswet 1994. De wijziging is geplaatst in deel 11-70 van de Ministeriële Publicatieserie, van welke plaatsing mededeling is gedaan in Staatscourant 83. De wijziging is met ingang van 1 mei 2005 in werking getreden.

Wijziging Politiewet 1993 i.v.m. de invoering van een nieuw stelsel voor bewaking en beveiliging van personen, objecten en diensten

Sinds 17 maart 2005 is bovengenoemd voorstel van wet, met als ondertekenaars de ministers van Justitie, Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en Defensie, bij de Tweede Kamer aanhangig (kamerstukken II, 2004-2005, 30 041, nrs 1-3). Het wetsvoorstel vloeit voort uit de nota "Nieuw stelsel bewaken en beveiligen", welke nota zelf de uitwerking vormde van de aanbevelingen uit het eindrapport van de Commissie feitenonderzoek veiligheid en beveiliging Pim Fortuyn en het kabinetsstandpunt met betrekking tot dat eindrapport.

Uitgangspunt van het nieuwe stelsel van bewaken en beveiligen is dat de burger in eerste instantie zelf verantwoordelijk is voor zijn eigen veiligheid en die van zijn goederen. Bedrijven en organisaties dienen zelf beschermende maatregelen te treffen om te voorkomen dat als gevolg van hun werkzaamheden de veiligheid van werknemers en anderen in gevaar komt. Burgers en organisaties mogen echter van de overheid verwachten dat die hen door het treffen van veiligheidsmaatregelen te hulp schiet op het moment dat de aantasting van hun veiligheid zulke gewelddadige vormen dreigt aan te nemen dat zij daar op eigen kracht geen weerstand meer tegen kunnen bieden. In dat geval moet men zich tot de lokale politie wenden. Verantwoordelijkheid van het decentrale gezag is het uitgangspunt.

In aansluiting hierop heeft voor een beperkte groep personen, objecten en diensten de rijksoverheid een bijzonder verantwoordelijkheid vanwege het nationale belang dat met hun veiligheid en ongestoord functioneren is gemoeid. Het gaat dan om:

- bepaalde buitenlandse personen, objecten en internationale instellingen in Nederland,
- Nederlandse personen of objecten ten aanzien van wie / waarvan door de aard of herkomst van de dreiging en de functie van de persoon / het object de mogelijkheid bestaat dat de (inter)nationale democratische rechtsorde wordt geschaad of de veiligheid van de Staat in het geding komt,
- personen werkzaam in de strafrechtspleging.

Daarnaast bestaat de mogelijkheid bepaalde personen / objecten nader aan te wijzen, bijvoorbeeld indien sprake is van een persoon die ongestoord een bijzondere democratische functie of plicht moet uitvoeren. Voorts dient te worden gedacht aan situaties waarin een ongewenste gebeurtenis disproportionele schade zou toebrengen aan het vertrouwen in de continuïteit en integriteit van de openbare sector.

Een en ander moet gestalte krijgen in een in beginsel limitatieve lijst van personen, objecten en diensten. In beginsel, want de mogelijkheid wordt geopend om in incidentele gevallen de lijst aan te vullen. Voor de aldus aangewezen personen, objecten en diensten kan de rijksoverheid extra beveiligingsmaatregelen treffen. De beveiliging van de binnen dit rijksofgebied vallende personen zal geschieden onder directe verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie. De bewaking en beveiliging van objecten en diensten in het rijksofgebied valt onder het gezag van de burgemeester of de officier van justitie. Onder rechtstreekse verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie vallen de bewaking en beveiliging door de Kmar van de burgerluchtvaart, koninklijke paleizen en de ambtswoning van de minister-president.

In het wetsvoorstel krijgt een en ander gestalte door het opnemen van de mogelijkheid

voor de Minister van Justitie om te bewaken personen aan te wijzen, en voor de Ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties en van Justitie gezamenlijk om te bewaken objecten en diensten aan te wijzen. De onderscheiden verantwoordelijkheden en bevoegdheden, die op blz. 9 van de memorie van toelichting schematisch in beeld worden gebracht (30 041, nr.3), komen tot uitdrukking door het creëren van aanwijzingsbevoegdheden jegens decentraal gezag en jegens politieautoriteiten.

Ook ten aanzien van de Kmar wordt de rechtstreekse verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie voor de beveiliging van binnen het rijksdomein vallende personen die behoren tot de Nederlandse of andere strijdkrachten, in de vorm van een aanwijzingsbevoegdheid geëxpliciteerd (in artikel 6, derde lid, Politiewet 1993). Dit laat overigens onverlet de bevoegdheid van de Minister van Defensie om de Kmar opdracht te geven tot beveiliging van militairen of militaire objecten die buiten het rijksdomein vallen. Op het gebied van de taken van de Kmar wordt de beveiliging van de burgerluchtvaart als taak van de Kmar nadrukkelijker in de Politiewet vastgelegd. Dit is met name van belang om de indruk te vermijden dat de taak van de Kmar beperkt is tot het grondgebied van de luchthaven. De wijziging strekt er derhalve toe duidelijk te stellen dat ook inzet van de Kmar aan boord van Nederlandse luchtvaartuigen, ook wanneer zij zich niet op een luchthaventerrein bevinden, tot de mogelijkheden behoort.

Wijziging Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 i.v.m. de invoering van een nieuw stelsel voor bewaking en beveiliging

Nauw met het voorgaande onderwerp inzake de wijziging van de Politiewet 1993 op het vlak van bewaken en beveiligen hangt samen de op 7 april 2005 bij de Tweede Kamer ahangig gemaakte wijziging van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (met als ondergetekenden de ministers van AZ, BZK, Defensie en Justitie) (kamerstukken II, 2004-2005, 30 070, nrs 1-3). Ook dit wetsvoorstel vloeit voort uit de nota "Nieuw stelsel bewaken en beveiligen", en ook hier start de memorie van toelichting met de schets van de eigen verantwoordelijkheid van de burger voor zijn veiligheid, met als aanvulling de bijzondere verantwoordelijkheid van de rijksoverheid voor aangewezen personen, objecten en diensten (de limitatieve lijst). Vervolgens gaat de toelichting in op de betrokkenheid van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten bij het nieuwe stelsel van bewaken en beveiligen. Belangrijkste onderdeel van het wetsvoorstel zijn de dreigingsanalyses en de risicoanalyses. De dreigingsanalyse is een analyse van concrete en potentiële dreigingen tegen één of meer bepaalde personen, objecten of diensten op de limitatieve lijst, waarbij zowel de bedreigde persoon, het object of de dienst als de bedreiger centraal staat. Bij risicoanalyses worden niet alleen de dreigingen geanalyseerd, maar worden ook de mogelijkheden van de bedreigde persoon, het object of de dienst bezien om zich tegen deze bedreigingen te weer te stellen. Dreigingsanalyses zullen worden opgesteld door zowel de Algemene inlichtingen- en veiligheidsdienst (AIVD) als de Militaire inlichtingen- en veiligheidsdienst (MIVD), waarbij het voor zover het de MIVD betreft moet gaan om personen, objecten of diensten met militaire relevantie. Risicoanalyses zullen alleen door de AIVD worden opgesteld, ook indien het een persoon, object of dienst met militaire relevantie betreft. Reden hiervoor is dat men versnippering van expertise op dit gebied wil voorkomen. Deze specialistische taak wordt derhalve gebundeld bij de AIVD ondergebracht. De hiervoor geschetste nieuwe taakbestanddelen worden aan de in de artikelen 6 en 7 van de wet opgenomen taakomschrijvingen van de diensten toegevoegd. Het onderzoek dat de diensten zullen doen om de genoemde analyses te kunnen opstellen, zal uitsluitend bestaan uit het raadplegen van open en gesloten bronnen en het horen van infor-

manten. Het inzetten van bijzondere inlichtingenmiddelen is in dat kader niet toegestaan. De nieuwe taken worden dan ook niet opgenomen in het op de inzet van bijzondere bevoegdheden gerichte artikel 18 van de wet.

Besluit beëindiging mogelijkheid militair noodtestament defensie

Dit in Stb. 2005,299, bekendgemaakte besluit strekt tot vervanging van het in verband met de invoering van het nieuwe erfrecht achterhaalde Koninklijk besluit van 10 augustus 1962 houdende uitvoering van artikel 993b, tweede lid, Burgerlijk Wetboek (Stb. 325). Dat artikellid, dat bij de invoering van het nieuwe erfrecht per 1 januari 2003 is opgevolgd door artikel 98, tweede lid, boek 4 BW, betreft de mogelijkheid om in situaties waarin een notaris niet beschikbaar is, toch een uiterste wilsbeschikking te kunnen maken.

Ingevolge artikel 98, tweede lid, kunnen, kort samengevat, militairen buiten het geval van oorlog of burgeroorlog een uiterste wil maken ten overstaan van een officier van de krijgsmacht indien zij behoren tot een gedeelte van de krijgsmacht dat is aangewezen ter deelneming aan een bepaalde vorm van militair optreden, waaronder bijvoorbeeld een optreden ter handhaving of herstel van de internationale orde en veiligheid. Voor de tot een aangewezen gedeelte van de krijgsmacht behorenden blijft de mogelijkheid om op die manier een uiterste wil te maken, bestaan totdat hun is bekendgemaakt dat de aanwijzing is geëindigd. De wijze van bekendmaken wordt ingevolge artikel 100, tweede lid, boek 4 BW geregeld bij algemene maatregel van bestuur.

Het voorliggende besluit voorziet erin dat de beëindiging van de aanwijzing in de Staatscourant wordt bekendgemaakt. Hiervoor is gekozen omdat het moment waarop de aanwijzing eindigt en waarop derhalve de mogelijkheid om een uiterste wil te maken overeenkomstig artikel 98, tweede lid, boek 4 BW eindigt, nauwkeurig moet worden bepaald. Aan dat moment koppelt artikel 107, eerste lid, boek 4 BW, namelijk een termijn waarna de mogelijkheid bestaat tot vernietiging van de overeenkomstig artikel 98 opgemaakte uiterste wil. Het besluit is met ingang van 31 mei 2005 in werking getreden.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Specialisatie-traject Militair Recht aan de Universiteit van Amsterdam

Inleiding

Binnen de Master Publiekrecht biedt de Faculteit der Rechtsgeleerdheid (UvA) vanaf het studiejaar 2005-2006 het Specialisatie-traject Militair Recht aan.

Deze specialisatie is primair bestemd voor defensiepersoneel met een juridische aanstelling of belangstelling. Daarnaast staat ze uiteraard open voor reguliere studenten.

Het traject bevat onderdelen van het militair recht, volkenrecht, (internationaal) strafrecht en staatsrecht die van belang zijn voor militair juristen.

Doelgroepen

De specialisatie richt zich op de volgende doelgroepen:

- (aspirant) militair juristen;
- juridische adviseurs bij Defensie, Justitie, of Buitenlandse Zaken;
- juristen bij andere instellingen: Openbaar Ministerie, rechtbank of gerechtshof;
- officieren van de Koninklijke Marechaussee;
- studenten (met een affiniteit voor Militair Recht).

Curriculum

Het curriculum bestrijkt de essentiële nationale en internationale onderdelen van het Militaire Recht.

Het (nieuwe) vak *Krijgsmacht & Staatsrecht* behandelt drie thema's: gezag, taken en (geweld)bevoegdheden. Ook de besluitvorming voor inzet van de krijgsmacht komt aan de orde. Het vak zal vanaf 2006-2007 als inleiding op de specialisatie in Semester 1 verzorgd worden. *Militair Ambtenarenrecht* en *Militair Straf- en Tuchtrecht* completeren het nationale deel.

International Law of Military Operations fungeert als spil in het internationale domein. Het vak focust op de juridische grondslagen en van toepassing zijnde regimes van militaire operaties (inclusief VN-missies). Centraal staan het *ius ad bellum* en Militair Operationeel Recht. Verder worden de onderdelen humanitair oorlogsrecht (*ius in bello*) en internationaal strafrecht ingeleid.

International Humanitarian Law behandelt het humanitaire oorlogsrecht. *International Criminal Tribunals – Substantive Law* behandelt het ontstaan van de tribunalen en misdrijven welke zij berechten. Thema's zijn verder: strafrechtelijke aansprakelijkheid, terrorisme, strafuitsluitingsgronden en immuniteiten.

Specialisatie-traject Militair Recht 2005-2006

| Kalender | sep 2005 | nov 2005 | jan 2006 | apr 2006 |
|----------|--------------------------|--------------------------------|--|---|
| | semester 1 | | semester 2 | |
| | Blok 1 | Blok 2 | Blok 1 | Blok 2 |
| Vak | Militair Ambtenarenrecht | International Humanitarian Law | International Law of Military Operations | International Criminal Tribunals – Substantive Law (5 EC) |
| | | | Militair Straf- en Tuchtrecht | Krijgsmacht & staatsrecht* |

Studielast

Het specialisatie-traject bevat 6 vakken van ieder 5 ECTS. De 30 ECTS zijn over 2 semesters (ieder bestaande uit 2 blokken) verspreid.

Flexibiliteit

In overleg met de coördinator, prof. dr. T.D. Gill, kan, afhankelijk van vooropleiding en functie-eis, de studielast gespreid en flexibel ingedeeld worden.

Informatie

- Informatie over de afzonderlijke vakken, docenten en adresgegevens kan worden verkregen via de Studiegids van de Universiteit van Amsterdam 2005-2006: <http://studiegids.uva.nl/sgs/WebSite.nl>

- Informatie over inschrijving: mw. H.I. Redan, Leerstoelgroep Stafrecht, 020-5253368, H.I.Redan@uva.nl

- Informatie over flexibiliteit: prof. dr. T.D. Gill, 020-5253937 (wo-do), bgg 020-5253368, T.D.Gill@uva.nl

- Overige adresgegevens Leerstoel Militair Recht:

mr. G.F. Walgemoed, 020-5253937 (vrijdag), G.Walgemoed@uva.nl

lkol mr. drs. P.A.L. Ducheine, 020-5253640, P.A.L.Ducheine@uva.nl

*

In het studiejaar 2005-2006.

Vanaf 2006-2007 wordt dit vak in semester 1, blok 1 verzorgd.

**Cursus Actualiteiten militair en operationeel strafrecht
verzorgd door het Eggens Instituut voor Juridisch Postacademisch Onderwijs
Universiteit van Amsterdam**

Inleiding

In de laatste jaren wordt de Nederlandse krijgsmacht steeds vaker ingezet om deel te nemen aan een brede scala van militaire operaties, variërend van militaire bijstand via traditionele vredesoperaties tot gevechtsoperaties, onder zeer uiteenlopende omstandigheden. Dit heeft uiteraard consequenties gehad voor de toepassing van het militair strafrecht en de relatie tussen het militair strafrecht en het (internationaal) militair operationeel recht, zoals duidelijk bleek in het geruchtmakende arrest van de Militaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem inzake Eric O. van 4 mei 2005.

In deze cursus zal aandacht worden besteed aan de gevolgen van deelname aan zulke operaties voor de toepassing van het militair strafrecht, vooral in situaties waarbij militairen functioneel geweld gebruiken in de uitoefening van hun missie. In dit kader zal tevens de link worden gelegd tussen de toepassing van het militair strafrecht en het (internationaal) militair operationeel recht vervat in mandaten, "Rules of Engagement" en begrippen zoals "Internationaal gewapend conflict" en "Tijd van oorlog". Bestudering en bespreking van actuele ontwikkelingen in rechtspraak en praktijk zullen hierbij centraal staan.

Doelgroep

Strafrechtadvocaten, militaire juristen in actieve en reservedienst, alsmede medewerkers werkzaam in de militaire rechtspraak bij de militaire kamers van de Rechtbank en het Gerechtshof en het Militair Parket in Arnhem en leden van de Militair Rechtelijke Vereniging.

Vorm

Hoorcollege met ruimte voor vragen en discussie en enige praktische oefening waarin recente ontwikkelingen en rechtspraak bestudeerd zullen worden.

Niveau

Verdiepingscursus, enige kennis van het militair strafrecht wordt verondersteld.

Docenten

Prof. mr. T.D. Gill, hoogleraar militair recht aan de Universiteit van Amsterdam
Mr. G.F. Walgemoed, universitair hoofddocent militair recht aan de Universiteit van Amsterdam

Lt. Kol. mr. drs. P.A.L. Ducheine, onderzoeker militair recht aan de Universiteit van Amsterdam

Datum: woensdag 9 november
Tijd: 12.30 - 17.30 uur
Kosten: E 325,-
Locatie: Oudemanhuispoort 4, Amsterdam, Pitlozaal, A128
Cursuscode: P0869
Studiepunten: 4 PO-punten

Eggens Instituut voor Juridisch Postacademisch Onderwijs
tel: 020-5253407
fax: 020-5253307
e-mail: pao@jur.uva.nl
webstie: www.jur.uva.nl/eggens

Strafrechtspraak

In de jaargang 2004 zijn twee strafvonnissen van de militaire kamer van de Rechtbank Arnhem van 15 september 2003 gepubliceerd: Rb. Arnhem 15 september 2003 inz. P.C. v.d.K. (MRT 2004, p. 342) en Rb. Arnhem 15 september 2003 inz. S.N.W. (MRT 2004, p. 346). Eerst na publicatie bleek dat de vonnissen ten tijde van publicatie nog niet onherroepelijk waren, omdat hoger beroep was ingesteld. Het beleid van de redactie is dat uitspraken die nog niet in kracht van gewijsde zijn gegaan wel – bijv. vanwege hun actualiteit – gepubliceerd kunnen worden maar dan niet van een naschrift worden voorzien.

Op 10 maart 2004 heeft het Hof Arnhem in beide hiervoor genoemde zaken arrest gewezen: V.d.K. is ter zake van 1. poging tot doodslag en 2. bedreiging met een misdrijf tegen het leven gericht veroordeeld tot 27 maanden gevangenisstraf met aftrek, waarvan 9 maanden voorwaardelijk met als bijzondere voorwaarde reclasseringscontact, met verbeurdverklaring van een steekwapen, W. is ter zake van 1. poging tot doodslag en 2. bedreiging met enig misdrijf tegen het leven gericht, meermalen gepleegd, veroordeeld tot 24 maanden gevangenisstraf met aftrek, waarvan 6 maanden voorwaardelijk.

De redactie

Wetgeving

| | |
|---|-----|
| Overzicht tot stand gekomen en aanhangige wetgeving; door mr. J.B. Miete..... | 309 |
|---|-----|

Opmerkingen en mededelingen

| | |
|--|-----|
| Specialisatie-traject Militair Recht aan de Universiteit van Amsterdam..... | 313 |
| Cursus Actualiteiten militair en operationeel strafrecht verzorgd door het Eggens Instituut voor Juridisch Postacademisch Onderwijs, Universiteit van Amsterdam..... | 315 |
| Strafrechtspraak..... | 316 |

| | | |
|--------------|----------|--------------------------|
| 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 |
| | 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:

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.C. <i>Zuidema</i> , Brigade-generaal b.d. van de Militair Juridische dienst; |
| Secretaris/penningmeester | Mr. J.F. <i>Stinissen</i> , Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst; |
| Leden: | |
| voor de Koninklijke Landmacht: | Mr. R. <i>in het Veld</i> , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst; |
| voor de Koninklijke Luchtmacht: | Mr. P.T. <i>Hebly</i> , Kolonel van de Koninklijke Luchtmacht; |
| voor de Koninklijke Marine: | Mr. WE. <i>Louwerse</i> , Kapitein ter zee; |
| voor de Koninklijke Marechaussee: | Mr. C.P.C. <i>Kuijs</i> , Kolonel der Koninklijke Marechaussee; |
| voor de Centrale Organisatie: | Mr. J.J. <i>Buirma</i> , Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tuchtrecht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie; |
| 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; |
| 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> , | Hoofd Beleidsondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van ABP; |
| Mr. G.F. <i>Walgemoed</i> , | Kolonel b.d. van de Militair Juridische Dienst |
| Adres van de Redactiecommissie: | Koningin Wilhelminalaan 50, 2264 BN Leidschendam |

VASTE MEDEWERKEKS:

Prof. Mr. G.L. *Coolen*, Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;

Prof. Dr. R.A. *Lawson*, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.

Dr. M. *Boot-Matthijssen*, wetenschappelijk medewerker verbonden aan het Nederlands Instituut voor Internationale Betrekkingen 'Clingendael'.

WIJZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt tien keer per jaar.

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1-2003 E 36,75. Men abonneert zich bij Sdu Klantenservice Uitgevers, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. tel.: 070-378 9880, fax: 070-378 9783, e-mail: sdu@sdu.nl, of bij zijn boekhandelaar. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 3,95. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar tegen de prijs van € 25. Auteurs van bijdragen van meer dan één pagina ontvangen een vergoeding van € 35 p.p., tot een maximum E 230 per aflevering, benevens vijf presentemplaren van de desbetreffende aflevering. Het auteursrecht wordt met de publicatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u van informatie te voorzien over Sdu Uitgevers bv en zorgvuldig geselecteerde andere bedrijven. Als u geen prijs stelt op deze informatie, kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice, postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar.

Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan Sdu Servicecentrum Uitgevers. Zij die het M.R.T. van rijkswege verstrekt krijgen, dienen zich voor kennisgeving van adreswijzigingen te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren.

Dit tijdschrift, sedert mez. 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"


uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVIII

oktober 2005

Aflevering

9

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

| | |
|--|-----|
| De internationalisering van militair-strafrechtelijke aansprakelijkheden na Eric O.; door prof. mr. G.G.J. Knoops..... | 317 |
| Bevelen en voorschriften in het strafrecht: het arrest in de zaak Eric O. is geen grondslag voor aanpassing van het militaire strafrecht; door drs. J.F.R. Boddens Hosang..... | 335 |
| Juridische consequenties van het MOU, De zaak Eric O.; door Ltkol mr Joop Voetelink..... | 343 |

Bestuursrechtspraak

| | | |
|---------------|---|-----|
| CRvB 04.11.04 | Hardheidsclausules zien op individuele gevallen | |
| | Aan art. 41 VBD is terecht geen toepassing gegeven. De in het artikel ver- vatte hardheidsclausule ziet op individuele gevallen waarin de bijzonde- re omstandigheden van het geval een afwijking van de regeling kunnen rechtvaardigen. (Naschrift G.L.C.)..... | 351 |

Internationale rechtspraak

| | | |
|---------------------------------------|--|-----|
| Joegoslavië- tribunaal 04.02.05 | De zaak Nikolić Op 4 februari 2005 werd Dragan Nikolić in hoger beroep veroordeeld tot 20 jaar gevangenisstraf. De aanklacht tegen Nikolić dateerde reeds van 4 november 1994 en was destijds de allereerste aanklacht die het Joegosla- vië-tribunaal uitbracht. Nikolić werd in april 2000 overgeleverd aan SFOR en door SFOR aan het Tribunaal. Alhoewel Nikolić in september 2003 schuld bekende, ging hij toch in beroep tegen het vonnis van 18 december 2003. De meest belangwekkende vraag die in de Nikolić-zaak aan de orde kwam, was of zijn arrestatie door onbevoegde particuliere individuen onrechtmatig was en zo ja wat dan de consequentie daarvan diende te zijn. (Door Larissa van den Herik, Universiteit Leiden)..... | 354 |
|---------------------------------------|--|-----|

Opmerkingen en mededelingen

| | |
|---|-----|
| Geoorloofd naar de regels van het oorlogsrecht, Artikel 38 WvMS nader beschouwd; door prof. G.L. Coolen..... | 362 |
| Boekbespreking..... | 364 |
| Militair Juridisch Brevet..... | 368 |

| | | |
|--------------|----------|--------------------------|
| 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 |
| | G.F.W. | - Mr G.F. Walgemoed |

BIJDRAGEN

De internationalisering van militair-strafrechtelijke aansprakelijkheden na Eric O.

door

PROF. MR. G.G.J. KNOOPS¹⁾

1. De toenemende complexiteit van internationale militaire missies: van peacekeeping naar crisisbeheersingsoperaties

Op het terrein van militaire operaties buiten het koninkrijk heeft in het laatste decennium een verschuiving plaatsgevonden in het traditionele beeld. Het accent is verschoven van het klassieke model vredesmissies naar verscheidene vormen van crisisbeheersingsoperaties en crisismanagementoperaties uitgevoerd door militairen in internationaal verband. Bij deze laatste vorm van internationale militaire operaties moet men vooral denken aan interventies met het oog op stabilisering van conflict-regio's, het herstellen van een rechtsorde die ten gevolge van een conflict is verstoord, hervorming van politie en militaire eenheden in een dergelijke conflict-regio, het verlenen van humanitaire en civiele assistentie bij wederopbouw en andere taken die uitstijgen boven het traditionele functioneren van vredesoperaties. Met genoemde elementen van crisisbeheersingsoperaties wordt veelal de neutrale, onafhankelijke en relatief passieve opstelling en positie van vredessoldaten ("peacekeepers") verlaten.²⁾ De vraag is of de gevolgen die dit veranderende perspectief van traditionele peacekeeping operaties met zich brengen, heden ten dage wel voldoende zijn uitgekristalliseerd in het Wetboek van Militair Strafrecht (WvMS) en andere regelingen van Militair Strafrecht en Strafprocesrecht. Dit geldt in het bijzonder voor de vraag naar de vaststelling van zowel strafrechtelijke aansprakelijkheden van militairen (commandanten) als voor de opsporings- en vervolgingstechnische aanpak van militaire strafzaken die kunnen voortkomen uit bedoelde internationale militaire crisisbeheersingsoperaties.

In dit artikel zal worden ingegaan op deze gevolgen in het licht van de vraag of het Nederlandse Militair Strafrecht voldoende is toegesneden op deze nieuwe internationaal militaire ontwikkelingen en operaties. Daarbij zal worden stilgestaan bij het arrest van de militaire strafkamer van het Gerechtshof Arnhem in de zaak Eric O. van 4 mei 2005 waarbij deze Nederlandse sergeant-majoor der mariniers werd vrijgesproken in relatie tot beweerdelijke overtreding van een (Nederlands) dienstvoorschrift tijdens de (internationale) stabilisatie operatie in Zuid-Irak op 27 december 2003. In deze laatste kwestie diende zich, naast meerdere andere juridische aspecten, het spanningsveld aan tussen het nationale en internationale strafrechtelijk perspectief. Tenslotte zal in dit artikel ook worden nagegaan of, en zo ja op welke wijze, een uniform toetsingsmodel kan worden ontwikkeld voor de beoordeling van militair-strafrechtelijke aansprakelijkheden tijdens (dit soort) internationale missies.³⁾

¹⁾ G.G.J. Knoops, hoogleraar (internationaal) strafrecht aan de Universiteit van Utrecht, advocaat bij Knoops & Partners te Amsterdam; de auteur is tevens reserve-officier bij het korps mariniers; daarnaast was hij raadsman van Eric O. in de strafprocedure die in dit artikel aan de orde komt.

²⁾ Zie hiervoor M.C. Zwanenburg, *Accountability under International Humanitarian Law for United Nations and North Atlantic Treaty Organization Peace Support Operations 19-29* (2004).

³⁾ Zie hiervoor uitvoerig Marc Houben, *No blanket Cheque* (2003); dissertatie VU.

⁴⁾ Zie paragraaf 3.

2. Positionering van het militair strafrecht binnen het gewijzigd internationaal militaire perspectief

2.1 Twee vragen voor de (internationaal) militair-operationele praktijk

Het Nederlands Wetboek van Militair Strafrecht (WvMS) trad op 1 januari 1923 in werking en werd in 1990 algeheel herzien.⁵⁾ Als zodanig is het derhalve niet toegesneden op potentiële delicten begaan door Nederlandse militairen tijdens internationale peacekeeping missies, laat staan tijdens de eerdergenoemde crisisbeheersingsoperaties. Het WvMS is van oudsher gericht op vredetijd en oorlogstijd, i.e., gewapende conflicten. Bij de wijziging van het WvMS in 1963 is weliswaar onder meer het aspect van de internationale samenwerking toegevoegd⁶⁾ maar in feite kreeg eerst bij de herziening van het WvMS in 1990 het aspect van de vredesoperaties aandacht. Echter, eerst daarna kreeg Nederland maar ook andere (niet-) Europese landen te maken met een veranderd beeld van het klassieke model van vredesoperaties. Men denke aan bijvoorbeeld de gewapende humanitaire interventie in Kosovo door NATO in 1999; een type operatie die zelfs niet was voorzien in het VN-handvest.⁷⁾ Ofschoon het Nederlands WvMS ook van toepassing is op Nederlandse militairen die in het buitenland als zodanig optreden,⁸⁾ kon de wetgever deze wijziging in het karakter van internationale militaire missies niet voorzien.

Dit veranderend perspectief roept de volgende twee juridische consequenties op voor militairen:

(i) Op de eerste plaats kunnen de strafrechtelijke aansprakelijkheden voor militairen in dit soort gecompliceerde internationale militaire interventies toenemen door de verlating van het genoemde neutraliteitsbeginsel;

(ii) Ten tweede, bedoelde internationalisering en gewijzigd karakter van militair optreden in het kader van deze interventies stelt militairen tevens bloot aan internationalisering modernisering en contextualisering (i.e., de interpretatie van regels binnen de specifieke context van een bepaalde militaire operatie) van militair-strafrechtelijke normen.

In de navolgende paragraaf zal eerst op de consequenties ad (i) worden ingegaan, waarna in paragrafen 2.3 en 2.4 de consequentie ad (ii) zal worden beschreven.

2.2 Crisisbeheersingsoperaties en gevolgen voor militair-strafrechtelijke aansprakelijkheden

Militaire interventies kunnen heden ten dage niet langer op het traditionele concept van "peacekeeping" worden gebaseerd. Ofschoon het klassieke peacekeeping model niet geheel is verlaten, is het zo dat het accent meer is verschoven en nog steeds verschuift naar een meer robuuste en multifunctionele vorm van militaire interventies. De internationale arena waarin militairen thans moeten optreden in het kader van VN of NAVO operaties is immers dat van weinig stabiele landen en regimes zoals Somalië en Afghanistan waarin politieke, humanitaire en economische factoren het militair interveniëren steeds meer initiëren. De chaotische en explosieve situaties in veel delen van de wereld zoals in Somalië, Haiti, Oost-Timor, Kongo, Soedan, Ivoorkust en Irak, hebben geleerd dat "vredessoldaten"

⁵⁾ Zie voor deze wetgeschiedenis G.L. Coolen, *Militair Straf- en Strafprocesrecht* 2-3, 15-16 (2004).

⁶⁾ Zie Coolen, o.c., p. 15-17.

⁷⁾ Zie Zwanenburg, o.c., p. 19.

⁸⁾ Zie art. 2 Sr. jo artikel 4 WvMS.

aan nieuwe vormen van dreiging en asymmetrische oorlogvoering onderworpen worden waarbij steeds meer de eigen veiligheidsbelangen de "vredessoldaten" parten speelt. De groeiende economische, politieke en sociale onrusten in vele delen van de wereld is niet alleen van invloed op de militairen die in deze delen als "vredessoldaten" voor rust en stabiliteit moet zorgen, maar ook op de wereld zelf. De voortdurende groei van transnationale criminele groeperingen, extremistische organisaties en krijgsheren ("War Lords") creëert een nieuwe dimensie betreffende een wereld die zich voorheen voornamelijk op interstatelijk niveau afspeelde.⁹⁾

Deze toenemende complexiteit en omgeving alsmede het toenemend veld aan actoren en dreigingsfactoren waarmee militairen in buitenlandse (humanitaire) missies te maken krijgen, stellen militairen voor steeds grotere dilemma's. Een van de dilemma's is de keuze tussen militair pro-actief optreden in situaties waarin eigen veiligheidsbelangen in het geding komen met als mogelijk gevolg een strafrechtelijke vervolging in geval een on-juiste beoordeling van de situatie dan wel niet-militair optreden uit vrees voor het opkomen van strafrechtelijke aansprakelijkheden. Deze laatste vrees kan uiteindelijk resulteren in een totale onmacht om militair op te treden c.q. geweld toe te passen tegen onvoorziene dreigingen die uit deze nieuwe vorm van crisisbeheersingsoperaties opkomen en welke onmacht grote en zelfs potentieel dodelijke gevaren inhoudt. In beide scenario's kan er sprake zijn van het opkomen van strafrechtelijke aansprakelijkheden van militairen die specifiek verband houden met de invulling van deze nieuwe vorm van crisisbeheersingsoperaties.

Op dit soort dilemma's is het Nederlandse Wetboek van Militair Strafrecht in deze context niet specifiek gericht. De destabiliserende landen waarin militairen in dit soort operaties thans worden ingezet – veelal landen waarin de economie het overheidsapparaat of het rechtssysteem is gedestabiliseerd – vergt dan ook een nadere contextualisering van het militair strafrechtelijke aansprakelijkheidsbegrip.

De klassieke normenstelsel waarop het Nederlandse WvMS ziet, inclusief die ten opzichte van militaire verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden in strafrechtelijke zin, gaat nog uit van een betrekkelijk gedateerd beeld van militaire operaties en niet van een normering binnen het bestek van complexe en multifunctionele operaties zoals in de zaak Eric O. aan de orde. Dit betekent dat in feite het aansprakelijkheidsstelsel van het WvMS als zodanig niet is toegesneden op situaties van militaire interventies in instabiele regio's waarin de toegang tot de voorraden energie, water, brandstof, edelstenen, metalen etc. een steeds belangrijker oorzaak is van interne conflicten en politieke destabilisering. Denk in dit verband aan de positie van de diamantmijnen in de tien jaar durende oorlog in Sierra Leone van 1991 tot 1999. Het is een wereld waarin militairen van doen hebben en krijgen met gewapende fracties die zich niet bedienen van traditionele oorlogsvoering. Nu internationale militaire operaties binnen of buiten VN-verband heden ten dage te maken krijgen met een groeiend aantal niet-traditionele dreigingen en conflicthaarden, is het de vraag of het huidige militair-strafrechtelijk aansprakelijkheidsregime, neergelegd in het WvMS van 1923 niet hierop afgestemd dient te worden. Betekenen deze vaststellingen omtrent het gewijzigd karakter van militaire interventies anno 2005 niet dat strafrechtelijke normering van militair optreden in deze nieuwe context dient te wijzigen teneinde adequaat te kunnen omgaan met al deze niet voorziene militaire operationele dilemma's?

⁹⁾ Zie ook Zwanenburg, o.c.

De genoemde en hierna te bespreken strafzaak tegen Eric O. toont aan dat, bij gebreke van een dergelijke herbezinning en hervorming van het Nederlands Militair Strafrecht, het risico voorligt dat een – onoverbrugbare – kloof ontstaat tussen leger en burgermaatschappij (inclusief justitie) die afbreuk zal doen aan de legitimiteit van het WvMS en uiteindelijk de perceptie vanuit het leger op de rechtsstaat. Dit laatste brengt ons op de genoemde tweede consequentie, namelijk de internationalisering van het militair-strafrechtelijk beoordelingssysteem dat inherent verband houdt met het in deze paragraaf gesignaleerde risico van toename van militair-strafrechtelijke aansprakelijkheden. Indien kan worden vastgesteld dat de grondslag voor deze laatste aansprakelijkheden niet langer synchroon loopt met het nieuwe gezicht van militaire interventies in internationaal verband, is een modernisering en internationalisering van het traditionele militair-strafrechtelijke systeem geïndiceerd.

2.3 Naar een modernisering en internationalisering van het militair-strafrechtelijk systeem

Militairen hebben gedragslijnen nodig waaraan zij kunnen vasthouden maar die tegelijk voor hen begrijpelijk zijn. Ieder militair-strafrechtelijk systeem dient derhalve over die spankracht te beschikken zodanig dat, naast de bescherming van de rechtsstaat, hierin ook rekening wordt gehouden met dilemma's en acute beslissingen die militairen tijdens crisisbeheersingsoperaties moeten beslechten en doormaken. Nu crisisbeheersingsoperaties niet persé gelijkgeschakeld kunnen en mogen worden met militair optreden tijdens gevechtsoperaties pur sang, kan worden gezegd dat men hier met andersoortige dilemma's te maken heeft. Een militair in een crisisbeheersingsoperatie staat voor andere afwegingen dan een militair die zich in een pure gevechtsoperatie bevindt.

In het arrest van het Gerechtshof Arnhem van 4 mei 2005 in de zaak Eric O. wordt deze grondgedachte – die onmiskenbaar van het genoemde hervormde militair strafrecht voor buitenlandse missies deel zou moeten uitmaken – onder woorden gebracht aldus dat "Het Openbaar Ministerie zal terzake, net als de militair die op missie wordt gestuurd naar buitenlandse brandhaarden, de nodige "situational awareness" moeten ontwikkelen."¹⁰⁾ Het Hof, sprekend over "buitenlandse brandhaarden," doelt hiermee tevens op het in paragraaf 1 beschreven veranderd karakter van traditionele peacekeeping-operaties naar crisisbeheersingsoperaties in instabiele regio's, zoals in Irak waar Eric O. oprad.

Dit veranderend perspectief brengt inherent tevens een verschuiving met zich mee in het militair-strafrechtelijk toetsingssysteem van het optreden van militairen in dit soort buitenlandse missies. De complexiteit van dit soort militaire interventies met ingewikkelde commandostructuren die behoren bij dergelijke multinationale operaties, maken dat niet langer het WvMS alleen dit toetsingskader kan uitmaken. Internationale normen en richtlijnen van militair-operationele aard, opgesteld door internationale coalities of organisaties zoals de VN, beheersen, naast of mogelijk zelfs in plaats van het nationale recht, internationale crisisbeheersingsoperaties. Dat nationale militaire voorschriften in bepaalde omstandigheden moeten wijken voor internationale militair-operationele normen kan ook volgen uit artikel 93 en 94 van de Grondwet in relatie tot Artikel 5 en 50 e.v. van het Statuut van het Koninkrijk.") Een dergelijke internationaal-militair rechtelijk kader werd

¹⁰⁾ Zie arrest 4 mei 2005 van de Militaire Kamer van het Gerechtshof te Arnhem, parketnummer 21-006275-04, r.o. d van de overwegingen ten overvloede, p. 11.

¹¹⁾ Zie hierna paragraaf 3.

in de zaak Eric O. door het Hof Arnhem onderkend bij de uiteenzetting door het Hof in het arrest van het "juridisch kader" ter beoordeling van het handelen van Eric O. Ofschoon vóór de zaak Eric O. ook andere militaire strafzaken in Nederland hebben gespeeld waarbij internationale regels relevant waren, kent deze laatste zaak specifieke en unieke aspecten van internationaal recht, zoals de betekenis van Rules of Engagement binnen het militair strafrecht.¹²⁾ Op pagina 6 van het arrest wordt onder ad b1 door het Hof overwogen dat "het optreden van de Nederlandse militairen in Irak wordt gelegitimeerd door de resoluties 1483 en 1511 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties," waaraan het Hof toevoegt dat "in laatstgenoemde resolutie, aangenomen op 16 oktober 2003, wordt ondubbelzinnig gesteld dat de Veiligheidsraad "authorizes a multinational force under unified command to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq."

Hieruit volgt dat bepaalde nationaalrechtelijke militaire voorschriften of normen aangevuld of geïnterpreteerd dienen te worden in het licht van een dergelijke overkoepelende internationale normen en richtlijnen. Wat dit in concreto kan betekenen wordt in de volgende paragraaf uiteengezet aan de hand van de zaak Eric O.

2.4 Internationalisering van militair-rechtelijke bevoegdheden en aansprakelijkheden van militairen

De doorwerking van internationaal militair(-operationele) normen en richtlijnen naar het nationale militaire strafrecht, kwam in de zaak Eric O. pregnant in beeld bij de interpretatie van het begrip dienstvoorschrift ex art. 135 WvMS. Wat was het geval? Eric O. was in het bijzonder aangeklaagd wegens schending van de nationale geweldsinstructies die in de tenlastelegging als dienstvoorschriften werden aangemerkt.¹³⁾ Deze schending zou daarin hebben bestaan dat hij op 27 december 2003 tijdens SFIR (de stabilisatie-operatie waaraan de Nederlandse militairen in Zuid-Irak deelnamen) beweerdelijk in strijd met deze nationale geweldsinstructies een tweetal waarschuwingsschoten zou hebben gelost ten gevolge waarvan, aldus de aanklacht, een Irakees burger zou zijn gedood dan wel zwaar lichamelijk letsel zou hebben bekomen. Een ander is strafbaar gesteld in artikel 136 WvMS en artikel 307-309 Wetboek van Strafrecht (WvSr.). De noodzaak tot transformatie van internationaal militair en/of strafrechtelijke normen in het kader van de interpretatie van een nationaal-militair rechtelijk voorschrift als dat van artikel 136 WvMS, dient zich in de zaak Eric O. aan op de volgende wijze.

Artikel 135 van het WvMS bepaalt dat onder een (Nederlands) dienstvoorschrift wordt verstaan een bij of krachtens algemene maatregel van (Rijks)bestuur dan wel een bij of krachtens landsverordening onderscheidenlijk landsbesluit gegeven, besluit dat aan de volgende eisen voldoet:

- een schriftelijk besluit
- van algemene strekking
- dat enig militair dienstbelang betreft en
- een tot de militair gericht ge- of verbod bevat.

¹²⁾ Zie voor een eerdere militaire kwestie met internationaleregels, HR 11 januari 1994, MRT 1994, p. 182.

¹³⁾ Letterlijk zijn deze geweldsinstructies genaamd "SFIR Geweldinstructies" vastgesteld door de Chef Defensie Staf op 24 juli 2003.

De militaire strafkamer van het Hof zag zich gesteld voor de vraag of de internationale geweldsinstructies of zogeheten "Rules of Engagement" (ROE) die het gebruik van geweld door militairen reguleren in het kader van international militaire operaties (inclusief crisisbeheersingoperaties) en deze beheersen, onder de reikwijdte vallen van het Nederlands rechtelijk voorschrift artikel 135 WvMS. Het Hof komt tot een bevestigend antwoord op grond van de volgende redenering:

(i) Het optreden van de internationale stabilisatiemacht is gebaseerd op genoemde VN Resoluties 1483 en 1511;

(ii) Op grond hiervan heeft een aantal landen, waaronder Nederland, met het Verenigd Koninkrijk als "lead nation" een Memorandum of Understanding (MOU) gesloten met betrekking tot deelname aan deze stabilisatieoperatie als onderdeel van de Multinational Division South East (MND SE).

(iii) Nederland heeft deze overeenkomst (MOU) getekend en tot onderdeel van deze MOU zijn door het Verenigd Koninkrijk opgestelde ROE gemaakt.¹⁴⁾

Op grond hiervan concludeert het Hof dat deze internationale Rules of Engagement opgesteld ten behoeve van deze Irakese missie onder het begrip van een Nederlands dienstvoorschrift ex art. 135 jo. 136 WvMS kunnen worden gebracht nu "zij ...een schriftelijk besluit van algemene strekking [vormen], ... overduidelijk een militair dienstbelang [betroffen] en ... tot de militair gerichte ge- en verboden [betreffen]."¹⁵⁾

Het Hof oordeelt in het licht hiervan het tenlastegelegde handelen van Eric O. (mede) op grond van bedoelde internationale ROE behorend bij de Irakese missie. Het overweegt daartoe dat "het feit dat de ROE in het Engels zijn gesteld ... evenmin afdoet aan het karakter van dienstvoorschrift" nu "het internationale karakter van dit soort uitzendingen ...het overwegend gebruik van de Engelse taal nu eenmaal noodzakelijk [maakt]."¹⁶⁾

Onderdeel van deze Britse ROE vormde een bepaalde norm of richtlijn (genaamd ROE nr. 151) die als zodanig niet in de Nederlandse geweldsinstructies was opgenomen. Deze norm omvatte een ruimere bevoegdheid terzake het gebruik van waarschuwingsschoten en wel een die een zelfstandige grondslag bood voor de toepassing van waarschuwingsschoten.¹⁷⁾

Een en ander betekent dat strafrechtelijke aansprakelijkheden voor militairen kunnen worden uitgesloten indien de militair mogelijk wel in strijd met de nationale geweldsinstructies (GI) of the "Aide Memore" (AM) heeft gehandeld¹⁸⁾ maar binnen de grenzen wordt gebleven van de betreffende internationale ROE behorend bij de operatie, zoals ook uitgelegd binnen de kaders uiteengezet door de "commanders intent."") In het verlengde hiervan oordeelt het Hof Arnhem in de zaak Eric O. op pag. 8 dat "het toepassen van niet in het AM of de GI voorzien geweld géén overtreding van een dienstvoorschrift oplevert, als daarbij binnen de grenzen van de ROE wordt geopereerd."

¹⁴⁾ Zie pagina 6 en 7 van het arrest van 4 mei 2005.

¹⁵⁾ Zie pagina 7 arrest.

¹⁶⁾ Ibid.

¹⁷⁾ Deze ROE 151 luidt: "passing of warnings to any person, aircraft, vehicle or vessel by any means in circumstances where MND(SE) forces or elements under MND(SE) protection or the mission are threatened or where the passing of warnings is necessary for purposes of execution of the mission is authorized."

¹⁸⁾ Dit is een aanvulling op de GI voor commandanten waarin een nadere uitleg op de GI wordt gegeven.

¹⁹⁾ Zie ook arrest Hof, o.c., p. 10 onder d.

2.5 Gevolgen van (Internationaal)strafrechtelijke kwalificering van ROE en geweldsinstructies: enkele fundamentele kanttekeningen

Met deze uitspraak lijkt nu – voor het eerst – duidelijkheid te zijn gegeven inzake de strafrechtelijke betekenis en kwalificatie van ROE en geweldsinstructies. Maar is dit werkelijk zo? Dient het arrest van het Hof Arnhem van 4 mei 2005 te worden gelezen als uitstrekkend *tot alle* ROE; hebben nu voortaan *alle* ROE en geweldsinstructies strafrechtelijk te gelden als een "dienstvoorschrift"? Een absolute werking van het arrest van het Hof in deze zin roept een aantal fundamentele vragen op.²⁰⁾

1. Op de eerste plaats kan een strafrechtelijke kwalificatie in deze absolute zin tot gevolg hebben dat het primaire karakter van ROE als zijnde een militair-operationeel document en niet een juridische handleiding voor een commandant of militair, uit het oog wordt verloren. Hieruit kan volgen dat het betwistbaar is of een ROE-document op zichzelf als een dienstbevel in absolute zin en derhalve ook als een absolute strafuitsluitingsgrond kan gelden c.q. een document waarop de militair zich in rechte in alle gevallen kan beroepen ter strafrechtelijke vrijwaring. In het U.K. Compendium of National ROE van 2002²¹⁾ wordt in dit verband opgemerkt in Artikel 14 dat dit ROE compendium "is a guidance document and should not be viewed as a substitute for legal advice." Ook kan dit volgen uit het inleidende artikel 3 van dit Britse ROE compendium inhoudende dat "ROE exists only to give guidance and cannot by themselves guarantee lawfulness of any action." Indien dit zo is, rijst zeker de vraag of het *a priori* catalogiseren van alle ROE als dienstvoorschriften, zonder onderscheid voor wat betreft de aard van het document, niet een in strafrechtelijk opzicht mogelijk onjuiste indruk en verwachting wekt, namelijk dat aan ROE een dergelijk strafrechtelijk verordonnerend alsmede potentieel vrijwarend karakter kan toekomen.

2. Ten tweede, en verband houdend met het voorgaande, moet worden vastgesteld dat aan het vierde vereiste voor het bestaan van een dienstvoorschrift ex artikel 135 WMSR (i.e., het moet gaan om een ge- of verbod) niet steeds lijkt te zijn voldaan ten aanzien van ROE of geweldsinstructies. Immers, volgens de heersende opvatting hebben ROE de functie om "to provide general guidelines on self-defense and specific guidance governing the use of force consistent with mission accomplishment."²²⁾ Ook in het genoemde U.K. Compendium of National ROE van 2002 worden in Artikel 2 ROE gekarakteriseerd als "directions for operational commanders that set out the circumstances and limitations under which armed force may be applied." Dit betekent dat het rechtskarakter van iedere individuele ROE of geweldsinstructie kan verschillen naar gelang het een ge- of verbod inhoudt dan wel een instructienorm. Immers, indien het militaire voorschrift meer de kwalificatie van een instructienorm of taakaanwijzing bevat, is er geen sprake van een dienstvoorschrift.²³⁾

Een andere kwestie betreft de vraag welke rol ROE of daarvan afgeleide geweldsinstructies kunnen spelen binnen het kader van strafuitsluitingsgronden, waarop hierna spe-

²⁰⁾ Ook de verdediging in de zaak Eric O. heeft deze vragen zowel bij de rechtbank als het Hof aan de orde gesteld.

²¹⁾ Dit document werd in 2000 door het Britse Ministerie van Defensie aangenomen onder de titel Joint Service Publications 398.

²²⁾ Deze omschrijving is ontleend aan de UN Standing Rules of Engagement for Peace Enforcement Operations.

²³⁾ Zie ook G.L. Coolen, Militair Straf- en Strafprocesrecht 123 (2004).

cifiek wordt teruggekomen. Deze beschouwing op dit punt concluderend kan worden gezegd dat gelet op het primaire karakter van ROE en daarvan afgeleide geweldsinstructies – als voornamelijk gericht tot operationele commandanten en met name inhoudend operationele aanwijzingen – een absolute strafrechtelijke kwalificatie als dienstvoorschriften ex art. 135 WvMS, zonder enige differentiatie naar gelang het soort/type ROE in kwestie, betwistbaar is.

3. Naar een verruimd toetsing- en interpretatiekader voor militair-strafrechtelijke aansprakelijkheden?

Een meer uniform toetsingskader en model voor de beoordeling van militair-strafrechtelijke aansprakelijkheden tijdens internationale missies, zal in ieder geval, zo volgt uit het voorgaande, de navolgende bouwstenen en elementen moeten bevatten.

3.1 Juridische binding VN-mandaat en Security Council Resoluties: doorwerking naar militair commandant

De belangrijkste en primaire grondslag voor een dergelijk toetsingsmodel is gelegen in het element van de bindende kracht van een VN-mandaat en de doorwerking hiervan naar de militair commandant die een strafrechtelijk verwijt wordt gemaakt. Op grond van artikel 25 en 103 van het VN-Handvest hebben Veiligheidsraad-Resoluties gebaseerd op Chapter VII voor de leden van de VN bindende kracht mits deze resoluties niet "*ultra vires*" zijn. Dit betekent dat deze leden gehouden zijn een dergelijke resolutie (als bindend) uit te voeren.²⁴ De vraag is natuurlijk of deze bindende kracht en werking ook geldt voor individuele militairen. Om de navolgende redenen kan een positief antwoord hierop worden bepleit:

(i) op de eerste plaats kan worden vastgesteld dat daarvoor niet relevant is of militairen "organs of the security council" zijn. Het gaat om de directe werking van zo'n resolutie naar de onderliggende missie c.q. operatie als zodanig. Het feit dat de militair-operationele verantwoordelijkheid eventueel bij de VN of enige andere internationale organisatie ligt, staat evenmin aan een dergelijke doorwerking in de weg.

(ii) Ten tweede, is de bindende werking van Chapter VII resoluties relevant. Deze kan worden gekwalificeerd als volgt: "Article 25 requires all members of the UN to join in implementing such decision (i.e., Article 39 Resolutions)."²⁵ Franck wijst er in dit verband op dat "Failure to adhere to this new law [cursief: GJK] was to be met by decision of the SC acting, first as a *jury* [cursief: GJK] to determine whether there had been a breach of the peace (...) and then deciding what collective measures might appropriately be taken, to put matters right."²⁶ Dit systeem van dwingend (international) recht gemanifesteerd door bindende SC resoluties ex Chapter VII geldt zelfs, aldus Franck, "even if they [deze resoluties; GJK] are enforced by voluntary 'coalitions of the willing'."²⁷

²⁴ Zie hiervoor Susan Lamb, *Legal Limits to UN Security Council Powers, in the Reality of International Law 366-367* (Guy S. Goodwin-Gilland eds, 1999).

²⁵ Zie Thomas M. Franck, *Recourse to Force, State Action Against Threats and Armed Attacks 20* (2004).

²⁶ *Id.*

²⁷ Zie Franck, o.c. p. 27.

Anders gezegd, dit "post-War Charter-based system" terzake militaire interventie in internationale kwesties legt dus het primaat, grondslag en "jury-oordeel" niet bij de nationale staten, maar bij de Security Council (SC) zelf. Het zou derhalve in strijd zijn met de ratio van dit systeem indien de individuele militair in de uitoefening van een dergelijke SC-resolutie er niet op zou mogen vertrouwen dat dit systeem voor hem/haar rechtsbescherming biedt als hij/zij binnen de mandaat-grenzen blijft, zoals in het geval van Eric O. Nu deze vorm van directe doorwerking, mogelijk zelfs binnen het kader van een strafuitsluitingsgrond, ook uit het systeem van het VN-Handvest zelf kan volgen kan hieraan in de strafrechtelijke context in voorkomende gevallen niet voorbij worden gegaan.²⁸⁾

(iii) Ten derde bestaat er een ander precedent dat een vorm van directe werking van SC-resoluties naar individuele militairen ondersteunt. Het Openbaar Ministerie te Arnhem bracht in 1999 een rapport uit naar aanleiding van een strafrechtelijk onderzoek naar beweerdelijke misdrijven gepleegd door leden van het Nederlandse (UNPROFOR) bataljon (Dutchbat) in Srebrenica, waaronder verwijten inzake bedreigingen en mishandeling van burgers. Het Openbaar Ministerie oordeelde dat er geen grond voor strafrechtelijke vervolging bestond van de Nederlandse militairen. In het bijzonder meende het Openbaar Ministerie dat het internationaal Humanitair Oorlogsrecht niet van toepassing was nu Dutchbat geen partij bij het conflict was geworden alsmede dat de "gevechtshandelingen" waarbij Dutchbat betrokken was niet het mandaat zoals neergelegd in SC-resolutie 836 had overschreden. Dit laatste zou impliceren dat, volgens het Openbaar Ministerie, leden van Dutchbat ook geen oorlogsmisdrijven konden hebben gepleegd.²⁹⁾ Het feit derhalve dat de justitiële autoriteiten hier het handelen van de leden van een VN-vredesmacht (UNPROFOR) direct toetste aan een SC-resolutie, dit in het kader van een beweerdelijk strafrechtelijk handelen, ondersteunt de aanname van directe doorwerking van dit soort resoluties naar de individuele militair.

3.1.1 Doorwerking SC-Resoluties naar nationaal niveau: juridische basis

Na de vraag te hebben beantwoord of SC-resoluties feitelijk kunnen doorwerken naar individuele militairen, dient de vraag zich aan naar de juridische basis hiervoor. Kunnen dergelijke SC-Resoluties juridisch inderdaad doorwerken naar het nationaalrechtelijk niveau in die zin dat individuele militairen hieraan rechten kunnen ontlenuen binnen het kader van een eventuele strafrechtelijke verdenking verband houdend met de uitoefening van hun functie tijdens een militaire missie in het buitenland. Een bevestigend antwoord kan worden afgeleid uit de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Uit deze artikelen volgt namelijk dat bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties (zoals de SC) die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, bindende kracht hebben en zelfs zodanig dat deze besluiten Nederlands recht (WvMS) opzij kunnen zetten. Nu het WvMS een Rijkswet betreft gelden via de artikelen 5 en 50 e.v. van het Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden bedoelde artikelen 93 en 94 van de Grondwet ook voor een Rijkswet en komt hieraan derhalve dezelfde juridische doorwerking toe. Het zal echter van de aard, strekking en formulering van de betreffende resolutie afhangen of deze in concreto ook een doorwerking naar de individuele militair zal hebben in het kader van een strafzaak. Dit zal dus per geval bezien moeten worden.

²⁸⁾ Zie ook Franck, o.c.

²⁹⁾ Zie Memorandum Openbaar Ministerie Arnhem, TK 1999-2000, 26122, nr. 17; zie voor een bespreking hiervan, Zwanenburg, o.c. p. 243-244.

Daarmee is tevens gezegd dat de vraag of een internationale militaire missie plaatsvindt in het kader van het begrip "tijd van oorlog" ex artikel 71 a WvMS, in dit verband geen doorslaggevende betekenis heeft.³⁰⁾ Teneinde de relevantie te beoordelen van de juridische doorwerking van een Veiligheidsraad Resolutie naar de individuele militair, gaat het derhalve primair om een beoordeling van de feitelijke omstandigheden ter plaatste, welke veelal ook aan het betreffende mandaat en de resolutie zelf ten grondslag zijn gelegd, en niet zozeer om de juridische kwalificatie van een bepaalde situatie door de politiek.

3.1.2 Teleologische interpretatie van SC-resoluties in verband met doorwerking

Hieruit volgt dat in strafrechtelijke zin een SC resolutie steeds eerst naar doel en strekking zal moeten worden geanalyseerd (teleologische interpretatie) wil deze voor de militair een doorwerking hebben. Beziet men bijvoorbeeld de SC-Resoluties die aan SFIR (de stabilisatiemissie in Zuid-Irak waaraan Nederland deelnam en binnen het kader waarvan de zaak Eric O. zich voltrok) ten grondslag lagen dan komen de Veiligheidsraad Resoluties 1483 en 1511 in beeld.

Op de eerste plaats zal in dat verband steeds moeten worden nagegaan of het militair optreden plaatsvindt op grond van hoofdstuk VI of VII van het VN-Handvest. De genoemde resoluties zijn gebaseerd op hoofdstuk VII van het VN-Handvest hetgeen betekent dat deze een bindende kracht toekomt op grond van artikel 25 van het VN-Handvest en dit voor alle VN-leden. Deze vaststelling vormt reeds een belangrijke interpretatie factor voor het beoordelen van een mogelijk strafrechtelijk verwijt gericht aan een militair beweerdelijk gepleegd in de context van een dergelijke hoofdstuk VII operatie.

Bij wege van voorlopige conclusie kan dan ook worden vastgesteld dat, zo het dergelijke resoluties betreft die aan een militair-operationele missie ten grondslag zijn gelegd, de inhoud van deze internationale instrumenten:

directe doorwerking kan hebben voor de individuele militaire commandant die binnen dit kader optreedt in die zin dat deze aan dit soort resoluties onder omstandigheden rechten kan ontnemen die ook zijn of haar strafrechtelijke verwijtbaarheid kunnen beïnvloeden;³¹⁾

en deze instrumenten als zijnde een hogere regeling (i.e., een SC Chapter VII resolutie) mogelijk als (bevoegd gegeven) ambtelijke bevelen ex artikel 42 Sr. kunnen worden gekwalificeerd, waarop de commandant mag en zelfs dient af te gaan.")

Derhalve zal op de eerste plaats nauwkeurig moeten worden nagegaan hoe precies de betreffende Veiligheidsraad Resolutie is geformuleerd in relatie tot militair-operationeel optreden en de interpretatiekaders die hiervoor mogelijk in een dergelijke resolutie zijn uiteengezet. Ook hier kunnen de genoemde resoluties 1482 en 1511 als voorbeeld dienen.

Resolutie 1483 stelt op pagina 2 dat "determining that the situation in Iraq (...) continues to constitute a threat to international peace and security" waarbij het onder punt 1 op pagina 2 "Appeals to Member States (...) to assist the people of Iraq in their efforts to reform their institutions (...) and to contribute to conditions of stability and security in Iraq

³⁰⁾ Zie voor de betekenis van dit begrip "tijd van oorlog" in het huidige tijdsgewricht, G.L. Coolen, Het OM en de Krijgsmacht, in *Ars Aequi*, p. 358-360 (2005).

³¹⁾ Zie G.J. Alexander Knoops, *The Prosecution and Defense of Peacekeepers under International Criminal Law* chapter III, paragraaf 4 (2004).

³²⁾ Zie hierna, paragraaf 4.

in accordance with this resolution."

Deze laatste woorden creëren ondubbelzinnig de internationaalrechtelijke gelegitimeerde grondslag voor het optreden van een militair commandant in het kader van een op deze resolutie gebaseerde stabilisatieoperatie. Hieraan kan tevens worden ontleend dat deze grondslag als overkoepelend interpretatiebeginsel heeft te gelden voor het optreden van een dergelijk commandant indien deze bijvoorbeeld wordt verweten een dienstbevel ex art. 136 WvMS dan wel enig ander nationaalrechtelijk voorschrift te hebben overtreden.

Dit overkoepelend interpretatiebeginsel vindt ook steun in punt 4 van Resolutie 1483, waar expliciet als mandaat wordt gegeven "to promote the welfare of the Iraqi people through (...), including in particular working towards the restoration of conditions of security and stability (...)."

Tenslotte vindt deze werking van resolutie 1483 ook steun op pagina 3 onder (i) waarin als sub-opdracht/taak van SFIR 2 is opgenomen: "encouraging international efforts to promote legal and judicial reform." De woorden "legal and judicial reform" laten zeker de conclusie toe dat het militair operationeel optreden in het kader van een stabilisatieoperatie binnen deze context zal kunnen worden geïnterpreteerd.

(ii) Veelal staan Veiligheidsraad Resoluties niet op zichzelf maar worden deze opgevolgd en nader geduid door andere resoluties. Dit betekent dat de internationaalrechtelijke grondslag voor het beoordelen van het handelen van een militair binnen een dergelijk internationaal kader veelal ook moet worden geplaatst binnen het bestek van het geheel van dergelijke resoluties. In het voorbeeld van SFIR diende zich naast Resolutie 1483 ook aan Resolutie 1511. Lezing hiervan leert dat deze resolutie een tweetal aanvullende en belangrijke interpretatiefactoren bevat voor een strafrechtelijke beoordeling van het handelen van een militair (commandant) binnen het bestek van de operatie:

op p. 1 wordt wederom vastgesteld dat "(...) the situation in Iraq (...) continues to constitute a threat to international peace and security." Dit vormt zeker de internationaalrechtelijke grondslag voor "Force Protection," en kan dus het handelen van een militair legitimeren zoals Eric O.

Een tweede interpretatiefactor relevant voor een strafrechtelijke beoordeling van het handelen van een individuele militair valt te lezen in de paragrafen 13 en 14 van bedoelde resolutie, waarin staat:

"13. Determines that the provision of security and stability is essential to the successful completion of the political process as outlined in paragraph 7 above and to the ability of the United Nations to contribute effectively to that process and the implementation of resolution 1483 (2003), and authorizes a multinational force under unified command to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq, including for the purpose of ensuring necessary conditions for the implementation of the timetable and programme as well as to contribute to the security of the United Nations assistance Mission for Iraq, the Governing Council of Iraq and other institutions of the Iraqi interim administration, and key humanitarian and economic infrastructure;

14. Urges Member States to contribute assistance under this United Nations mandate, including military forces, to the multinational force referred to in paragraph 13 above;"

Deze passages uit SC resolutie 1511 richten zich direct tot individuele militairen. In het bijzonder de woorden "authorizes a multination force under unified command" maar zeker ook de woorden in paragraaf 14 "including military forces" laten de conclusie toe dat de richtlijnen zoals vervat in deze resolutie verder strekken dan alleen lidstaten, en ook zien op de militairen van deze lidstaten zelf.

Het is derhalve zaak dat dergelijke resoluties nauwgezet door zowel Openbaar Ministerie, verdediging en rechterlijke macht worden geanalyseerd indien men van doen heeft met een strafrechtelijke verdenking jegens een militair verband houdend met handelen binnen het kader van een operatie gebaseerd op een Veiligheidsraad Resolutie. Daarbij zal dus in het bijzonder acht geslagen moeten worden op twee factoren:

(a) De vraag of een dergelijke resolutie zich expliciet (mede) richt tot de individuele militair. Genoemde Resolutie 1511 spreekt bijvoorbeeld in paragraaf 13 over "authorizes a multinational force under unified command" en "to take all necessary measures." Deze laatste woorden zien met name op de uitvoerende militairen.

(b) Ten tweede, de vraag of daarenboven dergelijke resoluties zich tot specifieke groepen individuen richten die onder bescherming van de betreffende multinational force vallen. In het voorbeeld van Resolutie 1511 wordt in paragraaf 13 gesproken over "to contribute to the security of the United Nations assistance Mission for Iraq." Ook dit kan een directe doorwerking impliceren.

Dit soort parameters zijn derhalve van eminent belang om bijvoorbeeld de gewelddinstructies functioneel te kunnen uitleggen indien en voorzover hierin wordt gesproken over de wijze van geweldsaanwending door militairen in dit soort militaire missies, alsmede hoe bijvoorbeeld een begrip als "force protection" moet worden geduid.

3.2 Relevantie van nationale instrumenten ter implementatie van Veiligheidsraad Resoluties en internationale ROE

Op de tweede plaats kan de bindende kracht van Veiligheidsraad Resoluties en de daaruit voortvloeiende directe doorwerking naar de individuele militair, veelal ook worden ontleend aan bepaalde nationale instrumenten die beogen deze resoluties te implementeren. In dit soort situaties zullen Openbaar Ministerie, verdediging en rechterlijke macht oog moeten hebben voor dergelijke nationale instrumenten. In het bijzonder kan worden gedacht aan:

- (i) een specifieke operatie-aanwijzing van bijvoorbeeld de Chef Defensiestaf (CDS); en
- (ii) operatiebevelen van de eenheidscommandanten zelf die veelal ter plaatste worden uitgegeven.

Dit soort nationale instrumenten bevatten in de meeste gevallen belangrijke elementen voor de beoordeling van bedoelde bindende kracht, de interpretatie van nationale gewelddinstructies en zelfs de doorwerking van internationale ROE naar de individuele militair.

Zo kwam in het hoger beroep in de zaak Eric O., naast de orders van de betreffende bataljonscommandant, de zogeheten Operatie-aanwijzing nr. 100 van CDS in beeld waaraan in dit kader een bindende status kon worden toegekend. In dit laatste nationale instrument was op pagina 2 onder ad 6 als een van de "kritische succesfactoren" opgenomen de

factor om" binnen het mandaat op te treden conform de ROE, de nationale geweldsinstructie, de SOFA, MOU (...)." Daarmee kregen de ROE directe werking voor de individuele militair.

Dergelijke nationale instrumenten zijn ook al hierom van belang dat deze nader inzicht kunnen verschaffen omtrent de vraag of internationale ROE wel bij de individuele militair of commandant als bekend verondersteld mogen worden, een aspect dat werd opgeworpen door het Openbaar Ministerie in het hoger beroep tegen Eric O.³³⁾

Concluderend kan dan ook worden gezegd dat SC-resoluties nooit op zichzelf staan; de beoordeling van de exacte directe werking zal mede afhangen van de documenten waarmee uitvoering wordt gegeven aan de resolutie op nationaal niveau.

3.3 Nationaalrechtelijke implementatie

Op de derde plaats, en in feite de derde pijler van het hier geschetste toetsingsmodel, zijn daar een aantal specifieke toetsingscriteria voortkomend uit de twee hiervoor uiteengezette pijlers die het internationaalrechtelijke kader van militaire operaties implementeren en transformeren naar het nationale recht. Daartoe is thans een aantal toetsingscriteria ontwikkeld die mede kunnen worden afgeleid uit het genoemde arrest van het Hof van 4 mei 2005 en als volgt kunnen worden weergegeven:

Indien strafrechtelijke verwijten in deze context van crisisbeheersingsoperaties worden gerelateerd aan de onderliggende (nationale) geweldsinstructies, dienen zich de volgende vier toetsingsfactoren zich aan:

- (i) de aard van dit soort operaties welke factor uiteraard ook een international dimensie heeft nu Rules of Engagement veelal zowel een nationale alsook internationaalrechtelijke kant hebben;
- (ii) ten tweede het genoemde overkoepelend ROE toetsingskader. Het Hof Arnhem heeft in het arrest van 4 mei 2005 naast deze twee toetsingsfactoren voor de beoordeling van strafrechtelijke aansprakelijkheden van militairen in dit verband, nog een derde en vierde factor geformuleerd die van invloed zijn op de vaststelling van militair strafrechtelijke aansprakelijkheden.

(iii) Als derde factor introduceert het Hof op pagina 11 van het genoemde Eric O. arrest onder sub d. dat "het Openbaar Ministerie ... terzake, net als de militair die op missie wordt gestuurd naar buitenlandse brandhaarden, de nodige "situational awareness" moet ontwikkelen." Met deze derde factor wordt in feite de vervolgingsvrijheid van het Openbaar Ministerie inzake militairen in dit soort situaties aan bepaalde beperkingen onderworpen. De vraag is wat de juridische sanctie zou kunnen zijn indien het Openbaar Ministerie aantoonbaar faalt in het toepassen van deze "situational awareness" in een bepaald geval, in het bijzonder of zulks bijvoorbeeld de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie kan raken. Voorstelbaar is dat indien, achteraf gezien, een bepaalde ver-

³³⁾ Het OM stelde onder meer dat de internationale (Britse) ROE geen bindende kracht toekwam binnen het kader van de nationale strafzaak tegen Eric O. omdat deze ROE als onvoldoende bekend verondersteld kon worden bij het lager militaire kader.

volging van een militair in flagrante zin strijdig is met het concept van "situational awareness" bij de vervolgende autoriteiten en daardoor het gehele opsporingsonderzoek voor de desbetreffende militair hoogst onzorgvuldig heeft plaatsgevonden zodanig dat een eerlijk proces ex artikel 6 lid 1 EVRM *de facto* niet meer mogelijk is, een niet-ontvankelijk verklaring van het Openbaar Ministerie niet kan worden uitgesloten.³⁴⁾

(iv) Als vierde factor, een die verband houdt met de derde factor, accentueert het Hof de (discretionaire) beoordelingsvrijheid die een militair commandant ("commander on scene") dient toe te komen in het kader van het al dan niet toepassen van (vormen van) geweld tijdens (buitenlandse) missies.³⁵⁾ Deze beoordelingsvrijheid kan derhalve aansprakelijkheidsbeperkend werken indien en voorzover de militair blijft binnen de (redelijke) grenzen van de genoemde ROE en geweldsinstructies en hij/zij een redelijk gebruik van deze discretionaire vrijheid heeft gemaakt.

4. De Rol van ROE en geweldsinstructies binnen het kader van (internationale) strafuitsluitingsgronden

Een welhaast onontgonnen strafrechtelijk-dogmatisch onderwerp betreft de vraag naar de betekenis van ROE of geweldsinstructies binnen het stelsel van (internationale) strafuitsluitingsgronden. Of en in hoeverre kan gebruik van geweld door een militair binnen de marges van ROE en geweldsinstructies al dan niet een beroep op een rechtvaardigings- of schulduitsluitingsgrond wettigen als deze militair vervolgens wordt vervolgd terzake een vermoedelijk gepleegd misdrijf. Deze situatie kan zich mogelijk voordoen op zowel nationaal als internationaal strafrechtelijk niveau.

4.1 ROE en het nationaal strafrechtelijke stelsel van strafuitsluitingsgronden

Een vraag waaraan in genoemd arrest van 4 mei 2005 door de militaire strafkamer van het Gerechtshof Arnhem niet behoefde te worden toegekomen, ofschoon dit verweer wel door de verdediging (subsidiar) werd gevoerd, betreft die naar het strafuitsluitend karakter van ROE en geweldsinstructies, in het bijzonder of deze instrumenten als ambtelijke bevelen ex art. 43 Sr kunnen gelden. Bepleitbaar is dat dergelijke instructies wellicht inderdaad onder het bereik van het begrip "ambtelijk bevel" kunnen worden geschaard.³⁶⁾ Immers de wetstekst van art. 43 Sr bevat geen limitatieve opsomming van datgene wat onder een ambtelijk bevel dient te worden verstaan. Een dergelijk bevel behoeft namelijk niet te zijn gegeven voor een concreet geval maar kan ook bestaan uit een algemene, op schrift gestelde, instructies om in bepaalde situaties op een specifieke wijze te handelen.³⁷⁾

Tevens zal er ten aanzien van militaire geweldsinstructies sprake zijn van een bevoegd gezag, hetzij gelegen in een wettelijke grondslag dan wel gelegen in bijvoorbeeld een VN-

³⁴⁾ Mits dan voldaan is aan de criteria van de Hoge Raad uiteengezet in de Zwolsman- en Karman zaak; zie HR NJ 1996, 249 respectievelijk HR NJ 1999, 567; zie voor een analyse van deze arresten, G.J. Knoops, Het Zwolsman arrest vanuit rechtsvormend perspectief: de opkomst van de morele-ethische dimensie van de (niet-) ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de vervolging wegens onbehoorlijk overheidsoptreden, *Ars Aequi*, mei 2005, p. 386-393.

³⁵⁾ Zie pagina 10 onder d. van het arrest.

³⁶⁾ Zie hiervoor ook G.G.J. Knoops, De (inter)nationaal strafrechtelijke betekenis en implicaties van geweldsinstructies voor buitenlandse militaire missies, *Delikt&Delinkwent*, afl. 6, p. 602-621 (2004).

³⁷⁾ Zie hiervoor onder meer Wemes in *Tekst & Commentaar Strafrecht*, 4e druk, p.286.

mandaat zoals in het geval van de multinationale stabilisatie macht voor Irak waar immers de VN-Veiligheidsraad Resolutie 1483 de politieke en juridische basis vormde voor de Nederlandse deelneming.³⁸⁾

Ten slotte, is ten aanzien van militaire geweldsinstructies ook sprake van het bestaan van een, op een publiekrechtelijke rechtsband gebaseerde, zeggenschapsrelatie tussen een bevelgever en een bevolene waarbij sprake is van een functionele relatie³⁹⁾ welke band ook kan bestaan bij een buitenlandse bevelvoerder.⁴⁰⁾

In het licht van de kwalificatie van ROE/geweldsinstructies als dienstvoorschriften door de militaire strafkamer van het Hof in de zaak Eric O. lijkt deze redenering (i.e., dat ROE de werking kan toekomen van ambtelijke bevelen) dichterbij te zijn gekomen. Aan de andere kant is het zo dat de strafbepalingen inzake schendingen van het dienstbevel zoals neergelegd in het Nederlandse Wetboek van Militair Strafrecht, in algemene zin aangeven dat slechts sprake kan zijn van een strafbaar feit onder meer indien door niet-opvolging van een dergelijk bevel levensgevaar voor een ander of gemeen gevaar voor goederen ontstaat of is te duchten, dan wel niet-opvolging iemands dood ten gevolge heeft gehad.⁴¹⁾ Dit kan er juist op wijzen dat strikte naleving van militaire geweldsinstructies, onder omstandigheden, wellicht juist niet geboden is namelijk indien door naleving daarvan een dergelijk levensgevaar voor anderen of goederen met zich meebrengt. Deze vaststelling zou derhalve een argument kunnen vormen voor de relativiteit van de aan dergelijke geweldsinstructies te verbinden rechtskracht, inclusief de eventuele werking als ambtelijk bevel. Deze werking zal wellicht per geval bekeken moeten worden en kan niet in absolute zin aan iedere ROE of geweldsinstructie worden ontleend.

Een dergelijke, meer casuïstische benadering van militaire geweldsinstructies laat op zich dus wel de mogelijkheid open dat bij strafrechtelijke vervolging van handelingen die binnen de geweldsinstructie vallen, deze instructie kan fungeren als een mogelijke strafuitsluitingsgrond.⁴²⁾

Daarbij komt dat een absolute kwalificatie van militaire geweldsinstructies in bovenbedoelde zin tevens het gevaar in zich bergt dat dan voorbij wordt gegaan aan het belang van teleologische interpretatie die men ook in strafrechtelijk opzicht terzake zal moeten toepassen. Daarnaast bestaat dan het gevaar dat geen appel meer wordt gedaan op de eigen moreel-ethische verantwoordelijkheid van de militair commandant die uiteindelijk de regie voert bij de praktische toepassing van deze instructies "on the scene." Dit kan natuurlijk niet de bedoeling zijn van een toepassing van art. 43 lid 1 Sr.; een ambtelijk bevel laat anders gezegd de eigen strafrechtelijke verantwoordelijkheid van een militair commandant in bepaalde gevallen onverlet. Inderdaad, een militair is "... no longer regarded as an unthinking automaton..."⁴³⁾

³⁸⁾ Zie hiervoor ook de eerder genoemde brief van de drie Ministers aan de Voorzitter van de TK van 28 november 2003, p. 2.

³⁹⁾ Zie Wemes, o.c. p. 286.

Coolen, o.c. p. 62-63.

⁴¹⁾ Zie C.L. Coolen, Militair Straf- en Strafprocesrecht p. 82 (2000).

⁴²⁾ Zie hiervoor ook publicatie Defensiekrant d.d. 4 maart 2004 p. 1

⁴³⁾ Zie Leslie C. Green, The Contemporary Law of Armed Conflict p. 306 (2000).

4.2 ROE binnen het stelsel van internationaal strafrechtelijke rechtvaardigings- of schuld-uitsluitingsgronden

Op het internationaal strafrechtelijk vlak rijst de vraag of en in hoeverre ROE of geweldsinstructies een rol toekomt binnen het leerstuk van "superior orders", een leerstuk dat binnen het internationaal strafrecht jurisprudentieel is afgebakend en waarvan de reikwijdte thans is neergelegd in artikel 33 van het Statuut van het Internationaal Strafhof. Ofschoon de strafuitsluitingsgrond van "superior orders" is uitgesloten in bepaalde internationale strafrechtelijke instrumenten, zoals bijvoorbeeld het Statuut van het Neurenberg Tribunaal en de Statuten van zowel het Joegoslavië en Rwanda Tribunaal, laat artikel 33 van het Statuut van het Internationaal Strafhof op zich de mogelijkheid open dat dit verweer onder omstandigheden kan worden gevoerd, zij het dat in dat geval aan drie cumulatieve voorwaarden moet zijn voldaan:

1. Op de verdachte (militair) moet een juridische verplichting rusten om bepaalde bevelen op te volgen;
2. de verdachte mag niet bekend zijn met het feit dat het betreffende bevel onrechtmatig was; en
3. het betreffende bevel mag niet "manifestly unlawful" zijn.

In dit opzicht sluiten deze criteria aan bij (internationaal) strafrechtelijke rechtspraak op dit onderwerp zoals de Llandovery Castle case⁴⁴⁾ en de befaamde strafzaak tegen de Amerikaanse luitenant Calley inzake de "My Lai"-slachting in Vietnam.⁴⁵⁾

"Superior orders" als strafuitsluitingsgrond binnen het internationaal strafrecht kan derhalve niet worden ingeroepen indien er sprake is van een "manifest" onrechtmatig bevel of "order." In artikel 33 lid 2 van het Statuut van het Strafhof wordt getracht dit begrip "manifest" te concretiseren door vast te leggen dat bevelen teneinde genocide of misdrijven tegen de menselijkheid te begaan sowieso als "manifestly unlawful" zijn aan te merken. De vraag blijft echter wat in overige gevallen als zodanig moet worden verstaan; ook dit zal sterk afhangen van de omstandigheden van het geval.

Ten aanzien van de vraag of ROE of geweldsinstructies binnen dit bereik van het genoemde artikel 33 kunnen worden gebracht, kan wellicht in zijn algemeenheid worden opgemerkt dat aanwending van geweld door een militair dat binnen de marges van ROE of geweldsinstructies blijft, maar mogelijk wel resulteert in een overtreding van internationaal strafrechtelijke normen, niet zonder meer "manifestly unlawful" is. Immers, de individuele militair mag in beginsel op de rechtmatigheid van de inhoud van ROE/geweldsinstructies vertrouwen. Daar komt bij dat in het geval van ROE/geweldsinstructies uitgevaardigd door nationale of internationale autoriteiten ook voldaan lijkt aan de genoemde criteria ad 1. en 2.

Echter, ook hier past de kanttekening dat het op voorhand in absolute termen kwalificeren van ROE/geweldsinstructies als "superior orders" niet zonder bezwaren is in strafrechtelijk-dogmatisch opzicht. ROE en geweldsinstructies zijn, zoals bleek, primair gericht op militair-operationele doeleinden waarbinnen de aanwending van geweld een

⁴⁴⁾ 1923-1924, 2 Ann. Dig. 436, German Reichsgericht Leipzig.

⁴⁵⁾ United States v. Calley, 22 USMCA 534, 1973.

geheel eigen karakter heeft.⁴⁶⁾

Ook hier verdient het de voorkeur om de strafrechtelijke rechtskracht van ROE en geweldsinstructies inclusief de mogelijk (internationaal) strafrechtelijke disculperende werking ervan, per geval en per document ROE en geweldsinstructies te beoordelen in plaats van een *a priori* toekenning van een strafuitsluitende kwalificering in absolute zin.

Dit geldt ook voor de intrigerende vraag of een militair commandant in recht een strafuitsluitingsgrond toekomt, indien hij kan aantonen in een bepaald geval een verzoek te hebben gedaan aan zijn superieuren om de vigerende ROE te wijzigen met het oog op een bepaalde operationele situatie, maar dit wordt geweigerd en er vervolgens een conflict met normen van internationaal humanitair oorlogsrecht ontstaat. Kan de betreffende commandant zich er vervolgens op beroepen dat hij door weigering van zijn ROE-verzoek niet de "superior orders" had om op te treden? Of dat hij zelfs alles heeft gedaan binnen zijn macht om te mogen optreden maar zulks wordt geweigerd en hem dus geen verwijt treft? Al deze vragen liggen nog open in de rechtspraak.

5. Conclusies: toepassing van het beginsel van "a reasonable officer on the scene"

Strafrechtelijke aansprakelijkheden voor militairen die mogelijk kunnen opkomen tijdens internationale crisisbeheersingsoperaties lijken controversieel mede in het licht van de beoordelingsvrijheid die aan een commandant dient toe te komen.⁴⁷⁾ Dit geldt zeker voor die welke door het Openbaar Ministerie worden gelieerd aan een beweerdelijke schending van "dienstvoorschriften" ex art. 135 WvMS tijdens (internationale) militaire operaties in of buiten VN-verband, met name indien deze gestelde schending op zich weer wordt gebaseerd op een beweerdelijke overtreding van ROE dan wel nationale geweldsinstructies.

Dit artikel toont aan de complexiteit van situaties waarmee militairen tijdens buitenlandse operaties kunnen worden geconfronteerd, divers is. De (internationaal) strafrechtelijke kwalificatie van ROE en militaire geweldsinstructies is evenzeer complex zodat het de voorkeur verdient een dergelijke kwalificatie niet alleen op grond van louter een grammaticale interpretatie van de inhoud van dit soort documenten te laten plaats vinden.⁴⁸⁾ Aangetoond is dat de onderliggende aard en betekenis van ROE en geweldsinstructies, wil men deze althans in strafrechtelijke zin doen kwalificeren c.q. vertalen, noodzakelijkerwijs een teleologische benadering en interpretatie met zich brengt zowel als het gaat om de bewijsrechtelijke connotatie daarvan als hun betekenis als potentiële strafuitsluitingsgronden. De verscheidenheid aan moreel-ethische dilemma's en tegelijk verantwoordelijkheden voor militair commandanten tijdens de in dit opstel beschreven missies, lijkt voor een dergelijke benadering steun te bieden.⁴⁹⁾ Wellicht dat, in navolging van de interpretatie door de Amerikaanse rechter van de Fourth Amendment van de Amerikaanse Constitutie,⁵⁰⁾ ook op dit punt gekozen zou

⁴⁶⁾ Zie ook Knoops, o.c. p. 619.

⁴⁷⁾ Zie ook pagina 10 van het arrest van het Hof Arnhem van 4 mei 2005, a.w., onder sub d.

⁴⁸⁾ Zie ook Knoops, o.c. p. 620.

⁴⁹⁾ Zie ook Ted Westhusing, o.c. p. 18.

⁵⁰⁾ Deze Amendment ziet op het verbod tot onredelijke inbeslagneming waarbij is uitgemaakt dat dodelijk geweld in het kader hiervan alleen in bepaalde gevallen toegestaan is.

kunnen worden voor het criterium dat het handelen van een militair commandant "objectively reasonable" moet zijn geweest als het gaat om de toepassing van geweld, waarbij deze beoordeling ook dient plaats te vinden op grond van de omstandigheden van het geval waarmee de betreffende militair wordt geconfronteerd.⁵¹⁾ Dan zou de strafrechtelijke kwalificatie van ROE en geweldsinstructies veeleer dienen plaats te vinden vanuit het perspectief van "reasonable officer on the scene" waarbij ook gekeken kan worden naar "the officer's subjective motivation, the subject's state of mind, and facts (un)known to the officer."⁵²⁾ Deze benadering door Amerikaanse rechters van de betreffende Fourth Amendment zou inderdaad passen bij de in dit artikel voorgestane teleologische benadering van het fenomeen van ROE en militaire geweldsinstructies. Maar ook zou het criterium van "a reasonable soldier" meer recht doen aan respect voor de omstandigheden van het geval die zich ten tijde van de handhaving van ROE en geweldsinstructies voordeden.⁵³⁾ Daarbij zal, zoals gebleken in dit artikel ook de internationale context en de onderliggende internationale instrumenten van de betreffende militaire operatie een belangrijke interpretatieve rol spelen bij de vaststellingen van aansprakelijkheden voor militaire commandanten. In die zin is een internationalisering van dit leerstuk onontkoombaar.

⁵¹⁾ Zie *Graham v. Connor*, 490 US 386 (1989).

⁵²⁾ Deze factoren zijn ontleend aan een aantal andere Amerikaanse uitspraken, namelijk *Bell v. Wolfish*, 441 US 520, 59 (1979), *Pena v. Leombrune*, 200 F.3d 1031 (7th Cir. 1999), *Reese v. Anderson*, 926, F.2d 494 (5th Cir. 1991); zie ook *Ted Westhusing*, o.c. p.

⁵³⁾ Zie ook *Green*, o.c. p. 308.

Bevelen en voorschriften in het strafrecht: het arrest in de zaak O. is geen grondslag voor aanpassing van het militaire strafrecht

door

DRS. J.F.R. BODDENS HOSANG¹⁾

Inleiding

Het arrest van het Hof te Arnhem in de zaak Eric O.²⁾ heeft om een aantal begrijpelijke redenen geleid tot juridische analyses en nabeschouwingen³⁾. Er bestaat een gedachte-stroom binnen de Nederlandse (militair-) juridische wereld die in de zaak O. en met name in het arrest van het Hof in die zaak aanleiding ziet om het Wetboek van Militair strafrecht (WMSr) aan een herziening te onderwerpen⁴⁾. Een aantal van de daaraan ten grondslag liggende juridische argumenten zijn echter niet nieuw, waardoor bovengenoemde zaak in bepaalde opzichten eerder een gelegenheidsargument lijkt te zijn om oude stokpaardjes van stal te halen. Een van de meest gangbare van deze argumenten is de leeftijd van het Wetboek en de vermeende scheefgroei tussen de militair strafrechtelijke systematiek en de "moderne" vormen van militaire operaties⁵⁾. Een tweede stroming meent in het arrest een grondslag te lezen voor een nieuwe status van de Rules of Engagement (ROE) voor militaire operaties als zelfstandig strafuitsluitend middel in het recht. Deze benadering ziet in de uitspraak van het Hof een noodzaak om ROE als (absolute) strafuitsluitingsgrond in het recht te doen opnemen⁶⁾. In dit artikel worden deze benaderingen aan een nadere beschouwing onderworpen, teneinde het gemeenschappelijke uitgangspunt – de noodzaak tot wijziging van het WMSr – te toetsen.

Voorschriften en bevelen in het strafrecht

Om de strafrechtelijke betekenis van de door het arrest bepaalde "nieuwe" status van ROE als dienstvoorschrift te kunnen bepalen, dienen eerst duidelijk van elkaar te worden onderscheiden de vier voor deze discussie relevante vormen van bevel of voorschrift zoals deze in het Nederlandse (militaire) strafrecht voorkomen. Deze vormen zijn:

- het wettelijk voorschrift uit artikel 42 van het Wetboek van strafrecht (Sr.);
- het ambtelijk bevel uit artikel 43 Sr.;

¹⁾ Senior juridisch beleidsmedewerker bij de Directie Juridische Zaken van het Ministerie van Defensie en thans werkend aan een proefschrift over ROE

²⁾ LJN AT4988, Gerechtshof Arnhem, 4 mei 2005.

³⁾ J.E.D. Voetelink, "Inzet van Nederlandse militairen en de Rules of Engagement", *Carré*, 2005 nr. 5 (ook gepubliceerd op <http://www.atlcom.nl/AOCbredaVoetelink.htm>) en M.D. Fink, "Ontwikkelingen rondom het militaire strafrecht naar aanleiding van het strafproces tegen Eric O.", *MRT*, 2005 nr. 7, zijn hiervan voorbeelden.

⁴⁾ Zie onder andere: Fink, op. cit., p. 237 e.v., Knoops, "De (inter)nationaal strafrechtelijke betekenis en implicaties van geweldsinstructies voor buitenlandse militaire missies", in *Delikt en Delinkwent*, 2004, p. 620.

⁵⁾ Fink, op. cit. en Knoops, op. cit.

⁶⁾ Voetelink, op. cit., zij het in veronderstellende zin. Vóór het arrest werd deze benadering reeds gehanteerd door onder andere F. Thomas, "VN 'Rules of Engagement.' Een strafrechtelijke benadering" in *Rede en Recht* (de "Keijzer bundel"), p. 101, en W.B. Kroon en M. Jacobs, "Rules of Engagement: Een verkenning" in *Militaire Spectator*, 1997, p. 127.

⁷⁾ Het woord is tussen aanhalingstekens geplaatst, omdat de onderwerpelijke status (die van strafrechtelijk afdwingbare militaire bevelsvorm) mutatis mutandis in sommige landen in het buitenland reeds lange tijd de gangbare status van ROE is.

- het dienstbevel uit artikel 125 van het Wetboek van Militair Strafrecht (WMSr.); en
- het dienstvoorschrift uit artikel 135 WMSr.

Over het wettelijk voorschrift behoeft in dit (toegegeven uiterst summiere) overzicht weinig te worden gesteld, nu deze vorm in de zaak Eric O. geen rol van betekenis heeft gespeeld. De verhouding van het wettelijk voorschrift tot de ROE en de hierna te bespreken uitwerkingvormen van de ROE is duidelijk: een wettelijk voorschrift kan niet slechts bestaan uit bevoegdheidsverlenende instructies, maar dient de taak of plicht van de adres-sant duidelijk voor te schrijven⁸⁾; de ROE en de uitwerkingvormen daarvan kenmerken zich nu echter juist door hun bevoegdheidsverlenende aard en het ontbreken van gebie-dende opdrachten tot handelen⁹⁾.

Het ambtelijk bevel moet aan een aantal hierna te noemen eisen voldoen, maar geldt voor de ontvanger van het bevel als strafuitsluitingsgrond indien hij binnen de grenzen van subsidiariteit en proportionaliteit¹⁰⁾ het bevel uitvoert en daardoor niettemin aan de delicts-omschrijving van enig strafbaar feit voldoet¹¹⁾). Het bevel is slechts dan bevoegd, indien er een op publiekrecht gebaseerde gezagsverhouding bestaat tussen de bevelgever en de bevolene¹²⁾ en het bevel binnen de wettelijk bepaalde bevelgevende bevoegdheid van de bevelgever past.¹³⁾ Over de verhouding tussen ambtelijke bevelen en de ROE volgt ver-derop in dit artikel een nadere beschouwing.

Een dienstbevel is volgens art. 125 WMSr. een opdracht van een meerdere aan een min-dere, niet zijnde van algemene strekking¹⁴⁾), dat enig dienstbelang betreft. Uit deze omschrij-ving volgt dat de aard, inhoud en strekking van dienstbevelen ruimer kunnen zijn dan die welke van toepassing zijn op ambtelijke bevelen. Een dienstbevel kan onder bepaalde omstandigheden met een ambtelijk bevel worden vereenzelvigd, maar vanzelfsprekend is dat beslist niet. Slechts indien de aard en inhoud van het bevel voldoen aan de eisen van een ambtelijk bevel, vindt een dergelijke samenloop plaats. Alsdan ontleent het bevel eventue-le strafuitsluitende werking echter aan het zijn van ambtelijk bevel in de zin van artikel 43 Sr.. De wet kent immers aan dienstbevelen geen zelfstandige strafuitsluitende werking toe. Ook de verhouding tussen dienstbevelen en ROE wordt hierna besproken.

Als laatste categorie geldt het dienstvoorschrift zoals omschreven in artikel 135 WMSr. Dit betreft een bevoegd gegeven¹⁵⁾ opdracht van algemene strekking, dat enig dienstbelang betreft, en ge- of verboden bevat. Het Hof te Arnhem heeft inmiddels vastgesteld dat, in ieder geval in de casus in de zaak O., de ROE tot deze categorie behoren. De gevolgen

⁸⁾ C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer, *Strafrecht: Tekst en Commentaar*, Kluwer, 2004 (hierna: Cleiren). Aant. 4 onder b) bij artikel 42 Sr. en ook T.J. Noyon, G.E. Langemeyer en J. Remmelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, Kluwer (hierna: Noyon), aant. 3 bij artikel 42 Sr. Dit laat onverlet de ove-rige eisen die voor een wettelijk voorschrift gelden. Deze worden hier niet besproken, nu de ge-noemde eis reeds een relatie met ROE uitsluit.

⁹⁾ Zie onder andere mijn bijdrage aan het MRT van oktober 2003, afl. 9.

¹⁰⁾ Cleiren, aant. 4 onder d. bij art. 43; Noyon, aant. 4 bij art. 43.

¹¹⁾ De strafuitsluiting voor "enig" aldus gepleegd feit kent echter wel uitzonderingen in de wet. Zie bijvoorbeeld artikel 11, eerste lid, van de Wet internationale misdrijven.

¹²⁾ Cleiren, aant. 4 onder a. bij art. 43; Noyon, aant. 2 bij art. 43. Deze verhouding kan ook tijdelijk zijn en beperkt zich niet tot structurele gezagsrelaties.

¹³⁾ Cleiren, aant. 4 onder c. bij art. 43; Noyon, aant. 1 bij art. 43. Het tweede lid van artikel 43 behan-delt het geval dat het bevel niet bevoegd was gegeven, maar de ontvanger te goeder trouw aannam dat zulks wel het geval was en het bevel paste binnen de werkingssfeer van de gezagsrelatie. Dit geval is voor onderhavige discussie echter niet relevant en wordt hier niet verder behandeld.

¹⁴⁾ Th.W. van den Bosch, c.s., *Militair straf- en tuchtrecht*, Kluwer (hierna: Bosch), aant. 2 bij art. 125 WMSr.

¹⁵⁾ Zie Bosch, aant. 2 bij art. 135 WMSr. voor de bron van deze parafrase van de wettekst.

daarvan worden hierna besproken.

Het arrest van het Hof te Arnhem in de zaak Eric O.

Hoewel het arrest van het Hof veel stof tot nadenken heeft opgeleverd en evenzoveel stof voor juridische analyses, is voor deze discussie slechts een tweetal aspecten daarvan van belang. Als eerste, en feitelijk de kern van de het arrest, geldt: ROE zijn aan te merken als dienstvoorschriften. Deze vaststelling plaatst de ROE niet alleen op eenduidige wijze in het hierboven uiteengezette stelsel van bevelen in het strafrecht, maar geeft bovendien nadere richting aan een in de literatuur veel gevoerd debat over de strafrechtelijke aard van ROE en hun door sommigen betwiste rol als grondslag voor strafbaar handelen¹⁶⁾.

De strafbaarheid van schendingen van de ROE kan na het arrest echter niet meer tot vragen leiden, althans wat betreft de wettelijke basis daarvoor. Schendingen van dienstvoorschriften zijn immers in artikel 136 WMSr strafbaar gesteld. Daarbij is niet relevant dat de regels in de ROE doorgaans de vorm hebben van toestemmingen in plaats van dwingende bevelen tot handelen en, daardoor en wegens het ontbreken van gebiedende taal, de indruk kunnen geven adviserend van aard te zijn. Het stelsel van de ROE op zich is duidelijk: geweldgebruik is slechts toegestaan voor zover het in lijn is met het gestelde in de ROE¹⁷⁾). Ook is niet relevant dat de ROE slechts kunnen worden begrepen in een bepaalde, operatie-specifieke context. Zo zullen de ROE steeds moeten worden toegepast in de context van het mandaat voor de operatie, of de vertaling daarvan in operationele bevelen en opdrachten, en zullen zij moeten worden toegepast binnen de grenzen van de, overigens nagenoeg altijd eveneens in de ROE gestelde, eisen van subsidiariteit en proportionaliteit. Deze interactie tussen de context en de ROE geeft op zich reeds het belang van naleving van de ROE aan: zij zijn één van de essentiële middelen om de uitvoering van de operatie te kunnen sturen. Overtreedt men de ROE, dan overtreedt men niet zomaar een beleidsregel of een vrijblijvende aanwijzing, maar een cruciaal uitgangspunt voor rechtmatig en operationeel doelmatig optreden.

Of een dergelijke vervolging behalve rechtens mogelijk ook tevens opportuun is, is uiteraard aan het Openbaar Ministerie. Dat zal steeds aan de hand van de feiten en de uitkomst van het gebeurde in relatie tot de schade daarvan aan de rechtsorde moeten bepalen of een zaak dient te worden vervolgd. Dat is echter niets nieuws en is altijd de rol van de openbare aanklager in een deugdelijke rechtstaat. Het arrest in de zaak Eric O. heeft die rol van het OM niet veranderd, maar juist bevestigd¹⁸⁾. Hoewel het altijd mogelijk is om van buitenaf twijfels te hebben over de uitkomst van een dergelijke afweging door het OM in een specifieke zaak, geeft noch het arrest, noch het justitiële stelsel in Nederland ook maar enige grondslag voor een herziening van deze rol van het OM.¹⁹⁾ Bovendien moet

¹⁶⁾ Knoops, op. cit. Ook in buitenlandse literatuur wordt deze rol wel betwist. Zie bijvoorbeeld Ubeda-Saillard, "L'invocabilité en droit interne des règles d'engagement applicables aux opérations militaires multinationales" in *Revue Générale de Droit International Public*, 2004, en Wolusky, "Combat Crime: Rules of Engagement in Military Courts Martial" in *The Military Law and Law of War Review*, 1999.

¹⁷⁾ Zo ook het Hof in de zaak Eric O., dat aan de voor dienstvoorschriften geldende eis van het bevatten van ge- en verboden niet liet afdoen "dat de ROE eerst en vooral ook bevoegdheden omschrijven, aangezien overschrijding van die bevoegdheden steeds verboden is."

¹⁸⁾ Zie de overwegingen van het Hof ter zake de ontvankelijkheid van het OM en ook de overige opmerkingen van het Hof aan het adres van het OM: niet de vervolging, maar specifieke aspecten van de wijze waarop de vervolging werd gevoerd waren aanleiding voor enige kritiek.

¹⁹⁾ Voor aan afwijkende mening, zie: Brenninkmeijer, "Vredesmacht voor de rechter", in NJB 2005-22, p. 1125.

niet uit het oog worden verloren dat een toetsing van geweldgebruik tijdens overheidsop-
treden niet alleen vanzelfsprekend is in een rechtstaat, maar ook voordelen heeft in het
kader van de sociale aanvaardbaarheid van het militaire optreden.²⁰⁾

ROE en de zaak Eric O. als grondslag voor herziening van de wet

De vaststelling dat ROE dienstvoorschriften (kunnen) zijn en de constatering dat schen-
dingen van de ROE strafrechtelijk vervolgbaar zijn levert op zich geen reden op om het
militaire strafrecht aan te passen. De toenemende aandacht voor ROE is een neveneffect
van de toenemende complexiteit van militaire operaties en de rol die ROE daarin spelen.
De noodzaak om sturing te geven aan handelingen die bepalend kunnen zijn voor het ver-
dere verloop van een militaire operatie zal immers toenemen naarmate de politieke of
publicitaire gevolgen van die operatie toenemen. Militairen zullen zich dan ook in toene-
mende mate bewust moeten zijn van de soms juridische en soms politieke grenzen aan hun
optreden zoals verwoord in de ROE, alsmede van het risico van strafrechtelijke vervolging
bij overtreding daarvan. Om daaraan de conclusie te verbinden dat zulks een onredelijke
last plaatst op de schouders van de militairen en dat deze rol van het strafrecht bij de ROE
moet worden voorkomen is echter een miskenning van de capaciteiten van de Nederlandse
militairen en een verkeerde uitleg van de uitkomsten van de Eric O. zaak.

Achter het begrip "ROE" gaat een gelaagd systeem van dienstvoorschriften schuil. De
aanduiding "ROE" wordt in dat systeem doorgaans gebruikt voor de hoofdlijst met
genummerde instructies met verboden en toestemmingen, die meestal door de niet-
Nederlandse commandant wordt vastgesteld. Daaronder bevindt zich nog een aide-
memoire (AM), zijnde een vereenvoudigde versie van de ROE bedoeld voor het kader, en,
op het laagste niveau, een instructiekaart geweldgebruik (IK) met alleen de hoofdregels
die van belang zijn voor individuele geweldsaanwending tot en met het laagste niveau.
Deze systematiek houdt niet alleen verband met het verwachtbare opleidingsniveau op de
verschillende rangsniveaus waarop deze regels en kaarten worden verspreid, maar ook met
de verantwoordelijkheden die op de betreffende niveaus gelden. Zo zijn de regels voor het
inzetten van wapensystemen die alleen op bataljonsniveau kunnen worden ingezet niet
relevant voor de individuele soldaat, maar wel voor de bataljonscommandant.

Er dient dan ook voor te worden gewaakt dat het feit dat de eigenlijke ROE over het
algemeen alleen begrijpelijk zijn in relatie tot de daaraan ten grondslag liggende hogere
rechtsbases (zoals mandaatresoluties) wordt gebruikt als reden waarom de individuele
militair een onredelijke last zou dragen. De last in deze context rust immers niet op de
individuele militair, maar op de schouders van hen die uit de ROE een heldere AM en IK
moeten abstraheren, alsmede op de schouders van hen die het gehele stelsel van geweld-
gebruik in een gegeven operatie in de vorm van missiegerichte opleidingen en trainingen
aan alle uit te zenden militairen, ongeacht de rang, moeten uitleggen en het begrip daar-
van moeten zekerstellen. De individuele militair dient te weten wanneer, in welke mate en
tegen wie hij geweld mag gebruiken met de middelen die hij of zij ter beschikking heeft
en in de situaties waarin hij of zij zelfstandig moet besluiten om wel of niet geweld toe te
passen. Die stelling geldt ongeacht het functieniveau van de betrokken militair, hoewel de
hoeveelheid daarvoor benodigde kennis en de complexiteit daarvan uiteraard toeneemt
naarmate de functie hoger wordt. Kennis van *alle* voor de operatie relevante (rechts)regels
op *alle* niveaus is daarvoor echter niet vereist.

²⁰⁾ P.A.L. Ducheine en G.F. Walgemoed, "Militair functioneel geweld en de positie van militairen na
'rake zaken'", in *Militaire Spectator*, 2005, p. 48.

De zorg dat militairen "zomaar" zullen worden vervolgd voor enkel het uitvoeren van hun taak kan niet worden gebaseerd op de Eric O. zaak en evenmin op het huidige stelsel van het militaire strafrecht. Zoals ook het Hof in de overwegingen ter zake de ontvanke-lijkheid van het OM opmerkte, waren ten tijde van de oorspronkelijke vervolgingsbeslis-sing voldoende feiten aanwezig om strafrechtelijk onderzoek van belang te achten. Zoals opgemerkt was de kritiek van het Hof dan ook niet gericht op deze beslissing, als wel op delen van de daaropvolgende wijze van uitvoering. De zaak Eric O. is, met andere woor-den, niet indicierend voor de "of" vraag, maar eerder voor de "hoe" vraag waar het de straf-rechtelijke toetsing van militair geweld betreft. Het "hoe" is echter, althans wat betreft de onderwerpen die door het Hof worden bekritiseerd, geen onderdeel van het recht en kan dan ook geen grondslag zijn voor aanpassing van die wetten of het stelsel dat zij onderbouwen.

Evenmin kan worden geconcludeerd dat de hierboven genoemde toegenomen com-plexiteit van militaire operaties en de kans dat geweldgebruik aan strikte en soms com-plexe regels wordt gebonden automatisch zal leiden tot een toename in het aantal strafza-ken. Een dergelijke toename kan noch feitelijk, noch aannemelijk worden onderbouwd. Het incident dat aanleiding was voor de zaak Eric O. vond plaats in december 2003. Sindsdien hebben zich nog vele gevallen van geweldgebruik voorgedaan, zowel in de ope-ratie in Irak als in de overige operaties waaraan Nederlandse militairen deelnamen of nog deelnemen. Niettemin hebben zich sinds december 2003 geen nieuwe, met de zaak Eric O. vergelijkbare strafzaken voorgedaan.

Een toename van het aantal strafbare feiten gerelateerd aan de ROE of de complexiteit van militaire operaties is ook niet aannemelijk. Het kennisniveau van de Nederlandse krijgsmacht, de opleidingen, de verwerking van "lessons learned", enz., groeit immers in samenspel met de ontwikkelingen in de feitelijke operaties. Het adagium dat men altijd traint voor de vorige oorlog is in zoverre onjuist, dat de Nederlandse krijgsmacht als onderdeel van de thans bijna afgeronde reorganisatie zowel wat betreft samenstelling als wat betreft opleiding en voorbereiding geheel is toegesneden op expeditionair optreden in het kader van complexe internationale vredesmissies²¹⁾. Een aanname dat deze moderne Nederlandse krijgsmacht niet in staat zou zijn om de complexiteit van dergelijke operaties te bevatten of om zich de evenzo complexe "spelregels" voor het voeren van dergelijke operaties eigen te maken en na te leven, doet de Nederlandse militairen ernstig te kort.

ROE als strafuitsluitingsgrond: het bevoegd gegeven ambtelijk bevel

In het overzicht van bevelen en voorschriften in het strafrecht werd reeds aangegeven dat de rol van enkele daarvan in relatie tot de ROE nader zou worden beschouwd. Hoewel het Hof duidelijk heeft vastgesteld dat de ROE en de daaronder geplaatste documenten als dienstvoorschrift hebben te gelden, is een dergelijke beschouwing niettemin van belang. Zoals eveneens in datzelfde deel van dit artikel werd aangetoond, kan immers een samen-loop van de genoemde bevelen en voorschriften plaatsvinden. De aanduiding als dienst-voorschrift in de zaak Eric O. sluit dan ook niet uit dat, onder de specifieke omstandighe-den van een andere casus, de ROE²²⁾ óók als ambtelijk bevel kunnen gelden.²³⁾

Het Hof heeft in het arrest in de zaak Eric O., aangegeven waarom de ROE als dienst-

²¹⁾ Zie onder andere de behandeling van de begroting van het Ministerie van Defensie in de Staten-Generaal in 2003 en 2004. Kamerstukken 28 600 X, 29 200 X nr. 2 en 29 800 X.

²²⁾ In de rest van dit deel zal om reden van noodzakelijke beperkingen in de omvang van dit artikel de term ROE worden gebruikt. Het hierin gestelde geldt echter evenzo voor de AM en IK.

²³⁾ Ducheyne en Walgemoed, op.cit. noot 20, zijn hier stellig in en geven aan dat ROE door vast-stelling door de CDS de status van ambtelijk bevel krijgen (p. 66).

voorschrift dienen te worden aangemerkt. Omdat zij als zodanig werden aangemerkt, werd vervolgens het primair ten laste gelegde niet bewezen. Immers, nu het handelen paste binnen het hogere dienstvoorschrift (de ROE), was er geen sprake van schending van het aan dat hogere dienstvoorschrift onderworpen lagere dienstvoorschrift (de AM, c.q. de IK).

Wat betreft het subsidiair ten laste gelegde, dood door schuld, nam het Hof eerst de resoluties van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties die aan de operatie ten grondslag lagen in beschouwing. Uit deze resoluties concludeerde het Hof de bevoegdheid ten principale tot het optreden en het daaraan gekoppelde geweldgebruik in Irak²⁴). Als tweede stap gold de verwerking van het mandaat in concrete opdrachten en de prioriteitstelling door de operationele commandant. Hiertoe nam het Hof de "commander's intent" in overweging. ROE gelden immers zelf nooit als taaktoewijzing, maar hebben slechts relevantie als regels voor geweldgebruik en daaraan gerelateerde handelingen voor zover noodzakelijk bij de uitvoering van elders aangegeven taken²⁵). Geweldsaanwending dient dan ook, wil zulks rechtmatig zijn, binnen de grenzen van zowel de (in operationele opdrachten vertaalde) gemandateerde taken te blijven als binnen de grenzen van de ROE. Dat de handelingen van Eric O. binnen de grenzen van de ROE bleven, was dan ook de essentiële derde constatering in de beoordeling door het Hof.

De vierde en vijfde vereisten die door het Hof in ogenschouw werden genomen betroffen de subsidiariteit en de proportionaliteit van het handelen. Zoals bekend was het Hof van oordeel dat het handelen van Eric O. ook aan deze vereisten voldeed. Hierop volgde de vrijspraak van Eric O.

Het verschil tussen een dienstvoorschrift en een dienstbevel rust met name op twee pijlers: de bevoegdheid tot het geven daarvan en de strekking daarvan. Wat betreft de bevoegdheidseis, wordt deze ten aanzien van het dienstbevel niet langer gesteld aan de gever van het bevel²⁶). Hoewel dit op zich niet relevant is voor de onderhavige discussie, is een andere grondslag voor de bevoegdheid tot het geven van dienstbevelen wel van belang: de "meerderde" in artikel 125 WMSr. dient, behoudens inzet van het nog nooit toegepaste remediuin van artikel 75a WMSr., een Nederlandse meerdere te zijn. Thans worden alle niet-Nederlandse ROE door de Nederlandse Chef Defensiestaf²⁷) "herbekrachtigd en opnieuw uitgegeven, zodat aan dit vereiste wordt voldaan zonder de weg van 75a WMSr. te hoeven bewandelen.

Het tweede criterium, de strekking, is onderwerp van een meningsverschil. Coolen meent dat ROE niet van algemene strekking zijn en derhalve als dienstbevel, en niet als dienstvoorschrift, dienen te worden aangemerkt²⁸). Het Hof oordeelde echter, zonder nadere uitleg daarvoor, dat ROE wel van algemene strekking zijn. Voor de beoordeling van de rol van ROE als strafuitsluitingsgrond is dit echter niet van belang. Immers, noch het dienstbevel, noch het dienstvoorschrift geniet zelfstandig strafuitsluitende werking. Zoals aan het begin van dit artikel werd aangevoerd, ontlenen militaire bevelen – en overigens ook voorschriften – eventuele strafuitsluitende werking aan een samenloop met het wettelijk voorschrift uit artikel 42 Sr. (hetgeen voor ROE niet opgaat) of met het bevoegd gegeven ambtelijk bevel uit artikel 43 Sr. Hoewel de aanduiding van ROE in militair-strafrechtelijke zin, dus als dienstbevel of als dienstvoorschrift, grote gevolgen heeft voor de

²⁴) De fundamentele bepaling daarvoor is te vinden in paragraaf 13 van resolutie 1511 van 16 oktober 2003, waarin het vereiste "authorizes" te vinden is voor de vredesmacht, alsmede de "all necessary means" autorisatie en de taak waarvoor die autorisatie wordt verleend.

²⁵) Zie onder andere J.A. Roach, "Rules of Engagement", in *Naval War College Review*, Vol. 36, 1983.

²⁶) Zie over de achtergronden en gevolgen hiervan Bosch, aant. 3 bij art. 125 WMSr.

²⁷) Thans de Commandant der Strijdkrachten.

²⁸) G.L. Coolen, "Geweldsinstructies vanuit strafrechtelijk oogpunt bezien", in *MRT*, 2003, p. 377 - 378.

vervolgning en strafdreiging bij overtreding van de ROE, gaat een verdere beschouwing hieromtrent te ver voor dit artikel, nu de uitkomst daarvan niet bepalend is voor de strafuitsluitende werking daarvan.

De mogelijke status van ROE als bevoegd gegeven ambtelijk bevel wordt door het Hof niet behandeld. Een strafuitsluitende werking van de ROE was in de zaak Eric O. dan ook niet nodig, nu de vrijspraak reeds volgde uit de hierboven weergegeven beoordeling van de casus. In de literatuur wordt daarentegen de ambtsinstructie voor de politie en de Koninklijke marechaussee, gebaseerd op artikel 8 van de Politiewet 1993, wel als ambtelijk bevel in de zin van artikel 43 beschouwd²⁹⁾). Het verschil tussen deze ambtsinstructie en ROE is over het algemeen echter verwaarloosbaar.³⁰⁾ Ook de wettelijke eisen die gelden ten aanzien van het bevoegd gegeven ambtelijk bevel zijn bij toepassing op ROE niet zonder meer te verwerpen.

Een op publiekrecht gebaseerde gezagsverhouding is ten aanzien van de militaire meerdere ten opzichte van de militaire mindere ontegenzeggelijk aan de orde. Ook kan niet worden ontkend dat het geven van bevelen ter zake geweldgebruik tijdens een militaire operatie binnen de bevelsbevoegdheid past van een "force commander". Wat betreft de wettelijke basis voor die bevoegdheid dient wat betreft de bevelen zelf te worden gekeken naar de regels van het internationale recht waarop de operatie is gebaseerd³¹⁾). De toewijzing van die bevoegdheid aan de "force commander" volgt uit diens aanstelling en de commandostructuur voor de operatie. Tot slot erkent de literatuur dat voor de status van ambtelijk bevel niet vereist is dat het bevel mondeling of specifiek is; ook schriftelijke bevelen van meer algemene aard kunnen hieronder vallen.³²⁾

Er is dan ook voldoende grondslag om de status van ROE als ambtelijk bevel aan te nemen. Leidt zulks dan tot absolute strafuitsluiting indien het handelen binnen de ROE valt? Coolen acht zulks "een brug te ver"³³⁾) en ook Jörg acht een dergelijk absolute strafuitsluitende werking van de ROE niet aan de orde³⁴⁾). Waar Coolen een dergelijke werking van de ROE onwenselijk acht om redenen van mogelijke onvolledigheid van de ROE op essentiële onderdelen, is de benadering van Jörg gebaseerd op de ook voor een beroep op een ambtelijk bevel fundamentele vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit. Slechts indien het geweldgebruik én binnen de ROE viel, én subsidiair was én proportioneel was, kan van de strafuitsluitende werking van de ROE als ambtelijk bevel in de zin van artikel 43 Sr. sprake zijn. Een dergelijke analyse van het gedrag, beginnend met de grondslag voor het bevel, de inhoud van het bevel en vervolgens de subsidiariteit en proportionaliteit van het gedrag, lijkt daarbij verdacht veel op de stappen die het Hof doorliep om tot de vrijspraak van Eric O. te komen. Daarbij hanteerde het Hof de aanduiding "ambtelijk bevel" echter niet en had zulks ook niet nodig om tot de bekende uitkomst te komen.

Deze observatie leidt tot een belangrijke conclusie. Op grond van het bovenstaande kan immers worden vastgesteld dat een eventuele rol van ROE als ambtelijk bevel in de zin van

²⁹⁾ Cleiren, aant. 4 onder d. bij art. 43 Sr.; Noyon, a contrario redenerend, aant. 3 bij art. 42 Sr.

³⁰⁾ Zie voor een soortgelijk oordeel: P.A.L. Ducheine en G.F. Walgemoed, MRT 2004-7, p. 322.

³¹⁾ Dat internationaalrechtelijke regels een dergelijke werking kunnen hebben wordt in de literatuur erkend. Zie onder andere D. Hazewinkel-Suringa (voortgezet door J. Rummelink), *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, 1991, p. 316, en N. Jörg, "Een opmerking over de reikwijdte van het beroep op ambtelijk bevel en een opmerking over de delictkeuze van de officier van justitie, in *militaribus*", in *MRT*, 2003 afl. 9, p. 391 - 392.

³²⁾ Cleiren, aant. 4 onder a. bij art. 43 Sr.; Noyon, aant. 3 bij art. 43 Sr.

³³⁾ Coolen, op. cit. noot 25, p. 382 bovenaan.

³⁴⁾ N. Jörg, "Een opmerking over de reikwijdte van het beroep op ambtelijk bevel en een opmerking over de delictkeuze van de officier van justitie, in *militaribus*", in *MRT*, 2003 afl. 9, p. 391, alsmede N. Jörg, "De zaak Clegg: noodweer I self-defence en de Rules of Engagement" in *MRT*, 1996, p. 54.

artikel 43 Sr. niet nodig is om toch tot vrijspraak te leiden. Bovendien kan worden vastgesteld dat zelfs indien de ROE toch de fel begeerde status van ambtelijk bevel verdienen, zij nog steeds niet als zodanig tot absolute strafuitsluiting leiden³⁵). Een absolute strafuitsluitende werking van de ROE is dus zowel onmogelijk als (blijkbaar) onnodig. Tot slot kan worden opgemerkt dat indien ROE als ambtelijk bevel gelden, zij dus reeds vallen onder een bestaande strafuitsluitingsgrond. Een wetswijziging op dit punt is dan ook overbodig en onwenselijk.

Conclusie

Het militaire straf- en strafprocesrecht is niet dood en, hoewel wellicht ten dele wat op leeftijd geraakt³⁶), evenmin door de zaak Eric O. als achterhaald te beschouwen. Sterker nog, het arrest van het Hof in die zaak heeft juist aangetoond dat het recht flexibel genoeg is om de moderne wijze van militaire taakuitvoering en de complexe internationale context van militaire operaties moeiteloos in de weg van de feiten mee te nemen. Zo ook ten aanzien van "nieuwe" operationele standaarddocumenten zoals de ROE, AM en IK.

Dat de ROE als dienstvoorschrift moeten worden gezien is uit rechtswetenschappelijke optiek interessant, maar kan voor de praktijk van geweldstoepassing nauwelijks verschil opleveren. Het is immers niet echt aannemelijk dat militairen aan wie deze regels en instructies als geruime tijd zijn uitgedeeld vóór het arrest de mening waren toegedaan dat het slechts vrijblijvende suggesties waren. Dat ze met de status van dienstvoorschrift strafrechtelijk afdwingbaar zijn zal voor velen dan ook slechts in zoverre verbazingwekkend zijn, dat zulks pas in dit arrest is vastgesteld en niet altijd al het geval zou zijn geweest. De militaire wereld wordt immers in belangrijke mate gekenmerkt door bevelen en gezag en door hiërarchie. Dat het niet opvolgen van door commandanten opgedragen instructies tot problemen leidt, is daarin een vanzelfsprekendheid.

Een absoluut strafuitsluitende werking van ROE is onhaalbaar vanwege de immer te stellen eisen van subsidiariteit en proportionaliteit. Ook bij een status van ROE als bevoegd gegeven ambtelijk bevel in de zin van artikel 43 Sr. komt aan de ROE niet een dergelijk absolute strafuitsluitende werking toe. Hoewel voldoende grond bestaat om ROE inderdaad als ambtelijke bevelen te beschouwen, vervalt daarmee tevens de noodzaak om de wet aan te passen. Zij vallen dan immers reeds onder een bestaande strafuitsluitingsgrond.

Militaire operaties worden inderdaad steeds complexer en zijn inderdaad in toenemende mate afhankelijk van politieke en juridische kaders die de afweging om wel of niet geweld toe te passen in een gegeven operatie een zware beslissing maken. Het absoluut vrijwaren van militairen van iedere kans op vervolging voor het nemen van – achteraf – wellicht de verkeerde beslissing is echter niet mogelijk. Aandringen op een dergelijke benadering roept daarentegen mogelijk verwachtingen op die niet kunnen worden waargemaakt en roept mogelijk (misplaatste) angstbeelden op over het lot van de geweldgebruikende militair bij afwezigheid van een dergelijk absolute zekerheid. Een gedegen vorm van onderwijs aangaande ROE en een realistische uiteenzetting van het militaire strafrecht lijken dan ook een meer doeltreffender benadering dan het nastreven van hervormingen van het gehele rechtstelsel. De beste zekerheid die aan militairen gegeven kan worden is immers nog altijd de waarheid, hoe prozaïsch die ook moge zijn.

³⁵) Gesteld kan worden dat aan al het geweldgebruik altijd de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit moeten worden gesteld. Dit blijkt uit alle hierin aangehaalde literatuur, waaronder Cleiren, Noyon en Jörg.

³⁶) Hierbij valt te denken aan de grondslag voor de voorgenomen aanpassing van art. 71 WMSr.

Juridische consequenties van het MOU, De zaak Eric O.

door

LTKOL MR JOOP VOETELINK¹⁾

Inleiding

Afspraken over internationale militaire samenwerking worden in de meeste gevallen vastgelegd in Memoranda of Understanding (MOU's). Jaarlijks worden binnen Defensie diverse van deze internationale beleidsakkoorden afgesloten over zeer uiteenlopende onderwerpen. Zij kunnen zich beperken tot de uitwisseling van enkele militairen of de opleiding van bepaalde groepen personeel. Maar ook meer omvattende onderwerpen lenen zich voor regeling in een MOU. Voorbeelden zijn de Nederlandse deelname aan het Joint Strike Fighter project²⁾ en de samenwerkingsafspraken bij internationale militaire operaties zoals Operation Enduring Freedom (OEF) en de Stabilisation Force in Iraq (SFIR).

Zonder twijfel is het MOU een belangrijk instrument voor Defensie, zeker in een tijd die zich kenmerkt door toenemende internationale samenwerking. Toch is regelgeving op dit gebied beperkt en verschijnt zelden literatuur of jurisprudentie. Des te opvallender zijn de schaarse momenten dat iets nieuws te melden valt. Dit is het geval met een vonnis dat in dit tijdschrift geen verdere introductie behoeft: de uitspraak in hoger beroep in de strafzaak tegen Eric O.³⁾ Hierin merkt de militaire kamer van het Gerechtshof in Arnhem een onderdeel van een MOU aan als een juridisch handhaafbaar dienstvoorschrift in de zin van het Wetboek van Militair Strafrecht (WMSr).⁴⁾

Een MOU kenmerkt zich naar Nederlandse inzichten door het niet-juridisch verbindende karakter.⁵⁾ De uitspraak van het Hof brengt hierin geen wijziging. Wel wordt hierdoor benadrukt dat een MOU juridische consequenties kan hebben. Een aspect waar Nederlandse richtlijnen over MOU's weinig tot geen aandacht aan besteden. In deze korte bijdrage ga ik na of de richtlijnen op dit punt moeten worden aangepast. In de eerste paragraaf zal ik daartoe kort ingaan op de aard en de totstandkoming van MOU's. Aansluitend behandel ik de juridische consequenties die het Hof verbindt aan een onderdeel van het SFIR-MOU. Vervolgens komt aan de orde of de huidige MOU-richtlijnen van Buitenlandse Zaken en Defensie aansluiten bij de uitspraak. Afgesloten wordt met een samenvatting en conclusie.

Het Memorandum of Understanding

De juridische grondslag voor internationale samenwerking wordt in de meeste gevallen gelegd in internationale verdragen in de zin van het Weens Verdragenverdrag.⁶⁾ Voor mili-

¹⁾ Schrijver is docent recht aan de Koninklijke Militaire Academie te Breda. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

²⁾ Vooralnog betreft het de System Development and Demonstration Phase (SDD).

³⁾ Gerechtshof Arnhem, militaire kamer, 4 mei 2005, MRT juni 2006, p. 213.

⁴⁾ Artikel 135 WMSr luidt: '*Onder dienstvoorschrift wordt verstaan een bij of krachtens algemene maatregel van Rijksbestuur of van bestuur dan wel een bij of krachtens landsverordening onderscheidenlijk landsbesluit gegeven schriftelijk besluit van algemene strekking dat enig militair dienstbelang betreft en een tot de militair gericht ge- of verbod bevat.*'

⁵⁾ Zie Rapport van het Ministerie van Buitenlandse Zaken, Memoranda of Understanding, maart 2002.

⁶⁾ De Weense Conventie inzake het verdragenrecht van 23 mei 1969 omschrijft in art. 2, eerste lid, onder a, 'verdrag' als: '*an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation.*'

taire samenwerking is dit niet anders. Zo vinden de bondgenootschappelijk inspanningen hun basis in het oprichtingsverdrag van de Noord-Atlantische Verdragsorganisatie (NAVO).⁷⁾ De belangrijkste onderdelen van die samenwerking zijn vervolgens uitgewerkt in verdere verdragen. Naast het sluiten van verdragen is de praktijk ontstaan om ook op minder formele wijze samenwerkingsafspraken vast te leggen in wat in de Nederlandse regelingen wel wordt aangeduid als administratieve akkoorden of internationale beleidsafspraken.⁸⁾ Deze *'administratieve overeenkomsten tussen ministers of staatssecretarissen of hoge ambtenaren van verschillende landen voor wat betreft onderwerpen aangaande het hun toegewezen departement of vakgebied'*⁹⁾ worden in de praktijk verschillend benoemd. Voorbeelden zijn Arrangement, Memorandum of Agreement, Implementing Instruction et cetera. Ik houd me in deze bijdrage aan de binnen Defensie meest gebruikelijke term: MOU.¹⁰⁾

MOU's worden door Nederland en veel andere landen gezien als niet-juridische verbindende documenten. Dit betekent dat niet de betrokken landen worden gebonden door de afspraken, maar dat de ondertekenende ministers politiek en moreel zijn gecommiteerd aan de inhoud van de MOU's. In de onderlinge verhoudingen tussen de ministers ontstaat zo een verplichting tot naleving van de afspraken, die echter niet wordt geacht zover te gaan dat deze voor een rechter afdwingbaar is. Internationale afspraken tussen landen die daarentegen met een ander oogmerk worden opgesteld, moeten worden aangemerkt als verdrag. Gelet op de richtlijnen van het Ministerie van Buitenlandse Zaken zal hier in ieder geval sprake van zijn, wanneer van de Nederlandse wetgeving afwijkende regelingen nodig zijn.¹¹⁾ Datzelfde geldt indien de afspraken aan burgers rechtstreeks rechten of plichten opleggen, wet of verdrag tot verdragsluiting verplichten of bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak aan internationale organisaties worden overgegeven. In deze situaties heeft een minister geen keuze: gebruik van een MOU is niet toegestaan. Daarnaast kan op grond van politieke overwegingen aan een verdrag de voorkeur worden gegeven.¹²⁾ De keus voor een MOU of een verdrag is verder afhankelijk van de vraag wat het rechtssysteem van de wederpartij vereist. Voor veel landen is gebruik van niet-juridisch verbindende instrumenten niet of slechts zeer beperkt mogelijk.¹³⁾ Als naar Nederlandse regels een MOU zou volstaan, maar voor het andere land een verdrag verplicht is, dan kunnen de afspraken alsnog in een verdrag worden neergelegd.¹⁴⁾

⁷⁾ Het Noord-Atlantisch Verdrag, Washington D.C., 4 april 1949.

⁸⁾ Zie: Draaiboek voor de wetgeving, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving, Den Haag 1996, pp. 134 - 136.

⁹⁾ Fockema Andreae's verklarend en verwijzend juridisch woordenboek, p. 283.

¹⁰⁾ Dit is ook in overeenstemming met het rapport Buitenlandse Zaken, supra voetnoot 5, p. 1).

¹¹⁾ Rapport Buitenlandse Zaken, supra voetnoot 5, p. 5; zie ook HHM Sondaal, De Nederlandse verdragspraktijk, T.M.C. Asser Instituut, Den Haag 1986, p. 28.

¹²⁾ Een voorbeeld bieden de perikelen rond de plaatsing van Amerikaanse kruisvluchtwapens in Nederland. Hoewel een verdrag daarvoor niet noodzakelijk was, koos de regering gezien het zware politieke belang hier uiteindelijk toch voor. Dit in tegenstelling tot België en Duitsland (Kuyper en Wellens, Deployment of cruise missiles in Europe: the legal battles in the Netherlands, Germany and Belgium, in: NYIL 1987, p. 152).

¹³⁾ Zie mijn eerdere bijdrage over het MOU in MRT januari 2000, p. 9 e.v.

¹⁴⁾ Een voorbeeld is het Verdrag inzake de Europese groep van luchtmachten van 6 juli 1998, zoals gewijzigd bij het Protocol bij genoemd Verdrag; Londen, 16 juni 1999 (Trb. 2000, 105). Gezien de inhoud was een verdrag voor Nederland niet noodzakelijk. Aangezien echter de oorspronkelijke inhoud van de afspraken tussen de regeringen van Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk bij verdrag tot stand waren gekomen, volgde ook Nederland deze weg.

Helaas is niet altijd duidelijk of een MOU als niet-juridisch verbindend document moet worden gezien of toch als een verdrag.¹⁵⁾ Het voornemen ('intent') om tot een niet-juridisch verbindende afspraak te komen, zal dan moeten worden afgeleid uit de overeenkomst zelf.¹⁶⁾ Hiervoor is vooral het taalgebruik van belang. In de loop van de jaren zijn lijsten opgesteld met formuleringen die als 'typische verdragstaal' worden gezien.¹⁷⁾ Een voorbeeld is de aanduiding 'Preamble' die alleen voor de inleidende paragrafen van een verdrag moet worden gebruikt. Veel in de lijsten voorkomende termen worden daarnaast een verplichtend karakter toegedicht, hetgeen een indicatie vormt voor een juridisch verbindende overeenkomst.¹⁸⁾ Het woord 'shall' bijvoorbeeld heeft in de Engelse taal een sterkere betekenis dan **'will'** en moet daarom in MOU's worden vermeden. Verder is volgens sommige schrijvers het opnemen van een bepaling die duidt op een verplichte geschilbeslechting door middel van een juridische procedure, ook een indicatie voor een verdrag.¹⁹⁾

In de praktijk vormen MOU's een eenvoudig, snel en flexibel alternatief voor een verdrag.²⁰⁾ Dit vloeit in Nederland vooral voort uit de omstandigheid dat geen betrokkenheid is vereist van ministerraad of parlement, zoals bij het sluiten van een verdrag veelal wel het geval is.²¹⁾ De totstandkoming van een MOU kan zich zo in de meeste gevallen beperken tot een enkel ministerie wat de procedure minder formeel en gecompliceerd kan maken. Dit kan er vervolgens toe leiden dat het hele totstandkomingsproces minder tijd in beslag neemt. Het maakt het MOU ook meer flexibel doordat wijzigingen op dezelfde eenvoudige en snelle wijze kunnen worden aangebracht. Daarbij wordt vaak ook nog afgesproken dat de onderdelen die sterk aan veranderingen onderhevig zijn, door lagere functionarissen mogen worden gewijzigd. Hierdoor kan met een MOU soepel op zich wijzigende omstandigheden worden ingespeeld. Een voordeel dat niet zozeer samenhangt met het ontbreken van een formele goedkeuringsprocedure, betreft de mogelijkheid tot geheimhouding. Naar zowel Nederlands als internationaal recht bestaat alleen een publicatieplicht voor verdragen. Voor andere instrumenten is dit niet geregeld zodat de inhoud van een MOU en zelfs het bestaan van een MOU geheim kan blijven. In de internationale praktijk wordt daarom soms gekozen voor een constructie waarbij in een summier en openbaar verdrag de basis voor samenwerking wordt gelegd, die in gedetailleerde en geheime MOU's wordt uitgewerkt.²²⁾

¹⁵⁾ De tekst van het MOU zelf geeft niet altijd expliciet uitsluitel. Binnen Defensie wordt geadviseerd indien mogelijk een paragraaf op te nemen met de strekking: *'This MOU does not create any rights or obligations under international law'*.

¹⁶⁾ De 'intent' van partijen is volgens veel Europese landen de belangrijkste factor om een niet-juridisch verbindend instrument te onderscheiden (A. Aust, *Modern treaty law and practice*, Cambridge 2002).

¹⁷⁾ Rapport Buitenlandse Zaken, supra voetnoot 5, Bijlage II.

¹⁸⁾ Zie bijvoorbeeld E.W. Vierdag en G.W. Maas Geesteranus, *Spanningen tussen recht en praktijk in het verdragenrecht*, Recht en praktijk in het verdragenrecht, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, 1989, p. 47.

¹⁹⁾ J.E.S. Fawcett, *The legal character of international agreements*, *British Yearbook of International Law* 1953, pp. 387 en 388.

²⁰⁾ In veel gevallen waar nu een MOU wordt opgesteld, had in veel situaties evengoed kunnen worden gekozen voor een verdrag (o.a. A. Aust, supra voetnoot 16, p. 34).

²¹⁾ J.C.E. van den Brandhof spreekt in dit kader van *'...de omslachtige verdragprocedure...'*; zie *Administratieve overeenkomsten in het internationaal publiekrecht*, in: *Nederlands Juristenblad* 1986, p. 1281.

²²⁾ J Woodliffe, *The peacetime use of foreign military installations under modern international law*, Dordrecht 1992, p. 24.

Het MOU in de praktijk: SFIR en de zaak Eric O.

In maart 2003 startten voornamelijk Amerikaanse en Britse troepen Operation Iraqi Freedom (OIF) en bezetten in korte tijd Irak. Niet veel later nam de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (VN) resolutie 1483 aan, waarin de basis werd gelegd voor de instelling van een stabilisatiemacht in Irak: SFIR.²³⁾ In oktober van dat jaar volgde de formele machtiging van de VN.²⁴⁾ Nederland nam aan deze stabilisatiemacht deel met onder meer grondtroepen en later ook gevechtshelikopters. De troepen werden gelegerd in de Britse sector in de provincie Al-Moethanna en maakten deel uit van de Multinational Division (South East) (MND(SE)).

De samenwerking binnen deze multinationale strijdmacht werd door de deelnemende landen vastgelegd in het MOU '*concerning the command arrangements and related matters for the Multinational Division (South East) within the Stabilisation Force in Iraq*'. Met deze MOU werd MND(SE) formeel opgericht en werden de taken en verantwoordelijkheden tussen de deelnemende landen verdeeld. Zoals de titel al aangaf, vormde de regeling over de bevelsverhoudingen binnen de multinationale troepenmacht een van de hoofdaandachtspunten. Daarnaast gingen de landen, zoals gebruikelijk in militaire samenwerkingsovereenkomsten, uitgebreid in op de financiële, logistieke en juridische aspecten van de samenwerking. Uit de tekst valt duidelijk op te maken dat de betrokken landen het MOU niet zagen als een juridisch verbindend verdrag. Zo was een bepaling opgenomen waarin de deelnemende landen verklaarden dat het MOU niet bedoeld is in strijd te zijn met zowel nationaal als internationaal recht. In geval van strijd tussen het SFIR-MOU enerzijds en nationale wetgeving of het internationale recht anderzijds, zou het MOU buiten toepassing blijven. Verder moesten geschillen in onderling overleg worden opgelost en niet voorgelegd aan enig tribunaal

Een bijzonder onderdeel van het MOU vormden de richtlijnen²⁵⁾ voor geweldgebruik voor de MND(SE), de Rules of Engagement (ROE's). Deze waren in een aparte bijlage opgenomen, waardoor met de ondertekening van het MOU namens de respectievelijke ministers van defensie de ROE's door de betrokken landen waren geaccepteerd. Deze procedure waarbij ROE's worden vastgesteld door middel van ondertekening van een MOU, is minder gebruikelijk, hoewel niet helemaal uniek.²⁶⁾ Het lijkt mij samen te hangen met het bijzondere karakter van deze internationale troepenmacht. In veel gevallen vinden internationale crisisbeheersingsoperaties plaats onder leiding van een internationale organisatie zoals de VN of NAVO. In die situatie zullen de betreffende organisaties zelf de ROE's vaststellen in overeenstemming met de interne procedures. In de situatie van SFIR heeft de VN weliswaar de machtiging en het algemene mandaat verleend voor de troepenmacht, maar laat het de uitvoering over aan de deelnemende landen. Deze hebben er vervolgens voor gekozen de ROE's niet apart vast te stellen, maar deel uit te laten maken

²³⁾ In S/RES/1483 (2003) van 22 mei 2003 wordt in de inleidende paragrafen de bereidheid van landen verwelkomt om bij te dragen aan de stabiliteit en veiligheid in Irak door het bijdragen van personeel, materieel en andere middelen onder verantwoordelijkheid van de bezettende mogendheden (gezamenlijk aangeduid als de 'Authority').

²⁴⁾ '*...authorizes a multinational force under unified command to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq...*' (S/RES/1511 (2003) van 16 oktober 2003, para 13). In S/RES/1546 (2004) herbevestigt de Veiligheidsraad van de VN op verzoek van de Iraakse Interim regering de machtiging voor de multinationale vredesmacht (para 9 e.v.).

²⁵⁾ Ik hanteer hier de term 'richtlijnen' in overeenstemming met de terminologie van de MC 36211, NATO Rules of Engagement spreekt over '*...directives to military forces...*'.

²⁶⁾ Ook in de samenwerkings-MOU voor de International Security Assistance Force (ISAF) Afghanistan werd bijvoorbeeld deze constructie gehanteerd.

van de samenwerkingsafspraken in het SFIR-MOU.

Deze ROE's werden vervolgens voor de Nederlandse militairen 'vertaald' in de Aide-memoire voor SFIR Commandanten (AM) en de SFIR Geweldsinstructie (GI). Tijdens de uitvoering van de missie waren Nederlandse militairen meerdere malen genoodzaakt geweld te gebruiken, waarbij in een aantal gevallen personen werden verwond of zelfs gedood. In het geval van de marinier Eric O. leidde het afvuren van een waarschuwings-schot tot vervolging door het Openbaar Ministerie. Primair werd hem hierbij het opzettelijk niet opvolgen van de dienstvoorschriften AM en GI tenlastegelegd (art. 136, eerste lid, WMSr). Het Hof nam op basis van de verklaring van de getuige-deskundige aan dat zowel AM als GI als vereenvoudigde afleidingen moeten worden gezien van de ROE's. Een oordeel in deze zaak was daarom niet mogelijk zonder ook de ROE's in de overwegingen te betrekken.

Het Hof stelde dat ROE's *'voldoen aan alle eisen, die artikel 135 van het Wetboek van Militair Strafrecht²⁷⁾ aan een dienstvoorschrift stelt. Zij hebben, voor zover behorende tot het namens de Minister van Defensie ondertekende MOU en zonder dat er voor de Nederlandse Staat een voorbehoud is gemaakt, te gelden als door de Minister vastgesteld. De Minister is daartoe bevoegd op grond van artikel 9, tweede lid onder a van het Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht. Zij vormen een schriftelijk besluit van algemene strekking, betreffen overduidelijk een militair dienstbelang en bevatten tot de militair gerichte ge- en verboden. Aan dit laatste doet niet af, dat de ROE eerst en vooral ook bevoegdheden omschrijven, aangezien overschrijding van die bevoegdheden steeds verboden is.'*

In deze benadering staat de betekenis van het begrip 'besluit' zoals dat wordt gebruikt in art. 135 WMSr geheel op de achtergrond. Cruciaal is dat een tekst wordt ondertekend door een functionaris die bevoegd is dienstvoorschriften vast te stellen. Met ondertekening ligt vervolgens vast dat in ieder geval voor de toepassing van art. 135 WMSr sprake is van een schriftelijk besluit. In deze zin kan ieder document gelden als dienstvoorschrift, indien naast het bevoegdheids criterium ook is voldaan aan de overige vereisten voor een dienstvoorschrift (algemene strekking, militair dienstbelang en tot militair gerichte ge- of verboden). Ook documenten waarvan de inwerkingtreding mede afhankelijk is van ondertekening door de wederpartij, zoals overeenkomsten, convenanten, verdragen en ook MOU's, worden zo onder het besluit-begrip gebracht. Een besluit in het militaire strafrecht krijgt zo een betekenis die afwijkt van de gangbare juridische opvattingen, waarbij het wordt gezien als een eenzijdige overheidshandeling.

Ik denk niet dat het Hof dit resultaat voor ogen heeft gehad. Eerder lijkt het erop dat is gezocht naar een gelegenheid om aan de ROE's een zelfstandige betekenis toe te kennen. De ondertekening van het MOU was slechts instrumenteel in de zin dat men de handtekening van een bevoegde functionaris, in dit geval de Minister van Defensie, nodig had om de ROE's als eenzijdig vastgesteld besluit te kunnen aanmerken en daarmee strafrechtelijke betekenis aan de ROE's te kunnen toebedelen. De motivering lijkt niet bedoeld om ook de juridische status van het MOU te bepalen; hier wordt in het geheel niet naar gerefererd. Mijns inziens verdient in deze zaak de gemaakte constructie niet direct de schoonheidsprijs. Wel stond hiermee de weg open voor een snelle afdoening van de zaak. Voor

²⁷⁾ Artikel 135 WMSr luidt: 'Onder dienstvoorschrift wordt verstaan een bij of krachtens algemene maatregel van Rijksbestuur of van bestuur dan wel een bij of krachtens landsverordening onderscheidenlijk landsbesluit gegeven schriftelijk besluit van algemene strekking dat enig militair dienstbelang betreft en een tot de militair gericht ge- of verbod bevat.'

de toekomst biedt het echter weinig duidelijkheid over de status van ROE's omdat deze zelden door middel van MOU's worden vastgesteld.

Juridische consequenties van het MOU

De vraag komt op of de rechter ook in de toekomst onderdelen van een MOU zal willen aanmerken als een besluit in de zin van het militaire strafrecht. De uitspraak biedt weinig houvast voor een gemotiveerd antwoord. Het valt in ieder geval niet uit te sluiten dat de rechter ook in de toekomst zal accepteren dat in een MOU nieuwe, interne regels in de vorm van dienstvoorschriften kunnen worden opgesteld. Dit impliceert dat overtreding van deze, via een MOU opgestelde, regels een krijgstuchtelijk of strafrechtelijk vergrijp kan opleveren.") Hiermee krijgt het MOU een sterke juridische lading. Op zich hoeft het verbinden van juridische consequenties aan een MOU niet in strijd te zijn met het niet-juridisch verbindend karakter. Het lijkt me bijvoorbeeld niet onmogelijk dat een MOU een rol kan spelen bij de interpretatie van het verdrag waarop het is gebaseerd. Het kan dan worden opgevat *'als iedere latere tot stand gekomen overeenstemming tussen de partijen met betrekking tot de uitlegging van het verdrag of de toepassing van zijn bepalingen'* (art. 31, derde lid, onder a, Weense Conventie). Aust verwijst verder naar het internationaal-rechtelijke beginsel van estoppel. Dit beginsel houdt kort gezegd in dat een land niet tot schade van een ander mag terugkomen op wat is gezegd of gedaan.²⁹⁾ Wanneer bijvoorbeeld een MOU niet in overeenstemming is met een bepaling van het verdrag waarop het MOU is gebaseerd en de betrokken partijen het MOU initieel naleven, kan estoppel de basis zijn voor het niet toepassen van de betreffende verdragsbepaling.³⁰⁾ Aan de toepassing van een MOU wordt dan door de betrokken partijen voorrang gegeven boven de toepassing van een onderdeel van een verdrag.

In de bovenstaande voorbeelden heeft een MOU juridische implicaties voor de betrokken partijen. De gemaakte afspraken leiden er echter niet toe dat zij rechtstreeks met elkaar zijn verbonden in juridische zin. Ook de consequenties die het Gerechtshof in Arnhem aan een MOU verbinden, lijken niet het specifieke karakter van het MOU te doorkruisen. Aan de ondertekening van het MOU wordt een rechtsgevolg verbonden dat alleen de eigen juridische positie raakt. De status van het MOU blijft in de onderlinge verhoudingen onaangetaast. De juridische consequenties van de uitspraak van het Hof beperken zich zelfs nog verder doordat zij alleen verbindend zijn voor het aan de ondertekenende minister ondergeschikte personeel. Het heeft met andere woorden slechts een interne werking (binnen het betreffende ministerie). Dit lijkt mij ook niet strijdig met de algemene richtlijnen van het Ministerie van Buitenlandse Zaken³¹⁾ waarin is aangegeven dat in een MOU geen rechten of plichten rechtstreeks aan burgers kunnen worden opgelegd.

In de praktijk zijn de juridische consequenties van MOU's tot nu toe zeer beperkt gebleken. Het is daarom niet verwonderlijk dat de interne aanwijzingen van de krijgsmacht delen hier weinig of geen aandacht aan besteden. De door het Hof beschreven interne effecten van het MOU geven naar mijn mening wel aanleiding de handleidingen op dit punt aan te vullen.³²⁾

²⁸⁾ Artikel 18 Wet militair tuchtrecht en artikelen 136 en 137 WMSr.

²⁹⁾ P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, Deventer 2002, p. 14.

³⁰⁾ Aust, *The theory and practice of informal international instruments*, in: ICLQ, p. 811.

³¹⁾ Voor de goede orde merk ik op dat de hierna te bespreken aanwijzingen zijn overgenomen in de richtlijnen van de krijgsmacht delen (zie hierna: voetnoot 31).

³²⁾ De meest recente versie is uitgegeven door de Koninklijke Landmacht: *Richtlijn voor het opstellen van Memoranda of Understanding*, 17 december 2004. De instructie van de Koninklijke Luchtmacht: *Instructie inzake het opstellen en afsluiten van internationale militaire samenwerkings-MOU's* is op 16 december 2002 uitgegeven en opgenomen in Luchtmachtcirculaire 001-2003 08/2a.

Binnen Defensie dienen momenteel op grond van de bestaande richtlijnen MOU's altijd te worden ondertekend namens de Minister van Defensie. Aan het bevoegdheidsvereiste voor het opstellen van dienstvoorschriften zal zo in alle gevallen worden voldaan. Verder zullen afspraken over internationale militaire samenwerking per definitie het dienstbelang betreffen. Wanneer vervolgens ook gedetailleerde instructies aan het personeel worden opgesteld, zoals in de praktijk vaak gebeurt op vooral het logistieke, financiële en operationele vlak, zal al snel zijn voldaan aan de formele criteria voor het opstellen van dienstvoorschriften. Op zich is dit niet bezwaarlijk. Wel zullen de opstellers van MOU's door-drongen moeten zijn van het feit dat een reële kans bestaat dat delen van MOU's als dienstvoorschrift kunnen worden aangemerkt. In principe bestaat geen verplichting tot publicatie van MOU's. Gezien de mogelijke strafrechtelijke consequenties van het niet naleven van een dienstvoorschrift, zal daarom moeten worden vastgelegd dat de gebruikers van het MOU nadrukkelijk op de hoogte worden gesteld van de inhoud ervan. Daarbij zal hen duidelijk moeten zijn dat overtreding van de voorschriften tuchtrechtelijk en mogelijk zelfs strafrechtelijke gevolgen kan hebben. In dat laatste geval bestaat overigens voor de commandant zelfs de plicht aangifte van de strafbare gedraging te doen.³³⁾

Conclusie

Het MOU biedt de gebruiker een snelle en flexibele mogelijkheid om internationale militaire samenwerkingsafspraken vast te leggen. Kenmerkend hierbij is het niet-juridische verbindende karakter van het instrument. Ook het MOU waarin de samenwerking werd geregeld tussen de deelnemende landen aan het MND(SE) binnen SFIR voldeed aan dit kenmerk. Dat laat onverlet dat een MOU wel degelijk juridische consequenties kan hebben. In het algemeen wordt hier weinig tot geen aandacht aan besteed, waarschijnlijk omdat in de praktijk de gevolgen beperkt zijn. In die zin is het niet verwonderlijk dat de richtlijnen van Buitenlandse Zaken en Defensie op dit punt geen directe aanwijzingen bevatten.

In de uitspraak van de militaire kamer van het Gerechtshof in Arnhem in de zaak Eric O. spelen de juridische consequenties van een MOU echter een belangrijke rol. De ondertekening van het SFIR MOU namens een functionaris die bevoegd was dienstvoorschriften in de zin van het militaire strafrecht vast te stellen, leidde ertoe dat de onderdelen van het MOU over geweldgebruik (de ROE's) die voldeden aan de overige vereisten van artikel 135 WMSr, als dienstvoorschrift konden worden aangemerkt. De consequenties die aan de ondertekening van het MOU worden verbonden, raken echter alleen de juridische positie van één van de partijen. Zij zijn niet direct van invloed op de onderlinge verhoudingen van de bij het MOU betrokken partijen. Hiermee wordt het niet-juridisch verbindend karakter van het MOU niet doorbroken.

Bij de specifieke consequenties die het Hof zag, zijn overigens kanttekeningen te plaatsen. Zo trekt het Hof erg snel de conclusie dat een meezijdig document (op onderdelen) kan worden gezien als een eenzijdig besluit. Desondanks valt niet uit te sluiten dat een rechter ook in de toekomst onderdelen van een MOU kan aanmerken als dienstvoorschrift. Overtreding van de betreffende bepalingen kan leiden tot tucht- of zelfs strafrechtelijke afdoening van de feiten. Personeel dient daarom voldoende geïnformeerd te worden over dit aspect. Tot nu toe wordt in de defensierichtlijnen voor het opstellen van MOU geen

³³⁾ Artikel 78 Wet militair tuchtrecht: *'Is de commandant van oordeel dat een hem ter kennis gekomen gedraging een strafbaar feit betreft, dan is hij verplicht daarvan onverwijld aangifte te doen bij een opsporingsambtenaar,...*'

aandacht aan dit punt besteed. Ik adviseer in de richtlijnen te benadrukken dat indien MOU ge- of verboden bevatten zij onder omstandigheden kunnen worden aangemerkt als dienstvoorschrift in de zin van het militaire straf- en tuchtrecht. Tevens moet de verplichting worden opgenomen dat de gebruikers worden geïnformeerd over dit aspect.

In het algemeen moet echter niet worden vergeten dat een MOU een vrij informeel instrument is. Het heeft mijn voorkeur dat maatregelen met een ingrijpend karakter, bijvoorbeeld doordat overtreding strafrechtelijk kan worden gehandhaafd, buiten een MOU worden vastgesteld. Het opnemen in het MOU kan vervolgens dienen om de onderlinge verhoudingen tussen verschillende krijgsmachten te bepalen.

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep

4 november 2004

0215264 MAW

Voorzitter: mr. J.C.F. Talman; *leden:* mr. K. Zeilemaker en mr. H.G. Rottier

Hardheidsclausules zien op individuele gevallen

Een militair der zeemacht, geplaatst in de Nederlandse Antillen, ontving maandelijks - op grond van het Voorzieningenstelsel buitenland defensiepersoneel (VBD) - een zgn. buitenlandtoelage. Omdat dit voorschrift zijns inziens niet, althans niet op behoorlijke wijze, in gevallen als het zijne (ongehuwd en aan de wal geplaatst) voorzag, verzocht hij de staatssecretaris de hem toekomende buitenlandtoelage, met toepassing van de in artikel 41 VBD vervatte hardheidsclausule - te verhogen. Toen dit verzoek werd afgewezen, stelde hij tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) afwijzing beroep in. De eerste rechter verklaarde het beroep ongegrond, welke uitspraak door de Centrale Raad van Beroep werd bevestigd. Met zijn grief dat in het VBD voor de ongehuwde walplaatser geen evenwichtige regeling is getroffen, heeft appellant het oog op een bepaalde categorie militairen, aldus de Raad. 'Het bepaalde in artikel 41 VBD (...) ziet echter op individuele gevallen waarin de bijzondere omstandigheden van het geval een afwijking van het bepaalde in de regeling kunnen rechtvaardigen'.

(Artikel 41 VBD; hardheidsclausule)

UITSPRAAK

in het geding tussen 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 30 augustus 2002, nr. AWB 011413 MAWKMA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 23 september 2004, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. J.J.H. van Hulsen, werkzaam bij de VBM/NOV, vakbond voor defensiepersoneel. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. A.J.A.M. Maas, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. Appellant, werkzaam bij de Koninklijke Marine, is met ingang van 12 maart 1996 voor de duur van 36 maanden geplaatst op de Nederlandse Antillen (Curaçao). In verband met deze plaatsing ontving appellant een zogenoemde buitenlandtoelage. Op 7 juli 1997 heeft appellant gedaagde verzocht om met toepassing van de hardheidsclausule vervat in artikel 41 van het Voorzieningenstelsel buitenland defensiepersoneel (hierna: VBD) deze buitenlandtoelage te verhogen. Dit verzoek is afgewezen bij besluit van 22 oktober 1997. De afwijzing is na bezwaar gehandhaafd bij het bestreden besluit van 20 december 2000.

2. De rechtbank heeft het hiertegen ingestelde beroep bij de aangevallen uitspraak onge-

grond verklaard.

3.1. Ingevolge artikel 41 van het VBD is de Minister bevoegd te beslissen in die gevallen waarin deze regeling naar zijn oordeel niet of niet in redelijkheid voorziet. Appellant is van opvatting dat de regeling niet althans niet op behoorlijke wijze voorziet in gevallen als het zijne: die van ongehuwd zelfstandig wonend militair (de zogeheten walplaatser). Meer in het bijzonder is aangevoerd dat het onderzoek naar in die situatie verkerende militairen onvolledig is geweest en dat de uitkomst onredelijk is in verhouding tot de uitkomsten voor andere groepen militairen.

3.2. De Raad stelt allereerst vast dat het VBD in artikel 7 voorziet in een buitenland toelage voor de ongehuwde militair. Uit tabel 2, behorende bij het VBD, blijkt dat het van de buitenlandtoelage deel uitmakende éloignement (percentage, berekend over het voor betrokkene geldende zogeheten standaard netto Nederland) in het geval van de ongehuwde militair 22% bedraagt. Daarbij is geen onderscheid gemaakt tussen de ongehuwde walplaatser en de militair die intern verblijft (boordplaatser), hetgeen met opzet is geschied teneinde de huisvestingskeuze niet te beïnvloeden. De gehuwde militair met gezin in Nederland komt een éloignement van 46% toe, de gehuwde militair wiens gezin bij hem verblijft ontvangt een éloignement van 62%. Genoemde percentages zijn vastgesteld op basis van onderzoek. De Raad concludeert dan ook dat aldus een regeling is getroffen waarin met de positie van militairen als appellant rekening is gehouden en waarin een categorale voorziening is opgenomen.

3.3. De Raad stelt voorts vast dat appellant met zijn grief dat voor de ongehuwde walplaatser geen evenwichtige regeling is getroffen het oog heeft op een bepaalde categorie militairen. Het honoreren van het verzoek van appellant zou immers betekenen dat voor iedere walplaatser een afwijking van het VBD geboden zou zijn. Het bepaalde in artikel 41 van het VBD, het artikel waar appellant zijn aanvraag op heeft gebaseerd, ziet echter op individuele gevallen waarin de bijzondere omstandigheden van het geval een afwijking van het bepaalde in de regeling kunnen rechtvaardigen. Appellant heeft wat dat betreft op niets meer gewezen dan zijn huisvestingssituatie. Appellant heeft voorts aangevoerd dat zijn situatie wel degelijk uniek was aangezien hij in de hier van belang zijnde periode één van de twee walplaatsers op Curaçao was, maar dat maakt de zaak niet wezenlijk anders. Appellant ziet er daarbij aan voorbij dat gezien het toepassingsbereik van (artikel 41 van) het VBD niet uitsluitend de situatie op Curaçao of op de Nederlandse Antillen van belang is. Gelet hierop komt de Raad tot het oordeel dat gedaagde in redelijkheid heeft kunnen afzien van de toepassing van artikel 41 VBD.

4. Hieruit volgt 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.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. Uit het statuskarakter van de rechtspositie van de militair vloeit voort dat elke bevoegdheid van het bestuur ten opzichte van een militair steun dient te vinden in een algemeen verbindend voorschrift. Voorschriften binden dus ook het bestuur: Vele voorschriften bevatten echter een zgn. hardheidsclausule, een bepaling waarin het bestuur de bevoegd-

heid wordt verleend om in gevallen, waarin het voorschrift niet of niet in redelijkheid voorziet, naar eigen inzicht een beslissing te nemen. Zo ook het (ter uitvoering van het Inkomstenbesluit militairen vastgestelde) Voorzieningsstelsel buitenland defensiepersoneel. Artikel 41 van deze ministeriële regeling luidt: 'De Minister is bevoegd te beslissen in die gevallen waarin deze regeling niet of niet in redelijkheid voorziet.'

2. Hardheidsclausules zien, zoals ook de onderhavige uitspraak leert, op individuele gevallen, op gevallen waarin 'de bijzondere omstandigheden van het geval een afwijking van het bepaalde in de regeling kunnen rechtvaardigen'.

3. Een hardheidsclausule behoeft door het bestuursorgaan niet ambtshalve te worden toegepast. Het ligt op de weg van de militair om bij het indienen van een verzoek feiten en/of omstandigheden te melden die aanleiding zouden kunnen zijn tot gebruikmaking van de clausule. Zie hieromtrent CRvB 25 februari 1999, MRT 2000, p. 100.

G.L.C.

INTERNATIONALE RECHTSPRAAK

Joegoslavië-tribunaal

De zaak Nikolić (ZT-94-2)

Op 4 februari 2005 werd Dragan Nikolić in hoger beroep veroordeeld tot 20 jaar gevangenisstraf. De aanklacht tegen Nikolić dateerde reeds van 4 november 1994 en was destijds de allereerste aanklacht die het Joegoslavië-tribunaal uitbracht. Nikolić werd in april 2000 overgeleverd aan SFOR en door SFOR aan het Tribunaal. Alhoewel Nikolić in september 2003 schuld bekende, ging hij toch in beroep tegen het vonnis van 18 december 2003. De meest belangwekkende vraag die in de Nikolić-zaak aan de orde kwam, was of zijn arrestatie door onbevoegde particuliere individuen onrechtmatig was en zo ja wat dun de consequentie daarvan diende te zijn.

1. Achtergrond

Dragan Nikolić, geboren op 26 april 1957, woonde zijn hele leven in de stad Vlasenica, gelegen in Bosnië-Herzegovina, in het deel dat tegenwoordig wordt aangeduid als "Republika Srpska". Nikolić was in 1992 kampcommandant van het Sušica detentiecamp, waar in datzelfde jaar circa 8000 moslims en andere niet-Serviërs gedetineerd werden. De aanklacht tegen Nikolić werd drie maal gewijzigd. Uiteindelijk werd Nikolić niet aangeklaagd voor oorlogsmisdrijven, maar wel voor misdrijven tegen de menselijkheid, en meer specifiek voor vervolging, moord, verkrachting en foltering als misdrijven tegen de menselijkheid. Nikolić bekende schuld op al deze punten en werd in eerste instantie veroordeeld voor vervolging als misdrijf tegen de menselijkheid. De Kamer in Eerste Aanleg stelde dat de aanklachten betreffende moord, verkrachting en foltering onder de meer omvattende aanklacht van vervolging vielen. Op grond van de ernst van het misdrijven de aanwezige verzwarende omstandigheden zou levenslang een passende straf zijn volgens de Kamer in Eerste Aanleg. Omdat er echter ook verzachtende omstandigheden waren legde de Kamer in Eerste Aanleg uiteindelijk een straf van 23 jaar op.

2. Het hoger beroep

Nikolić ging in hoger beroep tegen het vonnis in eerste aanleg. Op verschillende gronden voerde hij aan dat de hem opgelegde straf excessief was. Hieronder worden deze gronden kort besproken. Daarbij dient allereerst opgemerkt te worden dat de Kamers in Eerste Aanleg een zeer grote vrijheid hebben bij het bepalen van de strafmaat. Het gaat erom dat zij een straf opleggen die past bij de individuele omstandigheden van degene die veroordeeld wordt en bij de zwaarte en ernst van het misdrijf waarvoor deze persoon veroordeeld wordt. In eerdere zaken werd reeds gesteld dat de Kamer van Hoger Beroep een opgelegde straf alleen zal herzien indien er sprake is van een waarneembare fout ('discernible error').¹⁾

Ten eerste voerde Nikolić aan dat het uitgangspunt van levenslang buitensporig was. Bovendien stelde hij dat de opgelegde straf excessief was in vergelijking met straffen die opgelegd waren in andere zaken door zowel het Joegoslavië-tribunaal als het Rwanda-tribunaal.

¹⁾ Kamer van Hoger Beroep, IT-94-1-A and IT-94-1-Abis, 26 januari 2000, inzake Tadić, para. 22 en Kamer van Hoger Beroep, IT-95-14-A, 29 juli 2004, inzake Blaškić, para. 680.

bunaal. Wat betreft het beroep op het gelijkheidsbeginsel benadrukte de Kamer van Hoger Beroep nogmaals de grote vrijheid die de Kamers in Eerste Aanleg genieten en volgde de jurisprudentie dat een vergelijking met een voorgaande zaak alleen als één van de relevante factoren voor het bepalen van de strafmaat in ogenschouw genomen hoeft te worden als sprake is van substantieel vergelijkbare omstandigheden in beide zaken. Overige richtlijnen die relevant zijn bij het vaststellen van de strafmaat zijn neergelegd in artikel 24 van het Statuut en regel 101 van de bewijs- en procedureregels, waarin wordt gesteld dat bij bepaling van de strafmaat rekening gehouden dient te worden met verzwarende en verzachtende omstandigheden (inclusief eventuele medewerking met de Aanklager), de ernst van het misdrijf, de individuele omstandigheden van de veroordeelde, de vorm en mate van diens deelneming, en de algemene rechtspraktijk ten aanzien van strafmaten in voormalig Joegoslavië. Kortom, de Kamers zijn niet verplicht om strafmaten in andere zaken te volgen, en de ernst van het misdrijf en de vorm waarin die gepleegd is blijft de belangrijkste factor bij de strafmaatbepaling. Omdat de verdediging geen zaak had aangevoerd waarin sprake was van hetzelfde misdrijf of van substantieel vergelijkbare omstandigheden werd deze grond verworpen.)

Als tweede en derde grond voerde Nikolić aan dat de Kamer in Eerste Aanleg enerzijds een beoordelingsfout had gemaakt met betrekking tot de strafverzwarende omstandigheden en anderzijds onvoldoende gewicht had gegeven aan de strafverminderende omstandigheden. Beide gronden werden afgewezen. De vierde en vijfde grond betroffen een vergelijking met de rechtspraktijk in voormalig Joegoslavië. Het meest interessante punt hield een beroep op het *lex mitior*-beginsel in. Dit beginsel houdt in dat als een toepasselijke wet wordt veranderd voordat het in een zaak tot een eindvonnis is gekomen, de meeste gunstige wet op de zaak dient te worden toegepast. De stelling van verdachte was dat ten tijde van de gepleegde strafbare feiten de maximumstraf in het voormalig Joegoslavië 20 jaar was, en dat het beginsel van *lex mitior* vereiste dat dit maximum ook voor het Tribunaal gold. De Kamer in Eerste Aanleg verwierp deze stelling met het argument dat dit beginsel alleen toegepast kan worden op zaken waarin het strafbare feit en de opgelegde straf plaatshadden binnen dezelfde jurisdictie. De Kamer van Hoger Beroep bevestigde de zienswijze van de Kamer in Eerste Aanleg en onderstreepte hiermee dat het Tribunaal opereert binnen een eigen rechtsmachtsfeer, die gescheiden is van de rechtsmacht van nationale rechtbanken.

De zesde grond bestond uit twee onderdelen. Ten eerste had Nikolić er bezwaar tegen dat de Kamer in Eerste Aanleg voorbij was gegaan aan de aanbeveling van de Aanklager om 15 jaar op te leggen, zoals deze was opgenomen in de schuldbekentenis-overeenkomst tussen de Aanklager en Nikolić, de zogenaamde 'plea agreement'. Onder verwijzing naar regel 62^{ter}(B) van de bewijs- en procedureregels, benadrukte de Kamer van Hoger Beroep dat de Kamers in Eerste Aanleg niet gebonden zijn aan welke overeenkomst tussen de Aanklager en een verdachte dan ook. Desalniettemin gaf de Kamer in Hoger Beroep wel aan dat Kamers in Eerste Aanleg een dergelijke aanbeveling voor de strafmaat serieuze aandacht dienen te schenken en als zij daar substantieel van af wijken dienen zij dit gemo-

²⁾ Kamer van Hoger Beroep, IT-94-2-A, 4 februari 2005, inzake Nikolić, paras. 13-22, onder andere verwijzend naar Kamer van Hoger Beroep, IT-95-1711-A, 21 juli 2000, inzake Furundžija, paras. 237, 238, 242, 243, 246, 248-250, en Kamer van Hoger Beroep, IT-96-21-A, 20 februari 2001, inzake Delalić e.a. (Celebići zaak), paras. 715-720, 757.

tiveerd te doen. *In casu* achtte de Kamer van Hoger Beroep de motivering van de Kamer in Eerste Aanleg voldoende.

Het tweede deel van de zesde grond betrof de vraag of de Kamer in Eerste Aanleg er bij de bepaling van de hoogte van de straf rekening mee mag houden dat de veroordeelde niet de gehele straf zal uitzitten. Er is namelijk een praktijk ontstaan bij het Joegoslavië-tribunaal om veroordeelden vervroegd in vrijheid te stellen nadat zij 2/3 van hun straf hebben uitgezeten. Met het oog op deze praktijk rekende de Kamer in Eerste Aanleg in de Nikolić-zaak uit dat, als een straf van 23 jaar opgelegd zou worden, Nikolić in ieder geval 15 jaar daadwerkelijk in de gevangenis zou zitten. De Kamer van Hoger Beroep meende dat de Kamer in Eerste Aanleg zodoende teveel gewicht had gegeven aan de vervroegde invrijheidsstelling, welke slechts een mogelijkheid was en niet een gegeven. Dit deel van het beroep werd derhalve gegrond verklaard en de straf werd met drie jaar verlaagd tot 20 jaar. Rechter Shahabuddeen was het hier niet mee eens, getuige ook zijn gedeeltelijk afwijkende opinie. Als zevende en laatste beroepsgrond stelde Nikolić dat bepaalde getuigenissen verder gingen dan de aanklacht. Deze grond werd afgewezen omdat Nikolić hier geen bezwaar tegen had gemaakt tijdens de zitting.

3. Een onrechtmatige arrestatie?

Vanuit juridisch oogpunt is de Nikolić-zaak met name interessant vanwege de discussie over de arrestatie van Nikolić. Nadat de aanklacht tegen hem op 4 november 1994 was uitgebracht, wist Nikolić zich lange tijd te onttrekken aan de greep van het Tribunaal. Aan zowel de Federatie van Bosnië-Herzegovina als aan de Bosnisch-Servische regering in Pale werd verzocht om Nikolić te arresteren. De Federatie van Bosnië-Herzegovina stelde dat Nikolić zich in Vlasenica bevond en dus buiten hun jurisdictie. De Bosnisch-Servische regering in Pale liet niets van zich horen. Op verzoek van de Kamer in Eerste Aanleg, bracht de President van het Tribunaal het gebrek aan medewerking onder de aandacht van de VN-Veiligheidsraad.³⁾

Echter, vijf jaar later, toen Nikolić inmiddels in de Federale Republiek Joegoslavië woonde, werd hij op een dag door onbekende individuen ontvoerd naar Bosnië-Herzegovina. Op 20 april 2000 werd hij daar door zijn ontvoerders overgedragen aan SFOR, een stabilisatiemacht van de NAVO, en meteen door SFOR gearresteerd. Op 21 april werd Nikolić aan het Tribunaal overgedragen. Alhoewel de feitelijke toedracht van Nikolić's ontvoering onduidelijk bleef, kwamen de Aanklager en Nikolić, op aandringen van de rechter, tot overeenstemming over een aantal feiten, waaronder het feit dat Nikolić inderdaad was ontvoerd vanuit de Federale Republiek Joegoslavië naar Bosnië-Herzegovina, dat de ontvoering was gepleegd door onbekende individuen die geen connectie met SFOR en/of het Tribunaal hadden, dat Nikolić geboeid in de kofferbak van een auto aan SFOR was overgedragen, en dat bepaalde individuen in Joegoslavië waren berecht en veroordeeld voor de ontvoering. Nikolić stelde dat de arrestatie onrechtmatig was en dat het Tribunaal als gevolg daarvan geen rechtsmacht had om hem te berechten.

Het bezwaar van de verdediging was tweeledig. Ten eerste stelde Nikolić dat de ontvoering aan SFOR en dus aan het Tribunaal toegerekend kon worden omdat SFOR wist dat Nikolić ontvoerd was door de individuen die hem overdroegen. Ten tweede stelde

³⁾ VN. Doc. S/1995/910, 31 oktober 1995.

Nikolić dat de ontvoering *per se* een obstakel vormde voor het Tribunaal om zijn rechtsmacht uit te oefenen, oftewel *male captus, male detentus*. Gegeven deze bezwaren van de verdediging, onderzocht de Kamer in Eerste Aanleg eerst of het gedrag van de ontvoerders aan SFOR of de Aanklager kon worden toegerekend. Na een uitgebreide analyse over het mandaat van SFOR, kwam de Kamer tot de conclusie dat dit niet het geval was op basis van een analoge, zeer strikte toepassing van artikel 11 van de Artikelen aangaande Staatsaansprakelijkheid van de VN-commissie voor Internationaal Recht.⁴⁾

Vervolgens boog de Kamer in Eerste Aanleg zich over de vraag welk beginsel aangehangen moest worden in het internationale strafrecht: *male captus, male detentus* of *male captus, bene detentus*. Met andere woorden: moet de ontvoering van Nikolić voorafgaand aan zijn arrestatie gezien worden als een belemmering voor de uitoefening van rechtsmacht, of niet? Volgens de verdediging was de ontvoering van Nikolić een drievoudige schending van het internationale recht, namelijk een schending van de soevereiniteit van de Federale Republiek van Joegoslavië, een schending van de mensenrechten van Nikolić en een schending van de 'rule of law'. De Kamer in Eerste Aanleg echter stelde dat er geen sprake was van wat voor schending van internationaal recht dan ook.⁵⁾

4. De Beslissing van de Kamer van Hoger Beroep

In een beslissing in hoger beroep van 5 juni 2003, behandelde de Kamer van Hoger Beroep de relevante vragen in een andere volgorde. De Kamer van Hoger Beroep stelde dat eerst de vraag beantwoord diende te worden of en wanneer de schending van de soevereiniteit van een staat of een mensenrechtenschending moet leiden tot het opzij zetten van rechtsmacht. Vervolgens zou dit algemene antwoord dienen te worden toegepast op de zaak; was er inderdaad sprake van een schending van soevereiniteit of van een mensenrecht? Pas hierna zou de vraag aan de orde komen of de betreffende schending inderdaad aan SFOR en de Aanklager kon worden toegerekend.

4.1 Een schending van de staatssoevereiniteit?

Aangezien er geen regels voortvloeiden uit het Statuut, de bewijs- en procedureregels of eerdere internationale rechtspraak, die een handvat boden voor de beantwoording van de vraag of de rechtsmacht opzij gezet dient te worden in geval van een schending van de soevereiniteit van een staat, bekeek het Tribunaal of nationale rechtspraak wellicht een leidraad verschafte.

Een aantal Franse, Duitse, Amerikaanse, Zuid-Afrikaanse, Engelse en Israëlische zaken passeerden de revue. In sommige zaken was de rechtsmacht niet opzij gezet, in andere wel. Ondanks het feit dat er dus geen eenduidige rechtsregel uit de nationale zaken naar voren kwam, construeerde de Kamer van Hoger Beroep toch twee rechtsbeginselen. De Israë-

⁴⁾ Dit artikel luidt: "Conduct which is not attributable to a State under the preceding articles shall nevertheless be considered an act of that State under international law if and to the extent that the State acknowledges and adopts the conduct in question as its own." ILC Rapport hoofdstuk IV, VN Doc. A/56/10, 23 april tot 1 juni and 2 juli tot 10 augustus 2001.

⁵⁾ Zie voor een uitvoerige bespreking van deze beslissing in eerste aanleg: J. Sloan, Prosecutor v. Dragan Nikolić: Decision on Defence Motion on Illegal Capture, in *Leiden Journal of International Law*, 16 (2003), pp. 541-552. Zie meer algemeen over deze problematiek met betrekking tot het Joegoslavië-tribunaal: S. Lamb, The powers of arrest of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, in *British Yb. of Int. L.* 70 (2000), pp. 165-244.

lische Eichmann-zaak en de Franse Barbie-zaak legden de basis voor het eerste beginsel, namelijk dat in geval van misdrijven die universeel veroordeeld worden, het speciale karakter van deze misdrijven een reden vormt om de rechtsmacht *niet* opzij te zetten. Ten tweede constateerde de Kamer van Hoger Beroep dat nationale rechtbanken eerder rechtsmacht uitoefenen als de staat wiens soevereiniteit geschonden was daar niet over had geklaagd, of als de schending op diplomatieke wijze was afgehandeld. Bovendien merkte de Kamer van Hoger Beroep nog op dat er, als het om dergelijke universeel veroordeelde misdrijven gaat, een legitieme verwachting bestaat dat de daders snel ter verantwoording worden geroepen. Deze legitieme verwachting dient zwaarder te wegen dan het belang van de staatssoevereiniteit, met name in een geval als de onderhavige, waarin de staat wiens soevereiniteit is geschonden zelf in gebreke is gebleven door de verdachte niet over te leveren. De Kamer van Hoger Beroep stelde voorts nog vast dat de Federale Republiek Joegoslavië niet had geklaagd over een schending van diens soevereiniteit, en dat de ontvoering was gepleegd door individuen, hetgeen geen schending van staatssoevereiniteit opleverde, tenzij de actie was aangesticht of goedgekeurd door een andere staat of een internationale organisatie. Al met al, concludeerde de Kamer van Hoger Beroep dat er *in casu* geen reden was om aan te nemen dat er geen rechtsmacht kon worden uitgeoefend.

4.2 Een mensenrechtenschending?

Voor de vraag of Nikolić mensenrechten waren geschonden en of dit moest leiden tot het opzij zetten van de rechtsmacht verwees de Kamer van Hoger Beroep naar de uitspraak van de Kamer in Eerste Aanleg en stelde onder venvijzeing naar eerdere nationale en internationale rechtspraak dat de rechtsmacht inderdaad opzij gezet zou moeten worden als Nikolić zeer zwaar mishandeld was, of als hij zelfs onmenselijk, wreed of ontierend behandeld was of gefolterd was. In gevallen waarin geen sprake was van een dergelijke zware mishandeling zou het opzij zetten van de rechtsmacht disproportioneel zijn. Bij het toepassen van deze standaard op de feiten van de ontvoering van Nikolić voor zover bekend, achtte de Kamer van Hoger Beroep niet bewezen dat de rechten van Nikolić flagrant geschonden waren ('egregiously violated'). Derhalve concludeerde de Kamer van Hoger Beroep dat er ook op basis van dit argument geen reden was om de rechtsmacht opzij te zetten.

5. Evaluatie

In de Nikolić-zaak gaf de Kamer van Hoger Beroep een antwoord op de vraag wanneer er sprake is van een onrechtmatige arrestatie en wat daar de consequentie van dient te zijn. Deze vraag was al twee keer eerder aan het Joegoslavië-tribunaal voorgelegd, maar nog niet bevredigend beantwoord. In 1997 was het Slavko Dokmanović die stelde dat hij door de Aanklager naar Kroatisch Oost-Slovenië was gelokt onder het voorwendsel dat een bevelhebber van UNTAES met hem wou spreken over compensatie voor bezittingen die Dokmanović had verloren in Oost-Slovenië. Dokmanović kreeg de garantie dat hij niet aan Kroatië zou worden uitgeleverd. Dat gebeurde inderdaad ook niet, maar Dokmanović werd wel overgedragen door UNTAES aan het Joegoslavië-tribunaal. De Kamer in Eerste Aanleg in deze zaak stelde dat hier geen sprake was van een onrechtmatige arrestatie. De tweede vraag, namelijk of het Tribunaal rechtsmacht heeft indien sprake is van een onrechtmatige arrestatie, hoefde gezien deze stelling niet meer beantwoord te worden.⁶⁾

⁶⁾ Kamer van Hoger Beroep, IT-95-13-A, inzake Dokmanović. Zie voor een commentaar op de relevante beslissing in deze zaak, M.P. Scharf, *The Prosecutor v. Slavko Dokmanović: irregular rendition and the ICTY*, in *Leiden Journal of International Law*, 11 (1998), pp. 369-382.

De tweede zaak waarin de problematiek van een onrechtmatige arrestatie naar voren kwam was de zaak van Stevan TodoroviC. De feitenconstellatie in deze zaak kwam grotendeels overeen met die in de Nikolić-zaak. Ook hier was onduidelijk door wie TodoroviC ontvoerd was, maar het grote verschil met de Nikolić-zaak was dat er geen overeenstemming bestond tussen TodoroviC en de Aanklager dat de ontvoering was gepleegd door individuen die geen connectie met SFOR hadden. TodoroviC vroeg daarentegen aan het Tribunaal om SFOR te verplichten informatie vrij te geven aangaande zijn arrestatie. Tot ieders verbazing beval het Tribunaal SFOR, de NAVO-raad, alsmede individuele staten die deelnamen aan de SFOR-stabilisatiemacht om bepaalde documenten aan de verdediging te onthullen. Deze beslissing veroorzaakte zoveel onrust dat de Aanklager zich genoodzaakt zag om een deal te sluiten met TodoroviC. De Aanklager liet alle aanklachten op één na vallen. TodoroviC bekende schuld aan deze aanklacht en beloofde ook niet verder aan te dringen op openbaarmaking van de SFOR-documenten.⁷⁾

Omdat Nikolić op aandringen van de rechter tot overeenstemming was gekomen met de Aanklager omtrent de omstandigheden van zijn ontvoering, waaronder het feit dat de ontvoerders geen directe band met SFOR hadden, kon de TodoroviC-weg niet meer bewandeld worden. Derhalve diende de Kamer van Hoger Beroep de vraag of de arrestatie onrechtmatig was onder internationaal recht te beantwoorden. Zoals hierboven uiteengezet splitste de Kamer van Hoger Beroep deze vraag op in twee delen, namelijk: (i) was er sprake van een schending van de staatssoevereiniteit of (ii) van een mensenrechtenschending die het opzij zetten van de rechtsmacht tot gevolg moest hebben.

Wat betreft de schending van de staatssoevereiniteit oordeelde de Kamer van Hoger Beroep dat, als deze er al was, dit niet betekende dat er geen rechtsmacht kon worden uitgeoefend. De Kamer van Hoger Beroep achtte met name het feit dat de getroffen staat zelf niet had geklaagd en dus impliciet instemde met de uitoefening van rechtsmacht zeer relevant voor zijn beoordeling. Ter vergelijking kan ook nog teruggedacht worden aan de TadiC-zaak, waarin Tadić de oprichting en de rechtsmacht van het Tribunaal aanvocht. Eén van de argumenten van Tadić was dat het Tribunaal een inbreuk maakte op de soevereiniteit van Bosnië-Herzegovina. De Kamer in Eerste Aanleg stelde dat Tadić als individu geen locus standi had om over een inbreuk op de staatssoevereiniteit te klagen, aangezien het recht op soevereiniteit een recht is van staten.⁸⁾ In hoger beroep echter werd deze stelling genuanceerd. De Kamer van Hoger Beroep achtte de conclusie van de Kamer in Eerste Aanleg in strijd met het recht van een verdachte die van zijn vrijheid is beroofd op een zo volledig mogelijke verdediging. Dit betekende natuurlijk niet dat het beroep op staatssoevereiniteit ook altijd succesvol moet zijn voor de verdachte.⁹⁾ Dat was het niet in de TadiC-zaak, en opnieuw niet toen Nikolić zich daarop beriep, al zij het in een andere context. In de Nikolić-zaak woog de Kamer van Hoger Beroep de schending van de soevereiniteit door een beperkte indringing in het territorium af tegen het belang van de internationale gemeenschap om vermeende daders van internationale misdrijven te berechten en kwam tot de, toch niet geheel verbazingwekkende conclusie, dat gelet op de feiten van de zaak in dit geval het laatste zwaarder diende te wegen.

⁷⁾ Kamer van Hoger Beroep, IT-97-25/1, inzake TodoroviC. Zie voor een commentaar op de relevante beslissingen in deze zaak J. Sloan, *Prosecutor v. TodoroviC: illegal capture as an obstacle to the exercise of international criminal jurisdiction*, in *Leiden Journal of International Law*, 16 (2003), pp. 85-113.

⁸⁾ Kamer in Eerste Aanleg, IT-94-1, inzake Tadić, 10 augustus 1995, para. 41.

⁹⁾ Kamer van Hoger Beroep, IT-94-1, inzake Tadić, 2 oktober 1995, paras. 55-56.

Ten tweede diende de Kamer van Hoger Beroep de vraag te beantwoorden of Nikolić' mensenrechten waren geschonden en zo ja wat de consequentie hiervan diende te zijn. De Kamer van Hoger Beroep's bevinding dat het opzij zetten van rechtsmacht alleen gerechtvaardigd kan zijn in geval van zeer ernstige mensenrechtenschendingen kan zeker worden onderschreven. Daarmee blijft evenwel de vraag bestaan of er niet in het geval van minder ernstige mensenrechtenschendingen toch ook een signaal dient te worden afgegeven dat het Tribunaal ook dergelijke schendingen afkeurt. Bijvoorbeeld door een minder vergaande remedie dan het opzij zetten van rechtsmacht, een remedie van meer symbolische aard.

Dat er een tussenweg mogelijk is illustreerde de Kamer van Hoger Beroep van het Rwanda-tribunaal in de beruchte Barayagwiza-zaak, waar de 'flagrante schending-standaard' voor het eerst toegepast werd. Barayagwiza had geklaagd over onregelmatigheden tijdens zijn detentie in Kameroen waar hij mede vastgehouden werd op verzoek van de Aanklager van het Rwanda-tribunaal en tijdens zijn detentie bij het Tribunaal. De Kamer van Hoger Beroep stelde dat Barayagwiza's rechten inderdaad herhaaldelijk geschonden waren. Het ging hierbij met name om grove overschrijdingen van de termijnen, alsmede om het recht om geïnformeerd te worden over de aanklachten en het recht om de vrijheidsbeneming aan te vechten (habeas corpus).¹⁰⁾ De Kamer van Hoger Beroep kwalificeerde de herhaaldelijke schending waardoor Barayagwiza maandenlang onrechtmatig had vastgezeten als een flagrante schending. Derhalve verwierp de Kamer van Hoger Beroep de aanklacht en verordonneerde de Kamer dat Barayagwiza op vrije voeten gesteld diende te worden." De Aanklager diende snel een verzoek tot herziening in, en in de beslissing op dit verzoek stelde de Kamer van Hoger Beroep dat de nieuwe feiten tot een heroverweging dienden te leiden. Van een flagrante schending werd niet meer gerept. Toch vond de Kamer van Hoger Beroep wel dat Barayagwiza's rechten (op niet-flagrante wijze) geschonden waren en dat hij recht had op een remedie in de vorm van een financiële compensatie of een strafvennidering afhankelijk van het eindoordeel in de zaak."

Een dergelijke tussenoplossing zou ook in het geval van een ontvoering aan de orde kunnen zijn, mits natuurlijk de onrechtmatige handeling aan de Aanklager kan worden toegerekend; een vraag waar de Kamer van Hoger Beroep in de Nikolik-zaak niet meer aan toekwam. De standaard van een flagrante schending is erg hoog. Gedragingen die hier niet aan voldoen kunnen desalniettemin behoorlijk ingrijpend zijn. In de Semanza-zaak stelde het Rwanda-tribunaal bijvoorbeeld dat in een bepaalde situatie waarin een getuige was afgeranseld en met houten stokken en geweren was geslagen geen sprake was van ernstig lichamelijk letsel, omdat diezelfde getuige nadien nog met geweld had weten te ontsnappen." In navolging van deze uitspraak zou het dus zo kunnen zijn dat een verdachte enigszins bont en blauw in het beklagdenbankje van het Joegoslavië-tribunaal komt te zitten en dat de rechters vervolgens alleen maar zeggen dat dit niet een flagrante mensenrechtenschending is. Dat kan wel zo zijn, toch dient het Tribunaal ook in een dergelijke situa-

¹⁰⁾ Zie voor een commentaar op deze beslissing: B. Swart, 'Commentary', in A. Klip en G. Sluiter, *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Volume 2, Intersentia: Antwerpen (2001), pp. 197-207.

¹¹⁾ Kamer van Hoger Beroep, ICTR-97-19-AR72, inzake Barayagwiza, 3 november 1999.

¹²⁾ Kamer van Hoger Beroep, ICTR-97-19-AR72, inzake Barayagwiza, 31 maart 2000. Zie ook: W.A. Schabas, *International decisions. Barayagwiza v. Prosecutor*, in *Am. J. of Int. L.* 94 (2000), pp. 563-571.

¹³⁾ Kamer in Eerste Aanleg, ICTR-99-46-T, inzake Ntagerura, Bagambiki, en Imanishimwe, 25 februari 2005, paras. 346, 692

tie aan te geven dat dit niet de bedoeling is. Dit kan symbolisch gebeuren door een zeer minieme financiële compensatie of strafvermindering, of wat misschien nog reëler is door het enkele feit dat er geconstateerd wordt dat er inderdaad een mensenrechtenschending is gepleegd. De voldoening voor het slachtoffer van deze relatief lichte mensenrechtenschending, die tegelijkertijd dus verdacht wordt van het plegen van veel zwaardere mensenrechtenschendingen, komt er dan op neer dat hij erkenning krijgt. En hopelijk realiseert hij zich dan ook dat dit al heel wat meer is dan wat veel andere slachtoffers krijgen.

*Larissa van den Herik
Universiteit Leiden*

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Geoorloofd naar de regels van het oorlogsrecht

Artikel 38 WvMS nader beschouwd

Artikel 38 van het Wetboek van Militair Strafrecht (WvMS) luidt:

'Niet strafbaar is hij die in tijd van oorlog binnen de grenzen zijner bevoegdheid een naar de regelen van het oorlogsrecht geoorloofd feit begaat, of wiens bestraffing strijdig zou zijn met een verdrag, geldende tussen Nederland en de Mogendheid waarmede Nederland in oorlog is, of met enig voorschrift, ingevolge zodanig verdrag vastgesteld.'

Het artikel bevat twee bepalingen:

- de bepaling dat niet strafbaar is hij die in tijd van oorlog binnen de grenzen van zijn bevoegdheid een naar de regels van het oorlogsrecht geoorloofd feit begaat;
- de bepaling dat niet strafbaar is hij wiens bestraffing strijdig zou zijn met een verdrag, geldend tussen Nederland en de Mogendheid waarmee Nederland in oorlog is.

De tweede bepaling is destijds in het Wetboek van Militair Strafrecht opgenomen 'opdat niemand strafbaar zij in strijd met de verklaringen, vastgesteld door de Internationale Vredesconferentie'.¹⁾ Met 'de Internationale Vredesconferentie' werd de Eerste Haagse Vredesconferentie (van 1899) bedoeld, waarbij het Landoorlogverdrag, met bijbehorend Land-oorlogreglement, is vastgesteld. De bepaling blijft in deze korte bijdrage verder buiten beschouwing.

De eerste bepaling maakt van meet af aan (dus sinds 1903) deel uit van het Wetboek. De bepaling past in de Franse opvatting van het begrip oorlogsmisdrijf die ervan uitgaat dat een oorlogsmisdrijf een misdrijf is naar nationaal recht dat niet op grond van het oorlogsrecht kan worden gerechtvaardigd. Tegenover de Franse opvatting staat de Angelsaksische opvatting waarin een oorlogsmisdrijf wordt gezien als een schending van de wetten en gebruiken van de oorlog; dus als een misdrijf waarvan de inhoud niet door het nationale, maar door het internationale recht wordt bepaald.²⁾

De Wet internationale misdrijven gaat, evenals destijds de Wet Oorlogsstrafrecht, uit van de Angelsaksische opvatting: een oorlogsmisdrijf is een schending van de wetten en gebruiken van de oorlog. Dit bracht prof. Van den Bosch ertoe te stellen dat 'artikel 38 dus overbodig is geworden en kan worden geschrapt'.³⁾ In zekere zin is het artikel inderdaad overbodig geworden. Toch ben ik vóór handhaving: het artikel scheidt, hoe dan ook, duidelijkheid en biedt tevens de mogelijkheid tot vorming (rond het artikel) van jurisprudentie.

Naar de letter is een beroep op artikel 38 slechts mogelijk indien het feit is begaan in tijd van oorlog. *Tijd* van oorlog is een strafrechtelijk begrip. Voor de toepassing van het Wetboek van Militair Strafrecht is tijd van oorlog aanwezig - uitbreidingen en beperkin-

¹⁾ Van der Hoeven, deel I, p. 421.

²⁾ Zie over beide opvattingen de in dit tijdschrift verschenen bijdrage van prof. mr. B.V.A. Röling, Over het oorlogsmisdrijf, MRT 1969, p. 154-192.

³⁾ Prof. jhr. mr. Th.W. van den Bosch, Huidig en toekomstig Militair Straf- en Tucht recht, studie-pocket, Tjeenk Willink Zwolle, 1981, p. 66.

⁴⁾ De bevoegdheid het Koninkrijk in oorlog te verklaren berust krachtens de Grondwet bij de regering. De regering kan van deze bevoegdheid echter slechts gebruik maken na voorafgaande toestemming van de Staten-Generaal.

⁵⁾ Ten grondslag aan artikel 2 lag de (destijds gebruikelijke) *si omnes*-clausule, Deze clausule hield in dat een verdrag dat de clausule bevatte slechts toepasselijk was wanneer, in geval van oorlog, alle bij de oorlog betrokken staten (alle belligerenten) partij waren bij het verdrag.

gen buiten beschouwing gelaten - in *geval van oorlog*, dus indien Nederland met een andere Staat feitelijk in oorlog is. *Oorlog* is in dit verband een oorlog in volkenrechtelijke zin, een rechtstoestand die ontstaat zodra een Staat een andere Staat de oorlog verklaart.⁴⁾

Ten tijde van de totstandkoming van artikel 38 golden ook de regels van het oorlogsrecht uitsluitend in geval van oorlog. Zo bepaalde artikel 2 van het (hiervóór genoemde) Landoorlogverdrag: 'De voorschriften, vervat in het bij artikel 1 bedoelde Reglement (lees: het Landoorlogreglement), zijn slechts van toepassing voor de contracterende Mo-gendheden in geval van oorlog tussen twee of meer van Haar.'" De bepaling dat een beroep op artikel 38 slechts mogelijk was indien het feit in tijd van oorlog was begaan, hield aanvankelijk dus op geen enkele wijze een beperking in. Volgens de memorie van toelichting beoogde het artikel 'straffeloosheid te waarborgen voor al die handelingen, die, tijdens ze gepleegd worden, als geoorloofde oorlogsdaden zijn te beschouwen'.⁶⁾

De tijden zijn echter veranderd. Oorlogen in volkenrechtelijke zin zijn zeldzaam geworden. De reden is dat oorlogsverklaringen aan het begin van vijandelijkheden in onbruik zijn geraakt.) Om die reden is in 1949, in elk van de vier toen tot stand gebrachte Verdragen van Genève, bepaald dat het Verdrag niet alleen van toepassing zou zijn in geval van oorlog, maar ook in geval van elk ander gewapend conflict, ontstaan tussen twee of meer Staten, 'zelfs wanneer de oorlogstoestand door een der Partijen niet wordt erkend'. Ook in alle andere naoorlogse verdragen is een zodanige bepaling opgenomen.

Verzuimd is echter toen artikel 38 aan te passen. Het gevolg is dat de (in het artikel voorkomende) term *tijd van oorlog* thans - anders dan vroeger en onmiskenbaar anders dan de wetgever heeft bedoeld - een beperking inhoudt. 'Daarom moet de term *tijd van oorlog* in dit verband ruim worden uitgelegd', aldus prof. Keizer in het losbladig handboek Van den Bosch c.s., Militair straf- en tuchtrecht. 'Tijd van oorlog is aanwezig in alle situaties waarop het internationale oorlogsrecht betrekking heeft. Dat zijn alle gewapende conflicten (...), ongeacht of het desbetreffende gewapende conflict van internationale dan wel van interne aard is.'⁸⁾

Ik deel het standpunt dat artikel 38 in alle situaties waarop het internationale oorlogsrecht betrekking heeft van toepassing moet zijn. Met het geven van een ruime uitleg aan de term *tijd van oorlog* behoort mijns inziens echter niet te worden volstaan. Ik pleit er ter wille van de duidelijkheid voor de tekst van het artikel aan te passen, door de woorden *in tijd van oorlog* òf te schrappen, òf te vervangen door: in alle gevallen waarin het oorlogsrecht van toepassing is.

Het - zoals de plannen luiden - middels een reparatiewet in het Wetboek van Militair Strafrecht opnemen van een bepaling dat onder *oorlog* mede wordt verstaan een gewapend conflict dat niet als een oorlog kon worden aangemerkt en waarbij het Koninkrijk is betrokken, hetzij ter individuele of collectieve zelfverdediging, hetzij tot herstel van

⁴⁾ Van der Hoeven, deel I, p. 420

⁵⁾ Aldus ook de regering in de aan de Tweede Kamer toegezonden Notitie inzake het VN-embargo tegen Irak (21 664, nr. 25, p. 9).

⁶⁾ Van den Bosch c.s., Militair straf- en tuchtrecht, deel I, p. WMSr Art. 38-26.

⁷⁾ Zie de in dit tijdschrift verschenen bijdrage van prof. dr. T.D. Gill, Vredesoperaties en humanitair oorlogsrecht, MRT 2003, p. 331 e.v.

⁸⁾ Van den Bosch c.s., Militair straf- en tuchtrecht, deel I, p. WMSr Art. 38-26.

de internationale orde of veiligheid, lost het probleem slechts gedeeltelijk op. De regels van het oorlogsrecht hebben immers betrekking op *alle* gewapende conflicten, ongeacht de aard van het conflict.)

Prof. mr. G.L. Coolen

⁹) Zie de in dit tijdschrift verschenen bijdrage van prof. dr. T.D. Gill, Vredesoperaties en humanitair oorlogsrecht, MRT 2003, p. 331 e.v.

Boekbespreking

Dr. H. Amersfoort, 'Ik Had Mijn Roode-Kruis Band Afgedaan' Oorlogsrecht en gedragingen van Nederlandse en Duitse militairen in gevecht, mei 1940. Sdu Uitgevers, Den Haag, 2005, ISBN 90 12 10750 4.

Inleiding

Historische studies kunnen op twee manieren worden gelezen: met de blik naar het verleden of met de blik naar de toekomst. Dit gaat zeker op voor "Ik Had Mijn Roode-Kruis Band Afgedaan" van Herman Amersfoort. Het verschijnen van dit boek leidde tot heftige reacties van een aantal veteranen. Zij namen met name aanstoot aan het feit dat Amersfoort tot de conclusie komt dat schendingen van het Humanitair Oorlogsrecht (HOR) door Duitsers in de meidagen van 1940 op zichzelf staande gevallen waren. Vooral wat de SS-eenheden betreft zou er volgens deze veteranen wel degelijk sprake zijn geweest van systematische schending van het HOR. Ook zijn deze veteranen het oneens met een aantal gevallen die Amersfoort karakteriseert als schendingen door Nederlandse militairen.

De reacties van veteranen maken duidelijk dat zij het boek met name hebben gelezen met een blik naar het verleden. Dit is volkomen begrijpelijk, met name voor veteranen die de voorvallen die het boek beschrijft van nabij hebben meegemaakt. Zij gaan echter voorbij aan de bedoeling die volgens de auteur aan het boek ten grondslag ligt. Hij omschrijft zelf de volgende vraag als het uitgangspunt van de studie: "waarom schonden deze militairen het oorlogsrecht"? Het antwoord op deze vraag is van belang om vooruit te kunnen kijken. Zoals Amersfoort zelf in een interview naar aanleiding van het boek zei: "Uitgangspunt daarbij was te komen tot een solide verklaringsmodel dat in meerdere situaties toepasbaar is en waar je als het goed is ook vandaag de dag nog iets aan hebt." Voor deze lezer was met name dit aspect van het boek interessant. Wat kunnen we leren van hoe vooraf en tijdens de meidagen met het HOR is omgegaan voor betere naleving van het HOR in de toekomst?

Structuur van het boek

Het boek bestaat uit twee delen. In het eerste deel worden enkele meer algemene vragen onderzocht. Het begint met een overzicht van de manier waarop tot nu toe in Nederland in het openbaar is gesproken over Duitse en Nederlandse HOR-schendingen in mei 1940. Vervolgens worden de bronnen beschreven. Hoofdstuk drie geeft een overzicht van het HOR waaraan beide legers waren gebonden en hoe die legers daartegenover stonden. Vervolgens wordt ingegaan op de betekenis van de Poolse veldtocht en de strijd met Rusland en de relatie met HOR-schendingen in Nederland.

Het tweede deel van de studie onderzoekt een groot aantal concrete gevechtssituaties

waarin in de meidagen het HOR werd geschonden. Hieruit distilleert de auteur een aantal verklaringen voor de schendingen. Het laatste hoofdstuk bevat een aantal conclusies.

Daarnaast bevat het boek een inleiding door Piet Kamphuis, Directeur van het IMG, en een aantal nuttige bijlagen. Deze bijlagen bestaan onder meer uit de tekst van de meest relevante HOR-verdragen, een overzicht van archiefbronnen en literatuur, kaarten van posities en verplaatsingen van de beschreven eenheden en een register. Het boek is rijk geïllustreerd met fotomateriaal.

Oorzaken van schendingen van het HOR

Amersfoort stelt dat het HOR traditioneel het recht voorstelde als staand tegenover de oorlogsnoodzaak. De laatste zou dan de oorzaak zijn van schendingen van het HOR. Inmiddels zou de rechtswetenschap deze polariteit hebben aangevuld met andere mogelijke oorzaken. Deze deelt hij in drie categorieën in. De eerste wordt omschreven als "verboden voordeel". Hier wordt bedoeld op het feit dat individuele militairen onder bepaalde omstandigheden de verleiding niet konden weerstaan, verboden middelen te gebruiken. De wil om succes te hebben onder bijzonder spannende of gevaarlijke omstandigheden bracht hen daartoe. Amersfoort beschrijft bijvoorbeeld een aantal schendingen van het HOR door Duitse en Nederlandse militairen tijdens gevechten om de vliegvelden bij Den Haag en de Grebbeberg. Hij wijst er op dat dit gevechten waren waarbij operationeel of zelfs strategisch veel op het spel stond en de spanning hoog opliep. De tweede categorie bestaat uit schendingen verricht uit wraak, woede en frustratie. Het gaat hier om schendingen die ontstaan als reactie op werkelijk of vermeend verraderlijk of onoorbaar gedrag van de andere partij. In dit verband wijst de auteur er bijvoorbeeld op dat wat de achtergrond van bepaalde Nederlandse schendingen aangaat een rol kan hebben gespeeld dat de militairen in kwestie de Duitsers betaald wilden zetten voor de aanval op Nederland als zodanig. De derde en laatste categorie bestaat uit gevallen waarin het HOR is geschonden uit doodsangst en lijfsbehoud. Een voorbeeld hiervan dat door Amersfoort wordt genoemd is het onjuiste gebruik van de witte vlag door Nederlandse militairen die zich terugtrokken, om te voorkomen dat zij onder eigen vuur zouden komen.

Hoewel deze conclusies zoals gezegd voor deze lezer het meest interessant zijn, moet tegelijkertijd worden opgemerkt dat zij sommige van de minder sterk onderbouwde conclusies van de studie zijn. In een aantal gevallen kan de auteur de reden voor een bepaalde schending afleiden uit verklaringen in de bronnen. In een aantal andere gevallen echter berust de conclusie van Amersfoort over de reden voor een bepaalde schending op speculatie. Een voorbeeld hiervan is de veronderstelling dat een Duitse officier die krijgsgevangenen liet gebruiken om naburige opstellingen te zuiveren dit deed om te voorkomen dat de frustratie van zijn minderen zich op hemzelf zou richten.

Het is interessant om de conclusies van Amersfoort te vergelijken met de uitkomst van een recent onderzoek van het Internationale Comité van het Rode Kruis (ICRC) naar de oorzaken van naleving dan wel schending van het HOR, getiteld "The Roots of Behaviour in War." Ook de studie van de ICRC noemt een aantal rechtvaardigingen die militairen en strijders geven voor schendingen van het HOR. Een aantal hiervan komen overeen met de door Amersfoort genoemde. Zo wijst het ICRC er bijvoorbeeld op dat in bepaalde gevallen als rechtvaardiging wordt gegeven dat het doel de middelen heiligt: het "verboden voordeel" van Amersfoort. Een andere overeenkomst is dat het ICRC er op wijst dat combattanten die geweld hebben gebruikt en zijn blootgesteld aan de gevolgen van geweld, op de korte termijn geneigd kunnen zijn om het HOR te schenden. Een spiraal van geweld kan ontstaan doordat een combattant reageert op geweld tegen hemzelf, zijn dierbaren of

eigendom, of doordat wordt gereageerd op een eerdere inbreuk op humanitaire beginselen. Dit komt overeen met de categorie "wraak, woede en frustratie" van Amersfoort.

De ICRC studie noemt ook een aantal factoren die niet, of slechts zijdelings, in het boek ter sprake komen. Een voorbeeld is de wens van het individu om zich aan de groep te conformeren. Amersfoort geeft aan dat de door hem gebruikte bronnen onvoldoende basis bieden om conclusies te trekken over de rol van de interacties binnen en het specifieke karakter van groepen militairen.

Juridische aspecten

In een boekbespreking in een juridisch tijdschrift past het nader in te gaan op de juridische aspecten van het boek. Daarbij moet worden aangetekend dat, zoals hierboven aangegeven, het startpunt van het boek niet juridisch is. Gezegd zou kunnen worden dat het recht slechts de achtergrond is waartegen de studie van bepaalde menselijke gedragingen ten tijde van oorlog is geplaatst. Zoals Amersfoort zelf stelt: "de verhalen van alle militairen die aan het woord kwamen, [gaan] uiteindelijk niet over de regels van de oorlog of de schending daarvan, maar veeleer over wat oorlog en gevecht eigenlijk zijn én wat die twee bij mensen teweeg kunnen brengen."

Niettemin neemt de juridische achtergrond een belangrijke plaats in. Dit zal ongetwijfeld mede te maken hebben met het feit dat de conclusie dat een specifieke militair een oorlogsmisdrijf heeft gepleegd een aantijging is die niet licht opgevat kan worden. Een dergelijke conclusie vereist een goede juridische onderbouwing.

Er is dan ook een hoofdstuk uitsluitend gewijd aan een beschrijving van het HOR zoals dat gold in 1940 voor Nederland en Duitsland, de houding van de twee partijen ten opzichte van het HOR en hoe zij dat recht aan hun militairen onderwezen. Opvallend is de heldere beschrijving van het HOR in dit hoofdstuk. De kern van het recht wordt helder weergegeven, net als de ontwikkeling en inhoud van de meest relevante juridische instrumenten waaraan Nederland en Duitsland waren gebonden. De enige opmerking die de lezer hierop heeft is dat de data waarop beide landen het Haags Landoorlogreglement (1907) en het Verdrag van Geneve betreffende de Behandeling van Krijgsgevangenen (1929) ratificeerden onjuist zijn weergegeven. Daarbij lijkt het erop dat de data van ratificatie en inwerkingtreding zijn verward.

Vanuit juridisch perspectief valt op dat het begrip "represaille" niet genoemd wordt in het boek. Op het eerste gezicht lijkt niet uitgesloten dat handelingen die door Amersfoort worden omschreven als schendingen van het HOR in reactie op (vermeende) schendingen van de tegenstander gerechtvaardigd waren als represaille. Een represaille is omschreven als een maatregel die op zich onrechtmatig is, maar waarvan de onrechtmatigheid wordt weggenomen doordat ermee beoogd wordt een einde te maken aan een eerdere onrechtmatige daad van de tegenpartij. De vier Verdragen van Geneve van 1949 en de Protocollen bij die verdragen van 1977 hebben de ruimte voor het nemen van represailles aanzienlijk beperkt. In 1940 echter werden represailles door velen gezien als een van de belangrijkste middelen om naleving van het HOR te garanderen. Op basis daarvan zou kunnen worden gesteld dat enkele vermeende schendingen waren gerechtvaardigd als represaille. Bij nadere bestudering lijkt dat echter onwaarschijnlijk. Enkele auteurs in de dertiger jaren stelden nauwelijks voorwaarden om tot represailles te kunnen overgaan. Dit kan echter niet verbloemen dat in het gewoonterecht een aantal voorwaarden was ontwikkeld, hoewel sommige daarvan omstreden waren. Aan enkele van deze voorwaarden was niet voldaan in het geval van de acties die Amersfoort beschrijft. Het gaat dan bijvoorbeeld om het vereiste dat een formele waarschuwing moet worden gegeven aan de tegenpartij voor-

dat tot represailles wordt overgegaan. Een andere voorwaarde is dat alleen de regering, of in ieder geval een hoge officier, toestemming kan geven voor represailles. Het meest waarschijnlijke lijkt dat om dergelijke redenen de mogelijkheid dat bepaalde van de beschreven handelingen gerechtvaardigd zouden kunnen zijn als represailles niet wordt besproken, en niet omdat deze mogelijkheid over het hoofd is gezien.

Een opmerkelijke stelling van Amersfoort is dat er gevallen zijn die naar de letter van het recht wel kunnen worden beoordeeld als een schending, maar waarin paradoxaal genoeg de humaniteit meer gediend was met gedrag op de grens van het toelaatbare. Eén van de voorbeelden die hij hierbij aanhaalt is een Nederlandse kapitein die uit zijn stelling was gehaald. Duitsers bevelen de kapitein, terwijl hij onder schot werd gehouden, om ook de rest van zijn mannen op te dragen zich over te geven. Volgens Amersfoort was dit weliswaar een schending van het HOR, maar werd zo wel een bloedbad voorkomen. In dit soort gevallen moet volgens Amersfoort worden gevaren op de geest in plaats van de letter van het recht. In dit specifieke geval kan de vraag gesteld worden of de rest van de mannen zich misschien niet had overgegeven zonder dat de kapitein hen dat opdroeg. Meer in het algemeen past echter grote voorzichtigheid bij de stelling dat naar de geest in plaats van de letter van het recht moet worden gehandeld. Amersfoort wijst er terecht op dat het recht, in zijn woorden, niet "verabsoluteerd" moet worden. Het recht moet altijd worden gezien in samenhang met de concrete omstandigheden waarin het moet worden toegepast. Het kan niet zo zijn dat het recht enkel nageleefd wordt omdat het recht is, wanneer die toepassing tot absurde resultaten leidt. Hier past echter een tweetal opmerkingen. De eerste is dat het HOR en het internationaal strafrecht in zekere mate zelf al voorzien in dergelijke gevallen. In vergelijking met andere rechtsgebieden laat het HOR veel ruimte voor beoordelingen door commandanten en individuele militairen. Daarnaast bestaat een aantal strafuitsluitingsgronden waardoor een schending van het HOR in bepaalde gevallen toch niet leidt tot individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid. Een tweede opmerking is dat de stelling dat een handeling die naar de letter van het HOR een schending is, eigenlijk in de geest van datzelfde recht kan zijn, zich kan lenen voor misbruik. Zo beroepen de Verenigde Staten zich bijvoorbeeld op de geest van het internationaal recht voor wat betreft het regime voor de behandeling van de gevangenen in Guantanamo Bay.

Lessons learned

De conclusies van Amersfoort over de factoren die hebben bijgedragen aan het naleven dan wel schenden van het HOR in de meidagen van 1940 zijn van groot belang voor het huidige onderwijs in het HOR. Er is alle reden om aan te nemen dat dezelfde factoren ook nu een rol kunnen spelen. In dit verband wijst Amersfoort onder meer op het theoretische karakter van het onderwijs over het oorlogsrecht binnen de Nederlandse krijgsmacht voor de Tweede Wereldoorlog, zowel tijdens de eerste oefening als tijdens herhalingsoefeningen en de oefeningen uit de mobilisatieperiode. Onwetendheid als gevolg van het wegzakken van de leerstof zou minstens een deel van de oorzaak van schendingen van het HOR zijn geweest. De conclusie die hieruit getrokken kan worden voor het onderwijs binnen de krijgsmacht is nog steeds relevant. Dit onderwijs kan niet beperkt blijven tot het behandelen van het onderwerp in klaslokalen. Het onderwerp moet ook worden opgenomen in oefeningen en in de standaard handelwijze die de militair wordt aangeleerd, de zogenaamde "skills and drills". Op deze manier kan de militair tot op zekere hoogte worden aangeleerd om automatisch juist te handelen.

Een tweede conclusie van Amersfoort in dit verband is dat het inprenten en afdwingen

van het HOR belangrijk is voor de naleving van dat recht. Hij wijst in dit verband onder meer op het feit dat de Duitse legerleiding na de veldtocht in Polen in 1939 maatregelen nam om wandaden zoals gepleegd tijdens de inval in Polen te voorkomen. Daartoe werd onder andere een aantal aanwijzingen uitgevaardigd over het HOR en over een correcte behandeling van de burgerbevolking. Daarnaast werd streng opgetreden tegen vergrijpen om de discipline aan te scherpen. Amersfoort stelt dat deze inprenting en afdwinging een belangrijke rol speelde bij het naleven van het recht. Dat is ook tegenwoordig het geval. Het optreden van commandanten is daarbij van wezenlijk belang. Door het goede voorbeeld te geven en door waar nodig gebruik te maken van de mogelijkheden die het tucht-recht en strafrecht biedt handhaven zij de discipline. Deze mogelijkheden voor commandanten om schendingen van het oorlogsrecht te voorkomen is ook de grondslag voor de doctrine van "command responsibility".

Conclusie

"Ik Had Mijn Roode-Kruis Band Afgedaan" is een zeer leesbaar boek dat meerdere groepen lezers zal interesseren. De reden daarvoor is dat het zowel een historische beschrijving, een zoektocht naar drijfveren van militairen op het slagveld, als conclusies over belangrijke aandachtspunten voor het verzekeren van respect voor het HOR bevat.

Dr. M. Zwanenburg

Militair Juridisch Brevet

Op 15 augustus jl. heeft majoor mr. ing. Ben Valk uit handen van de Bevelhebber der Luchtstrijdkrachten, Luitenant-Generaal D. Starink, het brevet ontvangen voor meer uitgebreide kennis van het militaire recht (Militair Juridisch Brevet). Naast het met succes behalen van de gebruikelijke extra vakken militair straf- en tuchtrecht, militair administratief recht en international law of armed conflict aan de Universiteit van Amsterdam, heeft majoor Valk een studie geschreven over het natuurbeschermingsrecht in relatie tot het laagvliegen met militaire luchtvaartuigen. Onder de de titel: "Natuurlijk laagvliegen" beschrijft majoor Valk de ontwikkelingen in het internationale en nationale natuurbeschermingsrecht en de mogelijk toenemende invloed ervan op het opereren van de luchtmacht. Met name de Europese Vogel- en Habitatrichtlijnen, de nieuwe Natuurbeschermingswet 1998 en de Flora- en Faunawet kunnen van invloed zijn op laagvliegoperaties. Majoor Valk beveelt dan ook aan nadrukkelijk rekening te houden met deze ontwikkelingen bij het laagvliegen en het gebruik en de planning van laagvlieggebieden. Nader onderzoek moet evenwel uitmaken in hoeverre de natuurbeschermingswet- en regelgeving op het laagvliegen van invloed is. Bij de bespreking van de studie is hij tevens getentamineerd over zijn kennis omtrent het militair luchtvaartrecht.

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.C. Zuidema , Brigade-generaal b.d. van de Militair Juridische dienst; |
| Secretaris/penningmeester | Mr. J.F. Stinissen , Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst; |
| Leden: | |
| voor de Koninklijke Landmacht: | Mr. R. <i>in het Veld</i> , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst; |
| voor de Koninklijke Luchtmacht: | Mr. P.T. Hebly , Kolonel van de Koninklijke Luchtmacht; |
| voor de Koninklijke Marine: | Mr. W.E. Louwerse , Kapitein ter zee; |
| voor de Koninklijke Marechaussee: | Mr. C.P.C. Kuijs , Kolonel der Koninklijke Marechaussee; |
| voor de Centrale Organisatie: | Mr. J.J. Buirma , Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tuchtrecht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie; |
| Prof. Dr. TD. <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; |
| Prof. Mr. Th. A. de Roos , | Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden; |
| Mr. W.J. Schmitz , | Hoofd Beleidsondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van ABP; |
| Mr. G.F. Walgemoed , | Kolonel b.d. van de Militair Juridische Dienst |
| Adres van de Redactiecommissie: | Koningin Wilhelminalaan 50, 2264 BN Leidschendam |

VASTE MEDEWERKERS:

- Prof. Mr. G.L. *Coolen*, Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
- Prof. Dr. R.A. *Lawson*, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.
- Dr. M. *Boot-Matthijssen*, wetenschappelijk medewerker verbonden aan het Nederlands Instituut voor Internationale Betrekkingen 'Clingendael'.

WIJZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt tien keer per jaar.

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1-2003 € 36,75. Men abonneert zich bij Sdu Klantenservice Uitgevers, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. tel.: 070-378 9880, fax: 070-378 9783, e-mail: sdu@sdu.nl, of bij zijn boekhandelaar. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 3,95. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar tegen de prijs van € 25. Auteurs van bijdragen van meer dan één pagina ontvangen een vergoeding van € 35 p.p., tot een maximum € 230 per aflevering, benevens vijf presentemplaren van de desbetreffende aflevering. Het auteursrecht wordt met de publicatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u van informatie te voorzien over Sdu Uitgevers bv en zorgvuldig geselecteerde andere bedrijven. Als u geen prijs stelt op deze informatie, kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice, postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar. Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan Sdu Servicecentrum Uitgevers. Zij die het M.R.T. van rijkswege verstrekt krijgen, dienen zich voor kennisgeving van adreswijzigingen 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"


Nederlands
uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVIII
november/december 2005

Aflevering

10

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

| | |
|---|-----|
| Functioneel geweldgebruik in internationale operaties: een spiegel van rechtspraak en praktijk; door mr. drs. M.M. Dolman, kol mr. drs. P.A.L. Ducheine, prof. dr. T.D. Gill, mr. G.F. Walgemoed..... | 369 |
|---|-----|

Opmerkingen en mededelingen

| | |
|--|-----|
| Cursus Actualiteiten militair en operationeel strafrecht verzorgd doot het Eggens Instituut voor Juridisch Postacademisch Onderwijs, Universiteit van Amsterdam..... | 421 |
|--|-----|

Register

| | |
|--------------------|-----|
| Register 2005..... | 423 |
|--------------------|-----|

| | | |
|--------------|----------|--------------------------|
| 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 |
| | G.F.W. | - Mr G.F. Walgemoed |

BIJDRAGEN

Functioneel geweldgebruik in internationale operaties: een spiegel van rechtspraak en praktijk

door

MR. DRS. M.M. DOLMAN, LKOL MR. DRS. P.A.L. DUCHEINE, PROF. DR. T.D. GILL,
MR. G.F. WALGEMOED¹⁾)

1. Inleiding

Het militaire strafrecht en het militair operationele recht zijn de afgelopen jaren onderwerp van (soms hevige) discussie geweest. Nu de reacties op het arrest inzake 'Eric O.' zijn geventileerd,¹⁾ is de tijd rijp om - in een breder perspectief - terug te blikken op wat wij 'functioneel geweld' noemen.²⁾ Daarbij gaat het ons uiteraard om de relatie tussen militair geweldgebruik enerzijds en het militaire straf- en operationele recht anderzijds. We beperken ons daarbij tot geweldgebruik in internationale operaties.

1.1 Aanleiding

Hoewel het arrest van de militaire kamer van het gerechtshof te Arnhem³⁾ om hierna te bespreken redenen als belangwekkend in de militaire strafrechtspleging beschouwd mag worden, is het echter slechts één van de vele keren dat militair functioneel geweldgebruik onderwerp van discussie was. Zowel in rechtspraak als in de praktijk bleek dat militaire inzet functioneel geweldgebruik impliceert en dus minder theoretisch is dan menig een zou denken (of hopen).⁴⁾

Allereerst wijzen we op de zaak van de 'slapende mariniers' in Irak.⁵⁾ De rol van de Nederlandse troepen in de missie - assistentie aan een bezettende mogendheid - is niet

¹⁾ De auteurs zijn respectievelijk universitair docent strafrecht, onderzoeker militair recht, hoogleeraar militair recht en docent militair recht aan de Leerstoelgroep Strafrecht van de Universiteit van Amsterdam. Hoewel dit artikel een gezamenlijk product is, zijn de thema's te herleiden tot respectievelijk de volgende auteurs: T.D. Gill, P.A.L. Duchéine & G.F. Walgemoed; M.M. Dolman, P.A.L. Duchéine & G.F. Walgemoed. De inleiding en conclusies worden door alle auteurs onderschreven.

²⁾ Zie Th.J. de Roos in zijn naschrift bij Hof Ah 4 mei 2005, *MRT* 2005, p. 258; G.L. Coolen, 'Het OM en de krijgsmacht', *Ars Aequi* 2005, p. 360; M.D. Fink, 'Ontwikkelingen rondom het militaire strafrecht naar aanleiding van het strafproces tegen Eric O.', *MRT* 2005, p. 237-239; A. Brenninkmeijer, 'De vredesmacht voor de rechter', *NJB* 2005, p. 1125; J.E.D. Voetelink, 'Juridische consequenties van het MOU, De zaak Eric O.', *MRT* 2005, p. 343; G.G.J. Knoops, 'De internationalisering van militair-strafrechtelijke aansprakelijkheden na Eric O.', *MRT* 2005, p. 317; J.F.R. Boddens Hosang, 'Bevelen in het strafrecht: de ontkenning van het arrest in de zaak O. als grondslag voor aanpassing van het militaire strafrecht', *MRT* 2005, p. 335.

³⁾ Geweldgebruik door militairen in de uitoefening van hun opgedragen taken. Zie: P.A.L. Duchéine & G.F. Walgemoed, 'Militairen na 'rake zaken': de strafrechtelijke positie van militairen na functioneel geweldgebruik', *MRT* 2004, p. 309.

⁴⁾ Hof Ah 4 mei 2005, LJV AT4988, *MRT* 2005, p. 213. Eerste aanleg: Rb Ah 18 oktober 2004, LJV AR4029, *MRT* 2004, p. 443.

⁵⁾ Zie ook Editoriaal *Militaire Spectator* 2005-2, 'De krijgsmacht: geweldsinstrument'.

⁶⁾ Tijdens de missie *Stabilisation Force Iraq* (SFIR)-1 (zie ook hierna § 2).

alleen academisch interessant.⁶⁾ De rechtbank te Arnhem beantwoordde de vraag of er sprake was van 'tijd van oorlog' tijdens deze operatie ontkennend.) In een civiele zaak tegen terreurverdachten⁸⁾ oordeelde de rechtbank Rotterdam dat de Nederlandse militaire bijdragen aan Operatie Enduring *Freedom* - in ieder geval - vanaf oktober 2002 als betrokkenheid bij een gewapend conflict moet worden aangemerkt.⁹⁾

Nu het rechterlijk oordeel in de strafzaak 'Eric O.' onherroepelijk is, is de minister van Justitie aan zet om de toegezegde uitvoering van de motie van Baalen & Eijsink gestalte te geven." Hiervoor moet "een kleine commissie van onafhankelijke deskundigen" "de organisatorische inbedding van het militaire strafrecht, de gevolgde werkwijze en procedures tegen het licht [...] houden om te bezien of deze voldoende tegemoet komen aan de hoge eisen en specifieke omstandigheden van militaire operaties in risicogebieden, zoals bij uitzendingen."

Niet alleen rechterlijke en politieke uitspraken, ook bestuurlijke ingrepen bleken relevant voor de militaire strafrechtspleging. Op verzoek van de minister van Defensie stelde het College van Procureurs-generaal de Aanwijzing positie militairen bij geweldsaanwending vast, waardoor opsporingsorganen primair van bonafide militair geweldgebruik uitgaan." De minister van Defensie zelf riep artikel 71 WMSr in en bepaalde dat 'tijd van oorlog' van toepassing zou zijn op de acties van Nederlandse *special forces* in Afghanistan (Operatie Enduring *Freedom*).¹²⁾ Daarmee bereikte de minister dat de strafuitsluitingsgrond voor oorlogshandelingen (art. 38 WMSr) op die acties van toepassing werd. In diezelfde brief kondigde hij ten slotte aan dat een reparatiewet voorbereid wordt waarbij de verouderde term 'tijd van oorlog' vervangen wordt door de term 'tijd van gewapend conflict'.¹³⁾

1.2 Doel

Het doel van deze bijdrage is het militaire strafrecht en het militair operationele recht te

⁶⁾ In het kader van *Education Permanente* organiseerde de MJD op 27-1-2004 een informatiemiddag over juridische aspecten in de voorbereiding versus de uitvoeringsfase van deze uitzending.

⁷⁾ Rb Ah 1 maart 2003, MRT 2004, p. 148, m.nt. G.L. Coolen. In hoger beroep verzette de Advocaat-Generaal zich uiteindelijk niet tegen dit oordeel. Ook: Hof Ah 8 september 2004, LJN AQ9886; er is cassatieberoep ingesteld.

⁸⁾ Hen was o.a. - kort - hulpverlening aan de vijand in tijd van een oorlog of een gewapend conflict ten laste gelegd.

⁹⁾ Rb Rotterdam 5 juni 2003, LJN AF9546. De rechtbank oordeelde met betrekking tot 'tijd van oorlog' dat Nederland niet in oorlog met Afghanistan en/of de Taliban (en hun bondgenoten Al Qai'da en/of andere pro-Taliban strijders) was geweest nu hiervoor de vereiste verklaring ex. art. 96 Grondwet ontbrak (!).

Ten aanzien van de betrokkenheid bij een gewapend conflict (niet zijnde oorlog) oordeelde de rechtbank:

"Bij het vaststellen van dat moment is niet zozeer van belang hoe Nederlandse bewindslieden bepaalde bijdragen van Nederland aan de operatie Enduring Freedom hebben betiteld, maar dienen naar het oordeel van de rechtbank de feitelijke (gevechts)handelingen van de Nederlandse strijdkrachten - mede in aanmerking genomen de aard en omvang van deze handelingen en de doelstelling daarvan - te worden beoordeeld. De rechtbank verwijst in dit verband ook naar de in de vakliteratuur ingenomen standpunten" (NLR, suppl. 104, aant. 4 bij art. 107a; Coolen, DB 1996, p. 51-52).

¹⁰⁾ *Kamerstukken II* 2004105, 29 800 X, nr. 38.

¹¹⁾ P.A.L. Duchaine & G.F. Walgemoed, 'Militair functioneel geweld en de positie van militairen na 'rake zaken'', *Militaire Spectator* 2005, p. 48.

¹²⁾ *Kamerstukken II* 2004105, 27 925, nr. 172 (Bestrijding internationaal terrorisme).

¹³⁾ *Ibid.*, p. 2-3. Waarbij aangenomen mag worden dat - nu het zijn actuele waarde heeft bewezen - daarbij de declaratoire bevoegdheid van art. 71 WMSr niet verloren gaai.

belichten met behulp van recente rechtspraak en rechtspraktijk over functioneel geweld.

We beogen onderdelen te belichten en eventuele 'donkere vlekken' te detecteren.

1.3 Opzet

We hanteren hierbij vier thema's waarlangs we deze bijdrage ook hebben vormgegeven. Als eerste wordt de bevoegdheid en autorisatie tot militair functioneel geweldgebruik in internationale vredes- en gevechtsoperaties gezien (§§ 2-3). Het tweede thema betreft de vastgestelde regels ter regulering van militair geweld: Rules of Engagement (hierna: ROE) We bekijken het karakter, de implementatie en de status van ROE (§§ 4-5). Specifiek gaan we in op de betekenis van ROE als dienstvoorschrift (§ 6). Het derde thema is materieelrechtelijk van aard (§ 7). Hoewel het Hof in de zaak 'Eric O.' de ROE als dienstvoorschrift typeerde, is daarmee niet gezegd dat vervolging en eindoordeel altijd via deze lijn zullen verlopen. Bezien wordt welke andere delictomschrijvingen van betekenis kunnen zijn, en welke strafuitsluitingsgronden daarop eventueel aansluiten. Het vierde en laatste thema gaat over het gebruik van geweld, de verantwoording daarover, en de eventuele vervolging van dit geweld (§ 8). We besluiten met conclusies (§ 9).

2. De bevoegdheid/autorisatie tot geweldgebruik in internationale vredesoperaties: SFIR¹⁴⁾

2.1 Rechtsgrondslag voor Nederlandse deelname aan SFIR

Internationale vredesoperaties kunnen tegenwoordig vele vormen aannemen en uiteenlopende doelstellingen bevatten.¹⁵⁾ Het type operatie in kwestie zal in grote mate bepalend zijn voor de vraag in hoeverre en binnen welke grenzen de vredesmacht bevoegd of geautoriseerd is om functioneel geweld aan te wenden in de uitvoering van de missie.¹⁶⁾ Bij alle vredesmissies geldt dat de rechtsgrondslag voor zulk geweldgebruik terug te voeren is op de aard en doelstelling van het mandaat voor de missie.

Dit was ook het geval in relatie tot het optreden van de multinationale stabilisatiemacht in Irak waaraan Nederland heeft deelgenomen. De rechtsgrondslag voor SFIR was in eerste instantie gelegen in de VN Veiligheidsraad Resolutie 1483 (2003),¹⁷⁾ waarin de Veiligheidsraad notitie nam van de status, bevoegdheden en verplichtingen van de Verenigde Staten (hierna: VS) en het Verenigd Koninkrijk (hierna: VK) als bezettende mogendheden op grond van het internationaal humanitair recht inzake belligerente bezettingen.¹⁸⁾ De resolutie nam verdere nota van het feit dat andere Staten, die niet de status

¹⁴⁾ SFIR: *Stabilisation Force Iraq*. De deelname aan SFIR werd door de Nederlandse regering als een vredesoperatie aangeduid: *Kamerstukken II* 2002/103,23432, nr. 116 herdruk.

¹⁵⁾ H. McCoubrey & N. D. White, *The Blue Helmets; Legal Regulations of United Nations Military Operations*, Dartmouth 1996, p. 11 e.v.; T. Findlay, *The Use of Force in U.N. Peace Operations*, Oxford 2002, p. 3-7.

¹⁶⁾ Findlay, *supra* noot 15, p. 355 e.v..

¹⁷⁾ S/RES/1483 (2003) van 22-5-2003.

¹⁸⁾ Zie ook de brief van 8-5-2003 van de Permanente Vertegenwoordigers van de Verenigde Staten van Amerika en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland aan de VN, waarin ze mededelen dat zij de verantwoordelijkheden van bezettende mogendheden over Irak op zich nemen onder auspiciën van de "Autoriteit" ook bekend als de 'Coalition Provisional Authority' (CPA), gedistribueerd als UN Doc. S/2003/538.

van bezettende mogendheden hadden, samenwerkten of in de toekomst samen zouden werken met de VS en het VK, teneinde een bijdrage te leveren aan de stabilisering van Irak.¹⁹⁾

In dit kader verwelkomde de Veiligheidsraad de bereidheid van zulke andere Staten om samenwerking te verlenen in de vorm van het beschikbaar stellen van personeel, uitrusting en andere hulpmiddelen van de bezettende mogendheden onder hun gezag.²⁰⁾ Het is van belang dat deze resolutie, gelijk andere resoluties die een mandaat verlenen voor vredesoperaties (anders dan klassieke vredesbewarende operaties), aangenomen is in het kader van Hoofdstuk VII van het VN Handvest en derhalve bindende kracht heeft onder het volkenrecht.

Als zodanig kan Resolutie 1483 beschouwd worden als een mandaat voor de oprichting van een multinationale stabilisatiemacht onder het gezag van de twee bezettende mogendheden. Er werd in feite een gelaagde juridische structuur gevormd in het geval van Irak.

Aan de ene kant werd de bezetting van Irak en de status, bevoegdheden en verplichtingen van de VS en het VK als bezettende mogendheden in het kader van het bezettingsrecht als een feit erkend. De Veiligheidsraad schiep hiermede geen mandaat voor deze twee Staten in deze resolutie; het erkende in essentie slechts het bestaan van een feitelijke situatie en de daaruit voortvloeiende juridische consequenties. Er is hoogstwaarschijnlijk sprake van een legitimering van hun rol als bezettende mogendheden en hun bevoegdheid om overheidsgezag uit te oefenen in Irak voor de duur van de bezetting binnen de grenzen van het bezettingsrecht; doch de rechtsbasis voor hun status en optreden in die hoedanigheid ligt niet primair in Resolutie 1483, maar in het bezettingsrecht zelf, al zal dit worden uitgebreid en aangepast in het verdere verloop van de bezetting.²¹⁾

Aan de andere kant werd wel een mandaat geschapen voor andere Staten, die niet de status van bezettende mogendheid hadden, om samen te werken met de VS en VK onder hun gezag, zonder daarbij de status van bezettende mogendheid te verkrijgen. Zonder een dergelijk mandaat zouden zulke Staten geen rechtsbasis hebben om in Irak militair op te treden zonder zelf als medebezetter aangemerkt te worden.²²⁾

Dit houdt in voor Staten als Nederland, die wel bereid waren om een bijdrage aan de stabilisatie van Irak te leveren, doch niet bereid waren om de status en verplichtingen van een bezettende mogendheid op zich te nemen, dat Resolutie 1483 een juridische voorwaarde was voor deelname aan SFIR, en tevens als rechtsgrondslag diende voor het (eventueel) gebruik van geweld in het kader van de missie. Voor deze Staten gold door het

¹⁹⁾ „Noting further that other States that are not occupying powers are working now or in the future may work under the Authority” (preamble Resolutie 1483).

²⁰⁾ *Ibid.*

²¹⁾ Zie T.D. Gill, 'Iraq: Occupation, Stabilization and Transition', MRT 2004, p. 192 e.v., p. 194. De situatie is aangepast zonder de basisverantwoordelijkheden van de VS, VK en overige Staten in essentie te wijzigen in Veiligheidsraad Resolutie 1511 (2002), waarin een helder mandaat is verleend aan SFIR om onder autorisatie van de Veiligheidsraad alle noodzakelijke maatregelen te treffen om de stabiliteit en veiligheid in Irak te herstellen teneinde de overgang van soevereine autoriteit volgens het afgesproken schema te bevorderen, gedistribueerd als UN. Doc. S/RES/1511 (2003) van 16-10-2003.

²²⁾ L. Lijnzaad, 'How Not to be an Occupying Power', in: L. Lijnzaad, J. van Sambeek & B. Tahzib-Lie (red.), *Making The Voice of Humanity Heard*, Leiden 2004, p. 291 e.v.; M.C. Zwanenburg, 'Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the law of occupation', *International Review of the Red Cross*, 86 (2004), 856, p. 745-769.

bestaan van een mandaat van de VN Veiligheidsraad dat hun deelname het karakter kreeg van deelname aan een vredesmissie, zij het een met een aantal bijzondere kenmerken.

Het eerste en belangrijkste kenmerk destijds was het feit dat SFIR onder het gezag van de twee bezettende mogendheden viel en volledig door deze twee Staten werd aangestuurd." Bij vrijwel alle vredesoperaties – anders dan het geval is bij vredesafdwingende operaties²⁴⁾ - ligt het gezag over en leiding aan de operatie hetzij direct bij de VN, of bij een regionale organisatie of alliantie die onder een mandaat van de VN Veiligheidsraad opereert. Zoals gezegd, lag dat in het geval van SFIR anders – althans in eerste instantie. De bezettende mogendheden hadden geen mandaat (in de normale betekenis van het begrip) van de Veiligheidsraad gekregen, hun status als zodanig was slechts erkend en de rechtsgrondslag voor hun optreden lag niet primair in Resolutie 1483, maar in het bezettingsrecht.²⁵⁾ Het feit dat zij volledig verantwoordelijk bleven voor het uitoefenen van overheidsgezag en hun verplichtingen onder het bezettingsrecht, ondanks de assistentie die zij kregen van de overige Staten die aan SFIR deelnamen, is duidelijk gesteld in de Resolutie 1483.²⁶⁾

Dit brengt ons op het tweede bijzondere kenmerk van deze vredesoperatie, namelijk de bijzondere status van de andere deelnemende landen, die niet als bezettende mogendheden waren aan te merken maar desondanks gebonden waren aan het bezettingsrecht (voorzover relevant) bij de uitvoering van hun taken als "assisterende Staten" bij een bezetting." Ondanks het feit dat deze status nergens expliciet is vermeld in Resolutie 1483, is ze duidelijk af te leiden uit de hierboven geschetste gelaagde juridische structuur van SFIR. Aangezien status, rechten en plichten van de bezettende mogendheden hun grondslag vinden in het bezettingsrecht en mede aangezien de deelname van de overige Staten aan SFIR volledig onder hun gezag en verantwoordelijkheid vielen, was hun status in wezen afgeleid van dat van de twee bezettende mogendheden zelf en was hun optreden in hoofdlijnen gebonden aan het bezettingsrecht. Dit recht was echter niet volledig relevant of toepasselijk op deze overige Staten omdat zij niet als bezettende mogendheden waren aan te merken.

Deze bijzondere kenmerken van SFIR zijn in zekere zin als opmerkelijk te kwalificeren en kunnen worden gezien als een volkenrechtelijk novum.²⁸⁾ Een vredesoperatie die onder het gezag en verantwoordelijkheid valt van twee bezettende mogendheden en daarnaast deelnemers heeft die weliswaar een mandaat van de Veiligheidsraad hebben als rechtsgrondslag voor hun optreden als "niet bezettende mogendheden", doch desondanks in grote mate gebonden zijn aan het bezettingsrecht. Deze bijzondere constructie gold in ieder geval gedeeltelijk tot het uitbreiden en aanpassen van het mandaat met de aanname van Resolutie 1511 (2003) door de Veiligheidsraad op 16 oktober 2003²⁹⁾ en verstreek pas

²³⁾ Gill, *supra* noot 21, p. 193 met bijbehorende noten 10 en 11.

²⁴⁾ Vredesafdwingende of 'peace enforcing' operatie.

²⁵⁾ In het bijzonder in het Haags Landoorlogreglement van 1907 en in de Vierde Geneefse Conventie van 1949, alsmede in het Eerste Aanvullende Protocol van 1977 voor zover toepasselijk.

²⁶⁾ Zie Resolutie 1483, operationele paragraaf 5.

²⁷⁾ Lijnzaad, *supra* noot 22, die op p. 298 e.v. ingaat op deze bijzondere status. Het bezettingsrecht zelf kent geen verschijnsel van 'non-occupying powers' die een bezettende mogendheid (of mogendheden) assisteren in de uitvoering van (sommige) taken gerelateerd aan een bezetting zonder deze status zelf te verkrijgen. Zie ook Zwanenburg, *supra* noot 22, p. 753 e.v.

²⁸⁾ *Ibid.*

²⁹⁾ *Supra* noot 21.

volledig bij de beëindiging van de bezetting en de soevereiniteitsoverdracht aan de Voorlopige Irakese Regering in juni 2004. Zij is ook weerspiegeld in de nadere uitwerking van de deelname van deze overige Staten aan SFIR in de vorm van de samenwerkingsovereenkomsten van deze Staten met de bezettende mogendheden en de daarbij behorende instructies voor hun optreden. Uiteraard is in het kader van deze bijdrage de rol van Nederland van belang.

2.2 De uitwerking van het mandaat: *Memorandum of Understanding en Rules of Engagement*

De rechtsgrondslag voor Nederlandse deelname aan SFIR in de vorm van Resolutie 1483 en de bijzondere positie van Nederland als een van de participerende landen aan deze vredesoperatie die geen status van bezettende mogendheden had (of wilde hebben) is weerspiegeld in a) de nadere uitwerking van de Nederlandse deelname in de vorm van het *Memorandum of Understanding* (hierna: MOU),³⁰⁾ alsmede in b) de daaraan gehechte *Rules of Engagement* (ROE) die het politiek-juridische kader geven voor het optreden, en in het bijzonder het dreigen met of gebruik van geweld."")

Ondanks het feit dat zowel de MOU als de ROE voor deze missie zoals gebruikelijk een vertrouwelijk karakter hebben, kan er een redelijk beeld van worden geschetst aan de hand van bronnen die wel algemeen toegankelijk zijn.³²⁾ In de MOU is tussen de partijen onder meer overeengekomen welke taken het Nederlandse contingent onder leiding van de Britten voor zijn rekening zal nemen. Deze zijn gebaseerd op het mandaat in Resolutie 1483 en op een aantal aanvullende instrumenten.³³⁾ Ook is het duidelijk dat er rekening is gehouden met de status van Nederland als niet bezettende mogendheid, doordat Nederland geen bestuurlijke functies voor haar rekening neemt en ook afstand doet van een aantal van de bevoegdheden die in het bezettingsrecht voorgeschreven zijn voor bezettende mogendheden, zoals bijvoorbeeld de internering van individuen die een gevaar vormen voor de veiligheid van de stabilisatiemacht. Aan de andere kant zijn de taken te kwalificeren als omvangrijk en uitdagend. Sommige ervan impliceren de noodzaak van een "robuust" optreden en de bereidheid en het vermogen om waar nodig geweld aan te wenden.³⁴⁾

Dit is dan ook weerspiegeld in de aan de MOU gehechte ROE, die afgeleid zijn van de Britse ROE en door de regering gekwalificeerd zijn als:

"robuust [...] hetgeen onder meer betekent dat er ruime bevoegdheden zijn voor "force protection" en het creëren van een veilige en stabiele omgeving. Op basis hiervan gaat de regering ervan uit dat de ROE voldoende mogelijkheden bieden om ook in geval van vij-

³⁰⁾ Gesloten voor de deelname van Nederlandse en andere troepen in de Brits geleide sector van Multinational Division South East [MND(SE)] op 8-7-2003. De totstandkoming van de MOU en de relatie daarmee met de ROE is uiteengezet in het arrest van de militaire kamer van het gerechtshof te Arnhem (*supra* noot 3). Zie hierna ook § 5.1.

³¹⁾ Voor een beschouwing van de functie van ROE als politiek-juridisch kader voor een operatie zie J.F.R. Boddens Hosang, 'Rules of Engagement; Het politiek-juridische struikelblok voor de militaire commandant', MRT 2003, p. 354 e.v..

³²⁾ Zie Brief van de Ministers van Buitenlandse Zaken en Defensie, d.d. 6-6-2003, *Kamerstukken II* 2002103, 23 432, nr. 116 herdruk, p. 10, waarin de militaire taken van het Nederlandse contingent uiteen worden gezet.

³³⁾ Zie ook het citaat ter plaatse van noot 84 *infra*.

³⁴⁾ Dit wordt duidelijk aan de hand van een bestudering van de taken van de missie die terug te vinden zijn in de bronnen genoemd in noot 32 *supra* gezien tegen de achtergrond van de situatie in Irak.

andelijkheden of ongeregelheden de taken uit te voeren".³⁵⁾

De ROE vormen op hun beurt de basis voor de daarvan afgeleide "Aide-Memoire voor SFIR Commandanten" (AM) en de "Instructiekaart SFIR Geweldsinstructie" (GI) die een vereenvoudigde versie van de ROE bevatten, welke gericht zijn aan de individuele militair." Deze laatste twee bevatten tevens een aantal restricties voor het gebruik van geweld die specifiek door Nederland worden gehanteerd. De ROE zijn daarentegen het "moeder document" die volgens de uitspraak van het Hof inzake 'Eric O.' genoegzaam bekend gesteld zijn aan de uitgezonden militairen in het bijzonder aan officieren en andere kaderleden.³⁷⁾

Het is duidelijk dat de uitwerking van de internationaal-rechtelijke grondslag van de operatie in de vorm van de bovengenoemde uitvoeringsovereenkomst (MOU) en daarvan afgeleide nationale richtlijnen en voorschriften (o.a. ROE, AI en GI, zie hierna § 5) een voorwaarde is voor het scheppen van een juridisch kader in het Nederlands recht voor met name het hanteren van dwangmiddelen en het gebruik van geweld bij de uitvoering van de missie. Dit is vanwege het feit dat resoluties van de Veiligheidsraad gericht zijn tot de lidstaten en niet tot individuele militairen."

2.3 Conclusie: bevoegdheid op grond van het mandaat verleend in VN Resoluties en de daarop gebaseerde, nationaal en internationaal-rechtelijke instrumenten

Aan de hand van het voorafgaande kan gesteld worden dat Resolutie 1483 een mandaat schiep voor deelname van Nederland aan een vredesmissie die in zijn algemeenheid tot doel had de orde en stabiliteit in Irak te herstellen teneinde zo vroeg mogelijk een volledig herstel van de soevereiniteit van Irak te verwezenlijken. Het optreden van Nederland diende in dit kader te geschieden onder de leiding en onder de verantwoordelijkheid van de bezetende mogendheden (de Autoriteit) welke is uitgewerkt in de MOU tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk. De taken en bevoegdheden van Nederland weerspiegelden dit mandaat en hielden tevens de mogelijkheid in dat waar nodig geweld zou kunnen worden aangewend in het kader van de uitvoering van het mandaat. Deze internationaal-rechtelijke instrumenten vormden tevens de grondslag voor de specifieke Nederlandse uitvoeringsvoorschriften en richtlijnen. Deze zijn juridisch vereist, aangezien het mandaat gericht is tot de deelnemende lidstaten en niet als zodanig tot individuele militairen.

³⁵⁾ *Kamerstukken II, supra* noot 32, p. 11 onder het kopje "Geweldsinstructie (Rules of Engagement)".

³⁶⁾ De relatie tussen de ROE, de AM en de GI is uiteengezet in het arrest van het Hof, *supra* noot 3, p. 220 (onder paragraaf e aldaar). Zie hierna ook § 5.4.

³⁷⁾ *Ibid.*, p. 219.

³⁸⁾ Voor alle duidelijkheid wordt de rechtsgrondslag voor een vredesmissie en voor het hanteren van dwangmiddelen inclusief het gebruik van geweld gevormd door het internationaal rechtelijke mandaat verleend door de VN of een andere bevoegde volkenrechtelijke organisatie. De ROE en daarvan afgeleide richtlijnen en voorschriften (AM, GI) zijn daarop gebaseerd en vinden in dit opzicht ook hun rechtsbasis in het internationale mandaat als een weerspiegeling en nader precisering daarvan. Aan de andere kant zijn resoluties van de Veiligheidsraad volkenrechtelijke instrumenten die vrijwel altijd aan de lidstaten of andere volkenrechtelijke subjecten zijn gericht, en tenzij specifiek daarvan wordt afgeweken, niet aan individuele militairen of militaire commandanten. Als zodanig kunnen individuele militairen normaliter niet zonder tussenkomst van de ROE een bevoegdheid om geweld aan te wenden in specifieke situaties rechtstreeks ontleenen aan het mandaat vervat in een VN-Veiligheids-raadresolutie. Deze bevoegdheid ontleent de individuele militair aan de ROE. Zie in dit verband J.A. van Diepenbrugge, 'Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties', MRT 2003, p. 371 e.v., p. 372-373.

3. De bevoegdheden/autorisatie tot geweldgebruik in internationale gevechtsoperaties: Afghanistan/Enduring Freedom

3.1 De aanslagen van 11 september en het recht van zelfverdediging

De aanslagen van 11 september 2001 hebben een proces in gang gezet dat een blijvende uitwerking heeft op het internationale leven en het nationale leven van vele Staten, waaronder Nederland. Eén van de directe gevolgen van deze aanslagen was het beroep door de Verenigde Staten op het recht van zelfverdediging in het internationale recht direct na de aanslagen en de reactie hierop van de internationale gemeenschap. Dit is met name relevant in relatie tot het militair optreden gericht tegen het terreurnetwerk van de Al Qa'ida organisatie in Afghanistan³⁹⁾ en hun Taliban gastheren en bondgenoten onder de naam Enduring Freedom. De inzet van de Nederlandse krijgsmacht bij deze operatie maakt het noodzakelijk om te kijken naar de rechtsgrondslag voor de inzet en hun optreden in het kader van dit artikel.

Direct na de aanslag van 11 september 2001 heeft de regering van de Verenigde Staten deze gekwalificeerd als een oorlogshandeling in de vorm van een aanval en beriep zich op het recht om militair op te treden tegen de auteurs van de aanval als deze eenmaal bekend waren. De reactie van de internationale gemeenschap op deze aanslag en het beroep door de VS op het recht van zelfverdediging was snel en duidelijk. Op 12 september 2001 heeft de VN Veiligheidsraad unaniem Resolutie 1368 aangenomen⁴⁰⁾ ('waarin de toepasselijkheid van het recht van zelfverdediging werd bevestigd. Dit is herhaald in V R Resolutie 1373⁴¹⁾) enkele weken later. De VN stond niet alleen in deze conclusie. De Noord Atlantische Raad van de NAVO en de Organisatie van Amerikaanse Staten hebben eveneens de aanslagen van 11 september 2001 als een aanval gekwalificeerd en de toepasselijkheid van het recht van zelfverdediging erkend. In de NAVO verklaring van 12 september 2001 is specifiek de toepasselijkheid van artikel 5 van het NAVO Verdrag bevestigd zodra het duidelijk zou worden dat de aanval van buiten de Verenigde Staten was geredigeerd.⁴²⁾ De toepasselijkheid van het recht van zelfverdediging op de aanval van 11 september 2001 kreeg ook brede steun van de regeringen van diverse individuele Staten en binnen de academische opinie.⁴³⁾

³⁹⁾ Er is vaak gesproken over 'The War on Terror' in algemene zin. Wat hiervan moge zijn is er toch geen sprake van een 'staat van oorlog' in volkenrechtelijke zin tussen de VS of welke andere Staat dan ook en 'het terrorisme'. Er was en is echter sprake van een internationaal gewapend conflict in de zin van gemeenschappelijk artikel 2 van de Geneefse Conventie van 1949 op grond van Artikel 51 VN Handvest tussen de Verenigde Staten en (de toenmalige regering van Afghanistan) de Taliban en de georganiseerde elementen van Al Qa'ida aanwezig in Afghanistan waarop het *ius ad bellum* en *ius in bello* toepasselijk zijn. Zie in dit verband o.a. T.D. Gill, *The 11th of September and the International Law of Military Operations*, inaugurele rede uitgesproken bij de aanvaarding van de leerstoel Militair Recht, d.d. 20-9-2002, Oratiereeks UvA 2002, p. 7 e.v..

⁴⁰⁾ UN Doc. S/RES/1318 (2001) van 12-9-2001.

⁴¹⁾ UN Doc. S/RES/1373 (2001) van 28-9-2001.

⁴²⁾ Zie *inter alia* C. Greenwood, 'International Law and the Pre-Emptive Use of Force: Afghanistan, Al Qaida en Iraq', 4 *San Diego International Law Journal* 7 (2003), p. 17-18.

⁴³⁾ Diverse regeringen hebben directe en indirecte steun verleend aan de militaire operaties in Afghanistan. Behalve de NAVO lidstaten kunnen o.a. Australië, India, Kirgizië, Japan, Pakistan, Tadzjikistan en de Russische Federatie worden genoemd. Voor academische opinie zijn naast de auteurs van de bronnen genoemd in nn. 39 en 42 *supra* ook auteurs als o.a. M. Byers, T. Franck en Y. Dinstein te noemen.

Op 7 oktober 2001 hebben de Verenigde Staten, gesteund door o.a. het Verenigd Koninkrijk, Australië en Canada militaire operaties geopend tegen de Al Qa'ida organisatie en hun Taliban bondgenoten in Afghanistan met een expliciet beroep op het recht van individuele en collectieve zelfverdediging vervat in Artikel 51 VN Handvest.⁴⁴⁾ Deze hebben geresulteerd in de vernietiging van een substantieel deel van de infrastructuur van het Al Qa'ida netwerk binnen Afghanistan in de vorm van opleidings- en basiskampen, uitrusting en personeel, het omverwerpen van de Taliban regering en het verdrijven van de restanten van het Taliban bewind en elementen van Al Qa'ida naar het bergachtige grensgebied tussen Afghanistan en Pakistan. Deze overgebleven elementen van Al Qa'ida en Taliban zijn tot op heden nog actief en vormen een bedreiging voor de stabiliteit van Afghanistan en daar buiten. Dit brengt met zich mede dat nog steeds militaire operaties worden uitgevoerd door de Verenigde Staten ondersteund door een coalitie van landen in het kader van *Enduring Freedom* op grond van Artikel 51 van het VN Handvest met de volledige instemming en ondersteuning van de nieuw gekozen Afgaanse regering onder leiding van President Karzai.⁴⁵⁾ Het recht van zelfverdediging blijft van toepassing zolang de resterende elementen van Al Qa'ida en hun Taliban bondgenoten actief blijven en in staat zijn om een dreiging van verdere aanvallen en voor de stabiliteit in Afghanistan te vormen. Dit is uiteraard gerelateerd aan het principe van noodzakelijkheid dat een van de basiselementen is van het recht op individuele en collectieve zelfverdediging.⁴⁶⁾ Deze toepassing van het recht van zelfverdediging gekoppeld aan de uitvoering van militaire operaties door een coalitie van Staten tegen de resterende elementen van Al Qa'ida en de Taliban impliceert tevens het (voortdurend) bestaan van een internationaal gewapend conflict waarop het humanitair oorlogsrecht eveneens van toepassing is. Zoals eerder is opgemerkt in dit verband zal deze situatie van kracht blijven:

“until such time as hostilities between the U.S. and its allies and the remaining Al Qaida and Taliban elements under arms in Afghanistan come to an end, and the Afghanistan Government is able to exercise reasonably effective authority over its [entire] territory and prevent the regrouping or re-emergence of a significant Al Qaida presence within its borders”.⁴⁷⁾

3.2 De Nederlandse betrokkenheid bij *Enduring Freedom* en de kwestie van een rechtsgrondslag voor militair optreden inclusief geweldgebruik

Kort na de toepasselijkheidsverklaring van het recht van zelfverdediging en de aanvang van *Enduring Freedom* heeft Nederland instemmend gereageerd op het verzoek van de Verenigde Staten om militaire bijstand te verlenen. Begin november 2001 heeft de regering aan de Tweede Kamer gemeld welke taken Nederland in die fase bereid was op zich te nemen en welke militaire middelen beschikbaar waren gesteld om die taken uit te voeren.⁴⁸⁾ Het betrof in eerste instantie de ontplooiing van marine eenheden en een KDC 10 toestel van de luchtmacht in het gebied rondom het Arabische schiereiland om waarschuwings- en beveiligingstaken te verrichten in het kader van *Enduring Freedom*. Daarnaast

⁴⁴⁾ Dit werd overeenkomstig Artikel 51 VN Handvest vermeld door de Permanente Vertegenwoordigers van de VS en het VK op 7-10-2001. Zie Greenwood, *supra* noot 42, p. 21-22.

⁴⁵⁾ Zie Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken, 10-3-2005, *Kamerstukken II* 2004/105, 27 925, nr. 166, p. 2-3, verwijzend naar de inaugurale rede van President Karzai van 7-12-2004.

⁴⁶⁾ Ibid.. Zie ook Gill, *supra* noot 39, p. 17 e.v..

⁴⁷⁾ Gill, *supra* noot 39, p. 22.

⁴⁸⁾ *Kamerstukken II* 2001/102, 27 925, nr. 24, betreffende dit verzoek en het Nederlandse instemmende antwoord.

heeft Nederland de maritieme middelen in het Caribische gebied opgevoerd om het gat te vullen dat was ontstaan als gevolg van de ontplooiing van Amerikaanse eenheden in het gebied in en om Afghanistan. Uitdrukkelijk is destijds vermeld dat de Nederlandse betrokkenheid bij Enduring Freedom geen gevechtshandelingen inhield.⁴⁹⁾

Dit is gaandeweg gewijzigd in de periode daarna. In de loop van 2002 werden de bevoegdheden van de fregattenuitgebreid tot het uitvoeren van consensual boardings met een verwijzing naar het zeeoorlogsrecht.⁵⁰⁾ Hier is nog steeds geen sprake van gevechtstaken maar de verwijzing door de betrokken bewindslieden naar het zeeoorlogsrecht in hun communicatie met de Tweede Kamer is niet zonder betekenis. Een veel verdere stap in de richting van deelname aan gevechtshandelingen in het kader van Enduring Freedom was het besluit van de regering om een C-130 transportvliegtuig en een detachement F-16 gevechtsvliegtuigen naar Kirgizië te sturen voor tactisch luchttransport en het verlenen van tactische luchtsteun aan grondoperaties.⁵¹⁾ Het operationeel inzetten van de F-16's bij directe steun aan grondoperaties vanaf begin oktober 2002 betekent dat in ieder geval vanaf dat moment zo niet eerder Nederland direct betrokken is bij een internationaal gewapend conflict op grond van de uitoefening van het recht van (collectieve) zelfverdediging. Dit feit is ook erkend in de Nederlandse rechtspraak.⁵²⁾

Nu de 'Rubicon' van deelname aan een gevechtsoperatie was overgestoken was de volgende stap een besluit van de regering in het vroege voorjaar van 2005 om ook grondtroepen te sturen voor gevechtshandelingen in Afghanistan in de vorm van het beschikbaar stellen van special forces (commandotroepen van de KL en mariniers) voor operaties in het Afghaanse grensgebied. De rechtsgrondslag was voor deze inzet dezelfde als eerder die van de luchtmacht. Deze rechtsgrondslag ligt in het in de vorige paragraaf besproken recht van (collectieve) zelfverdediging dat deel uitmaakte van het *ius ad bellum* en uiteraard als zodanig niet anders luidt voor grondoperaties als voor luchtsteun aan zulke operaties al zullen er andere eisen aan de ROE voor een grondoperatie gelden. Nederland volgt in deze laatste operatie een hele rij van Staten die grondtroepen beschikbaar hebben gesteld voor gevechtshandelingen in het kader van Enduring Freedom. Dat doet echter niet af aan de significantie van deze laatste stap van de regering in politiek en psychologisch opzicht binnen de Nederlandse context. Dit is namelijk de eerste keer dat Nederlandse grondstrijdkrachten geëngageerd zijn aan een pevechtsoperatie sinds de actie in Nieuw Guinea begin jaren zestig⁵³⁾ Dit betekende een uitgebreidere bespreking van de rechtsgrondslag voor het optreden en van potentiële juridische valkuilen bij de uitvoering van deze operatie dan destijds het geval was bij de inzet van F-16's in Afghanistan. Desalniettemin is er in termen van het *ius ad bellum* geen verschil tussen operaties in het kader van de uitoefening van het recht van zelfverdediging die door grondstrijdkrachten worden verricht en operaties die door lucht- of zee-strijdkrachten worden uitgevoerd op grond van dezelfde rechtsbasis.

⁴⁹⁾ Kamerstukken II 2001/02, 27 925, nr. 28, p. 3, waarin uitdrukkelijk wordt vermeld dat de Nederlandse bijdrage aan Enduring Freedom "geen gevechtshandelingen" inhouden.

⁵⁰⁾ Kamerstukken II 2001/02, 27 925, nr. 53, p. 5.

⁵¹⁾ *Ibid.*, p. 6.

⁵²⁾ Rb Rotterdam, *supra* noot 8 en 9, waarin de rechtbank concludeert dat "de betrokkenheid van Nederland (bij gevechtshandelingen), zoals bedoeld in Art. 107 Sr, op zijn vroegst begin april 2002 is aangevangen".

⁵³⁾ Zie ook Editoriaal *Militaire Spectator* 2005-6, 'Oorlog?'

3.3 Conclusie: rechtsgrondslag voor Nederlandse deelname aan *Enduring Freedom* op grond van het *ius ad bellum*

Wij hebben gezien dat de rechtsgrondslag voor *Enduring Freedom* in Afghanistan ligt in het interstatelijke recht op individuele en collectieve zelfverdediging dat deel uitmaakt van het contemporaine *ius ad bellum* dat verankerd is in het VN Handvest en het internationaal gewoonterecht. Dit recht blijft van kracht zolang de voorwaarden voor de uitoefening van dit recht, primair te vinden in het principe van noodzakelijkheid dat een basisonderdeel vormt van datzelfde recht, aanwezig zijn.

Op grond hiervan heeft Nederland een rechtsgrondslag om (elementen van) de krijgsmacht in te zetten in overeenstemming met de voorwaarden voor de uitoefening van het recht van zelfverdediging. Aangezien het hier om een internationaal gewapend conflict gaat, is het geheel van de operaties eveneens onderworpen aan het internationaal humanitaire recht, het *ius in bello*, al kunnen er beperkingen aan wat het *ius in bello* toestaat worden aangebracht uit politieke en operationele overwegingen vervat in de ROE voor de Nederlandse deelname aan deze operatie. In dat opzicht fungeren de ROE voor een gevechtsoperatie als *Enduring Freedom* in een geheel andere context en hebben ze een andere functie dan het geval is bij deelname aan een vredesoperatie, zoals in relatie tot het optreden van de SFIR in Irak. Dit is het onderwerp van het volgende onderdeel van dit artikel.

4. ROE: bevoegdheidsverlenend versus inperkend karakter⁵⁴⁾

Het tweede thema van deze bijdrage – en nauw verbonden met het eerste – zijn ROE. Allereerst bespreken we het karakter van ROE. Dit verschilt per type operatie. Daarna gaan we in op de wijze waarop ROE worden geautoriseerd en geïmplementeerd. Tenslotte bekijken we – tevens als opmaat naar het derde thema – de betekenis van ROE als dienstvoorschrift.

Tegenwoordig treft men in alle typen militaire operaties ROE aan: in gevechts- en vredesoperaties, maar ook in nationale operaties. Meestal zijn ze vervat in een expliciete bijlage onder de aanduiding ROE of “*Use of Force*”,⁵⁵⁾ maar soms treffen we ze aan in of als officiële geweldsinstructies,⁵⁶⁾ of in de paragraaf “coördinerende bepalingen”.⁵⁷⁾ Afhankelijk van het type operatie is er echter sprake van een essentieel verschil in karakter van de ROE.⁵⁸⁾

⁵⁴⁾ De hier beschreven gedachtegang werd eerder beschreven door Van Diepenbrugge, *supra* noot 38. Zie ook Fink, *supra* noot 1, p. 241.

⁵⁵⁾ Zoals bijvoorbeeld in de zaak 'Eric O'. Zie hieromtrent ook Voetelink, *supra* noot 1.

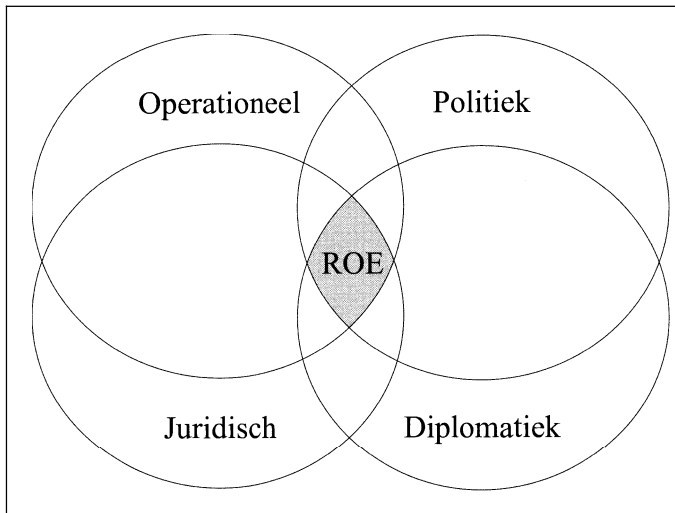
⁵⁶⁾ Zie bijvoorbeeld de Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke Marechaussee en de bijzondere opsporingsambtenaar (Stb. 1994, 275) en de daarop gebaseerde Instructiekaart voor de uitoefening van geweld door militairen bij de bewaking en beveiliging van civiele objecten in het kader van bijstandsverlening o.g.v. art. 59 Politiewet 1993 (vastgesteld door CDS, 3 mei 2005).

⁵⁷⁾ Bijvoorbeeld in de vorm: “militairen treden ongewapend op” of “het persoonlijk wapen mag slechts als slag- of stootwapen worden aangewend”.

⁵⁸⁾ Deze bijdrage beperkt zich tot het karakter van ROE in internationale operaties. ROE in nationale operaties kennen net als in gevechtsoperaties een inperkend karakter. Voor de volledigheid is deze situatie ook in **Figuur 3** opgenomen.

4.1 Gevechtsoperaties

In *gevechtsoperaties* is *interstatelijk geweldgebruik* *gelegitimeerd* op grond van het *ius ad bellum*. *Individuele militairen* mogen –binnen de grenzen getrokken door het *ius in bello* – geweld toepassen: *militaire doelen* mogen met *geoorloofde middelen* via een toegelaten methode worden aangevallen. Het *internationaal-rechtelijk* gelegitimeerde geweld kan om *operationele, diplomatieke, politieke redenen, of vanwege nationaal rechtelijke aard*, verder worden ingeperkt. De methode waarlangs dit geschiedt zijn/is ROE (zie Figuur 1).⁵⁹⁾



Figuur 1: ROE als resultaat.

De ROE voor *gevechtsoperaties* zijn *zodoende inperkend* van aard. Wij typeren ze als *zodanig* vanwege de *verdere beperking* van het onder het *oorlogsrecht* gelegitimeerde geweld. Daar doet niet aan af dat sommige ROE wellicht niet als *inperkend* overkomen omdat zij een onder het *oorlogsrecht* gelegiti-

*meerde methode of middelen (lijkente)herhalen.*⁶⁰⁾ Daarbij moet ook niet uit het oog worden verloren dat sommige staten geen partij zijn bij relevante verdragen, maar wel bepalingen uit de verdragen onderschrijven.")Ook blijkt dat ROE veelal de basisprincipes van het *oorlogsrecht* ten overvloede herhalen. Bovendien kan het zo zijn dat de ROE dusdanig ruim zijn dat de grenzen van het *oorlogsrecht* benaderd worden."

Illustratief zijn ROE over het gebruik van anti-tank mijnen. Hoewel in beginsel toegestaan onder het *oorlogsrecht* kan vanwege operationele wensen de effectiviteit van deze middelen op een maximum van bijvoorbeeld 48 uur worden gesteld. Anti-tank mijnen die niet op deze wijze zijn in te stellen, zijn als gevolg van deze ROE dus niet te gebruiken.

4.2 Vredesoperaties

In *vredesoperaties* daarentegen wordt de legitimatie van *militair functioneel* geweld

⁵⁹⁾ Zie onder meer: J.A. Roach, 'Rules of Engagement', 36 *Naval War College Review* 1983, p. 46; Boddens Hosang, *supra* noot 31.

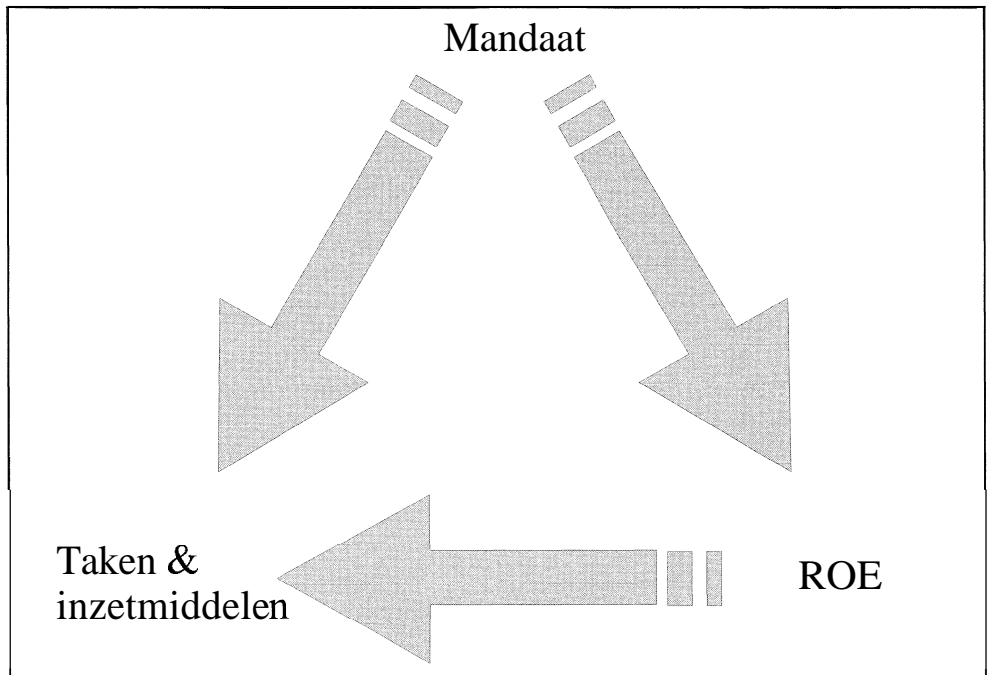
⁶⁰⁾ M.S. Martin, 'Rules of Engagement for land Forces: A matter of training, not lawyering', 143 *Military Law Review* 1994, p. 26-27 (figuur 4b en noot 74).

⁶¹⁾ Zo zijn de VS geen partij bij AP I, terwijl zij – in ieder geval in NAVO-verband – het gros van de bepalingen uit dat verdrag wel degelijk als normatief hanteert.

⁶²⁾ Zie bijvoorbeeld J.G. Humphries, 'Operations and the Rules of Engagement in Operations Desert Shield and Desert Storm', *Airpower Journal* 1992: "With the extensive mandate accorded coalition forces under the aegis of the United Nations, the wartime rules of engagement in Operation Desert Storm extended, in the main, to the bounds of the law of armed conflict" [accent: PD].

doorgaans gevonden in een mandaat in de vorm van een Veiligheidsraadresolutie.⁶³⁾ De staten is veelal de bevoegdheid "to use all necessary means" verleend om de door de Veiligheidsraad geformuleerde opdracht te realiseren.⁶⁴⁾ "To use all necessary means" brengt tot uitdrukking dat ook militaire middelen mogen worden ingezet en interstatelijk geweld mag worden aangewend. Ter uitvoering van de militaire opdracht stelt de *Force Commander* een operatieplan op, waarin taken, middelen en ROE zijn vastgelegd. Na autorisatie van deze ROE geldt de driehoek mandaat – ROE - taken & inzetmiddelen als basis voor de bevoegdheid van individueel geweldgebruik door militairen (zie Figuur 2).⁶⁵⁾

Figuur 2: Driehoeksrelatie.



Noch mandaat, noch taken of ROE geven afzonderlijk uitsluitel over het niveau en de vorm van het functionele geweld. Slechts in onderlinge samenhang valt dit te herleiden.

Anders dan in gevechtsoperaties steunt het militaire optreden (mede) op de ROE; ROE in vredesoperaties perken het geweldgebruik ook niet in, zij maken het – uitgaande van het mandaat – juist mogelijk. De ROE hebben hier dus een bevoegdheidsverlenend karakter. Dit verschil is in Figuur 3 geschematiseerd.

4.3 Samenvattend

Uit het voorgaande volgt dat het karakter van de ROE afhankelijk is van het type operatie waarbinnen zij gelden. In gevechts- (en nationale) operaties zijn ze inperkend van

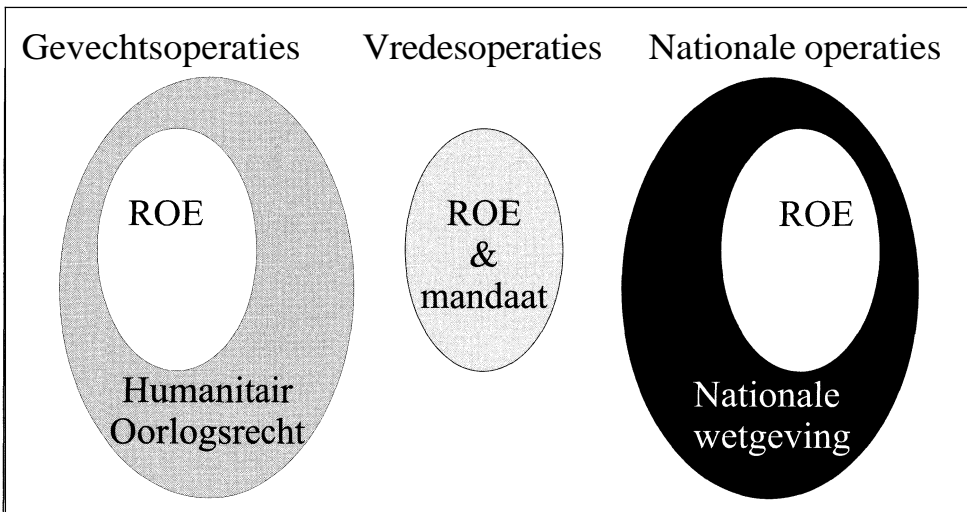
⁶³⁾ Daarnaast bestaat ook de mogelijkheid dat een andere organisatie dan de VN mandaat heeft verleend, dat de operatie op uitnodiging plaatsvindt, of dat er een andere internationaal rechtelijk grondslag bestaat.

⁶⁴⁾ Met name bij vredesafdwingende operaties of tweede generatie vredeshandhavende operaties.

⁶⁵⁾ De inherente bevoegdheid tot statelijke en individuele zelfverdediging daargelaten.

karakter, in vredesoperaties bevoegdheidsverlenend (zie Figuur 3).

Figuur 3: Inperkend vs. bevoegdheidsverlenend karakter van ROE



Bovenstaand verschil in karakter betekent overigens niet dat voor de verschillende typen operaties inhoudelijk niet dezelfde (lijst van) ROE zouden kunnen gelden. Bekend is dat de VS met "Standing ROE for US Forces" werkt die van toepassing is op "military attacks against the US and during all military operations, contingencies, and terrorist attacks occurring outside the territorial jurisdiction of the US'." In de situatie van een gewapend conflict bevestigen dan wel beperken zij de regels van het oorlogsrecht; in een vredesoperatie ('operations other than war') bieden zij aanknopingspunt voor het toegestane geweld.

5. ROE: autorisatie & implementatie tijdens SFIR

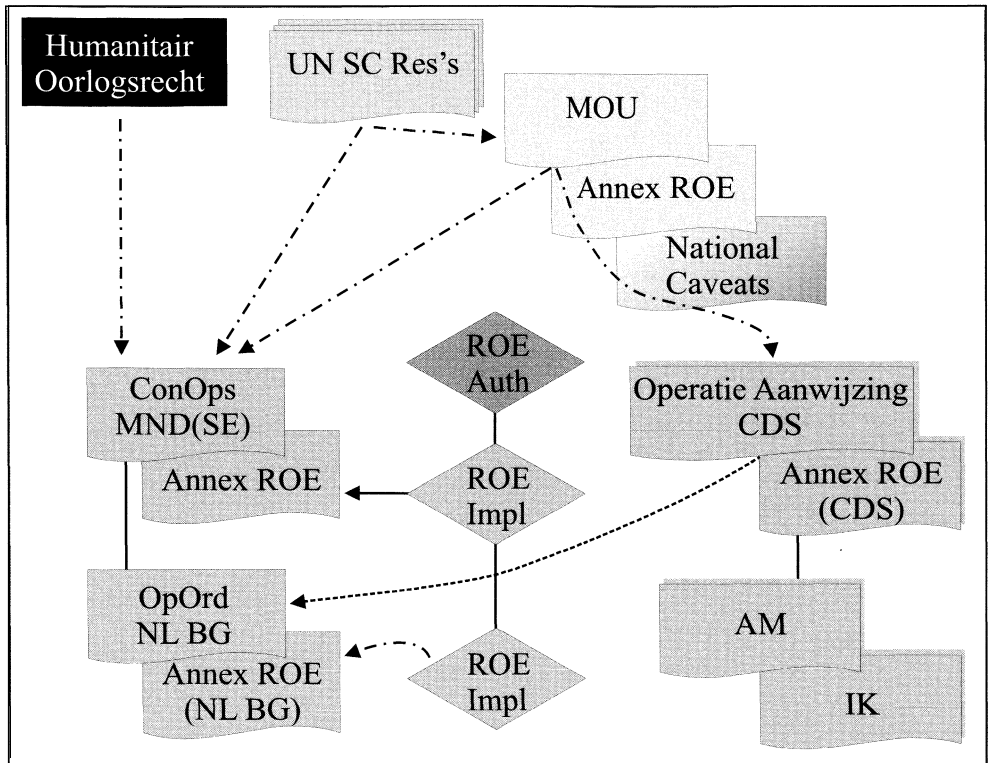
In de zaak 'Eric O.' speelden de ROE voor de *Stabilisation Force Iraq* (SFIR) een cruciale rol. In deze paragraaf zullen we ingaan op de plaats van ROE in het perspectief van de vredesoperatie SFIR. We bezien in onderlinge samenhang de relaties tussen enerzijds de verschillende (internationale) besluiten en documenten - Veiligheidsraadresoluties, MOU, (internationale) operatiebevelen, nationale operatieaanwijzingen - en het samenhangende geheel van geweldsinstructies - de ROE, "Aide-Memoire voor SFIR Commandanten" (AM)⁶⁷ en "Instructiekaart SFIR Geweldsinstructie" (GI)⁶⁸ - anderzijds. Hier doorheen loopt de procedure voor de autorisatie en implementatie van de ROE. De samenhang is hiernaait in **Figuur 4** schematisch weergegeven.

⁶⁶) Standing Rules of Engagement for US Forces, Chairman of the Chiefs of Staff Instruction CJCSI 3121.01A, 15 jan 2000, in: *ROE Handbook for Judge Advocats*, 1 may 2000 (www.jagcnet.army.mil/clamo).

⁶⁷) Vastgesteld door de CDS, d.d. 24 juli 2003.

⁶⁸) Vastgesteld door de CDS, d.d. 24 juli 2003.

Figuur 4: ROE (SFIR) in perspectief



De volgende onderdelen komen hierna achtereenvolgens aan de orde:⁶⁹⁾

- MOU;
- Autorisatie en implementatie van ROE;
- *Concepts of Operations MND (SE)* en *Operational Order Netherlands Battlegroup (NL BG)*;
- Operatie Aanwijzing Chef Defensie Staf (CDS)⁷⁰⁾.

Vervolgens integreren we de verkregen inzichten en bezien we het gewenste aanknopingspunt voor de nationaal-rechtelijke kwalificatie van ROE.

5.1 MOU

Hiervoor (§ 2) werd de internationaal rechtelijke grondslag voor SFIR besproken. Ook werd al gememoreerd dat voor de deelname van Nederlandse troepen in de Brits geleide sector van Multinational Division South East [MND(SE)] een MOU is gesloten.⁷¹⁾ In de MOU bevestigen de deelnemende landen het mandaat en de taken van de multinationale troepen in MND(SE):

⁶⁹⁾ De relatie Veiligheidsraadresolutie – Operatiebevel MND(SE) is hiervoor besproken in § 2.1.

⁷⁰⁾ De Chef Defensiestaf (CDS) is sinds 5 september 2005 Commandant der Strijdkrachten (CDS). We gebruiken de afkorting CDS.

⁷¹⁾ Zie ook: *Kamerstukken II* 2002103, 23 432, nr. 117, p. 14; en Voetelink, *supra* noot 1.

"to assist the Authority⁷²⁾ in maintaining stability, security, humanitarian and reconstruction assistance in Iraq by contributing personnel, equipment, and other resources to work under its unified command [...]".

De uit te voeren taken zijn – illustratief – beschreven in de "Annex A The Mission Statement". Zij corresponderen met de taken zoals deze in de kamerbrief zijn beschreven.⁷³⁾

Deze MOU bevat óók de "Annex FMND(SE) ROE Profile" en een bijbehorende appendix die begrippen definieert.⁷⁴⁾ Daarnaast zijn onder "Annex H National Declarations" de verschillende nationale voorbehouden op zowel taken en *Mission Statement* als ROE opgenomen. Dit zijn de zogeheten *national caveats*.

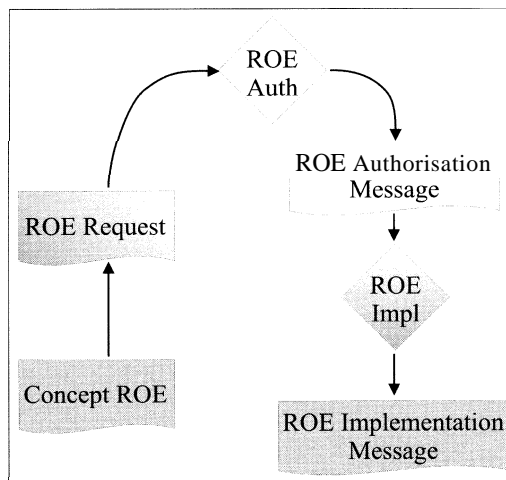
Het mag duidelijk zijn dat het Verenigd Koninkrijk als *lead nation* doorslaggevend, zoniet unilateraal verantwoordelijk is geweest voor het concipiëren van de ROE. Het ligt dan ook voor de hand te veronderstellen dat de ROE corresponderen met de ROE van de Britse troepen in MND(SE). De deelnemende landen in de MND(SE) zullen hun onvernegbare gezichtspunten in de 'National Declarations' tot uitdrukking hebben gebracht.

Het zijn deze – namens de Minister van Defensie⁷⁵⁾ – mede door Nederland ondertekende - van oorsprong Britse - ROE inclusief de daarop geldende nationale voorbehouden die het aanknopingspunt vormden in het arrest van het Hof.

5.2 Autorisatie en implementatie van ROE

Voordat (concept-)ROE door operationele commandanten daadwerkelijk toegepast kunnen worden dienen deze eerst geautoriseerd en geïmplementeerd te worden. Ter illustratie: in NAVO verband stelt een van de NAVO ondercommandanten concept-ROE op die met een *ROE-Request* aan het Militaire Comité worden aangeboden. Op het verzoek beslist de Noord-Atlantische Raad. De beslissing (autorisatie of afwijzing) van de Raad wordt met een *ROE-Authorisation message* aan de ondercommandant bekend gesteld. Deze dient vervolgens de geautoriseerde ROE in de militair-operationele lijn te implementeren met een *ROE-Implementation message* (zie Figuur 5).

Figuur 5: ROE autorisatie procedure



⁷²⁾ In casu het VK en de VS als bezettende mogendheden: "The Authority' means the United States of America and United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland as recognised by IJNSCR 1483", Section Two.

⁷³⁾ *Supra* noot 32, p. 10. Bijvoorbeeld: "de ondersteuning van de beveiliging en opslag van militaire uitrusting".

⁷⁴⁾ Vanwege de specifieke omstandigheden in aanvulling op het – bij de meeste deelnemers in gebruik zijnde - NATO document MC 362 Rules of Engamenent (d.d. 9-11-1999) waaraan de MOU refereert.

⁷⁵⁾ Het Hof: "Deze overeenkomst is op 5 juli 2003 namens de Minister van Defensie voor Nederland ondertekend".

De concept-ROE maken reeds in de voorbereidingsfase deel uit van operatieplannen.⁷⁶⁾ Ook na besluit tot uitvoering van een operatieplan kan het voorkomen dat de ROE nog niet geautoriseerd of geïmplementeerd zijn. Ook dan bevat een operatiebevel of -order nog steeds concept-ROE (zoals deze ook in de ROE-Request voorkomen). Pas na autorisatie én - geheel of gedeeltelijke - implementatie op basis van de ROE-Implementation *message*,⁷⁷⁾ wordt helder welke van de concept-ROE daadwerkelijk van kracht zijn verklaard. Dit kan niveaugebonden zijn.

Binnen het systeem van ROE kan namelijk iedere implementerende (onder)commandant een aantal ROE aan zichzelf houden. Zo zullen in bepaalde omstandigheden of tijdens 'rustige' missies de bevoegdheden voor inzet van zware of specifieke wapens (b.v. luchtsteun of traangas) op een hoger niveau kunnen liggen. Het is dus niet gezegd dat alle ROE uit de ROE-Authorisation *message* ook daadwerkelijk aan - bijvoorbeeld - de compagniescommandanten zijn toebedeeld.

Het is dus voor ondercommandanten op alle niveaus van belang om inzicht te hebben in de hen ter beschikking staande ROE, lees: geweldsbevoegdheden. In internationaal verband wordt daarvoor vaak gebruik gemaakt van een zogeheten ROE-implementation *matrix*. Daarin is per ROE te zien welke eenheidscommandant hiervoor competent is. In Tabel 1 is een fictief voorbeeld opgenomen. Hier is te zien dat ROE 151 geautoriseerd en volledig - dat wil zeggen tot op het laagste niveau - geïmplementeerd is. ROE 161 daarentegen is wel geautoriseerd, maar slechts tot op brigade (Bde) niveau geïmplementeerd.

Een matrix, als op pagina 386, biedt een handzaam, compleet, maar overzichtelijk overzicht van alle ter beschikking staande ROE, lees geweldsbevoegdheden en -middelen. Voor SFOR/KFOR paste dit overzicht bijvoorbeeld op drie 'kantjes' **A-4**.

Hoewel in de MOU van SFIR naar het NAVO-document MC 362 NATO *Rules of Engagement*)⁷⁸⁾ verwezen werd is de hiervoor beschreven autorisatie- en implementatieprocedure niet als hierboven beschreven doorlopen: het betrof immers geen NAVO-operatie. Desalniettemin is een analoge procedure wel degelijk herleidbaar.

Het 3 maart 2003 gedateerde Concept of *Operations* van Commandant MND(SE), hierna ConOps MND(SE), bevat een Annex met ROE. Deze ROE zullen naar alle waarschijnlijkheid synchroon hebben gelopen met de fasering van Operatie *Telic*. Hoewel de ConOps zelf geclassificeerd is, lijkt het logisch dat de Britten globaal de volgende fasering hebben gehanteerd:⁷⁹⁾

⁷⁶⁾ Er bestaat verschil tussen operatieplannen en operatiebevel (of -orders). Een operatieplan (Oplan, Engels: Operation plan) is een plan van de commandant voor de voorbereiding, uitvoering en/of beëindiging van een operatie. Een operatiebevel (OpOrd, Engels: Operational Order) is een van kracht verklaard en uitgewerkt operatieplan. Bron: Corporate begrippenkader Defensie (intranet defensie).

De plannen spelen in de voorbereiding een rol; een besluit ter effectuering maakt het een bevel of order ter uitvoering van hetgeen erin beschreven staat. Bekend is de uitdrukking in een plan: "Dit plan is van kracht: a. voor planning; onmiddellijk; b. voor uitvoering: op (mijn) bevel".

⁷⁷⁾ Deze implementatie kan ook impliciet geschieden door middel van een zogeheten 'ROE-Implementation matrix'. Zie hierna.

⁷⁸⁾ Als voorbeeld is genomen de aan de hand het vonnis van de rechtbank Arnhem inzake 'Eric O' gereconstrueerde ROE 151. De ondercommandanten zijn eveneens gereconstrueerd.

⁷⁹⁾ versie Nov 1999.

⁸⁰⁾ Zie: UK MOD, *Operations in Iraq: First Reflections*, July 2003, http://www.mod.uk/linked_files/publications/iraq/iraq2003operations.pdf.

Tabel 1: Fictieve ROE-Inzplementatie matrix (vredesoperatie)

| ROE | Rules of Engagement | JFC | Corps | Div | Bde | Bn | Coy | Unrestricted |
|-----|--|-----|-------|-----|-----|----|-----|--------------|
| | <u>WARNINGS</u> | | | | | | | |
| 151 | Passing of warnings to any person by any means is authorised. ⁷⁸⁾ | X | X | X | X | X | X | X |
| | <u>DIVERSIONS</u> | | | | | | | |
| | <i>Purpose: to authorise the ordering of diversions and control the use of force during those operations.</i> | | | | | | | |
| 161 | Authority to order diversions to all vessels, aircraft, vehicles or persons may not be delegated below unit level as indicated. Use of non-armed force is authorised. | X | X | X | X | | | |

1. Planning en voorbereiding (buiten Irak);
2. Ontplooiing en *in-theatre training* (buiten Irak)
3. Aanval op Irak (gewapend conflict)
4. Post-conflict (Stabilisatie inclusief bezetting, stabilisatie na machtsoverdracht);
5. Extractie.

De logica van meerdere sets ROE die per fase verschillen mag duidelijk zijn: voor de verplaatsing en training buiten Irak zijn andere ROE nodig dan voor de inval. Ook uit internationaal-rechtelijk⁸¹⁾ en politieke oogpunt⁸¹⁾ is er noodzaak tot differentiatie. Tijdens de trainingsfase zal het oorlogsrecht bijvoorbeeld nog niet van toepassing zijn. Dit geldt uiteraard ook voor de ROE in de bezettingsfase.

Analoog aan de NAVO-procedure zijn de ROE uit de ConOps van MND(SE) door een hogere autoriteit vastgesteld.") De ROE voor de stabilisatiefase, waarin ook andere nationaliteiten participeerden, zijn vervolgens in augustus 2003 door Commandant MND(SE) geïmplementeerd. Dat wil zeggen dat de door het *Permanent Joint Head Quarters* (PJHQ) geautoriseerde ROE daadwerkelijk doorgevoerd zijn en aan de ondercommandanten van MND(SE) bekend zijn gesteld. Het Nederlandse mariniersbataljon zal zo via de operationele lijn met deze implementatie geconfronteerd zijn.

5.3 ConOps MND(SE) en OpOrd NL BG

Het Hof had kennelijk een goed inzicht in een aantal relevante documenten gehad. Zo kon het stellen:

"De ROE vormen tevens een integraal onderdeel van de Operatieaanwijzing nr. 100 (Stabilisatiemacht IRAK) van de Chef Defensiestaf, het Concept of Operations (CON-

⁸¹⁾ De grondslag voor de verschillende fasen varieert van het recht van vrede (inclusief statusverdragen), via het *ius ad bellum* en het bezettingsrecht tot mandaten van de VN Veiligheidsraad.

⁸²⁾ Zo lijkt het aannemelijk dat na de soevereiniteitsoverdracht de omvang van de buitenlandse bevoegdheden af is genomen. Gelet op het verloop van de interne strijd zal daar *de facto* weinig van te merken zijn.

⁸³⁾ Aangenomen wordt door de *Chief of Joint Operations* als hoofd van het Britse *Permanent Joint Head Quarters* (PJHQ), d.d. 19-3-2003.

OPS) van de commandant van MND(SE), major general [betrokkene 2] en daardoor van de op deze documenten gebaseerde Operational order (OPORD) van de Nederlandse bataljonscommandant, de luitenant-kolonel [betrokkene 1]”.⁸⁴⁾

Hierna gaan we in op de verschillende door het Hof genoemde documenten.

De ConOps van MND(SE) is uiteraard allereerst de resultante van de politieke beslissing tot de inval in Irak. Voor de Britten Operation *Telic*,⁸⁵⁾ voor de VS Operation *Iraqi Freedom*.⁸⁶⁾ Daarnaast geeft de ConOps richting aan de multinationale troepenmacht die in de Stabilisatiefase – op grond van de VR Resolutie – het VK als bezettende mogendheid assisteerde. In de ConOps – een operatiebevel van de Britse divisiecommandant – wordt een *mission* en de *commander's intent* beschreven. Als specifieke taak voor het Nederlandse bataljon was de beveiliging van de *Main Supply Routes* in het vak van verantwoordelijkheid aangeduid. Gaandeweg de missie, zo stelde het Hof vast, was gebleken dat dit conform het beleid van de divisiecommandant inhield "dat goederen van de coalitie zoveel mogelijk geborgen dienden te worden en dat plundering daarvan door "locals" tegengegaan moest worden".

De ConOps van MND(SE) verwijst⁸⁷⁾ voor functioneel geweldgebruik (*Use of Force*) naar de Annex met de ROE. Het zijn deze ROE die – na autorisatie door PJHQ en na implementatie – in samenhang met de ConOps als operatiebevel van de hogere commandant voor het Nederlandse bataljon golden. De ConOps bevatte de opdrachten van de divisiecommandant aan het bataljon en de bijbehorende geweldsbevoegdheden (ROE).

De Nederlandse bataljonscommandant heeft naar internationaal gebruik zijn eigen Engelstalige operatiebevel met *Operational Order* (OpOrd) aangeduid. Dat doet niets af aan het feit dat het hier om een Nederlands schriftelijk dienstbevel gaat. De OpOrd, die doorgaans ook weer in enige vorm een annex ROE bevat, is maatgevend voor de ondergeschikte eenheden, waaronder de compagnieën en de bataljons-Quick *Reaction Force* (QRF). Ten tijde van het schietincident op 27 december 2003 was Eric O. commandant van deze QRF. Zoals hiervoor reeds werd aangehaald, is, wanneer de ROE pas gaandeweg de operatie geïmplementeerd worden, ook voor de ondercommandanten een separate *ROE-Implementation message* of een ROE-implementatiematrix vereist.

Binnen de Nederlandse krijgsmacht zijn de annex of bijlage met de ROE ook op bataljonsniveau inmiddels gemeengoed. Veelal volstaat men op dit niveau met de ROE-implementatiematrix.⁸⁸⁾ Het belang van deze matrix is tweeledig. Allereerst is op deze wijze duidelijk welke ROE daadwerkelijk van kracht zijn voor de betreffende ondercommandant: dat wil zeggen, welke geautoriseerd én op rij niveau geïmplementeerd zijn. Deze matrix bevat een overzicht van de ter beschikking staande gewelddsmiddelen, en beïnvloedt dus rechtstreeks de operatie van de ondercommandant. Op de tweede plaats – zo blijkt uit het

⁸⁴⁾ Hof Arnhem, *supra* noot 3, p. 219 (onder paragraaf b4).

⁸⁵⁾ Zie <http://www.operations.mod.uk/telic/> benaderd 31-8-2005.

⁸⁶⁾ De inval zelf werd door het VK gelegitimeerd op grond van (oudere) VN-Resoluties, zie: *The written Answer of the Attorney General, Lord Goldsmith, to a Parliamentary Question on the legal basis for the use of force in Iraq*, bijlage bij *Kamerstukken II 2003/104*, 23 432, nr. 171.

⁸⁷⁾ In de paragraaf "EXECUTION, *coordinating instructions*".

⁸⁸⁾ Zoals bijvoorbeeld tijdens SFIR-3. Voorts is de matrix gemeengoed op vele niveaus, zowel bij inzet als oefeningen. Bijvoorbeeld ARRC in KFOR, oefeningen HQ 1 (GE/NL) Corps, MNB (NW) SFOR (2003).

arrest van het Hof – kan aan de ROE, mits voldaan aan de vereisten van art. 135 WMSr, de status van dienstvoorschrift worden ontleend. In een aantal situaties leidt dit ertoe dat geweldgebruik op basis van deze ROE niet vervolgd wordt (zie hierna §§ 6 en 7).

5.4 Operatie Aanwijzing Chef Defensiestaf (CDS)

Met de Operatie Aanwijzing geeft de CDS opdrachten aan de krijgsmachtdelen⁸⁹⁾ ter voorbereiding en uitvoering van een operatie. De krijgsmachtdelen leveren een opgeleide en inzetgerede eenheid aan, dragen deze over aan de CDS, waarna hij deze 'taakgroep' onder bevel⁹⁰⁾ van een internationale commandant plaatst. De Operatieaanwijzing bevat, zo gezegd, de randvoorwaarden voor inzet. Daar hoort sowieso de taakstelling bij: wat moet de taakgroep onder internationaal bevel doen? Maar ook welke middelen en bevoegdheden daarvoor mogen worden ingezet. De ROE zijn dus een cruciaal onderdeel van deze Operatie Aanwijzing. Soms zijn deze ROE echter pas later bekend, of zijn slechts de concept-ROE beschikbaar. In ieder geval dienen de ROE – voor zover zij nog ontbreken – zo spoedig mogelijk bij de Operatie Aanwijzing te worden gevoegd.

De annex ROE bij zo'n Operatie Aanwijzing, zijn gebaseerd op de in internationaal verband overeengekomen ROE waarbij de nationale voorbehouden verdisconteerd zijn. Ze worden ook wel *national* ROE genoemd, hoewel dat strikt genomen niet geheel juist is. Het zijn de internationale ROE met *national caveats*. In ons schema (Figuur 4) zijn deze aangeduid als de ROE CDS.

Het belang van deze Annex ROE die door de CDS is vastgesteld is drieërlei. Allereerst is het de *linking pin* tussen de internationale en de nationale setting. Het is de schakel tussen de internationale grondslagen van de operatie (inclusief ROE) en de nationale aanwijzingen (opdrachten) die als zodanig ook in het strafrechtelijke systeem geduid kunnen worden.") Meer specifiek, gelden de ROE (CDS) als basis voor de daarvan afgeleide nationale *Aide-Memoires* voor commandanten en instructiekaarten aangaande het geweldgebruik voor de individuele militairen.⁹²⁾ Daarnaast is het hoogste nationale operatiebevel - een schriftelijk dienstbevel -, waarin is vastgelegd welk mandaat, taken en functioneel geweld (ROE) van toepassing zijn voor de Nederlandse taakgroep wanneer deze onder internationaal commando opereert. Ten derde kan deze annex, mits voldaan aan de vereisten, als dienstvoorschrift worden aangemerkt.

5.5 ROE: wie van de vier?

Zoals ook uit het schema blijkt, is de commandant van het Nederlandse bataljon (de taakgroep) geconfronteerd met vier verschillende bijlagen ROE. Dat oogt verwarrend, maar niets is minder waar.

De ROE in de MOU regaderen in principe slechts staten. Zij correleren in de casus 'Eric O.' met de ROE van het VK, de *lead nation*. De ROE van hogere commandanten –

Inclusief de overige defensieonderdelen, zoals het Commando Diensten Centra.

⁸⁹⁾ Doorgaans onder 'operational control' of onder 'operational command'. De CDS houdt zelf 'full command'.

⁹¹⁾ Een van de vragen in de zaak 'Eric O' was hoe de ROE naar nationaal recht geduid moesten worden. Zie het 'Requisitoir inzake Eric O', <http://www.om.nl/info/document.php?id=687>, benaderd 22-4-2005.

⁹²⁾ Deze laatste worden in internationaal verband aangeduid als 'soldiers' cards'

i.c. C-MND(SE) - én de ROE van de CDS - de ROE (CDS) - zijn in samenhang maatgevend voor zijn (geweld)bevoegdheden. Daarbij gelden twee randvoorwaarden. Ten eerste dat slechts daadwerkelijk geautoriseerde én geïmplementeerde ROE mogen worden aangewend. Dit moet herleid worden uit de *ROE-Implementation messages* of de ROE-implematiematrix. Ten tweede geldt het principe dat de meest stringente aanwijzing maatgevend is.⁹³⁾ Met andere woorden: als de ROE van C-MND(SE) ruimer zijn dan die van de CDS, zijn de laatste maatgevend. Zijn de ROE van de CDS daarentegen ruimer dan die van C-MND(SE), dan zijn deze laatste bepalend.⁹⁴⁾

Het Hof heeft de bijlage ROE uit de MOU als dienstvoorschrift aangemerkt. Het Hof koos er voor om het "op 8 juli namens de Minister van Defensie voor Nederland" ondertekende internationale en multilaterale document in de Nederlandse strafrechtelijke sfeer te brengen. Dat kan verklaard worden uit het feit dat het Hof wellicht het hiërarchiek 'hoogste' brondocument als ijkpunt heeft willen nemen. Meerdere nationale documenten⁹⁵⁾ hadden immers voor dat zelfde doel door het Hof kunnen worden uitverkozen: allereerst de bijlage ROE (CDS) bij de Operatie Aanwijzing van de CDS; én - nog dichterbij de persoon van de verdachte - de bijlage ROE (NL BG) bij de Nederlandse OpOrd van het mariniersbataljon.

Hoewel de keuze van het Hof te volgen is, lijkt ons het gebruik van nationale Nederlandse brondocumenten meer voor de hand te liggen. Afhankelijk van de appreciatie kan dan gekozen worden voor ROE die zo dicht mogelijk bij de geweldtoepassende militairen liggen, of ROE die zo 'hoog' mogelijk in de nationale hiërarchie - i.c. de CDS - zijn vastgesteld.

Aan beide opties kleven voor- en nadelen. De eerste - de ROE (NL BG) van het mariniersbataljon - zullen het beste kenbaar zijn geweest omdat 7e 'laag' in de hiërarchie zijn vastgesteld en zo het dichtst bij de individuele militairen en commandanten staan. Ze zijn praktisch beschikbaar in de bataljonscommandoposten en bij de ondercommandanten. Ze hebben vooral als grote voordeel dat zij een zuiver beeld van de actuele bevoegdheden bieden doordat zij slechts geautoriseerde én geïmplementeerde ROE (zouden mogen) bevatten. Een theoretisch gevaar schuilt echter in de mogelijkheid dat de nationale voorbehouden niet (volledig) zijn verwerkt. Bij een eventuele beoordeling van functioneel geweldgebruik zal hierop geanticipeerd moeten worden door de ROE van het bataljon naast de *national caveats* te houden.

De tweede optie, waarbij de ROE uit de Operatieaanwijzing van de CDS als referentiepunt worden genomen, biedt een waarborg voor dit laatste probleem. De nationale voorbehouden zijn immers in deze ROE verwerkt. Nadeel is uiteraard dat de Operatieaanwijzing op de werkvloer - bijvoorbeeld het pelotonsniveau - niet wijd verspreid zal zijn. Het belangrijkste - en zeer realistische - nadeel ligt echter in het feit dat via deze methode geen inzicht bestaat in de daadwerkelijke bevoegdheden op de werkvloer. Zoals gezegd, is het immers een zaak van operationele commandanten om ROE te implementeren of aan zichzelf te houden. Dit euvel dient bij een eventuele beoordeling van functioneel geweld ondervangen te worden door óók de *ROE-Implementation matrix* te controleren. Pas dan ontstaat een integraal perspectief.

⁹³⁾ Het inherente recht van zelfverdediging staat hier los van.

⁹⁴⁾ Deze situatie kan zich voordoen wanneer een hogere commandant restrictiever wenst te opereren, en dus minder ROE ter beschikking stelt.

⁹⁵⁾ Onder een nationaal document verstaan wij een document dat door een Nederlandse bevoegde commandant unilateraal is vastgesteld.

Dit laatste probleem – het ontbreken van een actueel overzicht van de daadwerkelijke bevoegdheden – kleeft ook aan de keuze die het Hof heeft gemaakt en waarbij ze de ROE uit de MOU (in combinatie met de nationale voorbehouden) als referentiepunt heeft genomen. Uit het arrest van het Hof blijkt immers niet of ROE 151 ook daadwerkelijk door alle commandanten was geïmplementeerd!"

De ondergrens is ons inziens in ieder geval dát er een bevoegd vastgestelde nationale bijlage met ROE dient te zijn, die in samenhang met het mandaat functioneel geweld legitimeert in de termen van het Nederlandse strafrechtstelsel.

Aan de keuze van het referentiepunt zijn nog twee andere aspecten gerelateerd. Allereerst, naarmate een 'hoger' referentiepunt gekozen wordt, zal het abstractieniveau van taken en bevoegdheden hoger liggen. Met andere woorden: de taken en bevoegdheden zoals die – in deze casus - in de MOU zijn weergegeven, zijn minder specifiek dan de taken en bevoegdheden zoals die in een lopende bataljonsbevel worden beschreven. Ten tweede is het van belang dat het Hof zich primair op de ROE heeft gericht. Maar het is niet ondenkbaar dat in een andere casus, met een andere telastelegging (zie hierna § 7.1), de primaire aandacht niet naar de ROE, maar naar de operatiebevelen uit zal gaan.⁹⁷⁾ Generieke opdrachten voor lopende, dagelijkse operaties - *Normal Framework Operations* – en opdrachten voor *Focussed Operations* of deelopdrachten - *Fragmentation Orders* – impliceren immers allen geweldgebruik. Zo is niet alleen de opdracht om de *Main Supply Routes* in een toegewezen vak te beveiligen, maar ook de opdracht tot het beveiligen van de berging (van een gestrande oplegger op locatie X.) immers op te vatten als een (dienst)bevel, en onder omstandigheden zelfs als een ambtelijk bevel. Beide aspecten, onderling of in samenhang hebben gevolgen voor de hierna te bespreken elementen van materieel strafrecht.

6. ROE als dienstvoorschrift: status in NL recht

In deze paragraaf staat de status van ROE in het Nederlandse rechtssysteem centraal. In de casus 'Eric O.' ging het uiteindelijk om de vraag of dienstvoorschriften overtreden waren. De rechtbank typeerde de GI en de AM als dienstvoorschriften, maar vond dat de ROE "van een andere orde" waren. Het Hof oordeelde in zijn arrest dat in deze casus ook de ROE als een dienstvoorschrift moesten worden aangemerkt. En hoewel de GI en de AM strikt genomen overtreden waren, werd de handelswijze van Eric O. gelegitimeerd door de hoger in de hiërarchie geplaatste ROE 151.

Hierna gaan we achtereenvolgens in op de historie van de strafbepaling van de overtreding van een dienstvoorschrift; de algemene voorwaarden waaraan een dienstvoorschrift moet voldoen; de wijze van vaststelling; de bekendstelling; het element ge- en verbod; en ten slotte de taal waarin het dienstvoorschrift is opgesteld.

6.1 Dienstvoorschrift: Historie

⁹⁶⁾ Dit zou tot de casus kunnen leiden dat een militair bij functioneel geweldgebruik binnen de ROE van de MOU of CDS is gebleven, maar buiten de ROE van zijn eenheid, bijvoorbeeld de NL BG, is getreden.

⁹⁷⁾ Het Hof beziet wel operatiebevelen, maar gaat niet zover deze te kwalificeren als ambtelijk bevel. De gekozen benadering van het Hof maakte dat overigens ook niet noodzakelijk.

De strafbepalingen over niet-naleving van een dienstvoorschrift vormen typisch militaire delicten. De artikelen 136 en 137 bepalen in welke gevallen het niet naleven van een dienstvoorschrift een strafbaar feit oplevert. Titel XXVIII – Ambtsmisdriven van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht kent geen vergelijkbare bepaling.

Aanvankelijk werd in het ontwerp voor het Wetboek van Militair Strafrecht geen onderscheid gemaakt tussen ongehoorzaamheid aan dienstbevelen en het niet opvolgen van dienstvoorschriften. Vanuit de Tweede Kamer werd aangedrongen op afzonderlijke strafbaarstelling van het niet opvolgen van dienstvoorschriften. Voor ongehoorzaamheid aan een dienstbevel werd het persoonlijke element als doorslaggevende factor gezien; het handelen tegen de ondergeschiktheid was daarbij primair. Het ingevoegde artikel 135 beoogde het geven van een waarborg dat dienstvoorschriften werden uitgevoerd in het kader van een goede dienstuitoefening.⁹⁸⁾

In het Wetboek van Militair Strafrecht was vóór de herziening van 1991 geen omschrijving opgenomen van het begrip dienstvoorschrift. Wel was duidelijk dat het om een algemene regeling moest gaan die een militair dienstbelang betrof. Niet elke commandant had de bevoegdheid dienstvoorschriften vast te stellen. Artikel 135 sprak over "door Ons of van Onzente wege vastgesteld dienstvoorschrift". In 1929 werd door Van Heuven in een beschouwing in het Militair Rechtelijk Tijdschrift de vrees uitgesproken dat het artikel 135 een blanketbepaling zou vormen.⁹⁹⁾ Zover lijkt het niet te zijn gekomen. Voor zover kan worden nagegaan is artikel 135 naar verhouding niet zeer vaak toegepast.¹⁰⁰⁾ De vereiste vaststelling van het dienstvoorschrift door of vanwege de Kroon zal hier beperkend gewerkt hebben.

6.2 Dienstvoorschrift: Algemeen

Bij de herziening van het militair straf- en tuchtrecht is het begrip dienstvoorschrift gedefinieerd: onder dienstvoorschrift wordt verstaan een bij of krachtens algemene maatregel van Rijksbestuur of van bestuur dan wel een bij of krachtens landsverordening onderscheidenlijk landsbesluit gegeven schriftelijk besluit van algemene strekking dat enig militair dienstbelang betreft en een tot de militair gericht ge- of verbod bevat (artikel 135). Systematisch beschouwd bestaat de definitie uit twee delen: de omschrijving van de aard van de regeling en de bepaling van de bevoegdheid om een dienstvoorschrift te geven. Bij een dienstvoorschrift gaat het om een schriftelijk besluit van algemene strekking dat een tot de militair gericht ge- of verbod bevat. Het tweede deel bepaalt de bevoegdheid. Eerstens is er het vereiste dat het voorschrift enig dienstbelang moet betreffen. Daarnaast moet het voorschrift zijn gegeven bij of krachtens algemene maatregel van Rijksbestuur of van bestuur dan wel bij of krachtens landsverordening onderscheidenlijk landsbesluit.¹⁰¹⁾ Welke autoriteiten krachtens algemene maatregel van bestuur bevoegd zijn dienstvoorschriften vast te stellen, is bepaald in artikel 9, tweede lid, Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht.¹⁰²⁾ Op de eerste plaats is dat de Minister van Defensie, vervolgens de door hem aan te wijzen functionarissen en ook de bevelvoe-

⁹⁸⁾ H. van der Hoeven, *Militair Straf- en Tuchtrecht, Geschiedenis van het Wetboek van Militair Strafrecht, Deel II*, 's-Gravenhage/Leiden 1904, p. 231-240.

⁹⁹⁾ J.C. van Heuven, *Blanketbepalingen (Artikel 135 W.v.M.S.)*, MRT 1928-1929, p. 445-452.

¹⁰⁰⁾ Zie Th.W. van den Bosch, A.E.L.M. Fontijn e.a., *Uitspraken militair strafrecht 1923-1979*, Zwolle 1981, p. 306-307.

¹⁰¹⁾ *Kamerstukken II 1980/81, 16 813 (R1165)*, nr. 5, p. 11-12 en 79-80.

¹⁰²⁾ Rijksbesluit van 25 november 1999. *Stb.* 497. Opgenomen in Van den Bosch c.s., *Militair straf- en tuchtrecht*. Band 2, Bijlage III.

rend militair, bedoeld in artikel 49, eerste lid, Wet militair tuchtrecht, en de boven deze gestelde bevelvoerende militairen. Welke functionarissen ter uitvoering van artikel 9, tweede lid, door de minister zijn aangewezen valt te lezen in artikel 4, eerste lid, Uitvoeringsregeling militair straf- en tuchtrecht 2000."") Naast vele andere functionarissen is daar in het eerste lid, onder a, de Chef Defensiestaf genoemd. Voor een nadere algemene beschouwing over het begrip dienstvoorschrift, het niet opvolgen van een dienstvoorschrift en de strafrechtelijke en tuchtrechtelijke gevolgen daarvan zij verwezen naar algemene uitgaven over het militair straf- en tuchtrecht.¹⁰⁴⁾

6.3 Dienstvoorschrift: Vaststelling

Het hof overweegt dat de ROE voor SFIR voldoen aan alle eisen die artikel 135 aan een dienstvoorschrift stelt:

"Zij hebben, voor zover behorend tot het namens de Minister van Defensie ondertekende MOU en zonder dat er voor de Nederlandse Staat een voorbehoud is gemaakt, te gelden als door de Minister vastgesteld."

De ROE hebben te gelden als door de minister vastgesteld, alsof ze in feite niet als dienstvoorschrift zijn vastgesteld. Het verdient aanbeveling de vertaalslag van een internationaal overeengekomen of vastgesteld document naar een dienstvoorschrift volgens Nederlands militair strafrecht uitdrukkelijk te maken. Hierbij is van belang dat ROE voor internationale operaties op verschillende manieren tot stand kunnen komen. Dikwijls stellen internationale organisaties zoals de VN of de NAVO de ROE vast in overeenstemming met de interne procedures. Een dienstvoorschrift is volgens artikel 135 in de eerste plaats een besluit van algemene strekking genomen door een bevoegde Nederlandse autoriteit.¹⁰⁵⁾ Naast de Minister van Defensie kan ook de Chef Defensiestaf") hier als bevoegde autoriteit optreden. Hij is belast met het leiden van alle operaties, met inachtneming van de aanwijzingen en richtlijnen van de minister.¹⁰⁷⁾ Hij is opgenomen in artikel 4 van de Uitvoeringsregeling. *Aide-Memoires* en instructiekaarten voor het gebruik van geweld door Nederlandse militairen tijdens internationale operaties worden al een groot aantal jaren vastgesteld door de Chef Defensiestaf.

Het hof overweegt in de uitspraak betreffende Erik O. (punt c.3 van het juridisch kader) dat

"[d]oor de (...) vermelding van de ROE op het door de Chef Defensiestaf vastgestelde AM zijn de ROE eveneens langs andere weg een dienstvoorschrift in de zin van artikel 135 van het Wetboek van Militair Strafrecht."

Dat is niet juist. De enkele vermelding van een voorschrift in een correct vastgesteld dienstvoorschrift maakt dit voorschrift nog niet tot een dienstvoorschrift.

6.4 Dienstvoorschrift: Bekendstelling

Tijdens de parlementaire behandeling van de herziening van het militair straf- en tucht-

¹⁰⁴⁾ Ook opgenomen in Van den Bosch c.s., *Militair straf- en tuchtrecht*, Band 2, Bijlage VII.

¹⁰⁵⁾ Van den Bosch c.s., *Militair straf- en tuchtrecht*, WMSr Artt. 135-138 en WMT Art. 18; G.L. Coolen, *Militair straf- en strafprocesrecht*, 4e druk, Deventer 2004, p. 121-128 en G.L. Coolen, *Militair tuchtrecht*, 4e druk, Deventer 2004, p. 81-87.

¹⁰⁶⁾ Zie ook Voetelink, *supra* noot 1.

¹⁰⁷⁾ Nu Commandant der Strijdkrachten, *supra* noot 70.

¹⁰⁷⁾ Algemeen organisatiebesluit Defensie 2005 (Minister van Defensie 6 januari 2005. *Stcrt.* 2005, 11). www.defensie.nl/mp-bundels/MP10-003

recht is door leden van de Tweede Kamer in het kader van de behandeling van artikel 18 Wet militair tuchtrecht de vraag gesteld of voor bestraffing van een militair wegens het niet opvolgen van een dienstvoorschrift vereist is dat dit dienstvoorschrift aan de betrokken militair bekend is. In het antwoord heeft de regering aangegeven dat indien een militair een dienstvoorschrift niet opvolgt omdat hij er niet mee bekend was en er redelijkerwijs ook niet mee bekend kon zijn, de commandant niet tot bestraffing zal overgaan omdat de verwijtbaarheid dan ontbreekt.¹⁰⁸⁾

Uit rechterlijke uitspraken blijkt dat vastgestelde dienstvoorschriften ook correct moeten worden bekend gesteld. In 1948 kwam de Krijgsraad te Velde Oost bij een telastelegging gebaseerd op het oude artikel 135 tot vrijspraak omdat ten processe niet was komen vast te staan dat beklagde bekend was met het betreffende dienstvoorschrift. Het ging daarbij om het Koninklijk besluit van 19 september 1947, nr. 24, houdende de verplichting om ook in tijd van oorlog te handelen naar de regelen van de Motor- en Rijwielwet en de daarbij behorende uitvoeringsregels.¹⁰⁹⁾

In een tuchtzaak uit 1991 ging het om een bataljonsorder waarvan vaststond dat deze verspreid was over de verschillende onderdelen van het bataljon, maar dat naar het oordeel van de militaire kamer van de arrondissementsrechtbank te Arnhem onvoldoende was komen vast te staan dat deze order bij de onderdelen onder de aandacht van de betrokken militairen was gebracht.¹¹⁰⁾ De rechtbank concludeerde dat de order niet op zodanige wijze was verspreid onder de militairen voor wie de order bestemd was, dat die militairen geacht konden worden tijdig van de inhoud op de hoogte te zijn. De rechtbank verwees hierbij naar de Handleiding militair tuchtrecht, nr. 3540, onder b(2).¹¹¹⁾ Enkele andere uitspraken bevestigen het uitgangspunt dat de militair bekend moet zijn met het betreffende dienstvoorschrift.¹¹²⁾

Uit de parlementaire behandeling van de herzieningswetgeving en de jurisprudentie kan worden afgeleid dat bekendstelling een vereiste is voor het naar buiten toe kunnen werken van een dienstvoorschrift. De vergelijking met de bekendmaking van besluiten in het bestuursrecht dringt zich op, met name met de algemene bekendmaking van besluiten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht. Hierbij moet onder andere worden gedacht aan plannen en beleidsregels. Deze zijn soms te omvangrijk om integraal in een kennisgeving op te nemen. Volstaan kan worden met het vermelden van de zakelijke inhoud in de kennisgeving en tegelijkertijd te vermelden waar het besluit ter inzage is gelegd. De terinzagelegging dient te geschieden op een plaats die uit oogpunt van goede bereikbaarheid voldoende geschikt is.¹¹³⁾

Ook militaire documenten die zijn aangeduid als *confidential* of die een andere rubricering hebben¹¹⁴⁾ kunnen op correcte wijze worden bekendgesteld. Op basis van het 'need to know'-principe kunnen de ROE of de relevante delen daarvan met militairen worden besproken. Mondeling kunnen zij van de inhoud op de hoogte worden gesteld. De tekst kan door militairen die het direct aangaat binnen de eenheid – bijvoorbeeld in de batal-

¹⁰⁸⁾ *Kamerstukken II* 1983184, 16 813 (R1165), nr. 7, p. 7 en 1985186, nr. 8, p. 35. Zie ook G.L. Lindner, *Parlementaire geschiedenis van het militaire straf-, strafproces- en tuchtrecht, Deel I*, Arnhem 1992, p. 62.

¹⁰⁹⁾ KtV Oost 12 november 1948, MRT 1949, p. 417.

¹¹⁰⁾ Rb Ah 25 april 1991, MRT 1991, p. 198.

¹¹¹⁾ Handleiding militair tuchtrecht: www.defensie.nl/mp-bundels/DP11-56

Hof Ah 4 november 1992, MRT 1993, p. 114 en Rb Ah 11 juli 1995, MRT 1995, p. 113, m.nt. A.M.v.G.

¹¹³⁾ Art. 3:42 Algemene wet bestuursrecht.

¹¹⁴⁾ MP 10-1012, hfdst II en MP 10-10/3, hfdst III-Rubriceringen; www.defensie.nl/mp-bundels

jonscommandopost – worden ingezien.

6.5 Dienstvoorschrift: Ge- of verbod

Het hof kwalificeert de ROE SFIR als een dienstvoorschrift:

"Zij vormen een schriftelijk besluit van algemene strekking, betreffen overduidelijk een militair dienstbelang en bevatten tot de militair gerichte ge- en verboden. Aan dit laatste doet niet af, dat de ROE eerst en vooral ook bevoegdheden omschrijven, aangezien overschrijding van die bevoegdheden steeds verboden is."

Uit verschillende uitspraken blijkt dat de rechter strikt kijkt naar het laatste zinsdeel van artikel 135: is er sprake van een bepaling die een tot de militair gericht ge- of verbod bevat. Eerst een voorbeeld uit het tuchtrecht. Naast andere punten was in het gedeelte over discipline in de vaste order van een geneeskundige compagnie opgenomen:

"e. De juiste norm wordt gemeten aan de mate van het gehoor geven aan de 'schijnbaar nietige zaken de krijgstucht betreffend', zoals daar zijn:

- handen uit de zakken;"

De militaire kamer van de rechtbank was van oordeel dat deze bepaling geen duidelijk ge- of verbod inhield, maar veeleer een instructienorm gericht aan het kader.¹¹⁵⁾ Een aantal maanden later kon een bepaling "het is verboden om in militair tenue met de handen in de zakken te lopen" wel door de beugel.¹¹⁶⁾

In mei 1991 haalde een soldaat bij het bewaken van een munitiemagazijnencomplex in de tijd dat hij corvee had, in strijd met de instructies een UZI uit de rekken en schoot daarmee. Hij werd vrijgesproken omdat het schieten door de rechtbank werd gezien als een vervolghandeling die niet onder het vermelde dienstvoorschrift viel. Van het in strijd met het dienstvoorschrift uit het rek halen van het wapen was naar het oordeel van de rechtbank geen gemeen gevaar voor goederen te duchten, noch levensgevaar voor een ander. De militaire kamer van het gerechtshof bevestigde dit vonnis. De annotator plaatste een kritische kanttekening bij de strikte uitleg van het dienstvoorschrift. Een functionele interpretatie van het telastegelegde dienstvoorschrift, in die zin dat het daarin vervatte verbod van het uit de rekken halen van een wapen, mede omvat het verbod om zonder instructie daarmee te schieten, zou hier hebben kunnen leiden tot een beslissing die militair en maatschappelijk meer aanvaardbaar is dan deze vrijspraak.¹¹⁷⁾

Bij de behandeling van de wetsvoorstellen van 1997 naar aanleiding van de evaluatie van de herziening van het militair straf- en tuchtrecht heeft de regering op een vraag dien-aangaande uit de Tweede Kamer aangegeven dat gelet op het karakter van de gedragscode voor de krijgsmacht, deze code zich niet leent voor opneming in het tuchtrecht. Zij bevat geen regels die tuchtrechtelijk kunnen worden afgedwongen.¹¹⁸⁾ Aannemelijk is dat de regering hiermee bedoelt aan te geven dat de gedragscode in algemene termen is gesteld en dus niet bevat een ge- of verbod gericht tot de militair. In 2002 overweegt vervolgens de militaire kamer van de rechtbank te Arnhem dat handelen in strijd met de gedragscode voor de Koninklijke Landmacht niet is aan te merken als schending van een dienstvoorschrift, ook niet als deze code is opgenomen in de vaste order van een eenheid.¹¹⁹⁾ In het naschrift bij deze uitspraak concludeert Jofriet dat de gedragscode geen spe-

¹¹⁵⁾ Rb Ah 22 mei 1992, *MRT* 1992, p. 286, m.nt. C.

¹¹⁶⁾ Rb Ah 19 maart 1993, *MRT* 1993, p. 224, m.nt. C.

¹¹⁷⁾ Hof Ah 2 december 1992, *MRT* 1994, p. 151, m.nt. A.E.M.-V.

¹¹⁸⁾ *Kamerstukken II* 1997/198, 25 454 (R1595), nr. 5, p. 5 e.v.

¹¹⁹⁾ Rb Ah 21 januari 2002, *MRT* 2002, p. 357, m.nt. J.R.G.J.

cifieke ge- of verboden bevat, maar slechts algemene richtlijnen en aansporingen.

Als het om ge- of verboden gaat, kan een blik op het Reglement verkeersregels en verkeerstekens 1990 dienstig zijn. Daar komen onder meer de volgende formuleringen voor: bestuurders zijn verplicht (...); voetgangers gebruiken het (...); inhalen geschiedt links; (...) verlenen (...) voorrang aan; de bestuurders moet (...); (...) gelden de volgende maximumsnelheden (...). Ook valt daar te lezen: het is verboden (...); bestuurders mogen (...) niet (...); de bestuurder mag (...) niet (...). Maar daarnaast komen bepalingen voor met: files mogen (...) worden ingehaald; bestuurders (...) mogen; (...) bestuurders mogen slechts."") Ook in het RVV 1990 komen naast uitdrukkelijke geboden en verboden bepalingen voor die als een bevoegdheid kunnen worden gelezen. Bijvoorbeeld artikel 28: "Bestuurders mogen slechts geluidsignalen en knippersignalen afgeven ter afwending van dreigend gevaar."

Opmerkelijk is in de uitspraak betreffende 'Eric O.' dat het hof breekt met de opvatting dat een dienstvoorschrift een duidelijk ge- of verbod moet bevatten. Het hof geeft een ruimere uitleg. Er lijkt geen bezwaar tegen de uitleg van het hof dat ROE ook een dienstvoorschrift vormen waar deze bevoegdheden omschrijven, aangezien overschrijding van die bevoegdheden steeds verboden is. Men moet wel beseffen dat deze uitleg voor Erik O. bevrijdend werkte. Gelet op de verhouding tussen de ROE als moederdocument en AM en GI/IK was het hof van oordeel dat het toepassen van niet in de AM of in de GI/IK voorzien geweld géén overtreding van een dienstvoorschrift oplevert, als daarbij binnen de grenzen van de ROE wordt geopereerd. Van een verbod in de zin van artikel 135 is dus ook sprake indien in een voorschrift een bevoegdheid is omschreven, aangezien overschrijding van een bevoegdheid verboden is.

6.6 Dienstvoorschrift: Taal

In 1954 kwam het gebruik van de Engelse taal ook aan de orde in een militair strafproces. Een sergeant-vlieger van de Koninklijke Luchtmacht had de opdracht gekregen met een straaljager, Thunderjet F 84-G, *individual flying, aerobatics*, ook wel genoemd *acrobatics*, en *simulated forced landings* uit te voeren. Hij overschreed deze opdracht door in rtrijd met de vliegverkeersregels van luchtmacht, neergelegd in het *Permanent Flying Orderbook*, opzettelijk *acrobatics*. namelijk één of meer zogenaamde *wing-overs* uit te voeren boven de bebouwde kom van Den Haag. De Krijgsraad te Velde Luchtmacht Zuid veroordeelde hem. De krijgsraad maakte daarbij voor de bewijsconstructie gebruik van de Engelse taal omdat deze op de Nederlandse vliegbases als voorgeschreven en als voertaal gold. Het HMG bevestigde het vonnis van de krijgsraad."")

Het gebruik van de Friese taal in het rechtsverkeer kan hier onbesproken blijven.¹²⁰⁾ Evenwel bij de wijziging van de Algemene wet bestuursrecht in verband met de opnemng van regels betreffende het gebruik van de Friese taal in het bestuurlijk verkeer heeft de regering er blijk van gegeven onvoldoende reden te zien een wetgevingsproject te starten waarbij ten principale de positie van het Nederlands in het rechtsverkeer wordt vastgelegd."") Er bestaat in Nederland geen algemene wettelijke regeling van het gebruik van talen in het rechtsverkeer, met uitzondering van de genoemde Wet gebruik Friese taal in

¹²⁰⁾ Formuleringsen geput uit de artikelen 3-28 Reglement verkeersregels en verkeerstekens 1990.

¹²¹⁾ KtVLZ 29 juli 1954, MRT 1954, p. 698, m.nt. W.H.V.

¹²²⁾ Zie Wet gebruik Friese taal in het rechtsverkeer (Stb. 1996,490) en B. van der Velden, *Waar gaan wij heen met het Fries.? Het gebruik van de Friese taal in het juridische en in het bestuurlijke verkeer in de laatste twee eeuwen*, Diss. UvA 2004.

¹²³⁾ *Kamerstukken II* 1993194, 23 543, nr. 5 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 2.

het rechtsverkeer. Het gebruik van de taal in het bestuurlijk verkeer is sinds enkele jaren wel wettelijk geregeld: afdeling 2.2 Algemene wet bestuursrecht. Daarin is in artikel 2:6 gesteld dat bestuursorganen en onder hun verantwoordelijkheid werkzame personen de Nederlandse taal gebruiken, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald. In afwijking hiervan kan een andere taal worden gebruikt indien het gebruik daarvan doelmatiger is en de belangen van derden daardoor niet onevenredig worden geschaad.

In het strafrecht lijken de normen voor het gebruik van vreemde talen strikter te zijn. In een economische strafzaak tegen een Nederlandse werkgever in het internationale wegtransport, waarbij het ging om overtreding, via het Rijtijdenbesluit, van een in het Engels gestelde rijtijdenbepaling uit de Europese Overeenkomst nopens de arbeidsvoorwaarden voor de bemanningen van motorrijtuigen in het internationale vervoer over de weg, concludeerde de HR in 1997 dat het begrip "wettelijke strafbepaling" aldus moet worden verstaan "dat daarmee uitsluitend wordt bedoeld op van een strafbedreiging voorziene normen die in de Nederlandse taal zijn gesteld en bekend gemaakt."") De HR ziet dit als uitvloeisel van art. 1, eerste lid, Sr dat geen feit strafbaar is "dan uit kracht van een daaraan voorafgaande wettelijke strafbepaling." 't Hart constateert in de noot bij het arrest een spanning tussen het uitgangspunt dat de nationale Staat de eigen taal als officiële rechtstaal hanteert en de algemene internationalisering van de samenleving. Door de internationalisering staat de verplichting om stukken in het Nederlands te produceren onder druk.") Het is de vraag of bij een gelede normstelling als bij de strafbaarstelling van militaire dienstvoorschriften strikt aan de Nederlandse taal moet worden vastgehouden. Het gaat er om dat het dienstvoorschrift voor de betrokken militairen in een begrijpelijke taal is gepubliceerd. De Engelse taal kan tegenwoordig binnen de Nederlandse krijgsmacht wel als zodanig worden beschouwd. Bij internationale operaties is het gebruik van de Engelse taal voor Nederlandse militairen vanzelfsprekend. Het is een feit van algemene bekendheid dat de Engelse taal met name bij VN- en bij NAVO-operaties de gemeenschappelijke taal is.¹²⁴⁾ Het is bijna ondoenlijk en dikwijls in het kader van een goede communicatie tijdens een operatie ook niet aan te bevelen alle operationele documenten in het Nederlands te vertalen. Men kan bezwaarlijk volhouden dat Engelstalige dienstvoorschriften voor de betrokken Nederlandse militairen onvoldoende kenbaar zouden zijn."")

6.7 De status van ROE als dienstvoorschrift: Conclusies

Mits aan een aantal voorwaarden is voldaan, kunnen ROE als dienstvoorschrift gelden. Met name zijn van belang vaststelling door een bevoegde Nederlandse autoriteit en correcte bekendstelling.

7. Materieel strafrecht/Materieel recht en militair functioneel geweld: delicten en strafuitsluitingsgronden

¹²⁴⁾ HR 24 juni 1997, NJ 1998, 870, m.nt. 't H.

¹²⁵⁾ R Emmelink merkte in zijn conclusie bij HR 25 april 1989, NJ 1990, 65 al op dat de vraag nog wel eens moet worden beantwoord of een in de Engelse taal gesteld verbod verbindend is.

¹²⁶⁾ Zie ook het gebruik van de Engelse taal in het hoofdkwartier van het 1e Duits-Nederlandse Legerkorps te Munster (D). Dit is vastgelegd in art. 15 van het Akkoord tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland inzake de organisatie en activiteiten van het 1 (Duits/Nederlandse) Legerkorps (*Trb.* 1998, 118).

¹²⁷⁾ Zie ook De Roos *supra* noot 1, p. 258

Het derde thema betreft een onderwerp van materieel strafrecht. Hoewel het Hof in de zaak 'Eric O.' de ROE als dienstvoorschrift typeerde, is daarmee niet gezegd dat vervolging en eindoordeel altijd via deze lijn zullen verlopen. Bezien wordt tot welk resultaat andere delictsomschrijvingen kunnen leiden, en welke strafuitsluitingsgronden daarop eventueel aansluiten.

7.1 Welke delictsomschrijvingen komen in aanmerking in geval van functioneel militair geweld?

In beginsel behoort functioneel geweldgebruik niet strafbaar te zijn. Geweldgebruik door militairen is geoorloofd binnen de grenzen die internationaal en nationaal recht stellen. Op overschrijding van deze grenzen kan echter een strafbepaling van toepassing zijn. Ter zake kunnen drie categorieën onderscheiden worden: internationale misdrijven, militaire delicten en commune delicten. Hieronder wordt elk van deze categorieën besproken; aan het slot van de paragraaf volgt een bespreking van de vraag welke overwegingen bepalen welk(e) delict(en) ten laste gelegd worden.

7.1.1 Internationale misdrijven

Op 1 oktober 2003 trad de Wet internationale misdrijven (WIM) in werking.¹²⁸⁾ Deze wet, die de Wet oorlogsstrafrecht,¹²⁹⁾ de Uitvoeringswet genocideverdrag¹³⁰⁾ en de Uitvoeringswet folteringverdrag¹³¹⁾ (deels) verving stelt thans genocide, misdrijven tegen de menselijkheid, oorlogsmisdrijven en foltering strafbaar. De desbetreffende artikelen stellen onder meer (opzettelijk) doden, het (opzettelijk) toebrengen van letsel en mishandeling strafbaar."') Met ingang van genoemde datum kan functioneel geweld derhalve een internationaal misdrijf opleveren.

Om verschillende redenen ligt echter niet voor de hand dat de Nederlandse militair die functioneel geweld aanwendt hier te lande ter zake van een internationaal misdrijf vervolgd wordt. Wat genocide en misdrijven tegen de menselijkheid betreft lijkt de aard van die feiten daaraan in de weg te staan, want beide delicten veronderstellen dat het begaan van gewelddaden beleid is. Van genocide"') is eerst sprake indien het oogmerk van de dader gericht is op de gehele of gedeeltelijke vernietiging van een nationale, etnische, raciale of religieuze groep, misdrijven tegen de menselijkheid"') dienen te worden begaan als onderdeel van een wijdverbreide of stelselmatige aanval gericht tegen een burgerbevolking.

Kenmerkend voor oorlogsmisdrijven is dat zij in een gewapend conflict begaan worden. Weliswaar onderscheidt de WIM naar gelang de aard van het conflict, de desbetreffende bepalingen hebben gemeen dat de daarin omschreven gedragingen slechts een internationaal misdrijf opleveren voor zover zij in een gewapend conflict zijn begaan."') De bepa-

¹²⁸⁾ Wet van 19 juni 2003. *Stb.* 270, in werking getreden op 1 oktober 2003 (*Stb.* 340).

¹²⁹⁾ Wet van 10 juli 1952, *Stb.* 408, in werking getreden op 5 augustus 1952, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 13 mei 2004, *Stb.* 215.

¹³⁰⁾ Wet van 2 juli 1964, *Stb.* 243, in werking getreden op 24 oktober 1970 (*Stb.* 1970, 481).

¹³¹⁾ Wet van 29 september 1988, *Stb.* 478, in werking getreden op 20 januari 1989.

¹³²⁾ Artt. 3-8 WIM.

¹³³⁾ Art. 3 WIM.

¹³⁴⁾ Art. 4 WIM.

¹³⁵⁾ Vgl. artt. 5 (oorlogsmisdrijven in een internationaal gewapend conflict), 6 (oorlogsmisdrijven in een niet-internationaal gewapend conflict) en 7 (oorlogsmisdrijven 'rond meer', d.w.z. ongeacht de aard van het gewapende conflict).

lingen kunnen derhalve alleen toepassing vinden op feiten begaan in een gewapend conflict waarbij het Koninkrijk als partij betrokken is. 'Klassieke' vredesoperaties – waarin *peace keepers* eerst optreden nadat de vijandelijkheden gestaakt zijn, ter handhaving van een vredesregeling – zullen niet snel als zodanig worden aangemerkt, zgn. tweede generatie *peace keeping* en *peace enforcing* operaties kunnen onder omstandigheden wel als gewapend conflict worden beschouwd.¹³⁶⁾

Vervolging ter zake van het zelfstandige delict foltering ligt evenmin voor de hand als vervolging ter zake van oorlogsmisdrijf.¹³⁷⁾ 'Foltering' wordt in art. 1 lid 1, aanhef en onder e WIM omschreven als marteling van een persoon met het oogmerk om van hem of van een derde inlichtingen of een bekentenis te verkrijgen, hem te bestraffen voor een handeling die hij of een derde heeft begaan of waarvan hij of een derde wordt verdacht, of hem of een derde vrees aan te jagen of te dwingen iets te doen of te dulden, dan wel om enige reden gebaseerd op discriminatie uit welke grond dan ook, van overheidswege gepleegd; art. 1 lid 1, aanhef en onder d WIM omschrijft als het – anders dan bij wijze van rechtmatige sanctie – opzettelijk veroorzaken van ernstige pijn of ernstig lijden bij een persoon die zich in gevangenschap of in zijn macht bevindt. Omdat foltering met een bepaald oogmerk en 'van overheidswege' moet plaatsvinden, zal hiervan niet snel sprake zijn: daartoe zal moeten vaststaan dat het beleid is te folteren.¹³⁸⁾ Incidentele marteling is in de WIM niet strafbaar gesteld: tenzij gemarteld wordt in een gewapend conflict (oorlogsmisdrijf) of als onderdeel van een wijdverbreide of stelselmatige aanval tegen een burgerbevolking (misdrijf tegen de menselijkheid) levert marteling slechts een internationaal misdrijf op indien zij als foltering gekwalificeerd kan worden.

7.1.2 Militaire delicten

a. Niet opvolgen van een dienstvoorschrift

De artt. 136 en 137 WMSr stellen het opzettelijk, resp. door schuld niet opvolgen van een dienstvoorschrift strafbaar. De maximumstraf is afhankelijk van de (mogelijke) gevolgen van het feit: in gevallen van functioneel geweldgebruik betreft het gemeen gevaar voor personen, levensgevaar en de dood van een ander. Het opzet, resp. de schuld van de dader behoeft niet op (het veroorzaken van) die gevolgen gericht te zijn; voldoende is dat tussen zijn gedraging en die gevolgen een causaal verband bestaat.

De wetgever wilde met de strafbaarstelling van niet opvolgen van dienstvoorschriften uitbreiding geven aan de commune regeling van zgn. gemeengevaarlijke delicten (titel VII, tweede boek, Sr: artt. 157-176).¹³⁹⁾ Deze strafbaarstelling strekt echter niet alleen – of in de eerste plaats – tot bescherming van lijf en leven; de *Erfolgshaftung* waarin zij voorziet moet verklaard worden uit de aard van het krijgsbedrijf: het misbruik van de midde-

¹³⁶⁾ In dit verband zijn de bij ROE behorende P(olitical)P(olicy)I(ndicators) van belang: indicator X(-ray) verplicht tot deëscalerend optreden, terwijl indicator Z(ulu) escalatie niet uitsluit. Zie met betrekking tot de vraag of (delen van) vredesoperaties als gewapend conflict hebben te gelden: M.C. Zwanenburg, *Accountability under international humanitarian law for United Nations and North Atlantic Treaty Organization peace support operations*, Diss. Leiden 2004, p. 342.

¹³⁷⁾ Art. 8 WIM.

¹³⁸⁾ Dat van dergelijk beleid sprake was, is zelfs in het geval van de Irakese Abu Ghraib-gevangenis kwestieus. Hoewel mishandelingen en vernederingen van gedetineerden op grote schaal voorkwamen, is niet vastgesteld dat zij deel uitmaakten van het detentieregime; veeleer lijkt sprake te zijn geweest van een gebrek aan discipline en een tekortschieten van de leiding in haar toezichhoudende taken.

¹³⁹⁾ *Kamerstukken II 1980/81*, 16 813, nr. 5. p. 73, 81.

len waarover militairen beschikken kan zowel voor hen zelf als voor anderen grote gevolgen hebben. Vrijwel alle gepubliceerde rechtspraak betreft het niet opvolgen van veiligheidsvoorschriften.¹⁴⁰⁾

b. Niet opvolgen van een dienstbevel

Schending van dienstbevelen is geregeld in titel V, tweede boek, van het Wetboek van Militair Strafrecht. Wat het hier besproken 'functionele' geweld betreft zijn in het bijzonder de artt. 126 en 130 WMSr van belang, die straf bedreigen tegen het opzettelijk, resp. door schuld niet opvolgen van een dienstbevel.¹⁴¹⁾ Ook hier is het strafmaximum afhankelijk gesteld van de (mogelijke) gevolgen van het feit: gemeen gevaar voor personen, levensgevaar en de dood van een ander. Het opzet, resp. de schuld van de dader behoort niet op (het veroorzaken van) die gevolgen gericht te zijn; causaliteit is voldoende.

Hoewel de wetgever ook met de strafbaarstelling van niet opvolgen van dienstbevelen uitbreiding wilde geven aan de commune regeling van zgn. gemeengevaarlijke delicten (titel VII, tweede boek, Sr: artt. 157-176),¹⁴²⁾ strekken ook deze strafbaarstellingen niet in de eerste plaats tot bescherming van lijf en leven. De regeling van het dienstbevel dient primair het dienstbelang; handhaving van ondergeschiktheid is een middel daartoe, geen doel.¹⁴³⁾ Art. 125 WMSr omschrijft 'dienstbevel' als een bevel dat enig militair dienstbelang betreft en gegeven is door een meerdere aan een mindere. Hoewel in deze definitie de eis van bevoegdheid ontbreekt – dus niet ten laste gelegd en bewezen hoeft te worden dat de meerderen (persoonlijk) bevoegd was¹⁴⁴⁾ – moet worden aangenomen dat het niet opvolgen van een dienstbevel slechts strafbaar is indien het bevoegdelijk gegeven was.¹⁴⁵⁾ Aan het vervallen van de bevoegdheidseis lag niet het streven ten grondslag ten aanzien van de gehoorzaamheidsplicht strengere eisen te stellen.

Gehandhaafd is daarentegen de eis dat het bevel door een meerdere aan een mindere gegeven is. Art. 67 WMSr bepaalt wanneer een verhouding van meerdere tot mindere bestaat: krachtens hogere rang, (bij gelijkheid van rang) krachtens senioriteit en (onafhankelijk van rang of stand) voor zover de een – als bevelvoerend militair of krachtens beschikking van het bevoegd gezag – de ander onder zijn bevelen heeft. Deze regeling voorziet echter slechts in de verhouding tussen Nederlandse militairen: volgens art. 75a WMSr bestaat een verhouding van meerdere tot mindere ten opzichte van vreemde militairen slechts voor zover zulks bij of krachtens Koninklijk Besluit is bepaald. Nu aan deze bepaling geen uitvoering is gegeven, kan het bevel van een buitenlandse militair derhalve niet als dienstbevel worden aangemerkt.

Ten aanzien van de vorm van een dienstbevel stelt de wet geen eisen. Vaak zal met een mon-

¹⁴⁰⁾ Zie Hof Arnhem 4 november 1992, *MRT* 1993, p. 113; Hof Arnhem 13 maart 2002, *MRT* 2003, p. 4, m.nt. M.M.D.; Rb. Arnhem 4 maart 1992, *MRT* 1992, p. 152; Rb. Arnhem 26 januari 1993, *MRT* 1993, p. 196; Rb. Arnhem 31 mei 1994, *MRT* 1995, p. 74; Rb. Arnhem 1 februari 1999, *MRT* 2000, p. 156 m.nt. M.M.D.; Rb. Arnhem 27 november 2000, *MRT* 2001, p. 314 m.nt. M.M.D.; Rb. Arnhem 22 december 2000, *MRT* 2001, p. 318 m.nt. M.M.D.

¹⁴¹⁾ Wij zien derhalve af van bespreking van de art. 129 en 130, aanhef en onder 5° WMSr, die straf bedreigen tegen het niet opvolgen van een bevel om aan een gevecht met de vijand deel te nemen of tegenover deze stand te houden.

¹⁴²⁾ *Kamerstukken II* 1980/81, 16 8 13, nr. 5, p. 73.

¹⁴³⁾ *Ibid.*, p. 70.

¹⁴⁴⁾ De bevoegdheidseis is vervallen bij Rijkswet van 2 juni 1999, *Stb.* 343, teneinde de bewijslast voor het Openbaar Ministerie te verlichten.

¹⁴⁵⁾ G.L. Coolen, 'Is ongehoorzaamheid aan een onbevoegd gegeven bevel strafbaar?', *MRT* 2001, p. 351-355.

deling bevel volstaan worden, maar een dienstbevel kan ook schriftelijk gegeven worden.¹⁴⁶⁾

Wat de inhoud van een dienstbevel betreft moet worden aangenomen dat dit geen algemene strekking mag hebben: dat onderscheidt het dienstbevel van het – hiervoor besproken – dienstvoorschrift. Voorts moet het – evenals het dienstvoorschrift – betrekking hebben op een dienstbelang en het functioneren van de krijgsmacht moet in het geding zijn.¹⁴⁷⁾ Een bevel dat het goede functioneren van de krijgsmacht schaadt is dus wel een dienstbevel, maar behoort niet te worden nagekomen.¹⁴⁸⁾

7.1.3 *Commune delicten*

a. doodslag (art. 287 Sr)

De militair die opzettelijk een ander van het leven berooft, maakt zich schuldig aan doodslag. De strafbepaling sanctioneert de norm ‘Gij zult niet doden’; zij strekt tot bescherming van menselijk leven. Van doodslag is sprake als het handelen van de dader – hetzij een doen, hetzij een nalaten – als oorzaak van het overlijden van een ander geldt, en het opzet van dader op dit gevolg gericht was. Meestal overtreedt de dader het verbod tot doden actief, maar doodslag kan ook bestaan in het achterwege laten van maatregelen die konden verhinderen dat het slachtoffer de dood zou vinden, en tot het verhinderen waarvan de dader verplicht was. Wie een ander niet-fataal verwondt maakt zich schuldig aan doodslag als hij hem vervolgens – hoewel medische hulp kan worden ingeroepen – aan zijn lot overlaat, waardoor die ander overlijdt.¹⁴⁹⁾

Het handelen van de dader moet gelden als oorzaak van het overlijden van een ander gelden: tussen zijn gedrag en het overlijden van die ander moet causaal verband bestaan. Of dat aanwezig is, moet worden beoordeeld volgens het criterium van de redelijke toerekening.¹⁵⁰⁾ In dit verband is ook de subjectieve kant van het delict – d.w.z. de vraag waarop het opzet van de dader gericht is – van belang.¹⁵¹⁾ Het opzet dat art. 287 Sr eist omvat alle gradaties van opzet, met inbegrip van het zgn. voorwaardelijke opzet. Opzettelijk handelt wie zich bewust is van de aanmerkelijke kans dat zijn handelen de dood van een ander veroorzaakt, maar zich door die wetenschap niet laat weerhouden.¹⁵²⁾ Dat is geen bloot-subjectief oordeel. Het willen kan immers uit het weten worden afgeleid: wie zich niet heeft laten weerhouden door zijn kennis van de mogelijke gevolgen van zijn handelen, heeft deze ook gewild.¹⁵³⁾

Als het door een militair gebezigde functionele geweld als doodslag gekwalificeerd wordt, zal veelal art. 44 Sr toepasselijk zijn. Dat bepaalt dat indien een ambtenaar door het begaan van een strafbaar feit een bijzondere ambtsplicht schendt of bij het begaan van een strafbaar feit gebruik maakt van macht, gelegenheid of middel hem door zijn ambt geschonken, de tegen het feit bedreigde straffen – met uitzondering van geldboete – met een derde verhoogd kan worden. In geval van doodslag bedraagt het strafmaximum dan twin-

¹⁴⁶⁾ Vgl. Rb. Arnhem 8 november 1994, *MRT* 1995, p. 85, m.nt. G.L.C.

¹⁴⁷⁾ *Kamerstukken II* 1980/81, 16 813, nr. 5, p. 32.

¹⁴⁸⁾ Vgl. de artt. 131 en 133 WMSr.

¹⁴⁹⁾ HR 12 december 2000, *NJ* 2002, 516; Hof Arnhem 17 december 2002, *NJ* 2003, 117.

¹⁵⁰⁾ HR 12 september 1978, *NJ* 1979, 60 m.nt. ThWvV; HR 26 november 1985, *NJ* 1986, 368; HR 25 juni 1996, *NJ* 1997, 563 m.nt. 't H.

¹⁵¹⁾ J. De Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer 2003, p. 187.

¹⁵²⁾ HR 20 april 1999, *NJ* 1999, 512; HR 23 januari 2001, *NJ* 2001, 241; HR 15 januari 2002, *NJB* 2002, 28.

¹⁵³⁾ HR 8 juni 1971, *NJ* 1972, 90; HR 23 januari 2001, *NJ* 2001, 327; Hof Arnhem 30 juni 2003, *NJ* 2003, 581.

tig jaar. Het betreft een zgn. algemene strafverhogingsgrond, die toepassing kan vinden ten aanzien van elk delict waarvan ambtelijke hoedanigheid geen bestanddeel is. Een omstandigheid die strafbaarheid vestigt, kan deze niet verhogen. Daarom kan art. 44 Sr ook geen toepassing vinden ten aanzien van de hiervoor besproken militaire delicten: alleen de militaire ambtenaar kan zich schuldig maken aan het niet opvolgen van een dienstvoorschrift of dienstbevel.

Toepasselijkheid van art. 44 Sr impliceert overigens niet dat het daadwerkelijk toepassing vindt. Daartoe dient de strafverzwarende omstandigheid ten laste gelegd te worden, en het opportuniteitsbeginsel brengt mee dat de Officier van Justitie niet verplicht is deze ten laste te leggen.

b. dood door schuld (art. 307 Sr)

Als het opzet van de dader niet op de dood van een ander gericht was, is geen sprake van doodslag. Dat sluit strafrechtelijke aansprakelijkheid niet uit, maar zeker is dat niet. Hoewel opzet en schuld elkaar uitsluiten – in het ene geval wil de dader het gevolg, in het andere niet – is met het ontbreken van opzet geen schuld gegeven. De dood van een ander is slechts aan de schuld van de dader te wijten als zij door een aanmerkelijke mate van verwijtbare onvoorzichtigheid is veroorzaakt.

In deze omschrijving liggen de vereisten van wederrechtelijkheid, verwijtbaarheid en causaliteit besloten. In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat de dader zich naar objectieve maatstaven onvoorzichtig gedragen heeft; welke voorzichtigheid in acht genomen moest worden hangt af van de omstandigheden van het geval. Met het gebruik van een vuurwapen moet bijv. grotere omzichtigheid betracht worden dan met het gebruik van een wapenstok of pepperspray.

In de tweede plaats moet de dader van zijn onvoorzichtigheid een verwijt gemaakt kunnen worden: in vergelijking met anderen die over dezelfde capaciteiten beschikken is hij tekort geschoten. Dat ook de dader over die eigenschappen beschikte behoeft niet positief vastgesteld te worden, maar kan veronderstellenderwijs worden aangenomen. Een 'Garant' moet ervoor instaan dat hij adequaat reageert in situaties waarmee hij als zodanig geconfronteerd wordt.¹⁵⁴ De militair op vredesmissie die schoten hoort wordt niet alleen geacht zich te begeven in de richting van waaruit die klinken, maar daarop ter plaatse ook adequaat te reageren: als bijv. een politieke demonstratie vergezeld gaat van schieten in de lucht, behoort niet op de schutters geschoten te worden.

In de derde plaats moet het – onvoorzichtige, verwijtbare – gedrag van de dader als oorzaak van de dood van een ander aangemerkt te kunnen worden: kan het hem in redelijkheid worden toegerekend?

c. zwaar lichamelijk letsel/arbeidsongeschiktheid door schuld (art. 308 Sr)

Voor het veroorzaken van zwaar lichamelijk letsel, c.q. arbeidsongeschiktheid door schuld geldt *mutatis mutandis* hetgeen wij hiervoor met betrekking tot dood door schuld opmerkten. Daaraan zij volledigheidshalve toegevoegd dat art. 308 Sr eist dat zwaar lichamelijk letsel (art. 82 Sr) is veroorzaakt; culpoze eenvoudige mishandeling is niet strafbaar.

Art. 309 Sr bepaalt (o.m.) dat indien de in de artt. 307 en 308 Sr omschreven misdrijven worden begaan in de uitoefening van een ambt of beroep, de tegen die misdrijven bedreigde gevangenisstraf met een derde kan worden verhoogd. Impliciet wordt hier aan degene die handelt in de uitoefening van een ambt of beroep een bijzondere zorgplicht

¹⁵⁴Zie voor een geval waarin de eisen aan een 'Garant' in neerwaartse richting werden bijgesteld HR 1 maart 1983, NJ 1983, 468 m.nt. ThWvV (*Meta Hofman*)

opgelegd: hij moet grotere voorzichtigheid betrachten. Deze gedachte ligt ook aan geweldsinstructies ten grondslag.

De in art. 309 Sr bedoelde strafverzwarende omstandigheid constitueert in zoverre de strafbaarheid van de dader, dus kan de algemene strafuitsluitingsgrond van art. 44 Sr geen toepassing vinden. Maar ook voor art. 309 Sr geldt dat dit slechts toepassing kan vinden als die omstandigheid ten laste gelegd is.

d. (gekwalficeerde) mishandeling (artt. 300 t/m 304 Sr)

Ten slotte kan functioneel geweld als (gekwalficeerde) mishandeling vervolgd worden. Mishandeling is het opzettelijk toebrengen van pijn of letsel; het handelen van de dader moet pijn of letsel veroorzaken en zijn opzet moet daarop gericht zijn. Hoewel dat bestanddeel alle gradaties van opzet omvat – met inbegrip van voorwaardelijk opzet – kan niet geheel aan de motieven van de dader worden voorbijgegaan. Het toebrengen van pijn of letsel als niet onredelijk middel tot een geoorloofd doel is geen mishandeling.¹⁵⁵) De politiemans die een hevig tegenstribbelende arrestant boeit, handelt opzettelijk maar niet wederrechtelijk: hoewel hij inbreuk maakt op de lichamelijke integriteit van de arrestant, hoeft hij die niet te ontzien.

De tegen eenvoudige mishandeling (art. 300 Sr) bedreigde straf is afhankelijk van haar gevolgen: indien het slachtoffer zwaar lichamenlijk letsel (art. 82 Sr) bekommt of overlijdt kunnen hogere straffen worden opgelegd. Dat de dader opzet of schuld had hoeft niet te worden vastgesteld; causaliteit volstaat. Dat betekent overigens niet dat het opzet van de dader wat de gevolgen betreft niet ter zake doet: het – al of niet met de dood als gevolg – opzettelijk toebrengen van zwaar lichamenlijk letsel is zelfstandig strafbaar gesteld in art. 302 Sr.

In de aan mishandeling gewijde titel ontbreekt een met art. 309 Sr vergelijkbare bepaling. Art. 44 Sr kan wel toepassing vinden.

7.1.4 Wat wordt ten laste gelegd?

Uit het voorgaande volgt dat op overschrijding van de grenzen waarbinnen geweldgebruik door militairen geoorloofd is verschillende – bijzondere en commune – stafbepalingen van toepassing kunnen zijn. De officier van justitie moet dus kiezen. De vrijheid waarover hij in dit verband beschikt is echter niet onbeperkt. In de eerste plaats legt zijn bewijsspositie hem beperkingen op; hij zal geen onbewijsbare feiten ten laste willen leggen. Een onbewijsbare telastelegging is niet alleen inefficiënt, maar bovendien contraproductief: ook als de verdachte vrijgesproken wordt zal de beschuldiging hem aankleven. Waarvan de verdachte beschuldigd kan worden is uiteindelijk een vraag van materieel recht, want de delictsomschrijving dicteert het bewijsthema. Wij verwijzen naar hetgeen wij met betrekking tot de toepasselijke delictsomschrijvingen opmerkten.

Als verschillende delicten bewezen kunnen worden gaan – in de tweede plaats – beleidsoverwegingen een rol spelen. Volgens Coolen kan de officier van justitie in beginsel kiezen tussen vervolging ter zake van het niet opvolgen van een dienstvoorschrift of dienstbevel en vervolging ter zake van een geweldsdelict. Waarvoor de officier van justitie kiest moet zijns inziens worden bepaald door wat zich feitelijk heeft voorgedaan, waarbij mede gelet dient te worden op hetgeen de dader voor ogen stond toen hij het delict pleegde." Dit criterium ziet echter op de bewijsbaarheid, in het bijzonder van het sub-

¹⁵⁵) HR 10 februari 1902, W. 7723; HR 10 juni 1924, NJ 1924, p. 905.

jectieve bestanddeel. Als niet kan worden bewezen dat de dader opzet op de dood of zwaar letsel van een ander had, dan wel dat dood of letsel aan zijn schuld te wijten was, resten slechts delicten waarbij die gevolgen geobjectiveerd zijn: niet opvolgen van dienstvoorschrift of dienstbevel en eenvoudige mishandeling. Dan behoeft slechts te worden bewezen dat de gevolgen door de dader veroorzaakt zijn, d.w.z. dat zij hem in redelijkheid toegerekend kunnen worden.

Nu de keuzevrijheid van de officier van justitie geringer is dan Coolen meent, is die keuze veel eenvoudiger. Als de verdachte een ander wilde doden, dan wel pijn of letsel wilde toebrengen – in zoverre kan het door Coolen voorgestelde criterium wel goede diensten bewijzen – ligt het voor de hand hem doodslag, dan wel mishandeling ten laste te leggen. Daartegen zijn hogere straffen bedreigd, wat recht doet aan de beschermde rechtsbelangen.¹⁵⁷⁾

7.2 Strafuitsluitingsgronden

Met de kwalificatie van functioneel geweld als strafbaar feit staat niet vast dat ter zake ook straf opgelegd kan worden; een strafuitsluitingsgrond kan daaraan in de weg staan. Hieronder bespreken wij de rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden die in aanmerking komen; eerst de bijzondere, vervolgens de algemene.

7.2.1 Rechtvaardigingsgronden

a. Art. 38 WMSr

Art. 38 WMSr bepaalt (o.m.) dat niet strafbaar is hij die in tijd van oorlog binnen de grenzen zijner bevoegdheid een naar de regelen van het oorlogsrecht geoorloofd feit begaat. Niettegenstaande deze terminologie moet worden aangenomen dat de bepaling in een rechtvaardigingsgrond voorziet: wie binnen de grenzen van zijn bevoegdheid een volgens het oorlogsrecht geoorloofd feit begaat, begaat geen strafbaar feit.

Omdat de regels van het humanitaire oorlogsrecht niet alleen in tijd van oorlog gelden, moet de term 'tijd van oorlog' ruim worden uitgelegd.¹⁵⁶⁾ Voor de toepassing van art. 38 WMSr moet tijd van oorlog aanwezig geacht worden in alle gewapende conflicten, ongeacht het karakter daarvan. Grotere zekerheid daaromtrent kan worden gegeven door op grond van art. 71 WMSr te bepalen dat voor een bepaald gedeelte van de krijgsmacht gedurende een bepaalde periode 'tijd van oorlog' aanwezig geacht wordt. Aan deze bepaling is recentelijk toepassing gegeven met betrekking tot Nederlandse *special forces* die in het kader van operatie *Enduring Freedom* in Afghanistan zijn ingezet. In de desbetreffende brief van de minister van Defensie wordt opgemerkt dat er in het recente verleden geen aanleiding was art. 71 WMSr toe te passen, hoewel de minister toegeeft dat de Kosovo-crisis achteraf wel als een gewapend conflict moet worden aangemerkt.¹⁵⁷⁾ Dat voor de troepen in Afghanistan niet eerder toepassing aan art. 71 WMSr was gegeven berust kennelijk op de overweging dat deze – in tegenstelling tot de *special forces* – hun wapens niet,

¹⁵⁶⁾ G.L. Coolen, 'Geweldsinstructies vanuit strafrechtelijk oogpunt bezien', MRT 2003, p. 383-385, onder verwijzing naar HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199 m.nt. 't H. (Porsche); idem, 'Het OM en de krijgsmacht', *supra* noot 1.

¹⁵⁷⁾ Vgl. N. Jörg, 'Een opmerking over de reikwijdte van het beroep op ambtelijk bevel en een opmerking over de delictskeuze van de officier van justitie *in militaribus*', MRT 2003, p. 392.

¹⁵⁸⁾ Zie omtrent de toepasselijkheid van het humanitaire oorlogsrecht op vredesoperaties: T.D. Gill, 'Vredesoperaties en humanitair oorlogsrecht', MRT 2003, p. 331-347.

¹⁵⁹⁾ Brief van de Minister van Defensie, 22-4-2005, *Kamerstukken II* 2004/105, 27 925, nr. 176, p. 4-6.

althans niet als eerste zouden gebruiken.

Verscheidene auteurs hebben betoogd dat het begrip 'tijd van oorlog' geen recht doet aan de uiteenlopende situaties waarin militairen tot gebruik van geweld (moeten) overgaan. Waar het rechtmatige gebruik van geweld niet afhankelijk is van een formele oorlogsverklaring, moet daarvoor een moderner begrip, bijv. 'tijd van gewapend conflict' in de plaats gesteld worden.¹⁶⁰⁾ Inmiddels wordt een wetswijziging van die strekking voorbereid.¹⁶¹⁾ Of daardoor grote zekerheid wordt geschapen met betrekking tot de rechtmatigheid van geweldgebruik kan thans echter nog niet worden overzien. De huidige regeling heeft ten minste het voordeel dat het toetsingskader voor geweldgebruik gefixeerd wordt; als voor de aanwezigheid van tijd van gewapend conflict geen besluit van de minister van Defensie vereist wordt, wordt het kind met het badwater weggegooid.

Het humanitaire oorlogsrecht trekt slechts de buitenste grenzen waarbinnen geweldgebruik gerechtvaardigd is; waar ROE ter zake beperkingen inhouden moeten deze in acht genomen worden. In vredesoperaties – die niet door het humanitaire oorlogsrecht, maar door het mandaat van de desbetreffende missie beheerst worden – hebben ROE geen bevoegdheidsbeperkende, maar een bevoegdheidsverlenende functie.¹⁶²⁾ Gebruik van geweld is slechts geoorloofd in het geval het welslagen van de missie bedreigd wordt (peace keeping), dan wel om de condities voor het welslagen van de missie te scheppen (peace enforcing). Alleen geweld waartoe de ROE machtigen is gerechtvaardigd.

Een vraag die ook in het geval 'Eric O.' moest worden beantwoord is volgens welke maatstaf – d.w.z. vanuit welk perspectief – moet worden beoordeeld of gebruik van geweld gerechtvaardigd is. De Rechtbank¹⁶³⁾ – die aansluiting zocht bij rechtspraak van de krijgsraden uit de jaren '40' – overwoog ter zake dat van een militair ten aanzien van de door hem gestelde noodzaak tot geweldgebruik in redelijkheid niet meer kan worden gevorderd dan dat hij een op zichzelf niet onaannemelijke verklaring geeft van zijn handelwijze en dat de onjuistheid daarvan alleen mag worden aangenomen indien de onwaarheid van zijn verklaring aannemelijk wordt gemaakt. De twijfel die in het geval van 'Eric O.' restte was voor de Rechtbank geen aanleiding om zijn verklaring onaannemelijk te achten; andere militairen ter plaatse, die alleen verklaard hadden over het gevaar dat hen zelf bedreigde en die niet – als commandant – verantwoordelijk waren voor de eenheid, waren (veel) minder goed opgeleid en ervaren. Eric O. – die het overzicht moest bewaren – zal het bctcr gezien hebben.

Op deze redenering is nog wel wat af te dingen. De Roos heeft daartegen in de eerste plaats ingebracht dat de door de Rechtbank gehanteerde maatstaf de onjuiste indruk wekt dat in militaribus een bijzondere bewijsregeling geldt.¹⁶⁵⁾ Daarin heeft hij gelijk. Het criterium behoort steeds te zijn of de door verdachte ingeroepen bevrijdende omstandigheden aannemelijk zijn geworden."') De verdachte militair behoort niet in meerdere mate dan de verdachte burger het voordeel van de twijfel gelaten te worden. Voorts gaat volgens De Roos de vergelijking tussen de door de krijgsraden beoordeelde gevallen – die (opzettelijk) dodelijk geweld betroffen – en het geval van Eric O. mank. Dat kunnen wij niet volgen: de vraag welke omstandigheden afdoen aan verdachtes strafbaarheid raakt niet aan de

¹⁶⁰⁾ G.L. Coolen, 'Tijd van oorlog: een verouderd begrip', MRT 2000, p. 270-274; idem, 'Het OM en de krijgsmacht', supra noot 1, p. 360; M.D. Fink, supra noot 1, p. 237-239.

¹⁶¹⁾ Vgl. de hiervoor geciteerde brief van de Minister, supra noot 159.

¹⁶²⁾ Zie hiervoor § 4.

¹⁶³⁾ Rb. Arnhem 18 oktober 2004, MRT 2004, p. 456 (r.o. 4.5).

¹⁶⁴⁾ Vgl. KRtV Soerabaja 28 oktober 1949, MRT 1952, p. 107.

¹⁶⁵⁾ De Roos, supra noot 1.

¹⁶⁶⁾ Vgl. G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer 2002, p. 678 e.v.

maatstaf volgens welke beoordeeld moet worden of die omstandigheden aanwezig zijn.¹⁶⁷⁾ Ten slotte stelt De Roos dat de 'politiek beladen' verwijzing door de Rechtbank onnodig is, want de toepasselijke dienstvoorschriften verplichten er niet toe. Dat begrijpen wij maar half. 'Politiek beladen' zijn de sententies van Nederlands-Indische krijgsraden in zoverre het handelen van Nederlandse militairen ten tijde van de politionele acties lankmoediger werd beoordeeld dan thans het geval zou zijn.'") De regels die militairen in acht moeten nemen raken echter niet aan de vraag of zij dat gedaan hebben.

Het Hof was korter van stof dan de Rechtbank. Ook het Hof kende betekenis toe aan O.'s rang, ervaring en functie, overwegende dat hij als enige de totale situatie overzag, maar wekte daarmee niet de indruk dat de verdachte militair eerder het voordeel van de twijfel zou moeten krijgen.¹⁶⁹⁾ Het Hof nam niet veronderstellenderwijs aan dat Eric O. het beter gezien zal hebben: hij had het ook beter gezien.

b. Art. 133 WMSr: dienstbevel van hogere orde

Omdat het niet opvolgen van een dienstbevel strafbaar is – vgl. de hiervoor besproken artt. 126 en 130 WMSr – moest worden voorzien in het geval een bevel door de feiten achterhaald is. Dat is evident indien strijdige bevelen gegeven zijn; voor dat geval bepaalt art. 133 WMSr dat het niet opvolgen van het eerdere bevel niet strafbaar is. Weliswaar leveren strijdige bevelen 'noodtoestand' op – dus bestaat in zoverre aan een bijzondere strafuitsluitingsgrond geen behoefte – art. 40 Sr geeft geen uitsluitel omtrent de vraag welk bevel moet worden nagekomen. Die vraag heeft de wetgever in de onderhavige bepaling beantwoord; hij achtte het ongewenst dat de mindere – zo hij daartoe al in staat zou zijn – moet beoordelen welk bevel voor gaat.¹⁷⁰⁾

Het Wetboek van Militair Strafrecht voorziet niet in het geval nakoming van een bevel – als gevolg van gebrekkigheid van de informatie waarover de bevelgever beschikte of omdat de omstandigheden veranderd zijn – onmogelijk of onwenselijk: in strijd met een algemeen of militair belang is. Voor dergelijke gevallen moet art. 40 Sr uitkomst bieden.

c. Art. 131 WMSr: onrechtmatig dienstbevel

Omdat het niet opvolgen van een dienstbevel strafbaar is, moest worden voorzien in het geval een onrechtmatige gedraging wordt bevolen. Dat spreekt vooral in gevallen waarin de mindere wordt bevolen een strafbaar feit te begaan. Als de mindere de onrechtmatigheid van het bevel kent, althans reden heeft aan de rechtmatigheid ervan te twijfelen, zou hij in een Catch 22-situatie verkeren: hij is strafbaar, wat hij ook doet.

d. Art. 42 Sr: wettelijk voorschrift

Met betrekking tot art. 38 WMSr merkten wij op dat de functie van ROE verschilt naar gelang van de context waarin zij fungeren: in een gewapend conflict – als 'tijd van oorlog' in de zin van genoemd artikel aanwezig is – hebben ROE een bevoegdheidsbeperkende functie, in vredesoperaties een bevoegdheidsverlenende functie. Als geen 'tijd van oorlog' aanwezig is kan de rechtvaardiging van functioneel geweld derhalve alleen aan

¹⁶⁷⁾ Hieraan doet niet af dat – zoals in par. 8.1.1 wordt betoogd – de militair bij beoordeling van de omstandigheden waaronder hij tot geweldgebruik besluit de nodige vrijheid gelaten moet worden: hier gaat het om de vraag volgens welke maatstaf beoordeeld moet worden of die omstandigheden aanwezig waren.

¹⁶⁸⁾ Vgl. het naschrift van Röling bij HMG NI 24 maart 1948, NJ 1948, 147

¹⁶⁹⁾ Hof Arnhem, supra noot 3, p. 222.

¹⁷⁰⁾ Kamerstukken II 1980/81, 16 813, nr. 5, p. 78.

ROE worden ontleend.

Dat wil zeggen: als de ROE als 'wettelijk voorschrift' in de zin van art. 42 Sr kunnen gelden, en dat is nog maar de vraag. Onder wettelijk voorschrift wordt van oudsher een voorschrift verstaan dat uitgaat van enige macht waaraan (door de [grond]wet) wetgevend vermogen is toegekend en dat krachtens die bevoegdheid gemaakt is.¹⁷²⁾ Voorschriften van lagere wetgevers worden wel door deze definitie omvat, ambtsinstructies die niet in een wet of verordening zijn vastgelegd niet.¹⁷²⁾ Waar zodanige vastlegging delegatie van wetgevende bevoegdheid impliceert, is van een wettelijk voorschrift geen sprake als geen hogere regeling de opdracht tot vaststelling ervan inhoudt. Een bepaling als art. 135 WMSr – die niet tot vaststelling van dienstvoorschriften verplicht, maar slechts de algemene bevoegdheid daartoe verleent – volstaat niet.

Moderne auteurs verstaan onder 'wettelijk voorschrift' wetten in materiële zin.¹⁷³⁾ Maar ook volgens deze begripsbepaling kunnen dienstvoorschriften niet als wettelijke voorschriften in de zin van art. 42 Sr gelden. Waar een wet in materiële zin algemeen verbindende voorschriften – naar buiten werkende regels – inhoudt, kunnen dienstvoorschriften niet als zodanig gelden.

De omstandigheid dat voorschriften niet door een Nederlandse autoriteit zijn vastgesteld hoeft geen beletsel zijn om die als 'wettelijke voorschriften' aan te merken: daaronder moeten mede regels van internationaal recht worden verstaan die hen die aan de Nederlandse rechtsorde onderworpen zijn rechtstreeks binden.¹⁷⁴⁾ Het is echter de vraag of bijv. ROE die behoren bij het door een volkenrechtelijke organisatie opgestelde mandaat van een militaire missie als zodanig aangemerkt kunnen worden. Bij rechtstreeks bindende regels van internationaal recht lijkt veeleer gedacht te moeten worden aan verdragsbepalingen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties (vgl. art. 93 Gw). ROE hebben dan te gelden als een (doorlopend) ambtelijk bevel: een ambtsinstructie.¹⁷⁵⁾

Ten slotte moet een 'wettelijk voorschrift' een taak of plicht omschrijven. Een bepaling waarin slechts een bevoegdheid verleend wordt, verplicht niet daarvan gebruik te maken. In sommige gevallen volgt die verplichting echter uit de aard van de bevoegdheid. De militair die bevoegd is om zijn opdracht desnoods door middel van geweld uit te voeren is daartoe verplicht.

Art. 42 Sr voorziet niet in het geval gedwaald wordt omtrent bestaan, inhoud of strekking van een wettelijk voorschrift; een met art. 43 lid 2 Sr vergelijkbare bepaling ontbreekt. Voor dergelijke gevallen moet de ongeschreven schulduitsluitingsgrond 'avas' – dwaling inz. de wederrechtelijkheid uitkomst bieden.

e. Art. 43 Sr: ambtelijk bevel

Evenals art. 42 Sr voorziet art. 43 Sr in straffeloosheid van hem die op gezag van de overheid moet handelen. Het onderscheid tussen de bepalingen is gelegen in de aard van die verplichting: in het ene geval berust zij direct op een wettelijk voorschrift, in het ande-

¹⁷¹⁾ HR 26 juni 1899, W. 7307; J.M. Houben, *Artikel 42 Wetboek van Strafrecht*, Zwolle 1959, p. 37.

¹⁷²⁾ HMG 6 oktober 1978, NJ 1979, 1; J. R Emmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, 15e druk, Deventer 1996, p. 331.

¹⁷³⁾ Cleiren & Nijboer 2004 (*T&C Sr*), aant. 4.a op art. 42 (Wemes); J. de Hullu, *Materieel .strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer 2003, p. 336.

¹⁷⁴⁾ Cleiren & Nijboer 2004 (*T&C Sr*), aant. 4.a op art. 42 (Wemes); Noyon/Langemeijer/R Emmelink, aant. 6 op art. 42; Houben, *supra* noot 171, p. 42-44; R Emmelink, *supra* noot 172, p. 332.

¹⁷⁵⁾ N. Jörg, 'De zaak Clegg', MRT 1996, p. 54.

re op een krachtens enige rechtsregel gegeven bevel. Dit onderscheid is echter niet steeds even scherp te maken: een voorschrift kan het karakter van een bevel hebben en een bevel kan in algemene termen vervat zijn. Een geweldsinstructie die niet krachtens enig wettelijk voorschrift is gegeven is een bevel, niettegenstaande dat zij de ontvanger niet voorschrijft hoe hij in concrete gevallen moet handelen.¹⁷⁶⁾ Voor de strafbaarheid van hem die volgens de instructie gehandeld heeft maakt dat overigens niet uit.

Een ambtelijk bevel veronderstelt een publiekrechtelijke zeggenschapsrelatie, waarin voor de bevelsontvanger een gehoorzaamheidsplicht besloten ligt. Van ambtelijke ondergeschiktheid hoeft geen sprake te zijn: ondergeschikt in de zin van art. 43 Sr is een ieder aan wie een bevel gegeven kan worden. De bevoegdheid daartoe behoeft niet op de wet te berusten; van een ambtelijk bevel is ook sprake als uit een voor Nederland bindende publiekrechtelijke regeling een zeggenschapsrelatie voortvloeit. In dergelijke gevallen heeft de Nederlandse overheid, ter behartiging van door haar erkende publieke belangen, een deel van haar soevereiniteit prijsgegeven.¹⁷⁷⁾ Het niet opvolgen van het bevel van een buitenlandse meerdere is echter – als geen toepassing is gegeven aan art. 75a WMSr¹⁷⁸⁾ – niet strafbaar, want de desbetreffende strafbepalingen zien slechts op dienstbevelen (art. 125 WMSr). Waar 'wettelijk voorschrift' enger uitgelegd moet worden dan 'dienstvoorschrift', omvat 'ambtelijk bevel' meer dan 'dienstbevel'.

f. Art. 41 lid 1 Sr: noodweer

Art. 41 lid 1 Sr bepaalt dat niet strafbaar is wie een feit begaat dat geboden is door de noodzakelijke verdediging van eigen of andermans lijf, eerbaarheid of goed tegen een ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding. Voor toepassing van deze bepaling zal echter in gevallen van functioneel geweld nauwelijks ruimte overschieten; ROE – die overigens niet afdoen aan het inherente recht tot zelfverdediging – voorzien in de regel in geweldgebruik ter verdediging van de eigen troepen. Alleen in gevallen waarin de ROE niet (kunnen) voorzien kan het commune recht tot noodweer worden ingeroepen: het kan niet dienen als grondslag van geplande gevechtsacties of het reageren op reguliere, gerechtvaardigde vijandelijkheden in het kader van een gewapend conflict.”)

g. Art. 40 Sr: 'noodtoestand'

De artt. 42 en 43 lid 1 Sr voorzien beide in straffeloosheid waar de dader de gewichtigste van onverenigbare verplichtingen is nagekomen. Toepassing van art. 40 Sr is derhalve eerst aan de orde als die bepalingen geen uitkomst bieden, bijv. als een geweldsinstructie niet als wettelijk voorschrift of ambtelijk bevel kan worden aangemerkt.

7.2.2 Schulduitsluitingsgronden

a. Art. 132 WMSr: dwaling inz. de onrechtmatigheid van een dienstbevel

Volgens art. 132 WMSr is de militair die een in de artikelen 126-128 omschreven feit begaat niet strafbaar indien hij de bevolen gedraging te goeder trouw als onrechtmatig beschouwde. De artt. 129 en 130 worden niet genoemd: art. 129 niet omdat in geval van samenspanning in elk geval niet verschoonbaar gedwaald wordt, art. 130 niet omdat in geval van verschoonbare dwaling schuld ontbreekt.

¹⁷⁶⁾ Vgl. HMG 6 oktober 1978, NJ 1979, 1.

¹⁷⁷⁾ P.H.S. van Rest, *Het ambtelijk bevel als strafuitsluitingsgrond*, Arnhem/Antwerpen 1991, p. 90.

¹⁷⁸⁾ Toepassing van deze bepaling is bepleit door Kroon en Jacobs: W.B. Kroon & M. Jacobs, 'Rules of Engagement: een strafrechtelijke benadering', *Militaire Spectator* 1997, p. 124 e.v.

¹⁷⁹⁾ Boddens Hosang, *supra* noot 31, p. 360-361.

Art. 132 WMSr – dat art. 131 completeert – fungeert als spiegelbeeld van art. 43 lid 2 Sr, dat voorziet in het geval de mindere ten onrechte meende dat het bevel rechtmatig was. Ook art. 132 WMSr eist goede trouw bij de mindere, die op vergelijkbare wijze geobjectiveerd moet worden: beslissend is niet het hoogstpersoonlijke inzicht van de mindere maar wat hij – zijn positie in aanmerking genomen – kon inzien.¹⁸⁰⁾

b. Art. 43 lid 2 Sr: onbevoegd gegeven ambtelijk bevel

De opname van het tweede lid van art. 43 Sr moet worden verklaard uit de strekking van dat artikel: gehoorzaamheid aan de overheid te bevorderen. Daarom mag de ondergeschikte er in beginsel op vertrouwen dat een bevel rechtmatig is. Wie daaromtrent dwaalt is echter slechts straffeloos als hij het te goeder trouw als bevoegd gegeven beschouwt en nakoming binnen de kring van zijn ondergeschiktheid gelegen is. De eis van goede trouw laat de eigen verantwoordelijkheid van de ondergeschikte onverlet: als hij twijfelt, gaat hij niet vrijuit. Of hij reden heeft te twijfelen, wordt mede bepaald door zijn functie, opleiding en ervaring; een 'Garant' wordt minder vergeven.

c. Art. 41 lid 2 Sr: noodweerexces

Men kan zich afvragen of voor art. 41 lid 2 Sr een zelfstandige functie is weggelegd in gevallen van functioneel geweld. Waar ROE in de regel ruimere grenzen stellen dan commune noodweerbepalingen, bestaat minder behoefte aan een bepaling die overschrijding van die grenzen verontschuldigt; die zal veelal onvergeeflijk zijn.

d. Art. 40 Sr: 'psychische' overmacht

Ook voor toepassing van deze schulditsluitingsgrondlijkt nauwelijks ruimte te bestaan. Van 'psychische' overmacht is sprake als een uitwendige omstandigheid de dader dringt een strafbaar feit te begaan. Slechts daardoor kan hij verhinderen dat het gevaar dat hem bedreigt zich verwezenlijkt. De dader wordt niet verweten dat hij aan die drang toegaf als hij voldeed aan de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit: het gevaar kon niet op andere wijze afgewend worden en het strafbare feit was een redelijk middel om het af te wenden. Op de militair die functioneel geweld gebruikt rust in zoverre echter een 'Garantenstellung', die meebrengt dat aan hem strengere eisen gesteld worden dan aan de gemiddelde burger. Bovendien is in de regels van het oorlogsrecht verdisconteerd dat in situaties waarin geweldgebruik geoorloofd is vaak de gelegenheid tot kalm beraad ontbreekt.

e. Dwaling inz. de wederrechtelijkheid

Deze ongeschreven schulditsluitingsgrond moet uitkomst bieden waar straffeloosheid niet op de wet gegrond kan worden. Daarbij valt bijv. te denken aan dwaling omtrent bestaan, inhoud of strekking van een wettelijk voorschrift.

7.3 Strafrechtelijke beoordeling van functioneel geweld

Uit het voorgaande volgt dat de strafrechtelijke beoordeling van functioneel geweld van verschillende variabelen afhankelijk is. Uitgangspunt moet de feitelijke context van geweldgebruik zijn: is gehandeld in het kader van een gewapend conflict of van een vredesoperatie, c.q. hoe moet deze benoemd worden? De context bepaalt of op geweldgebruik het humanitaire oorlogsrecht toepasselijk is, dan wel de bevoegdheid daartoe ont-

¹⁸⁰⁾ Kamerstukken II 1980/81, 16 813, nr. 5, p. 77.

leend moet worden aan het mandaat van de missie. De status van ROE hangt hiermee samen, in dier voege dat zij geweldgebruik in een gewapend conflict nader normeren, terwijl zij in een context waarop het humanitaire oorlogsrecht niet toepasselijk is een bevoegdheidsverlenende functie hebben.

Voorts moet de vraag worden beantwoord welke status ROE naar Nederlands recht toekomt: gelden zij als dienstvoorschriften, c.q. als wettelijke voorschriften in de zin van art. 42 Sr? Vaak zullen ROE wel aan de definitie van art. 135 WMSr voldoen, maar daarmee zijn zij nog geen wettelijke voorschriften. Handelen in strijd met die ROE is dan strafbaar, maar naleving ervan levert slechts een rechtvaardigingsgrond op als de ROE als ambtelijk bevel kunnen worden aangemerkt. Daartoe is geen wettelijke grondslag vereist: een ambtelijk bevel kan voortvloeien uit een voor Nederland bindende volkenrechtelijke regeling.

Tenslotte is van belang of een militair dan wel een commuun delict ten laste gelegd wordt. Die keuze wordt overwegend bepaald door de bewijspositie van het openbaar ministerie. Als niet kan worden bewezen dat de dader opzet op de dood of zwaar letsel van een ander had, dan wel dat dood of letsel aan zijn schuld te wijten was, resten slechts delicten waarbij die gevolgen geobjectiveerd zijn: niet opvolgen van dienstvoorschrift of dienstbevel en eenvoudige mishandeling. Als de verdachte daarentegen een ander wilde doden, dan wel pijn of letsel wilde toebrengen ligt het voor de hand hem doodslag, dan wel mishandeling ten laste te leggen. Daartegen zijn hogere straffen bedreigd, wat recht doet aan de beschermde rechtsbelangen.

8. Gebruik en vervolging van militair functioneel geweld

Het vierde en laatste thema gaat in op het gebruik van geweld. Allereerst komen de randvoorwaarden aan bod die de context van geweldgebruik kenmerken: beoordelingsvrijheid, verantwoord, robuustheid. Daarna gaan we in op de eisen die dit voor de geweldsorganisatie en de opsporingsorganen genereert. Ten slotte staan we stil bij het vervolgingsbeleid en enkele toekomstige ontwikkelingen.

8.1 De randvoorwaarden

8.1.1 Beoordelingsvrijheid

In de paragraaf 'Beoordeling van de gebeurtenissen' geeft het hof aan dat de verdachte, als commandant, de totale situatie diende te beoordelen, waarbij hem uiteraard de nodige beoordelingsvrijheid toekwam.

Is die beoordelingsvrijheid vanzelfsprekend! Zeker is dat zij aansluit bij de ook in Nederlandse militaire kringen voorgestane opdrachtgerichte commandovoering.

Onduidelijkheid, veranderlijkheid en onvoorspelbaarheid, kortom chaos en frictie, zijn de kenmerken van militaire operaties: elke situatie is daarmee uniek. Daarom moeten commandanten tot op alle niveaus in staat worden gesteld zelf te bepalen op welke wijze zij – binnen gestelde grenzen - de gegeven opdracht uitvoeren.'") Bij de commandovoering moet het bereiken van de doelstelling centraal staan. Hoe dit gebeurt, wordt in beginsel overgelaten aan de betreffende commandant.¹⁸²⁾

In hetzelfde vlak ligt de verklaring die de regering heeft gegeven bij de bekrachtiging

¹⁸¹⁾ Koninklijke Landmacht, *Leidraad Commandovoering* (LD 1) 2000, p. 47

¹⁸²⁾ LD I, p. 47.

van de Aanvullende Protocollen uit 1977: zij stelde zich op het standpunt dat militaire commandanten die verantwoordelijk zijn voor het voorbereiden van, het beslissen over of het uitvoeren van aanvallen noodzakelijkerwijs hun beslissingen moeten nemen op basis van hun beoordeling van de informatie uit alle bronnen die hun op dat moment ter beschikking staat.") Deze verklaring is gegeven in verband met de kernbepalingen van Aanvullend Protocol I, vervat in de artikelen 51-58. De partijen bij een gewapend conflict moeten te allen tijde onderscheid maken tussen de burgerbevolking en combattanten en tussen burgerobjecten en militaire doelen. Militaire acties mogen niet gericht worden tegen de burgerbevolking of tegen afzonderlijke burgers. Ter toelichting van de verklaring heeft de regering aangegeven dat een latere beoordeling van de juistheid van de afweging die een commandant maakt bij het toepassen van de oorlogsrechtelijke regels uit de artikelen 51-58, niet (mede) gebaseerd mag zijn op gegevens die pas later beschikbaar zijn gekomen."'' Rogers formuleert het aldus:

*"[...] in judging the commander's actions one must look at the situation as he saw it and in the light of the information that was available to him".*¹⁸³⁾

Ook kan in dit verband worden aangehaald de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) betreffende McCann e.o. Het ging hierbij om Britse militairen van de Special Air Service die de opdracht kregen drie vuurwapengevaarlijke leden van de IRA op Gibraltar te arresteren. Vermoed werd dat deze IRA-leden een bomaanslag voorbereidden op Gibraltar. De arrestatie op verdenking van poging tot moord liep uit op de dood van de drie IRA-leden. Het Hof stelt in de uitspraak voorop dat het recht op leven een wezenlijk kenmerk is van de democratische samenlevingen waaruit de Raad van Europa is samengesteld. Hieruit vloeit voort dat het gebruik van geweld met dodelijke afloop aan een stringente test moet worden onderworpen. Het tweede lid van artikel 2 EVRM ziet op de beroving van het leven door overheidsdienaren. Dat blijkt niet expliciet uit de tekst van de bepaling, maar het Hof spreekt meermalen van het verbod op *'arbitrary killing by the agents of the State'*. Het Europees Hof:

*"considers that the use of force by agents of the State (...) may be justified (...) where it is based on an honest belief which is perceived, for good reasons, to be valid at the time but which subsequently turns out to be mistaken. To hold otherwise would be to impose an unrealistic burden on the State and its law-enforcement personnel in the execution of their duty, perhaps to the detriment of their lives and those of others."*¹⁸⁶⁾

Er is ook een nationaal-rechtelijk argument voor het toekennen van een zekere beoordelingsvrijheid aan de militair die in zijn taakuitvoering met geweldsuitoefening wordt geconfronteerd. Het Reglement betreffende de Krijgstucht dat gold tot 1991 bevatte een bepaling die er op neerkwam dat een militair zelfstandig moet handelen indien blijkt dat als gevolg van gewijzigde omstandigheden sedert het moment dat een bevel gegeven werd, dit bevel niet meer uitvoerbaar is of de uitvoering ervan in strijd zou zijn met het dienstbelang. Dit geldt wanneer nieuwe bevelen niet tijdig kunnen worden verkregen. De militair moet dan zijn eigen inzicht volgen naar gelang de omstandigheden die hij aantreft.") Een dergelijke bepaling komt in de Wet militair tuchtrecht niet voor, maar het beginsel geldt nog in het militair straf- en tuchtrecht.¹⁸⁸⁾ Geconcludeerd kan worden dat er

¹⁸³⁾ Trh. 1987. 103, p. 8.

¹⁸⁴⁾ *Kamerstukken II* 1983184, 18 277 (R1247). nr. 3, p. 26 en 56.

¹⁸⁵⁾ A.P.V. Rogers, *Law on the battlefield*, 2nd ed., Manchester 2004, p. 109-110.

¹⁸⁶⁾ EHRM 27 september 1995. McCann e.o., NJCM 1996, p. 537, met name §200, m.nt. R. Lawson, met name pt. 11 [Accent: GW].

¹⁸⁷⁾ Reglement betreffende de Krijgstucht (*Sth.* 1922, 476), artikel 12, tweede lid. Zie ook H. van der Hoeven *supra* noot 98, p. 220-224.

goede juridische argumenten zijn voor het toekennen van een zekere beoordelingsvrijheid aan de militair die in zijn taakuitvoering met geweldsuitoefening wordt geconfronteerd.

8.1.2 Verantwoording

Het gebruik van bevoegdheden moet uiteindelijk altijd verantwoord kunnen worden: Geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid, geen verantwoordelijkheid zonder verantwoording.¹⁸⁹⁾ Het overheidsoptreden is gebonden aan rechtsregels. Ook militair optreden dient plaats te hebben met inachtneming van regels van nationaal en internationaal recht. Dit recht geeft zowel een kader voor militaire operaties als zodanig, als regels voor de uitvoering ervan. Nederlandse militairen handelen in overeenstemming met het geldende nationale recht, ook als zij optreden onder verantwoordelijkheid of bevel van een internationale organisatie of anderszins optreden in bondgenootschappelijk verband.'')

Ook over geweld gebruikt bij de uitoefening van opgedragen taken – functioneel geweld – moet verantwoording worden afgelegd. In ieder geval binnen de eigen organisatie, maar in voorkomend geval ook tegenover een rechter.'')Hoe onplezierig het soms ook mag zijn, verantwoording afleggen over het gebruik van deze bijzondere bevoegdheid past in onze democratische rechtsstaat en doet recht aan de belangen van eventuele slachtoffers en nabestaanden.¹⁹²⁾

Artikel 2 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) legt een verplichting op aan de Nederlandse overheid het recht van een ieder op leven te beschermen. Het recht op bescherming van het leven is een van de fundamentele mensenrechten; het is opgenomen in de lijst van absolute rechten zoals genoemd in artikel 15 EVRM.

Het is echter de vraag of de bepalingen van het EVRM ook gelden bij operaties van Nederlandse militairen eenheden buiten het Koninkrijk. Artikel 1 van het verdrag geeft aan dat de staten die partij zijn bij het verdrag de rechten en vrijheden moeten verzekeren van een ieder die ressorteert onder haar rechtsmacht. In het verleden zag het EHRM het begrip rechtsmacht als een ruimer begrip dan territoire (grondgebied). In de Banković-zaak uit 2001 lijkt het Hof evenwel de beperking te hebben gesteld dat het moet gaan om effectieve controle uitgeoefend door een partij bij het EVRM. En van effectieve gezagsuitoefening is alleen sprake bij een militaire bezetting door grondtroepen of door een lokaal bestuur. Kamminga noemt deze uitspraak onbevredigend: de gevolgen van gewapende acties buiten het grondgebied van een partij bij het verdrag vallen niet onder het EVRM.'')

Daarmee lijkt echter niet alles gezegd. In formele zin mag de werking van de bepalingen van het EVRM beperkt zijn, mensenrechten hebben uit de aard der zaak universele gelding. Van belang is dat de gewoonterechtelijke regels met betrekking tot mensenrechten van

¹⁸⁸⁾ Zie G.L. Coolen, *Militair tuchtrecht*, 4e druk, Deventer 2004, p. 78.

¹⁸⁹⁾ *Kanzerstukken II* 1995/196, 24 071 (Enquête opsporingsmethoden), nr. 11, *Eindrapport van de parlementaire enquêtecommissie opsporingsmethoden: Inzake opsporing*, p. 9. Ook wel de trits van Van Traa genoemd.

¹⁹⁰⁾ Koninklijke Landmacht, *Landmacht Doctrine Publicatie I Militaire doctrine (LDP I)*, Den Haag 1996, p. 94. Zie ook J. Timmer, J. Naeyé, *Onder schot. Het vuurwapengebruik door de politie in Nederland in de periode 1978-1995*, Deventer 1996, p. 11.

¹⁹¹⁾ Voor wat betreft de politie zij gewezen op J. Timmer, *Politiegeweld. Geweldgebruik van en tegen de politie in Nederland*, Diss. VU Amsterdam 2005, p. 54-56.

¹⁹²⁾ Ducheine & Walgemoed, *supra* noot 11, p. 48.

¹⁹³⁾ EHRM 19 december 2001, NJCM 2002,631, m.nt. M.T. Kamminga.

kracht blijven. De strekking van de bepalingen van het EVRM heeft derhalve ook betekenis voor Nederlandse militaire operaties buiten de formele werkingssfeer van het verdrag."')

Uit meerdere uitspraken van het EHRM blijkt dat binnen een staat een procedure moet bestaan om de rechtmatigheid van geweldgebruik door overheidsdienaren met dodelijke afloopte toetsen. Met name de hierboven al genoemde uitspraak betreffende *McCann e.o.* is daarvoor van belang. Het Hof overweegt in deze uitspraak ook dat er een procedure moet bestaan om de rechtmatigheid van geweldgebruik met dodelijke afloopte toetsen. De omvang van deze procedurele waarborg is niet heel scherp aangegeven. Wel kan men uit de paragrafen 161-163 van de uitspraak afleiden dat het onderzoek effectief, grondig, onpartijdig en zorgvuldig moet zijn.¹⁹⁵⁾

Ook indien er formeel geen sprake is van toepasselijkheid van het EVRM zijn dat goed bruikbare uitgangspunten voor een onderzoek naar het gebruik van geweld waarbij doden of gewonden zijn gevallen.

Voor het starten van een strafrechtelijk opsporingsonderzoek moet er ingevolge artikel 27 Wetboek van Strafvordering sprake zijn van het redelijk vermoeden dat er een strafbaar feit is gepleegd. Dat vermoeden moet zijn gebaseerd op objectieve en concrete gegevens zoals waarnemingen van feitelijke gedragingen, verklaringen van getuigen, sporen en mogelijk ook anonieme tips."') Voor oorlogsmisdrijven gelden wat dit betreft dezelfde regels als voor gewone delicten. In dit verband bijna onnodig te vermelden dat de bevoegdheden inzake opsporing van strafbare feiten door de Koninklijke Marechaussee (hierna: KMar) buiten het Koninkrijk slechts kunnen worden uitgeoefend voor zover het volkenrecht dit toelaat."') De praktijk van de afgelopen jaren leert dat opsporingsambtenaren van de KMar weinig beperkingen ondervinden bij de uitoefening van hun taak in landen waar operaties plaatsvinden. Het vasthouden door Nederland als zendstaat aan de uitoefening van strafrechtsmacht over uitgezonden militairen geeft in het algemeen ook ruimte voor opsporingshandelingen.

Bij vuurwapengebruik door de politie in Nederland wordt veelal onderzoek verricht door de rijksrecherche. Bij dit dienstonderdeel is specifieke kennis verzameld en ervaring opgebouwd voor het onderzoeken van schietincidenten. Juist de onafhankelijkheid – geen binding met het betreffende politiekorps – en de objectiviteit pleiten voor onderzoek door de rijksrecherche in plaats van onderzoek door een eenheid van het eigen korps.¹⁹⁸⁾ Het is aan te bevelen dat de KMar gebruik maakt van de kennis en ervaring van de rijksrecherche waar het gaat om schietincidenten, niet omdat politiegeweld en militair geweld hetzelfde zijn, maar omdat methodieken en werkwijzen voor het onderzoek goed vergelijkbaar zijn.

Ook als er geen sprake is van het vermoeden van een strafbaar feit, kan het voor een commandant aanbeveling verdienen in bepaalde omstandigheden een onderzoek in te stellen. Het humanitair oorlogsrecht verplicht commandanten inbreuken op de regels van dit recht te voorkomen, indien nodig deze te doen stoppen en aan de bevoegde autoriteiten te melden."') Soms moet een commandant reageren op een gerucht dat hem ter ore komt.

¹⁹⁴⁾ In dit verband zij ook gewezen op A.H.M. van Iersel, Th.A. van Baarda (red.), *Militaire ethiek, Morele dilemma's van militairen in theorie en praktijk*, BudeJ 2002, p. 135-144.

¹⁹⁵⁾ EHRM 27 september 1995, *McCann e.o.*, *supra* noot 186.

¹⁹⁶⁾ Bijzondere opsporingsmethoden waarbij aan pro-actieve opsporing een wettelijke grondslag is gegeven, worden hier buiten beschouwing gelaten.

¹⁹⁷⁾ Wet militaire strafrechtspraak art. 62. Zie Van den Bosch c.s., *Militair straf- en tuchtrecht*, Band 1, WMSv Art. 62 en Band 3, IMS STRM.

¹⁹⁸⁾ Timmer e.a., *supra* noot 190, p. 67-71 en Timmer, *supra* noot 191, p. 191-193.

Een intern onderzoek is dan een probaat middel, mogelijk als opmaat voor een strafrechtelijk onderzoek. De inzetbaarheid van zijn eenheid zal voor de commandant de leidraad vormen; ook is zijn mogelijke aansprakelijkheid voor oorlogsmisdrijven van belang. De Wet internationale misdrijven geeft in artikel 9 aan dat bij internationale misdrijven, waaronder oorlogsmisdrijven, de meerdere strafbaaris die opzettelijk toelaat dat een ondergeschikte een dergelijk feit begaat of opzettelijk nalaat maatregelente nemen die binnen zijn vermogen liggen indien een ondergeschikte een dergelijk misdrijf heeft gepleegd of voornemens is te plegen. Maar ook is strafbaar de meerdere die door zijn schuld verzuimt de nodige maatregelen te nemen, indien een ondergeschikte naar hij redelijkerwijs moet vermoeden, een dergelijk feit heeft gepleegd of voornemens is te plegen. Achtergrond voor deze bijzondere vorm van strafrechtelijke aansprakelijkheid is dat op de meerdere de plicht rust om zich te laten informeren over het handelen van zijn ondergeschikten. Als hij toegang heeft tot informatie die er op duidt dat ondergeschikten zich waarschijnlijk schuldig maken aan strafbare feiten en hij laat na om die gegevens te verzamelen of hij negeert die informatie bewust, zal er sprake zijn van schuld.²⁰⁰⁾ Aan militaire commandanten worden hoge eisen gesteld, mede vanwege de strikte gehoorzaamheidsplicht van hun ondergeschikten.

De militair moet na het gebruik van geweld in de uitoefening van zijn taak verantwoording afleggen. Hij moet er rekening mee houden dat zijn optreden voorwerp wordt van onderzoek.

8.1.3. Militair strafrecht "robuust"

In de eerste overweging ten overvloede geeft het hof aan van oordeel te zijn "dat ook het militaire strafrecht 'robuust' moet zijn in die zin, dat de individuele militair in het veld moet weten waar hij aan toe is, wat hij wel mag en wat hij niet mag."

*Het is zeker zo dat de wetgever de plicht heeft strafbaarstellingen zo nauwkeurig mogelijk te omschrijven: het beginsel van de *lex certa*. Vage delictomschrijvingen leiden tot rechtsonzekerheid en bieden onvoldoende mogelijkheid voor een succesvolle strafvervolgning omdat justitiabelen kunnen aanvoeren dat zij op zo'n bepaling hun gedrag niet konden afstemmen.²⁰¹⁾ De wetgever kan echter niet altijd aan dit gebod voldoen. Zo worden normen onder meer bepaald door de gewoonte, het verkeersgebruik. De grammaticale betekenis van wettelijke termen ligt niet vast, maar verandert met de toepassing die eraan wordt gegeven.*

*Ook in artikel 7 EVRM is bepaald dat geen feit strafbaaris dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling: het legaliteitsbeginsel voor het materiële strafrecht. Het *lex certa*-beginsel is daar een aspect van. Het EHRM heeft in de zaak *Kokkinakis* aangegeven dat aan het vereiste dat een strafbaar feit 'clearly defined' moet zijn, is voldaan indien men aan de hand van de relevante bepaling en met behulp van de uitleg die de rechtspraak aan deze bepaling geeft, kan weten welk handelen en nalaten strafrechtelijke aansprakelijkheid constitueren.²⁰²⁾ Aan een zekere vaagheid van een bepaling valt niet altijd te ontkomen teneinde rigiditeit van de strafwette vermijden. Bovendien moet een bepaling mee kunnen gaan met veranderende omstandigheden.²⁰³⁾*

¹⁹⁹⁾ Art. 87 Aanvullend Protocol I 1977.

²⁰⁰⁾ Kamerstukken II 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 29-31, 48-49.

²⁰¹⁾ *Remmelink*, supra noot 172, p. 486. Zie ook M. M. Dolman in rijen naschrift bij HR 8 maart 1994, MRT 1995, p. 255.

²⁰²⁾ EHRM 25 mei 1993, *Kokkinakis*, Serie A, 260-A, par. 2.

Hetzelfde geldt voor dienstvoorschriften die door de toepassing van de artikelen 136 en 137 betekenis hebben in het militaire strafrecht. Is het niet zo dat alle rechtsregels omdat ze algemene gelding hebben, een abstract karakter hebben? Het is nu eenmaal onmogelijk alle in de toekomst denkbare omstandigheden te voorzien. Ook regels voor geweldgebruik zijn abstract; zij zullen per geval moeten worden geconcretiseerd. Dit betekent, gelet op de verscheidenheid aan situaties waarin militairen tijdens operaties kunnen komen te verkeren, onvermijdelijk een bepaalde onzekerheid met betrekking tot de grenzen van het toelaatbare?)

Terecht heeft De Roos in dit verband gewezen op de 'Garantenstellung'.²⁰⁵⁾ Aan personen met een specifieke maatschappelijke functie of rol mogen in bepaalde situaties hogere eisen worden gesteld dan aan de gemiddelde burger. Iemands hoedanigheid kan een extra verantwoordelijkheid met zich mee brengen, zoals bijvoorbeeld het geval is bij politiemensen, brandweerlieden, artsen en militairen.²⁰⁶⁾ Uitgaande van een goede opleiding en uitrusting mag van militairen verwacht worden dat zij ook moeilijke taken tot een goed einde brengen. Militairen zijn professionals; aan hen mogen hoge eisen worden gesteld, ook als de omstandigheden zwaar zijn.

Natuurlijk moet de militair die wordt ingezet bij een operatie voorzien zijn van duidelijke instructies. Dit vormt een verplichting voor de organen en functionarissen die de regels, waaronder dienstvoorschriften, vaststellen. Ook de toepasselijke strafrechtelijke regels moeten kritisch worden gezien; dit geldt zowel voor het materiële militaire strafrecht als de strafvorderlijke regels.

8.2 De geweldsorganisatie: Opleiding en training militairen & ROE

Uit oogpunt van effectiviteit en professionaliteit, maar ook vanwege de hiervoor gemenoreerde 'Garant' of 'Garantenstellung' is het evident dat hoge eisen aan de opleiding en training ter voorbereiding op het toepassen van functioneel geweldgebruik mogen worden gesteld. In dat kader was het opvallend dat Eric O. ter zitting op vragen van het Hof aangaf dat hij weliswaar van de ROE wist, maar geen gedetailleerde kennis had van de afzonderlijke regels. Ook niet van ROE 151. Duidelijk werd wel dat instructie op dit onderwerp verzorgd was.

Krijgsmachtbreed worden detachementscommandanten door personeel van de Defensiestaf geïnformeerd over mandaat, taken en ROE. De KL maakt daarnaast sinds jaar en dag gebruik van een gelaagde wijze van instructie ter voorbereiding op een uitzending. Commandanten en middenkader krijgen gedetailleerde instructies over mandaat, grondslagen, taken en het van toepassing zijnde regime voor geweldgebruik (inclusief geweldsinstructies/ROE). Deze voorbereiding wordt verzorgd door militaire juristen. Het overige kader en de manschappen worden door de eigen commandant opgeleid.

Daarnaast mogen ook eisen gesteld worden aan de wijze van uitvoering van militaire operaties. De potentiële toepassing van letaal functioneel geweld staat hierin immers centraal. Dat is zeker het geval bij operaties "hoog in het geweldsspectrum". We denken dat aan 'robuuste' vredesmissies in de vorm van tweede-generatie vredeshandhavende of vredesafdwingende operaties, waarin gevechtssituaties kunnen voorkomen. Maar vooral ook

²⁰³⁾ Conclusie A-G N. Jörg bij HR 5 december 2000, NJ 2001, 98.

²⁰⁴⁾ In die zin voor de politie: Timmer e.a., *supra* noot 190, p. 59.

²⁰⁵⁾ Punt 4 van naschrift De Roos, *supra* noot 1.

²⁰⁶⁾ Timmer e.a., *supra* noot 190, p. 72-74.

aan gevechtsoperaties. Het gaat hierbij om kwaliteitseisen. Die raken bevelvoering, maar ook doctrine en bijvoorbeeld *drills* of procedures. Dit sluit ook aan bij de strekking van het EHRM in de McCann zaak.²⁰⁷⁾ De “*control and organisation of the operation*” was hierbij onderwerp van toetsing.²⁰⁸⁾ Het EHRM stelde vast dat er sprake was van “*a lack of appropriate care in the control and organisation of the arrest operation*” en concludeerde dat het VK zich schuldig had gemaakt aan een schending van het recht op leven (art. 2 EVRM).

Duidelijk werd al dat de krijgsmacht eveneens geweldgebruik moet onderzoeken. Daarbij moeten niet de ogen gesloten worden voor het gegeven dat ieder militair conflict ook disfunctionerende militairen kent. Men moet er rekening mee houden dat oorlogsrechtelijke regels overtreden worden. Zeer recent werd dit nog eens belicht voor het conflict dat in de meidagen van 1940 op Nederlandse bodem werd uitgevochten, waarbij ook Nederlanders zich schuldig maakten aan overtredingen van het oorlogsrecht.²⁰⁹⁾ Deense en Britse contingenten in Irak moesten in 2004-2005 dit soort feiten ook reeds onder ogen zien.

In het uiterste geval dient dit onderzoek door opsporingsorganen en een onafhankelijke rechter te geschieden. Hierna gaan we in op deze opsporingsorganen.

8.3 Vervolging: De opsporingsorganen

Militaire operaties kenmerken zich door een diversiteit aan grondslagen en verscheidenheid aan geweldsintensiteit.²¹⁰⁾ Uitgezonden eenheden moeten zich snel en eenvoudig aan veranderende omstandigheden aan kunnen passen door te ‘*switchen*’ van doctrine en op (en neer) te schalen naar een hoger (lager) geweldsniveau. Daarbij is het essentieel dat de beoordeling van functioneel geweld gelijke tred houdt. Oftewel, dat de KMar en het OM deze snelle, tijdelijke en plaatselijke wisselingen kunnen volgen en verdisconteren in hun beoordelingen van functioneel geweld. Bij die beoordeling zijn, tijdelijk en plaatselijk, de bepalingen uit het oorlogsrecht en de Wet internationale misdrijven de norm. Dat vraagt uiteraard om specifieke kennis. Wanneer de oorlogsrechtelijke normen niet tot de dagelijkse praktijk van de gemiddelde opsporingsambtenaar behoren, kan zijn/haar inzet een uitdaging vormen.

8.3.1 De KMar

In het arrest in de zaak ‘Eric O.’ geeft het Hof een uwerweging ten overvloede over de “*situational awareness*” van het OM. Maar niet alleen het OM, vooral ook de KMar moet voldoende ‘*aware*’ zijn: zij zijn immers ter plaatse en verrichten een eerste beoordeling van geweldgebruik. Met andere woorden: de KMar dient kennis te hebben van militaire operaties om het geweldgebruik in de juiste context te kunnen plaatsen. Het gaat dan niet alleen om kennis over de uitvoering van militaire operaties, maar ook van de finesses en nuances in de juridische grondslagen van militair functioneel geweld.”) Soms oogt die

²⁰⁷⁾ Hoewel de meningen over het toepassingsbereik van het EVRM in buitenlandse militaire operaties verschillen: het leerstuk van extraterritoriale werking van het EVRM. Zie ook de Banković-zaak, tekst bij noot 193 *supra*.

²⁰⁸⁾ Paragrafen 202-213.

²⁰⁹⁾ H. Amersfoort, ‘Ik had mijn rook-kruis hand afgedaan’, *Oorlogsrecht en gedragingen van Nederlandse en Duitse militairen in gevecht, mei 1940*, Den Haag 2005.

²¹⁰⁾ Zie onder meer: C.P.M. Klep & R.J.A. van Gilst (red.), *Van Korea tot Kabul*, Nederlands Instituut voor Militaire Historie, Den Haag 2005.

eenvoudig, maar veelal – bijvoorbeeld bij gevechtsacties in een vredesoperatie²¹⁹) – ligt dit complexer.

De KMar - een krijgsmachtdeel met een politietaak en een politieorganisatie met een militaire status – vormt de verbinding tussen OM en uitgezonden eenheid. Met andere woorden: zij moet zich in twee werelden kunnen verplaatsen: de militaire wereld van operaties en de politieke wereld van opsporing.

Een van de maatregelen die op deze eis inspeelt is de vorming van een vaste eenheid binnen de KMar die belast wordt met de politietaak voor de strijdkrachten tijdens internationale operaties. Deze eenheid krijgt een plaats in het nieuwe District Landelijke en Buitenlandse Eenheden (DLBE).²¹³ De daarvoor benodigde opleidingen worden verzorgd in samenwerking met de nieuw op te richten Instructiegroep Buitenlandopleidingen van het Opleidingscentrum KMar.²¹⁴ Het grote voordeel is dat gebruik gemaakt kan worden van opgedane ervaring en kennis.

Recent zijn reeds ook verbeteringen in de voorbereiding van *marechaussee*personeel op buitenlandmissies doorgevoerd. Zo is het opwerkprogramma van *marechaussee*s uitgebreid en worden ervaringen van recente missies direct verwerkt in de opleidingstrajecten. Daarnaast heeft de KMar voor het missiegerichte deel van de opleiding meer aansluiting gezocht bij het krijgsmachtdeel dat de uitzending coördineert en neemt het personeel deel aan de gezamenlijke eindoefening (o.a. SFIR-5).²¹⁵ Voor de inzet in het kader van de nationale politietaak bij crisisbeheersingsoperaties geldt de moeder-dochter relatie tussen de eenheden. Deze maatregel beoogt "het scheppen van een vertrouwensband met de mede uit te zenden eenheden van de andere krijgsmachtdelen".²¹⁶

Dit streven lijkt onverenigbaar met de bevindingen uit het rapport "De opsporing in de militaire politietaak" (1999).²¹⁷ De allereerste aanbeveling van dit rapport luidde:

"Aanbevolen wordt om zowel commandanten als *marechaussee*(s), in het kader van de opsporingstaak, voor hun uitzending bewust te maken van de noodzaak dat er een functionele afstand dient te zijn tussen de militaire eenheid en het [KMar]-detachement, en militaire commandanten er op te wijzen die afstand te respecteren."²¹⁸

Hoewel in het verleden deze aanbeveling ook wel als mantra werd toegepast en onnodige afstand genereerde is zij ons inziens volledig in harmonie met de hiervoor beoogde *vertrouwensband* te plaatsen: er dient wederzijds kennis, begrip en respect voor ieders taken en verantwoordelijkheden te zijn.

De scharnierfunctie van de KMar komt uiteraard tot uitdrukking in de identiteit van de KMar. De commissie Staal stelde hierover vast:²¹⁹

²¹¹) Ducheine & Walgemoed, *supra* noot 11.

²¹²) Voor een dergelijk voorbeeld: zie het rapport van Ltgen b.d. C.J.M. de Veer, waarin de gebeurtenissen van 14 – 15 augustus 2004 in Al Rumaythah worden gereconstrueerd.

²¹³) Beleidsplan 2010 KMAR, p. 6, bijlage bij *Kamerstukken II* 2004105, 30 176, nr. 2.

²¹⁴) Brief Minister van Defensie, 13-6-2005, *Kamerstukken II* 2004105, 29 800 X, nr. 103. p. 2.

²¹⁵) *Ibid.*, p. 2.

²¹⁶) Beleidsplan 2010 KMAR, *supra* noot

²¹⁷) *WODC* 1999, De opsporing in de militaire politietaak; een evaluatie van de theorie en de praktijk van de opsporingsfunctie van de Koninklijke *marechaussee* bij de uitvoering van de militaire politietaak.

²¹⁸) *Ibid.*, p. 76.

- "het operationeel niveau tot en met de zogenaamde vakofficieren (officieren doorgestroomd uit de onderofficiersrangen) identificeert zich sterk met de politiefunctie;
- in de hogere officiersrangen en bij de nieuwe instroom van jonge KMA-officieren is een sterke verbondenheid met de militaire identiteit".

Idealiter zou iedere marechaussee zich uiteraard met beide identiteiten moeten kunnen vereenzelvigen.

8.3.2 *Het OM*

Het OM kreeg in de zaak 'Eric O.' forse kritiek. Het Hof benadrukte de vereiste "*situational awareness*". Die kan worden verbeterd door opleiding, ervaring en vooral communicatie. Het Hof wees waarschijnlijk niet voor niets een aantal door de A-G geopperde rechtsvragen terug en wees het OM en defensie op het inmiddels bekende "*it takes two to tango*".

Hoewel in theorie geen specifieke eisen aan de OvJ belast met militaire zaken worden gesteld, is ondertussen duidelijk dat het OM op meerdere manieren '*awareness*' vergroot. De minister van Justitie in 1989 (!): "In theorie is het denkbaar dat een voormalig totaalweigeraar als OvJ in [militaire raken] wordt aangewezen".²²⁰⁾ Anno 2005 lijkt voor de mogelijkheid amper ruimte te bestaan. Officieren van justitie (en parketinedewerkers) bezoeken uitzendinggebieden, wonen lessen bij ter voorbereiding op een uitzending, volgen militair-juridische cursussen²²¹⁾ en verdiepen zich op andere wijzen in militair geweldgebruik. Uiteraard opereert de Verbindingsofficier Krijgsmacht bij het arrondissementsparket Arnhem hierbij als een spin in het web. Net als de KMar opereert hij in beide werelden, en is het voor hem een uitdaging beide te verbinden. Ook hier zijn communicatie en vertrouwen cruciaal. Het mag duidelijk zijn dat ook het OM baat heeft bij een vaste politiedienst voor uitzendingen. Ook de Hoofdofficier krijgt hierdoor bij de KMar vaste gesprekspartners.

Voor de toekomst zou het OM uiteraard garen kunnen spinnen bij het '*up-or-out*' beleid van Defensie, en officieren na het einde van hun militaire carrière voor een loopbaan bij justitie interesseren.

8.4 *Vervolgingsbeleid*

Met het uitgeven van de Aanwijzing positie militairen bij geweldsaanwending,²²²⁾ heeft het OM een verdere stap gezet in het formuleren van het vervolgingsbeleid bij militair geweldgebruik. Met de Aanwijzing – die op alle vormen van militaire operaties toeziet²²³⁾ – wordt de militair die functioneel geweld toepast en waarbij slachtoffers vallen, primair als getuige bejegend. Daarbij is hem bovendien een van de rechten van een verdachte toegekend: het awijgrecht. Daarmee verenigt de Aanwijzing alle – veelal psychologische

²¹⁹⁾ Rapport van de Commissie Onderzoek Cultuur en Integriteit bij de Koninklijke Marechaussee (Commissie Staal), Amsterdam 10 juni 2005, p. 25, bijlage bij Kamerstukken II 2004105, 30 176, nr. 2.

²²⁰⁾ Handelingen I 1989190, 27, p. 1086.

²²¹⁾ International Military Course on the Law of Armed Conflict aan het International Institute of Humanitarian Law te San Remo; International Humanitarian Law (UvA of UU), Militair straf- en tuchtrecht of International Law of Military Operations (allen UvA).

²²²⁾ Aanwijzing van College van procureurs-generaal, nummer PaG/BJZ/7612, vastgesteld 28-10-2004. Hierna: de Aanwijzing.

²²³⁾ Van nationale operaties tot gevechtsoperaties, zie Ducheine & Walgemoed, supra noot 11.

voordelen – van het getuige zijn met een zeer belangrijk -juridisch – voordeel van de verdacht in de vorm van de cautie. Dit laatste aspect was het Hof kennelijk ontgaan toen zij een overweging maakte over de bezwaren van vergelijkbare regelgeving voor politie en militairen. De Aanwijzing – qua toepassingsbereik zeer ruim geformuleerd – biedt juist alle ruimte om de voor militaire specifieke omstandigheden te verdisconteren.

8.5 Ten slotte: Toekomstige ontwikkelingen in het militaire optreden

Naar aanleiding van de motie van de kamerleden van Baalen & Eijssink²²⁴) heeft de regering een onderzoek toegezegd inzake strafvervolging van uitgezonden militairen. Hiertoe wordt onder verantwoordelijkheid van de minister van Justitie een "kleine commissie van onafhankelijke deskundigen" geformeerd die:

"de organisatorische inbedding van het militaire strafrecht, de gevolgde werkwijze en procedures tegen het licht zullen worden gehouden om te bezien of deze voldoende tegemoet komen aan de hoge eisen en specifieke omstandigheden van militaire operaties in risicogebieden, zoals bij uitzendingen".

Deze commissie kan, nu in de zaak 'Eric O.' onherroepelijk is beslist, aan het werk. Uit het gebruik van de woorden "militaire operaties in risicogebieden, zoals bij uitzendingen" blijkt dat dit onderzoek ruim van opzet zal moeten zijn. De commissie zal zich op meer dan alleen uitzendingen - doorgaans vredesoperaties of crisisbeheersingsoperaties – moeten richten.

Zowel op het vlak van de eerste, de tweede als de derde hoofdtaken zijn ondertussen ontwikkelingen waar te nemen die kwalitatief of kwantitatief van invloed zijn op de beoordeling van functioneel geweld.

Binnen vredes- of crisisbeheersingsoperaties kunnen zich situaties voordoen waarbij gevechtsacties worden uitgevoerd. Op deze acties is tijdelijk en plaatselijk het oorlogsrecht van toepassing. Opvallend in recente operaties zijn de frequente of snelle veranderingen in het geweldsniveau. Deze variatie vergt niet alleen veel van militairen maar ook van opsporingsambtenaren die geweldgebruik moeten onderzoeken. Zij dienen daar allen mentaal en functioneel op voorbereid te zijn.

Daarnaast is niet alleen de kans op betrokkenheid bij gevechtsoperaties an sich toegenomen, maar ook ontwikkelingen daarbinnen staan niet stil. Speciale aandacht is nodig voor unieke operaties zoals de strijd tegen het internationaal terrorisme (Enduring Freedom), waarbij over onderdelen van het normkader – het oorlogsrecht – in coalitieverband geen eensluidende visie bestaat. Dergelijke meningsverschillen bestaan bijvoorbeeld over het begrip militair doel, dat zijn uitstraling heeft op de fenomenen dual use targets, effect based operations, en bij aanvallen op het leiderschap van een staat.

Hoewel buiten bereik van het onderwerp van deze bijdrage, zal de krijgsmacht ook meer dan voorheen in binnenlandse geweldssituaties betrokken worden. Het kan gaan om grote aantallen militairen die binnen korte tijd inzetbaar zijn. De nota Defensie en Nationale Veiligheid schetst hiervoor verschillende mogelijkheden.²²⁵) Dat vraagt om extra training in geweldtoepassing binnen nationale operaties.

Gelet op hierboven geschetste ontwikkelingen met betrekking tot zowel nationale operaties

²²⁴) Kamerstukken II 2004105, 29 800 X, nr. 38

²²⁵) Kamerstukken II 2004105, 29 800 X, nr. 84. Zie ook Kamerstukken II 2005106, 30 300 X, nr. 2 (Defensiebegroting).

(verhoogde kans op binnenlandse inzet) als vredesoperaties (gevechtsacties binnen vredesoperaties) én gevechtsoperaties zal het onderzoek (Motie van Baalen & Eijssink) zich richten op een grote diversiteit aan situaties van militair functioneel geweld. Met name zal ook gekeken moeten worden naar de waarde van de declaratoire bevoegdheid van art. 71 WMSr en of de specifieke strafuitsluitingsgrond van art. 38 Wetboek van Militair Strafrecht (goed aansluit bij het fenomeen van gevechtsacties binnen vredesoperaties).

9. Conclusies

Het doel van deze bijdrage was het belichten van het militaire strafrecht en het militair operationele recht aan de hand van recente rechtspraak en rechtspraktijk. We beoogden onderdelen te belichten en 'donkere vlekken' te detecteren. We zetten deze elementen op een rij.

a. Militair functioneel geweldgebruik kent een grote diversiteit: zowel voor wat betreft de grondslag als het van toepassing zijnde rechtsregime.

b. Voor de SFIR-operatie gold voor de Nederlandse troepen Veiligheidsraadresolutie 1483 als basis. In combinatie met het internationaal-rechtelijke instrument van de MOU vormde dit de basis voor nationale uitvoeringsbepalingen. Deze nationale uitvoeringsbepalingen zijn juridisch vereist, aangezien het mandaat gericht is tot deelnemende lidstaten. Via deze uitvoeringsbepalingen kunnen de internationaal-rechtelijke instrumenten in het nationale strafrechtssysteem geduid worden.

c. SFTR gold als een vredesoperatie, zij het een specifieke. De ROE – als resultante van militaire, juridische en diplomatiek-politieke randvoorwaarden - dicteren het regime dat op geweldgebruik van toepassing is. Dat neemt niet weg dat binnen vredesoperaties gevechtsacties kunnen worden gevoerd die (tijdelijk en plaatselijk) beheerst worden door het oorlogsrecht. Daarvan was geen sprake ten tijde van de in slaap gevallen mariniers.

d. De Nederlandse deelname aan *Enduring Freedom* daarentegen berust op het recht van individuele en collectieve zelfverdediging dat deel uitmaakt van het *ius ad bellum*. Het *ius in bello* biedt het van toepassing zijnde rechtsregime.

e. De strafrechtelijke beoordeling van functioneel geweld is van verschillende variabelen afhankelijk. Uitgangspunt moet de feitelijke context van geweldgebruik zijn: is gehandeld in het kader van een gewapend conflict of van een vredesoperatie, c.q. hoe moet deze benoemd worden? De context bepaalt of op geweldgebruik het humanitaire oorlogsrecht toepasselijk is, dan wel de bevoegdheid daartoe ontleend moet worden aan het mandaat van de missie.

f. Afhankelijk van de grondslag of de aard van de operatie kan aan ROE een bevoegdheidsverlenend karakter (vredesoperaties) dan wel een inperkend karakter worden toegekend (gevechtsoperaties).

g. Maatgevend voor de beoordeling van geweldgebruik zijn de geautoriseerde én geïmplementeerde ROE. Deze worden doorgaans zichtbaar gemaakt in een ROE-implementationmatrix.

h. De ROE die door de CDS in zijn Operatie Aanwijzing worden bekend gesteld vormen de schakel tussen, enerzijds, internationaal-rechtelijke en de staten regarderende documenten en, anderzijds, de nationale rechtssfeer waarin ROE ook strafrechtelijk kunnen worden geduid.

i. De ROE uit het operatiebevel van een Nederlandse taakgroep zijn ook in het nationale rechtssysteem te duiden. Via de ROE-implementationmatrix zijn de geautoriseerde én

geïmplementeerde ROE bekend, en is duidelijk welke ROE – geweldsbevoegdheden – kunnen worden toegepast.

j. In ieder geval is het van belang dat nationaal vastgestelde ROE (voor het strafrecht-systeem) beschikbaar zijn.

k. Mits aan een aantal voorwaarden is voldaan kunnen ROE als dienstvoorschrift gelden. Met name zijn van belang: de vaststelling door een bevoegde Nederlandse autoriteit en correcte bekendstelling. Afhankelijk van de eventuele telastelegging kunnen deze ROE – net als in de zaak 'Eric O.' – vervolging beletten.

l. In andere gevallen kunnen ROE – sec dan wel als bijlage van een operatiebevel (zijn- de een dienstbevel) - als ambtelijk bevel getypeerd worden. Zij kunnen dan als strafuitsluitingsgrond de strafbaarheid van geweldgebruik wegnemen. Een rechterlijk oordeel zal hier te zijner tijd uitsluitsel moet geven.

m. Er zijn goede juridische argumenten voor het toekennen van een zekere mate van beoordelingsvrijheid aan de militair die in zijn taakuitvoering met geweldsuitoefening wordt geconfronteerd.

n. Functioneel geweldgebruik dient om meerdere redenen binnen de krijgsmacht en daarbuiten te worden verantwoord.

o. De term 'robuust militair strafrecht' brengt ons niets verder. Wel moet de militair die wordt ingezet bij een operatie voorzien zijn van duidelijke instructies; daarnaast moeten de rechtsregels helder zijn.

p. Geweldgebruik stelt eisen aan de opleiding en training van militairen. De grondslag van het geweldgebruik alsmede de regels die dit beheersen moeten bekend zijn. Eisen gelden ook tijdens de uitvoering.

q. Opsporingsorganen – de KMar en het OM – moeten zich kunnen verplaatsen in grote variatie in de grondslagen van geweldgebruik en de daaraan gerelateerde rechtsregels die dit beheersen. Daarvoor is kennis en ervaring vereist.

r. De opsporingsorganen hebben – in samenwerking met defensie - een traject ingezet om de onderlinge samenwerking te verbeteren.

s. De Aanwijzing positie militairen bij geweldsaanwending biedt de – meer psychologische voordelen – van het getuige zijn met een zeer belangrijk - juridisch – voordeel van de verdachte in de vorm van de cautie. Vanwege het ruim geformuleerde toepassingsbereik is zij op alle vormen van militaire operaties van toepassing.

t. Naar aanleiding van de motie van de kamerleden van Baalen & Eijssink kan binnenkort een onderzoek verwacht worden inzake strafvervolging van uitgezonden militairen. Dit onderzoek zal zich moeten richten op een grote diversiteit aan situaties van militair functioneel geweld.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Cursus Actualiteiten militair en operationeel strafrecht verzorgd door het Eggens Instituut voor Juridisch Postacademisch Onderwijs Universiteit van Amsterdam

In verband met overintekening bij de cursus van 9 november 2005, heeft het Eggens Instituut van de Universiteit van Amsterdam een tweede cursusmiddag ingepland op 18 januari 2006.

Bij voldoende aanmelding zal deze daadwerkelijk doorgang vinden.

Inleiding

In de laatste jaren wordt de Nederlandse krijgsmacht steeds vaker ingezet om deel te nemen aan een brede scala van militaire operaties, variërend van militaire bijstand via traditionele vredesoperaties tot gevechtsoperaties, onder zeer uiteenlopende omstandigheden. Dit heeft uiteraard consequenties gehad voor de toepassing van het militair strafrecht en de relatie tussen het militair strafrecht en het (internationaal) militair operationeel recht, zoals duidelijk bleek in het geruchtmakende arrest van de Militaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem inzake Eric O. van 4 mei 2005.

In deze cursus zal aandacht worden besteed aan de gevolgen van deelname aan zulke operaties voor de toepassing van het militair strafrecht, vooral in situaties waarbij militairen functioneel geweld gebruiken in de uitoefening van hun missie. In dit kader zal tevens de link worden gelegd tussen de toepassing van het militair strafrecht en het (internationaal) militair operationeel recht vervat in mandaten, "Rules of Engagement" en begrippen zoals "Internationaal gewapend conflict" en "Tijd van oorlog". Bestudering en bespreking van actuele ontwikkelingen in rechtspraak en praktijk zullen hierbij centraal staan.

Doelgroep

Strafrechtadvocaten, militaire juristen in actieve en reservedienst, alsmede medewerkers werkzaam in de militaire rechtspraak bij de militaire kamers van de Rechtbank en het Gerechtshof en het Militair Parket in Arnhem en leden van de Militair Rechtelijke Vereniging.

Vorm

Hoorcollege met ruimte voor vragen en discussie en enige praktische oefening waarin recente ontwikkelingen en rechtspraak bestudeerd zullen worden.

Niveau

Verdiepingscursus, enige kennis van het militair strafrecht wordt verondersteld.

Docenten

Prof. mr. T.D. Gill, hoogleraar militair recht aan de Universiteit van Amsterdam

Mr. G.F. Walgemoed, universitair hoofddocent militair recht aan de Universiteit van Amsterdam

Lt. Kol. mr. drs. P.A.L. Ducheine, onderzoeker militair recht aan de Universiteit van Amsterdam

Datum: woensdag 18 januari 2006
Tijd: 12.30 - 17.30 uur
Kosten: f 325,-
Locatie: Oudemanhuispoort 4, Amsterdam, Pitlozaal, A128
Cursuscode: P0869
Studiepunten: 4 PO-punten

Eggens Instituut voor Juridisch Postacademisch Onderwijs
tel: 020-5253407
fax: 020-5253307
e-mail: pao@jur.uva

REGISTER 2005

Bestuursrechtspraak

- *Strafrechtelijke informatie*

Verstrekking van informatie uit strafdossier ten behoeve van het nemen van rechtspositionele maatregelen in dit geval rechtmatig. Er is een zwaarwegend openbaar belang, in casu is de militair verdacht van een misdrijf (ontucht met een aan zijn gezag onderworpen mindere) waardoor twijfels kunnen rijzen over zijn behoorlijk beroepsmatig functioneren. Bij die afweging laat de Afdeling meespelen dat het strafdossier informatie kan bevatten die de Koninklijke Landmacht niet op een andere manier kan verkrijgen. Raad van State Afd. Bestuursrechtspraak 02.07.03 (Naschrift mr. J.C. Groenheijde).....

13

- *Te snelle diensthervatting*

Soldaat KL na rugklachten en herniaoperatie dienst te snel hervat. Communicatiefout tussen neurochirurg CMH en onderdeelarts / onderdeel komt voor rekening van de Staatssecretaris van Defensie. Verzoek om schadevergoeding ten onrechte afgewezen. CRvB 18.03.04.....

72

- *Het ingetrokken aanstellingsbesluit*

Tegen intrekking van besluit tot aanstelling kan beroep worden ingesteld. Beroep ongegrond. CRvB 02.04.04 (Naschrift G.L.C.).....

77

- *Geen onderscheid naar geslacht*

Commissie gelijke behandeling oordeelt dat Staatssecretaris van Defensie ten onrechte onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door vrouwelijke burgerambtenaar af te wijzen voor een functie van administratief medewerker vanwege haar zwangerschap en vanwege haar wens ouderschapsverlof op te nemen. CGB 14.05.04 (Naschrift G.F.W.).....

82

- *Rijden in een dienstauto is niet altijd een dienstreis*

Aalmoezenier gaat met de dienstauto van de kazerne naar huis en wil de volgende dag van huis uit naar een redactievergadering. Tijdens de reis naar huis overkomt hem een ongeval. Er is sprake van normaal woon-werkverkeer, dus geen dienstverrichting. CRvB 15.04.04 (Naschrift W.J.S.).....

114

- *Heeft de uit 1953 daterende WPC-schaal haar langste tijd gehad?*

Een gewezen militair ontvangt een invaliditeitspensioen van 20%, in beroep verhoogd naar 30%. De ter zake geldende datum van ingang is in hoger beroep aan de orde. De Raad geeft betrokkene het voordeel van de twijfel omdat op grond van de WPC-schaal de mate van invaliditeit van de bij de militair bestaande PTSS niet exact kan worden bepaald. CRvB 06.05.04 (Naschrift W.J.S.).....

118

- *Schorsing niet vervallen*

Verlenging schorsing korporaal KLu. De enkele omstandigheid dat enkele dagen na het verstrijken van de termijn van drie maanden een verlengingsbesluit is genomen, maakt niet dat de Staatssecretaris daartoe op dat moment niet meer bevoegd was. CRvB 13.05.04 (Naschrift G.F.W.).....

123

- *Studerend kind ouder dan 21 jaar niet "voor zijn of haar onderhoud afhankelijk"*

Het wettige dan wel erkende kind van een hoofd NAVO-statusgerechtigde, dat eveneens in de staat van verblijf woont en voor zijn of haar onderhoud van de hoofd NAVO-statusgerechtigde afhankelijk is eveneens de NAVO-status. Bij kinderen ouder dan 21 jaar is slechts sprake van afhankelijkheid van de ouders

| | |
|---|-----|
| voor het levensonderhoud wanneer er sprake is van behoefte. Studerende kinderen ouder dan 21 jaar zijn niet behoeftig aangezien zij in staat geacht moeten worden in hun eigen levensonderhoud te voorzien. Rb Den Haag 01.06.04..... | 127 |
| - <i>Geen bekorting van de dienverplichting</i> | |
| Bij meerdere jachtvliegers van de KLu is in het verleden ten onrechte een te korte dienverplichting opgelegd. Raad: Niet aannemelijk geworden dat de Staatssecretaris van Defensie in deze gevallen doelbewust is afgeweken van het geldende beleid met betrekking tot de duur van de dienverplichting. Het aantal gemaakte fouten is niet zodanig dat geoordeeld moet worden dat ten aanzien van appellanten in strijd is gehandeld met het verbod van willekeur of het gelijkheidsbeginsel. CRvB 08.07.04 (Naschrift G.F.W.)..... | 150 |
| - <i>De ingetrokken veiligheidsverklaring</i> | |
| Conclusie van de minister van Defensie dat bij deze wachtmeester van de Koninklijke Marechaussee onvoldoende waarborgen aanwezig zijn dat hij onder alle omstandigheden de uit zijn vertrouwensfunctie voortvloeiende plichten getrouwelijk zal volbrengen, rust op goed gronden. CRvB 09.09.04 (Naschrift G.F.W.) | 153 |
| - <i>Bevordering met terugwerkende kracht</i> | |
| Eerste-luitenant KLu verzoekt bevordering tot eerste-luitenant met terugwerkende kracht vanwege vertraging in zijn vliegeropleiding als gevolg van medische besluiteloosheid. Raad oordeelt dat de weigering om hem voor te dragen voor bevordering tot eerste-luitenant met ingang van 22 augustus 1996 op een ondeugdelijke motivering rust. CRvB 21.10.04..... | 157 |
| - <i>Verzoek om herziening</i> | |
| Het bijzondere rechtsmiddel van herziening is niet gegeven om, anders dan op grond van een nieuw feit of een nieuwe omstandigheid, een hernieuwde discussie over een zaak te voeren. CRvB 13.08.04..... | 182 |
| - <i>De ingetrokken veiligheidsverklaring (2)</i> | |
| De minister was alleszins bevoegd tot intrekking van de eerder verstrekte veiligheidsverklaring over te gaan. Dat kennisneming van de inhoud van twee aan het bestreden besluit ten grondslag liggende stukken aan appellante is onthouden, levert geen schending op van het verdedigingsbeginsel. CRvB 07.10.04 (Naschrift G.L.C.)..... | 184 |
| - <i>Ontslag na intrekking veiligheidsverklaring</i> | |
| Appellante verklaart dat tegen het besluit tot ontslag bij haar geen zelfstandige grieven bestaan, afhankelijk als dit besluit is van de intrekking van de veiligheidsverklaring. Dit betekent dat het beroep niet kan slagen, nu het beroep tegen het besluit tot intrekking van de veiligheidsverklaring ongegrond is verklaard. CRvB 07.10.04 (Naschrift G.L.C.)..... | 189 |
| - <i>De tegellegger die door zijn rug ging</i> | |
| Het verzoek van een BBT-er om schadevergoeding wordt afgewezen. Door de staatssecretaris is genoegzaam aangetoond dat aan zorgplicht is voldaan. CRvB 28.10.04 (Naschrift G.L.C.)..... | 191 |
| - <i>Tien henneppluntjes</i> | |
| Ontslag militair KM op grond van wangedrag (AMAR art. 39, tweede lid, aanhef en onder l) wegens bezit van tien hennepplantjes. Bevestiging van het drugsbeleid binnen de krijgsmacht: bij constatering van het bezit van meer dan een | |

| | |
|---|---------|
| gebruikershoeveelheid volgt zonder meer ontslag. Vzng. Rb Den Haag 20.12.04 | 261 |
| - " <i>Zndividueel gelijkwaardig</i> " is niet hetzelfde als " <i>nominaal gelijk</i> " (2) | |
| Per 1 juni 2001 zijn alle militairen voor wat betreft hun ouderdoms- en nabestaandenpensioen toegetreten tot het Pensioenreglement ABP. Betrokkene stelt in beroep dat bij de conversie onvoldoende inzicht is verschaft in de juiste pensioenaanspraken. De Rechtbank verklaart het beroep ongegrond. De Centrale Raad is het hiermee eens. CRvB 161204 (Naschrift W.J.S.) | 294 |
| - <i>Functiewaardering en bevordering</i> (2) | |
| Ingangsdatum van bevordering is juist bepaald. Opwaardering van functie heeft binnen een redelijke termijn haar beslag gekregen. CRvB 24.02.05 (Naschrift G.L.C.) | 297 |
| - <i>Het aanvangstijdstip van de opzegtermijn</i> | |
| Met de 'beslissing tot ontslagverlening' in artikel 47 AMAR is bedoeld: de schriftelijke kennisgeving aan de militair van het voornemen hem voor ontslag in aanmerking te brengen. CRvB 06.04.05 (Naschrift G.L.C.) | 301 |
| - <i>De val van de launcher</i> | |
| Verzoek om schadevergoeding ten onrechte afgewezen. Door niet gebruik veiligheidsriem voor te schrijven, in strijd gehandeld met op bestuur rustende zorgplicht. CRvB 28.04.05 (Naschrift G.L.C.) | 306 |
| - <i>Hardheidsclausules zien op individuele gevallen</i> | |
| Aan art. 41 VBD is terecht geen toepassing gegeven. De in het artikel vervatte hardheidsclausule ziet op individuele gevallen waarin de bijzondere omstandigheden van het geval een afwijking van de regeling kunnen rechtvaardigen. CRvB 04.11.04 (Naschrift G.L.C.) | 351 |
| Bevordering | |
| - CRvB 21.10.04 | 157 |
| Boekaankondiging | |
| - Prof. mr. G.L. Coolen, mr. G.F. Walgemoed – Hoofdzaken van het militaire ambtenarenrecht, vijfde druk | 271 |
| - Kaderwet militaire pensioenen en Uitkeringswet gewezen militairen, bewerkt door mr. W.J. Schmitz | 272 |
| Boekbespreking | |
| - E. Van Sliedregt – The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law; door Prof. Mr. Th.A. de Roos | 40 |
| - Dr. H. Amersfoort – 'Ik Had Mijn Roode-Kruis Band Afgedaan', Oorlogsrecht en gedragingen van Nederlandse en Duitse militairen in gevecht, mei 1940; door dr. M. Zwaneburg | 364 |
| Boeken en tijdschriften | |
| The Military Law and the Law of War Review | 126,307 |
| Burgerlijke rechtspraak | |
| - <i>Militair-e acties ná 11 september 2001</i> | |
| Het geweldverbod van art. 2 lid 4 van het Handvest van de VN strekt tot bescher- | |

ming van staten. Een burger kan hier bij zijn nationale rechter geen beroep op doen. Art. 90 Gr.w. leidt niet tot een ander oordeel. HR 06.02.04..... 24

Conferenties, seminars

- Verslag van de conferentie van het Nederlandse Rode Kruis op 3 december 2004 in Den Haag – '*Dilemmas of international humanitarian law during recent military operations.*'; door Luitenant-kolonel mr. M.M. Kersbergen..... 162

- International Society for Military Law and the Law of War – VIth Seminar for Legal Advisors..... 195

- Verslag van de Conferentie "The Law of Armed Conflict: The return to custom as an important source of law", ter lancering van de Gewoonterechtstudie op het gebied van het Humanitair Oorlogsrecht; door mr. J.C. van den Boogaard..... 265

Cursussen

Verslag van de US Army Europe Operational Law Course (Oberammergau); door LTZA 2 mr. R. Raasveldt..... 233

Specialisatie-traject Militair Recht aan de Universiteit van Amsterdam..... 313

Cursus Actualiteiten militair en operationeel strafrecht verzorgd door het Eggen's Instituut voor Juridisch Postacademisch Onderwijs, Universiteit van Amsterdam..... 315, 421

Dienstongeval

- en schadevergoeding; CRvB 28.10.04..... 191

- en schadevergoeding; CRvB 28.04.05..... 306

Eric O.

De zaak -; mededeling van de redactie..... 272

Gelijke behandeling

-; CGB 14.05.04..... 82

Gelijkheidsbeginsel

- CRvB 08.07.04..... 150

Hardheidsclausule

- CRvB 04.11.04..... 351

Herziening

- CRvB 13.08.04..... 182

Internationale rechtspraak

- *De zaak Nikolic'*

Op 4 februari 2005 werd Dragan Nikolic' in hoger beroep veroordeeld tot 20 jaar gevangenisstraf. De aanklacht tegen Nikolic' dateerde reeds van 4 november 1994 en was destijds de allereerste aanklacht die het Joegoslavië-tribunaal uitbracht. Nikolić werd in april 2000 overgeleverd aan SFOR en door SFOR aan het Tribunaal. Alhoewel Nikolic' in september 2003 schuld bekende, ging hij toch in beroep tegen het vonnis van 18 december 2003. De meest belangwek-

| | |
|--|-----|
| kende vraag die in de Nikolid-zaak aan de orde kwam, was of zijn arrestatie door onbevoegde particuliere individuen onrechtmatig was en zo ja wat dan de consequentie daarvan diende te zijn. Joegoslavië-tribunaal 04.02.05 (Door Larissa van den Herik, Universiteit Leiden)..... | 354 |
| Militair juridisch brevet | 368 |
| Ontslag | |
| - wegens wangedrag; CRvB 13.05.04..... | 123 |
| - wegens wangedrag; Vzng. Rb Den Haag 20.12.04..... | 261 |
| Reactie | |
| - op: P.A.L. Ducheine, Geweldgebruik op grond van de Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten; door prof. mr. G.L. Coolen..... | 131 |
| Resoluties Veiligheidsraad VN | |
| - Resoluties Veiligheidsraad VN; door Mr. R.H.G. Gilissen..... | 228 |
| Schadevergoeding | |
| - CRvB 18.03.04..... | 72 |
| Dienstongeval en - ; CRvB 28.10.04..... | 191 |
| Dienstongeval en - ; CRvB 28.04.05..... | 306 |
| Schadeverhaal | |
| - CRvB 08.01.04..... | 20 |
| Schorsing | |
| - CRvB 13.05.04..... | 123 |
| Strafrechtspraak | |
| - <i>Nederlandse strafwet is toepasselijk op de militair die zich buiten Nederland aan enig strafbaar feit schuldig maakt</i> Ah 21.10.02 (Naschrift J.R.G.J.)..... | 56 |
| - <i>Economische delicten in de militaire strafrechtspraak</i> De kennisneming van de economische delicten door de rechters met de militaire strafrechtspraak belast is per 1 januari 2002 anders geregeld. De gevolgen van de nieuwe regeling bij overdracht van een strafzaak vanuit Arnhem naar een van de andere gerechten. HR 27.01.04 (Naschrift J.R.G.J.)..... | 58 |
| - <i>Ook het gedrag van de verdachte ná het strafbare feit kan worden meegewogen</i> De verdachte die een verkeersongeluk heeft veroorzaakt waarbij een ander zwaar lichamenlijk letsel oploopt heeft tot op de zitting op geen enkele wijze contact met dat slachtoffer opgenomen. De militaire kamer spreekt van een 'oorverdovende stilte' naar het slachtoffer toe en zegt dat dit meegewogen wordt in de strafoplegging. Ah 29.03.04 (Naschrift J.R.G.J.)..... | 61 |
| - <i>Apeldoornse aanrijding</i> Mariniers beledigen islamieten wegens godsdienst en/of levensovertuiging. Ah 26.04.02 (Naschrift M.M.D.)..... | 101 |

| | |
|--|-----|
| - <i>Congolese folteraar</i> | |
| Congolese politiechef – bijgenaamd 'Roi des bêtes' – heeft samen met anderen een havenarbeider meermalen zwaar mishandeld, omdat hij geweigerd had een auto in te klaren, c.q. om hem te dwingen die auto in te klaren. Foltering – voorheen strafbaar gesteld in de Uitvoeringswet folterverdrag – is sinds 1 oktober 2003 strafbaar gesteld in de Wet internationale misdrijven: geen verandering van wetgeving. R'dam 07.04.04 (Naschrift M.M.D.)..... | 104 |
| - <i>De uit de hand gelopen ontgroening</i> | |
| Handelingen tegen iemand die met zijn toestemming gebeuren zijn niet wederrechtelijk, maar zodra die toestemming vervalt, treedt de wederrechtelijkheid weer in als men met die handelingen doorgaat. Ah 05.07.04 (Naschrift J.R.G.J.)..... | 142 |
| - <i>Een uit de hand gelopen ontgroening; een slachtoffer wordt mededader</i> | |
| Een ontgroening ontaardt in vrijheidsberoving en mishandeling. Een militair die eerst de ontgroening moet ondergaan. gaat later daaraan zelf meedoen. Enerzijds strafverminderend omdat hij slachtoffer was, maar anderzijds juist strafverzwarend omdat juist hij moest weten wat de impact was op degenen die het moesten ondergaan. Ah 05.07.04 (Naschrift J.R.G.J.)..... | 146 |
| - <i>Rekening houden met andere gevolgen van het bewezen verklaarde feit bij de strafoplegging</i> | |
| Ah 29.03.04 (Naschrift J.R.G.J.)..... | 175 |
| - <i>Grensoverschrijdend onderzoek Kmar?</i> | |
| Bevoegdheid Kmar in het kader van bijstand aan en samenwerking met de reguliere politie is beperkt tot grensoverschrijdende criminaliteit. Het moet delicten betreffen die naar hun aard grensoverschrijdend zijn of die naar algemene ervaringsregels vaak grensoverschrijdende elementen bevatten. Daarvan was geen sprake: tegen verdachte bestond slechts verdenking ter zake van bezit van wapens. Het bewijs is derhalve onrechtmatig verkregen, ook voor zover het betrekking heeft op vervolgens aangetroffen drugs. Maastricht 31.03.04 (Naschrift M.M.D.)..... | 178 |
| - <i>Eric O. (II)</i> | |
| Sergeant-majoor der mariniers Eric O. was ten laste gelegd dat hij in december 2003 in Irak dienstvoorschriften aangaande het gebruik van geweld niet heeft opgevolgd toen hij een gericht waarschuwingsschot afvuurde in de richting van een aantal personen, terwijl er geen sprake was van een situatie die dat gebruik van geweld rechtvaardigde, waardoor een persoon zwaar lichamelijk letsel heeft opgelopen. De militaire kamer van de rechtbank Arnhem spreekt Eric O. vrij. Het OM gaat in hoger beroep. Het hof overweegt dat verdachte is gebleven binnen de hem door de ROE gegeven bevoegdheid. Verdachte was bevoegd tot het lossen van een waarschuwingsschot. Gelet op de omstandigheden ter plaatse kan bovendien niet gezegd worden dat een schot naar de grond als grovelijk, althans aanmerkelijk onvoorzichtig, onzorgvuldig, onachtzaam of nalatig kan worden aangemerkt. Verdachte wordt vrijgesproken. Hof Ah 04.05.05..... | 213 |
| - <i>Eric O. (II)</i> | |
| Hof Ah 04.05.05. Naschrift door prof. mr. Th.J. de Roos..... | 258 |
| - <i>Bevoegdheid tot kennisneming van internationale misdrijven</i> | |
| Behoudens de bevoegdheid van de Rb. Arnhem op grond van de Wet Oorlogsstrafrecht neemt de Rb. Den Haag kennis van alle internationale misdrijven, ook | |

als die vóór 1 oktober 2003 (i.w.tr. WIM) zijn begaan. Overgangsrecht: deze regel lijdt slechts uitzondering in het geval de vervolging voordien is aangevangen. In casu was daarvan geen sprake; geen connexiteit met een zaak waarin in maart 2003 een gerechtelijk vooronderzoek werd aangevangen. Ah 09.12.04 (Naschrift M.M.D.)..... 288

Strafrechtspraak

in edeling van de redactie..... 316

Terugkomen van

- CRvB 08.07.04..... 150

Tuchtrechtspraak

- *De ziek-thuis-regeling KL en de ongeoorloofde afwezigheid*

a. Voor de afdoening door de commandant van een langere ongeoorloofde afwezigheid dan vier dagen is toestemming van de officier van justitie vereist.

b. Een beklagschrift dient te worden ingediend bij de commandant.

c. Na de zeven dagen bereikbaarheidsplicht bij een ziekmelding volgens IK 2-50, 2e druk, hoeft de zieke zich slechts te houden aan de verplichtingen die hem uitdrukkelijk zijn opgelegd.

d. Slechts niet voldoen aan verplichtingen opgelegd bij algemene maatregel van (rijks)bestuur of vastgesteld door de minister kunnen als ongeoorloofde afwezigheid worden aangemerkt.

e. De militaire kamer kan ook een tuchtrechtelijk beroep behandelen en afdoen buiten aanwezigheid van de gestrafte.

f. 'Op grondslag van de beschuldiging' geldt ook voor het onderzoek door de militaire kamer in beroep.

Ah 29.03.04..... 67

- *Onherstelbare vormfouten*

Een onderofficier wordt, wegens het uitschelden van een meerdere, met toepassing van artikel 20 van de Wet militair tuchtrecht tuchtrechtelijk gestraft met een berisping. Deze uitspraak wordt, na beklag, door de beklagmeerdere bevestigd. Als de onderofficier tegen de beslissing op beklag beroep instelt, vernietigt de militaire kamer de bestreden uitspraak en spreekt de onderofficier vrij. Naar het oordeel van de militaire kamer is sprake van (twee) onherstelbare vormfouten: de in de artikelen 76 lid 1 en 80p lid 1 genoemde termijnen zijn niet in acht genomen. Ah 07.06.04 (Naschrift G.L.C.)..... 110

- *Hij behoorde wèl dienst te doen*

Een militair wordt tuchtrechtelijk gestraft wegens niet-opvolging van een dienstbevel. Vrijspraak, omdat art. 15 WMT geen bepaling bevat als bedoeld in art. 3 lid 1 onder c WMT. Gerecht i.e.a. NA 24.03.03 (Naschrift G.L.C.)..... 291

Veiligheidsverklaring

- CRvB 09.09.04..... 153

- CRvB 07.10.04..... 184

Verbod van willekeur

- CRvB 08.07.04..... 150

| | |
|---|----------|
| Verdedigingsbeginsel | |
| - CRvB 07.10.04..... | 184 |
| Vliegtoelage | |
| - CRvB 21.10.04..... | 157 |
| Vliegtuigbemanning | |
| Lid - ; CRvB 21.10.04..... | 157 |
| Wederrechtelijkheid | |
| - Rb Ah 05.07.04..... | 142 |
| Wetgeving | |
| Overzicht tot stand gekomen en aanhangige wetgeving; door Mr. J.B. Miete..... | 225, 309 |

WETTELIJKE BEPALINGEN

| | |
|---|--|
| Aanwijzingsbeschikking Koninklijke Marechaussee | 178 |
| Algemeen militair ambtenarenreglement | art. 27..... 157 |
| | art. 27, lid 4..... 297, 301 |
| | art. 39, lid 2, aanhef en onder 1 . . . 123, 261 |
| | art. 145..... 20 |
| | art. 147..... 114 |
| Algemene militaire pensioenwet | art. E11..... 118 |
| Algemene wet bestuursrecht | art. 8:4, onder d..... 77 |
| | art. 8:88..... 182 |
| Inkomstenbesluit militairen | art. 16..... 157 |
| Inkomstenregeling militairen | art. 10..... 157 |
| Kaderwet militaire pensioenen | art. 3..... 294 |
| Militaire ambtenarenwet 1931 | art. 12g, lid 2..... 189 |
| Politiewet 1993 | art. 6..... 178 |
| Regeling proces-verbaal van ongeval | |
| En rapportage medische aangelegenheden | 114 |
| Uitvoeringswet folterverdrag | art. 1, lid 1..... 104 |
| Voorzieningenstelsel buitenland defensiepersoneel | art. 41..... 351 |
| Wetboek van Militaire Strafvordering | art. 2..... 58, 175 |
| | art. 3..... 58 |
| Wetboek van Militair Strafrecht | art. 4..... 56 |
| | art. 96..... 67 |
| | art. 114..... 67 |
| Wetboek van Strafrecht | art. 1, lid 2..... 104 |
| | art. 137c..... 101 |
| | art. 282..... 142, 146 |
| | art. 300..... 146 |
| | art. 330..... 142 |
| Wetboek van Strafvordering | art. 141..... 178 |
| | art. 350..... 175 |
| | art. 359a..... 178 |

| | | |
|--------------------------------------|---------------|-----|
| Wet economische delicten | art. 38..... | 58 |
| Wet internationale misdrijven | art. 8..... | 104 |
| | art. 15..... | 288 |
| | art. 21..... | 288 |
| Wet militair tuchtrecht | art. 3..... | 291 |
| | art. 7..... | 67 |
| | art. 15..... | 291 |
| | art. 18..... | 67 |
| | art. 20..... | 110 |
| | art. 76..... | 110 |
| | art. 79..... | 67 |
| | art. 80a..... | 67 |
| | art. 80p..... | 110 |
| | art. 88..... | 67 |
| | art. 97..... | 110 |
| Wet veiligheidsonderzoeken | | 153 |

AUTEURS

Boddens Hosang, J.F.R., drs.

- Bevelen en voorschriften in het strafrecht: het arrest in de zaak Eric O. is geen grondslag voor aanpassing van het militaire strafrecht..... 335

Coolen, G.L., prof.mr.

- Opmerkelijke zaken – De Euveldaad..... 98
- De inzet van de krijgsmacht buiten het Koninkrijk..... 161
- Opmerkelijke zaken (2) – Wie deserteerde op 1 april 1910?..... 173
- Oorlog in Afghanistan..... 232
- Opmerkelijke zaken (3) – De ene scheepsarts gehoorzaamde, de andere niet..... 254
- Overzicht jurisprudentie militair ambtenarenrecht (II)..... 282
- Geoorloofd naar de regels van het oorlogsrecht, Artikel 38 WvMS nader beschouwd..... 362

Dolman, M.M., mr. drs.

- Functioneel geweldgebruik in internationale operaties: een spiegel van rechtspraak en praktijk; door mr. drs. M.M. Dolman, Lkol mr. drs. P.A.L. Ducheine, prof. dr. T.D. Gill en mr. G.F. Walgemoed..... 369

Ducheine, P.A.L., Luitenant-kolonel mr. drs.

- Geweldgebruik op grond van de Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten: de definitie van een "militair object" en extraterritoriale werking!..... 45
- Functioneel geweldgebruik in internationale operaties: een spiegel van rechtspraak en praktijk; door mr. drs. M.M. Dolman, Lkol mr. drs. P.A.L. Ducheine, prof. dr. T.D. Gill en mr. G.F. Walgemoed..... 369

Fink, M.D., LTZA 2 OC mr.

- Irak na de bezetting..... 133
- Ontwikkelingen rondom het militaire strafrecht naar aanleiding van het strafproces tegen Eric O..... 237

Gill, T.D., prof. dr.

- Functioneel geweldgebruik in internationale operaties: een spiegel van recht-

| | |
|--|-----|
| spraak en praktijk; door mr. drs. M.M. Dolman, Lkol mr. drs. P.A.L. Ducheine, prof. dr. T.D. Gill en mr. G.F. Walgemoed..... | 369 |
| Klappe, Ben, Luitenant-kolonel mr. | |
| - Pilots, Pills and Proportionality. Disciplinaire afhandeling van een <i>friendly fire</i> incident in Afghanistan | |
| Knoops, G.G.J., prof. mr. | |
| - De internationalisering van militair-strafrechtelijke aansprakelijkheden na Eric O..... | 317 |
| Miete, J.B., mr. | |
| - Onderzoek van Defensieongevallen door de Onderzoeksraad voor veiligheid, "Gebruiksaanwijzing OVV"..... | 244 |
| Muller, E., Kapitein (KMar) drs. | |
| - Militaire bijstand en steunverlening..... | 165 |
| Stinissen, J.F., mr. | |
| - De juridische structuur van het 1e Duits-Nederlandse Legerkorps..... | 197 |
| Talsma, H.J.J., mr. | |
| - Tussen inlichten en instemmen, over de posities van regering en parlement bij de uitzending van militairen naar Afghanistan..... | 273 |
| Voetelink, Joop, Luitenant-kolonel mr. | |
| - De EU SOFA; Status of Forces Agreement van de Europese Unie..... | 89 |
| - Juridische consequenties van het MOU, De zaak Eric O..... | 343 |
| Walgemoed, G.F., mr. | |
| - Functioneel geweldgebruik in internationale operaties: een spiegel van rechtspraak en praktijk; door mr. drs. M.M. Dolman, Lkol mr. drs. P.A.L. Ducheine, prof. dr. T.D. Gill en mr. G.F. Walgemoed..... | 369 |

ANNOTATOREN

| | |
|----------|-------------------------|
| 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 |
| 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:

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.C. Zuidema , Brigade-generaal b.d. van de Militair Juridische dienst; |
| Secretaris/penningmeester | Mr. <i>J.F. Stinissen</i> , Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst; |
| Leden: | |
| voor de Koninklijke Landmacht: | Mr. <i>R. in het Veld</i> , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst; |
| voor de Koninklijke Luchtmacht: | Mr. <i>P.T. Hebly</i> , Kolonel van de Koninklijke Luchtmacht; |
| voor de Koninklijke Marine: | Mr. <i>WE. Louwerse</i> , Kapitein ter zee; |
| voor de Koninklijke Marechaussee: | Mr. <i>C.P.C. Kuijs</i> , Kolonel der Koninklijke Marechaussee; |
| 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. 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; |
| Prof. Mr. Th. A. de Roos , | Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Universiteit van Tilburg; |
| Mr. <i>W.J. Schmitz</i> , | Hoofd Beleidsondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van ABP; |
| Mr. <i>G.F. Walgemoed</i> , | Kolonel b.d. van de Militair Juridische Dienst |
| Adres van de Redactiecommissie: | Koningin Wilhelminalaan 50, 2264 BN Leidschendam |

VASTE MEDEWERKERS:

- Prof. Mr. *G.L. Coolen*, Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
- Prof. Dr. *R.A. Lawson*, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.
- Dr. *M. Boot-Matthijssen*, wetenschappelijk medewerker verbonden aan het Nederlands Instituut voor Internationale Betrekkingen 'Clingendael'.

WUZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt tien keer per jaar.

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1-2003 E 36,75. Men abonneert zich bij Sdu Klantenservice Uitgevers, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. tel.: 070-378 9880, fax: 070-378 9783, e-mail: sdu@sdu.nl, of bij zijn boekhandelaar. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 3,95. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar tegen de prijs van E 25. Auteurs van bijdragen van meer dan één pagina ontvangen een vergoeding van € 35 p.p., tot een maximum E 230 per aflevering, benevens vijf presentemplaren van de desbetreffende aflevering. Het auteursrecht wordt met de publicatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u van informatie te voorzien over Sdu Uitgevers bv en zorgvuldig geselecteerde andere bedrijven. Als u geen prijs stelt op deze informatie, kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice, postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar.

Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan Sdu Servicecentrum Uitgevers. Zij die het M.R.T. van rijkswege verstrekt krijgen, dienen zich voor kennisgeving van adreswijzigingen 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"


Nederlands
uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap