

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie

Jaargang XCIX

Januari 2006

Aflevering

1

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

Tijd van oorlog in Afghanistan; door LTZA 2 OC mr. N. Huisman	1
De individuele militair in het veld moet weten waaraan hij toe is; door prof. mr. G.L. Coolen....	10

Strafrechtspraak

Ah 09.02.04, Hof Ah 19.10.04 en 09.03.05	Handtastelijkheden in Bosnië Militair wordt – na een feestje waarop flink ingenomen is – uit zijn slaap gewekt doordat een naakte man op hem ligt, die kennelijk doende is hem te verkrachten. Bij zijn verdediging brengt hij de aanrander ernstig letsel toe. Rb. veroordeelt ter zake van medeplegen van zware mishandeling, Hof verklaart zware mishandeling bewezen, maar ontslaat van rechtsvervolgning op grond van noodweerexces. Kamergenoot wordt in eerste aanleg veroordeeld ter zake van mishandeling zwaar lichamenlijk letsel ten gevolg hebbend, maar in hoger beroep vrijgesproken: hij heeft geen mishandelende gedraging verricht en kan evenmin als medepleger aangemerkt worden. Beklag tegen de aanrander is ongegrond verklaard: van (poging tot) verkrachting is onvoldoende bewijs voorhanden, terwijl vervolging ter zake van feitelijke schennis van de eerbaarheid – gelet op de letsels van de aanrander – niet opportuun is.....	13
---	--	----

Bestuursrechtspraak

CRvB 02.12.04	De niet ondubbelzinnige toezegging In casu gaat het beroep op het vertrouwensbeginsel niet op. Het in de brief van de minister gestelde kan niet worden aangemerkt als een ondubbelzinnige en ongeclausuleerde toezegging. (Naschrift G.L.C.).....	27
CRvB 30.12.04	Gokverslaving is geen schulduitsluitingsgrond Naar vaste jurisprudentie is de aanwezigheid van een gokverslaving op zichzelf geen verontschuldigende factor voor onder invloed van die verslaving gepleegd plichtsverzuim. (Naschrift G.L.C.).....	30
CRvB 17.02.05	Leerlingbeoordelingen en functiebeoordelingen Naar het oordeel van de Raad vertoonde de bestreden leerlingbeoordeling in beide gevallen naar aard en inhoud een zo sterke overeenkomst met een reguliere functiebeoordeling dat de twee militairen in hun bezwaar tegen de beoordeling ontvankelijk hadden moeten worden verklaard. (Naschrift G.L.C.).....	34

Opmerkingen en mededelingen

Congres International Society for Military Law and the Law of War.....	40
--	----

Annotatoren:	C.	- Mr Th. J. Clarenbeck
	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

Tijd van oorlog in Afghanistan

door

LTZA 20C MR. N. HUISMAN

Inleiding

In de strijd tegen het terrorisme heeft Nederland een taakgroep van commando's en mariniers naar Afghanistan uitgezonden. Zij houden zich in het kader van deze strijd voornamelijk bezig met het uitvoeren van verkenningen en het vergaren van inlichtingen. De mogelijkheid bestaat echter wel degelijk deze taakgroep in te zetten voor offensieve gevechtsacties'). ~~Naar~~ aanleiding van deze uitzending heeft de Minister van Defensie voor de derde maal in de bestaansgeschiedenis van het Wetboek van Militair Strafrecht (WvMS) ervoor gekozen artikel 71 van deze wet in werking te laten treden.

Artikel 71 WvMS biedt de regering de mogelijkheid voor een bepaalde periode een deel van de krijgsmacht in tijd van oorlog te verklaren. Met de inwerkingtreding van het artikel beoogt de regering een aantal strafrechtelijke gevolgen in het leven te roepen. Het is niet de bedoeling om met deze verklaring op enigerlei wijze volkenrechtelijke gevolgen in het leven te roepen, en zij is dan ook geen algehele oorlogsverklaring jegens een andere natie zoals bedoeld in artikel 96 van de Grondwet. Nederland bevindt zich dan ook niet in tijd van oorlog na het afgeven van deze verklaring, enkel een deel van de krijgsmacht bevindt zich in tijd van oorlog voor wat betreft de toepassing van het strafrecht.

Het Wetboek van Militair Strafrecht is vastgesteld in 1903 en in werking getreden in 1923. Hoewel het tussentijds enkele wijzigingen heeft ondergaan, is het duidelijk ontworpen in een tijdperk waarin een andere rol voor de krijgsmacht was weggelegd. Het feit dat het ontwerp stamt uit een ander tijdperk heeft ook gevolgen voor de toepassing van de wet, of in ieder geval voor de wijze waarop destijds was voorzien dat deze zou worden toegepast.

Een voorbeeld van het gewijzigde inzicht in de toepassing is de reden van het in werking laten treden van artikel 71 WvMS door de Minister van Defensie bij de huidige uitzending naar Afghanistan. Het belangrijkste argument dat voor toepassing wordt aangevoerd is dat de rechtspositie van de uitgezonden militair wordt versterkt. Dit lijkt een directe reactie op de commotie welke is ontstaan naar aanleiding van de vervolging van de sergeant-majoor der mariniers Eric O. De grondslag voor de versterking van de rechtspositie is dat door de tijd van oorlog voor het uitgezonden deel van de krijgsmacht in te roepen, de uitgezonden militairen de mogelijkheid krijgen zich voor de rechter te beroepen op de strafuitsluitingsgrond van artikel 38 WvMS. Dit artikel bepaalt dat feiten welke normaliter strafbaar zijn, dit niet zijn ten tijde van oorlog, zolang zij binnen de regels van het oorlogsrecht zijn begaan. Hierop zal verder in de tekst dieper ingegaan worden.

Hoewel dit zeker was voorzien als een van de gevolgen ten tijde van het ontwerp van

¹⁾ Kamerstukken II 2004-2005, 27925, nr. 172, Brief Minister van Defensie.

het Wetboek van Militair Strafrecht, was dit niet de belangrijkste overweging. Van veel groter belang werden de mogelijkheden voor het bewaren van de orde en tucht ten tijde van oorlog geacht. De wet biedt dan ook de mogelijkheid om zwaarder op te treden tegen vergrijpen welke ingaan tegen de militaire orde en tucht.

In het hierna volgende zal ik de vereisten voor het in werking stellen van artikel 71 WvMS en de bekendmaking van het in werking treden bespreken. Vervolgens zal ik nader ingaan op de bepalingen van artikel 38 WvMS en de gevolgen van deze strafuitsluitingsgrond en zal ik de verdere juridische gevolgen van het in werking treden behandelen. Tenslotte zal ik kort ingaan op voorgestelde wijzigingen in deze en andere artikelen van onder meer het WvMS, welke eveneens gevolgen zullen hebben voor de toepassing in de toekomst.

Gronden

Artikel 71 WvMS geeft een limitatief aantal gronden op basis waarvan tijd van oorlog voor een deel van de krijgsmacht in het leven geroepen kan worden.

De eerste grond voor het invoeren van artikel 71 WvMS vormt het deelnemen van een deel van de krijgsmacht aan een militaire expeditie. Deze mogelijkheid werd voornamelijk geboden met het oog op de Koninklijke Marine en haar activiteiten in de voormalige koloniën. Daar een gewapend conflict tussen een land en één van haar koloniën volkenrechtelijk niet als een oorlog kon worden bestempeld (er was namelijk geen sprake van een oorlog tussen twee landen, de kolonie werd beschouwd als een deel van het Koninkrijk), was dit artikel voorzien om de krijgsmacht desalniettemin dezelfde strafrechtelijke mogelijkheden te bieden als wanneer de krijgsmacht zich wel in volkenrechtelijke staat van oorlog bevindt.

De tweede voorziene mogelijkheid was ter bestrijding 'ener vijandelijke macht'). Hierbij werd volgens de ontwerper van de oorspronkelijke wet, mr. H. van der Hoeven, met name gedacht aan de bestrijding van zeerovers en kapers¹⁾.

De derde mogelijkheid voor de regering de tijd van oorlog voor een deel van de krijgsmacht in werking te laten treden, is ter handhaving der onzijdigheid van de staat. Hierdoor wordt de mogelijkheid geboden het leger te activeren in situaties waar er nog geen sprake is van dreigend oorlogsgevaar, maar waar het wel wenselijk werd geacht het leger in een dermate staat van paraatheid te brengen dat onmiddellijk kon worden gereageerd bij een aanval op de staat van buitenaf.

De vierde mogelijkheid is toegevoegd in 1963 om aansluiting te vinden bij artikel 107a Wetboek van Strafrecht⁴⁾ en biedt de mogelijkheid tot het afkondigen van tijd van oorlog indien de krijgsmacht optreedt tot collectieve of individuele zelfverdediging dan wel tot handhaving of herstel van de internationale orde en veiligheid.

²⁾ Art. 71 Wetboek van Militair Strafrecht.

³⁾ H. van der Hoeven, Militair straf- en tuchtrecht; Geschiedenis van het Wetboek van Militair Strafrecht deel I, 's-Gravenhage, 1903.

⁴⁾ De artikelen 100, onder 2°, en 101-107 vinden overeenkomstige toepassing in geval van een gewapend conflict dat niet als oorlog kan worden aangemerkt en waarbij Nederland is betrokken, hetzij ter individuele of collectieve zelfverdediging, hetzij tot herstel van internationale vrede en veiligheid.

De vijfde en laatste mogelijkheid wordt geboden in geval van oproerige bewegingen. Hoewel artikel 87 Wetboek van Strafrecht oorlog definieert als burgeroorlog omvattend, werd het wenselijk geacht deze mogelijkheid toe te voegen teneinde elke twijfel omtrent de mogelijke inwerkingtreding van tijd van oorlog of dreigende oorlog uit te sluiten.

Daar er bij de huidige inzet in Afghanistan een beroep is gedaan op de bevoegdheid tot zelfverdediging, zoals voortvloeiend uit artikel 51 van het Handvest van de Verenigde Naties⁵⁾), zal in dit geval de vierde grond de basis zijn voor de huidige verklaring.

Bekendmaking

Artikel 71 WvMS is zoals gezegd tweemaal eerder gebruikt. De eerste maal was naar aanleiding van een overval door Venezolaanse rebellen op Curaçao in 1929. De tweede maal dat het artikel in werking is getreden betrof de inzet van mariniers in het kader van een Volkenbond inzet bij de volksstemming in het Saargebied in Duitsland⁶⁾).

Ten tijde van de inzet in Curaçao achtte de regering zich genoodzaakt gebruik te maken van artikel 71 WvMS voor het personeel aan boord van Hr. Ms. Kortenaer en Hr. Ms. Hertog Hendriks. Destijds werd door een enkeling betoogd dat de toepassing van het artikel niet op een wettige wijze was geschied, en dat de beoogde rechtsgevolgen derhalve niet daadwerkelijk in het leven waren geroepen⁷⁾. Daar de commandanten bij de bekendmaking van de toepassing van het artikel hadden nagelaten te specificeren op welke van de gronden, zoals neergelegd in artikel 71 WvMS, de bekendmaking was gebaseerd, werd in een mededeling van de redactie van het MRT betoogd dat er niet voldaan was aan de eisen van bekendmaking.

De eisen die werden gesteld aan een bekendmaking waren ten tijde van het incident op Curaçao neergelegd bij Koninklijk Besluit⁸⁾). Het besluit is inmiddels vervangen door het Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht⁹⁾). De eisen van bekendmaking zijn in artikel 8 van dit besluit neergelegd, maar vrijwel identiek overgenomen uit het oorspronkelijk Koninklijk Besluit.

Door artikel 71 WvMS jo. artikel 8 van het besluit worden een aantal eisen gesteld aan de bekendmaking. Gezien de zware strafrechtelijke gevolgen welke intreden op het moment van het in werking stellen, dient een dergelijke bekendmaking kort voor de vermoedelijke aanvang van de taak gegeven te worden. Bij de behandeling van het wetsontwerp werd duidelijk dat men zwaar tilde aan een zo groot mogelijke bescherming voor de militairen voor wie de bekendmaking gold. De bekendmaking behoorde dan ook niet vroeger te worden gedaan, 'dan werkelijk met het oog op de omstandigheden noodig is¹⁰⁾.' Deels is de grote mate van bezorgdheid van het parlement destijds te verklaren uit het feit dat door inwerkingtreding van artikel 71 WvMS de reeds voor het gemene strafrecht afgeschafte doodsstraf door de bepalingen van het Wetboek van Militair Strafrecht wederom

⁵⁾ Kamerstukken II 2004-2005, 27925, nr. 159.

⁶⁾ MRT XXX (1934/1934), p. 456 - 459

⁷⁾ MRT XXV (1929/1930), p. 192 Tijd van oorlog voor een gedeelte der krijgsmacht.

⁸⁾ Koninklijk Besluit, 21 april 1922, Staatsblad 207.

⁹⁾ Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht, Stb 497.

¹⁰⁾ H. van der Hoeven, Militair straf- en tuchtrecht; Geschiedenis van het Wetboek van Militair Strafrecht, 's-Gravenhage, 1903, antwoord Minister van Justitie Loeff aan de heer Verhey, blz. 573

van toepassing werd op het militair personeel. Hoewel thans de doodstraf ook ingevolge het Wetboek van Militair Strafrecht niet langer als straf opgelegd kan worden, brengen de strafverzwarende omstandigheden nog steeds met zich mee dat met de verklaring van artikel 71 WvMS zorgvuldig dient te worden omgesprongen, en dat zij dus niet langer van kracht is dan werkelijk noodzakelijk.

Verder dient de bekendmaking mondeling te geschieden door de militair die over het aangewezen gedeelte van de krijgsmacht het bevel voert. Van deze mondelinge bekendmaking wordt proces-verbaal opgemaakt en dit proces-verbaal wordt aan de Minister van Defensie toegezonden.

Bij de bekendmaking wordt eveneens medegedeeld dat gedurende het uitvoeren van de taak op de militairen voor de strafwet tijd van oorlog aanwezig wordt geacht en dat de personen tegenover wie het geweld wordt aangewend, worden gelijkgesteld met de vijand.

Voor het argument dat bij de bekendmaking eveneens vermeld dient te worden op welke van de gronden van artikel 71 WvMS de bekendmaking is gebaseerd, is geen steun te vinden in het artikel zelf, noch in de tekst van het oorspronkelijke Koninklijk Besluit en daarmee evenmin in het huidige Rijksbesluit. Het in artikel 71 WvMS neerleggen van de gronden waarop het artikel kan worden ingeroepen lijkt niet bedoeld ter verhoging van rechtszekerheid van de uitgezonden militair, maar lijkt te zijn geschied teneinde limitatief aan te geven wanneer de regering gebruik mag maken van het artikel. Wat de exacte gevolgen zijn van het niet nader aangeven op basis van welke van de vijf gronden het artikel wordt ingeroepen is niet duidelijk. In de casus Curaçao heeft de rechter zich niet kunnen uitlaten over deze vraag, aangezien er geen vervolging heeft plaatsgevonden als gevolg van inzet na het inroepen van het artikel.

Opvallend genoeg heeft de strijd in Indonesië nooit geleid tot een verklaring als bedoeld in artikel 71 WvMS. Dit terwijl de ontwerper, mr. H. van der Hoeven, bij zijn omvatting van de militaire expeditieën juist die situatie voor ogen had, waarbij een deel van de Nederlandse krijgsmacht zou optreden in een gebied dat toentertijd als onderdeel van het Koninkrijk werd beschouwd, echter dat buiten Nederland lag. Destijds is door de verschillende krijgsraden stelselmatig strafrechtelijk tijd van oorlog aanvaard. Het argument dat hierbij door het Hoog Militair Gerechtshof werd gebruikt, was de beoordeling van het Hof dat de spanningen in de internationale verhoudingen dusdanig waren, dat met de mogelijkheid van een algemene oorlog ernstig rekening gehouden moest worden, en dat derhalve een 'tijd waarin oorlog dreigende is' aanwezig geacht moest worden").

De huidige bekendmaking van het inroepen van de tijd van oorlog voor de commando's en mariniers naar Afghanistan roept echter wel de vraag op in hoeverre deze verklaring van toepassing is op het personeel dat ter ondersteuning van de commando's en mariniers is uitgezonden naar Afghanistan.

In de brief aan de Tweede Kamer heeft de minister aangegeven dat het besluit artikel 71 in te roepen van kracht is voor de gehele SF taakgroep. Al het personeel dat bij deze SF taakgroep is ingedeeld valt derhalve onder deze afkondiging. Het geldt dus voor al het per-

) Th. van den Bosch, Huidig en toekomstig militair straf- en tuchtrecht, Zwolle. 1981, p. 127 e.v.

soneel ingedeeld bij de taakgroep; de commando's en mariniers zelf, evenals het ondersteunend personeel.

Voor het gehele detachement geldt tijd van oorlog. Dat daarmee strafverhogende omstandigheden ook gelden voor een militair wiens werkzaamheden feitelijk niet verschillen met zijn werkzaamheden in Nederland is niet relevant. Dit is ook hetgeen de wetgever ten tijde van het ontwerp voor ogen had. Het gehele detachement bevindt zich in een bijzondere situatie en dient derhalve zich te kunnen beroepen op de strafuitsluitingsgrond van artikel 38 WvMS, en dient rekening te houden met de strafverhogende omstandigheden die ten tijde van oorlog gelden. De tijd van oorlog is van kracht vanaf het moment van de van kracht verklaring. Eveneens is niet relevant waar zij zich op dat moment bevinden, ook indien deze bekendmaking is gedaan in Nederland, treden haar gevolgen op dat moment in werking, dus reeds in Nederland.

De situatie wordt complexer indien men besluit in een situatie als Afghanistan de transporteenheden in te zetten voor de twee verschillende missies in hetzelfde gebied. Dus het gebruiken van transporthelikopters voor zowel de vredesmissie als de strijd tegen het terrorisme in Afghanistan. Voor zover bekend is dit echter een theoretische situatie die op dit moment niet bestaat, noch zal bestaan.

Gevolgen bekendmaking

Ondanks het feit dat tot 2005 slechts tweemaal is gekozen voor toepassing van artikel 71 WvMS is wel op verschillende momenten door de Regering overwogen artikel 71 WvMS toe te passen. Één voorbeeld hiervan is geweest de uitzending van Nederlandse militairen naar Libanon in 1979. De Minister van Defensie schreef hierover in een brief aan de Tweede Kamer dat hij, na advies ingewonnen te hebben bij zijn ambtgenoot van Justitie besloten had de mededeling als bedoeld in artikel 71 WvMS niet te doen. Als reden gaf hij hier destijds voor aan dat een dergelijke bekendmaking zou inhouden dat voor het UNIFIL-detachement, totdat zijn taak was geëindigd, in de zin van het Wetboek van Militair Strafrecht tijd van oorlog aanwezig werd geacht en dat personen, tegenover wie wapengeweld wordt of kan worden aangewend, gelijkgesteld zouden worden met de vijand¹²⁾.

In tegenstelling tot de huidige situatie heeft overleg tussen de beide ministeries destijds geleid tot de overtuiging dat het toepassen van het artikel voor een vredesoperatie gevolgen zou hebben op het gebied van de strafuitsluitingsgrond van artikel 38 WvMS, welke niet wenselijk werden geacht. Hetgeen niet geheel onbegrijpelijk was, gezien het feit dat deze militairen werden uitgezonden in het kader van een blauwhelm vredesoperatie van de VN.

Juist deze toepassing van dit artikel vormt voor de huidige uitzending naar Afghanistan de grondslag voor het toepassen van artikel 71 Wetboek van Militair Strafrecht. De mogelijke strafverhogende omstandigheden die als grondslag dienden voor het artikel ten tijde van het ontwerp worden daarbij voor lief genomen. Hieromtrent schrijft de Minister: "de praktische gevolgen hieromtrent zullen naar verwachting zeer beperkt zijn aangezien in de praktijk vrijwel nooit de maximumstraf is geëist"¹³⁾.

¹²⁾ Kamerstukken II 1978 – 1979, 15441, nr. 13.

¹³⁾ Kamerstukken II 2004 – 2005, 27925, nr. 172

De voornaamste overweging lijkt dan ook te zijn geweest de mogelijke toepassing van artikel 38 Wetboek van Militair Strafrecht. Het artikel vormt in een tweetal gevallen een strafuitsluitingsgrond voor de militair die ten tijde van oorlog of in situaties die daarmee door artikel 71 Wetboek van Militair Strafrecht worden gelijkgesteld, normaliter strafbare feiten begaat.

Artikel 38 WvMS bepaalt:

"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."

Een rechter die wordt geconfronteerd met een handeling waarvan gesteld wordt dat deze strafbaar was, dient ingevolge artikel 38 WvMS derhalve na te gaan of de omstreden handeling volgens het oorlogsrecht was toegestaan, *of* dat zijn bestraffing in strijd is met een verdrag.

Het eerste geval omvat de situatie waarin de militair een feit begaat dat naar de regels van het oorlogsrecht geoorloofd is, ondanks het feit dat het naar het gemene strafrecht een strafbaar feit betreft. Een typisch voorbeeld van een dergelijk geval is het geval waarin een militair een persoon doodt die tot de vijand wordt gerekend. Hoewel doodslag en moord door toedoen van het Wetboek van Strafrecht strafbaar zijn gesteld, dient artikel 38 Wetboek van Militair Strafrecht als rechtvaardigingsgrond voor dit feit zolang de militair bij zijn handelen heeft voldaan aan de eisen van het oorlogsrecht.

Indien blijkt dat de omstreden handeling inderdaad toegestaan is naar de regels van het oorlogsrecht, dient nog onderzocht te worden of er binnen de grenzen van de bevoegdheid van de verdachte is gehandeld. Dit blijkt uit de zinsnede 'gepleegd door een bepaald persoon' uit artikel 38 WvMS. Bij het ontwerp van de wet werd in de Tweede Kamer voorgesteld deze zinsnede te verwijderen. Deze zinsnede dient echter een zeer belangrijk doel: "juist omdat de rechter heeft te onderzoeken, of het feit, onder de hier bedoelde omstandigheden *gepleegd door een bepaald persoon*, naar de regelen van het oorlogsrecht geoorloofd is, niet of het objectief geoorloofd is, moet de uitdrukking: binnen de grenzen zijner bevoegdheid behouden blijven"¹⁴). Niet enkel is van belang of het feit in zijn algemeenheid is toegestaan, zoals bijvoorbeeld het doden van de vijand, maar ook of het feit door die persoon in die omstandigheden was toegestaan. Hierbij zal dus tevens een onderzoek naar de proportionaliteit en de subsidiariteit van de handeling moeten plaatsvinden.

Het tweede geval waarin artikel 38 WvMS dient als strafuitsluitingsgrond is het geval waarin bestraffing strijdig zou zijn met een verdrag dat geldt tussen Nederland en de mogendheid waarmee Nederland in oorlog is of enig voorschrift dat is vastgesteld ingevolge een dergelijk verdrag.

Het lijkt niet toevallig dat de toepassing van het artikel plaatsvindt na de commotie welke is ontstaan naar aanleiding van de vervolging van de sergeant-majoor der mariniers

¹⁴) H. van der Hoeven, Militair straf- en tuchtrecht; Geschiedenis van het Wetboek van Militair Strafrecht, 's-Gravenhage, 1903, blz. 421.

Eric O. Het ligt voor de hand dat de Minister van Defensie door deze toepassing de twijfels wilde wegnemen die zouden kunnen ontstaan bij het uitgezonden personeel voor wat betreft het juridische kader waarin deze operatie plaatsvindt.

De vraag welke wellicht opkomt, is dan in hoeverre de toepassing van artikel 71 WvMS ten tijde van de uitzending naar Irak de vervolging van Eric O. had kunnen voorkomen. De eerste vraag die daarbij beantwoord zou moeten worden is of een dergelijk gebruik van artikel 71 WvMS überhaupt mogelijk is. Zoals reeds aangegeven is er een limitatief aantal gronden waarop toepassing van het artikel mogelijk is. Echter, door de toevoeging in 1963 is de toepassing tot handhaving of herstel van internationale orde en veiligheid expliciet mogelijk gemaakt.

Desondanks is er reeds in 1979 bij een van de eerste uitzendingen in het kader van herstel van internationale vrede en veiligheid voor gekozen deze toepassing niet plaats te laten vinden. Deels zal deze toepassing politiek van aard zijn geweest, echter zoals reeds aangegeven speelde hierbij expliciet een rol dat hierdoor de strafuitsluitingsgrond van artikel 38 WvMS ingeroepen kon worden en dat degenen tegen wie gewapend geweld zou kunnen worden toegepast gelijkgesteld zouden worden met de vijand. Dit is een gevolg dat de regering destijds expliciet niet wenste te creëren. Deze zelfde overweging lijkt te zijn gehandhaafd bij verdere uitzendingen ter herstel van de internationale vrede en veiligheid¹⁵). Om politieke, maar ook juridische redenen is van toepassing afgezien, daar toepassing zou leiden tot het creëren van een tegenstander welke gelijkgesteld zou worden met de vijand, en jegens wie dodelijk geweld niet strafbaar zou zijn. Dit is een gevolg dat niet te verenigen valt met het karakter van de vredesmissie. Hierbij dient de militair, met geweld dat past binnen zijn geweldsinstructie zijn missie te voltooien. Dit is een volledig andere missie dan die momenteel plaatsvindt in Afghanistan waar in de strijd tegen het terrorisme wel degelijk een vijand bestaat, en waartegen alle oorlogsrechtelijk toegestane middelen mogen worden aangewend.

Daarenboven is de vervolging jegens Eric O. gebaseerd op het feit dat hij werd verdacht van het lossen van een waarschuwingsschot buiten de geweldsinstructie waardoor een burger het leven zou hebben verloren. Hem werd primair het overtreden van een dienstvoorschrift, te weten de geweldsinstructie, ten laste gelegd. De strafuitsluitingsgrond van artikel 38 WvMS zou niet hebben bijgedragen tot zijn vrijspraak. Dit zou enkel het geval zijn indien hem een feit ten laste werd gelegd dat moet worden gezien als een handeling welke normaliter strafbaar is, maar dat ten tijde van oorlog een binnen het oorlogsrecht toegestane handeling vormt. Dit is niet het geval. Het is een feit dat zowel binnen als buiten tijd van oorlog strafbaar gesteld is. Het bestaan van oorlog heeft geen invloed op de mate waarin een dienstvoorschrift nageleefd dient te worden.

Al met al moet dan ook worden geconcludeerd dat hoewel de commotie rond de vervolging van Eric O. zeker zal hebben bijgedragen tot een bezinning omtrent het juridisch kader waarin de uitzending van commando's naar Afghanistan zou plaatsvinden, dit waarschijnlijk niet de directe aanleiding is geweest.

Andere juridische gevolgen

Naast de mogelijkheid voor de militair zich te beroepen op een strafuitsluitingsgrond, dient er zoals reeds eerder vermeld rekening gehouden te worden met de strafverhogende

¹⁵) Ook bij vredesoperaties met een mandaat gebaseerd op hoofdstuk VII van het VN Handvest.

mogelijkheden die op de militair van toepassing zijn op het moment dat de militair optreedt in tijd van oorlog.

Enkele voorbeelden van bepalingen welke ten tijde van oorlog strafverhogend werken, zijn de ongeoorloofde afwezigheid ten tijde van oorlog, waarbij afwezigheid van meer dan 7 dagen wordt aangemerkt als desertie. In tijd van vrede wordt hetzelfde strafbare feit pas na 30 dagen aangemerkt als desertie (art. 100 WvMS). Indien de tijd van oorlog reeds is afgekondigd voor vertrek naar inzet, geldend vanaf dat moment, zijn de termijnen voor de tijd van oorlog toepasbaar.

Een tweede frappant voorbeeld is het verkopen of ruilen van van rijkswege verstrekte militaire kleding of uitrusting, dat door het afkondigen van tijd van oorlog strafbaar gesteld wordt met een maximumstraf van vier jaar. In totaal kent het Wetboek Militair Strafrecht zo'n 34 artikelen waarbij de tijd van oorlog de strafbaarheid doet intreden of waarbij de tijd van oorlog strafverhogend optreedt.

Hieruit blijkt wel dat er naast de voordelen die artikel 71 WvMS biedt, ook aspecten zitten aan de afkondiging die ernstige gevolgen voor de militair kunnen hebben. Het is dan ook duidelijk dat de militairen die in het kader van een dergelijke operatie worden uitgezonden, goed moeten worden voorgelicht ten aanzien van de mogelijk zware strafrechtelijke consequenties die de verklaring met zich meebrengt.

Ook rechtspositioneel heeft het optreden in een operatie waar tijd van oorlog voor is verklaard gevolgen. Één gevolg is dat de militair die tot dat deel van de krijgsmacht behoort geen ontslag uit dienst kan nemen¹⁶⁾.

Tevens bleek in de voorziening, die het Ministerie van Defensie heeft getroffen met het Verbond van Verzekeraars inzake uitbetaling van een levensverzekering van een militair in geval van overlijden bij uitzending voor vredes- en humanitaire operaties, geen rekening te zijn gehouden met de afkondiging van tijd van oorlog. Inmiddels is het Ministerie van Defensie met het Verbond van Verzekeraars overeengekomen dat de verzekeraars geen beroep zullen doen op molestclausules en op de normale wijze zullen overgaan tot uitbetaling").

Toekomst

Reeds in 2000 werd door Coolen betoogd dat de aanduiding 'in tijd van oorlog' aanpassing behoeft. Mede door de politieke interpretatie van artikel 71 WvMS werd voorkomen dat zij werd ingezet in tijden waar zij juist voor was bedoeld. Hierbij kan gedacht worden aan de inzet van de marineschepen gedurende de Golfoorlog van 1991. Hoewel deze schepen deelnamen aan oorlog is volgens Coolen om politieke redenen de verklaring van artikel 71 WvMS niet gedaan. Coolen pleit er dan ook voor de term 'in tijd van oorlog' in het gehele Wetboek van Militair Strafrecht te vervangen door de termen 'in geval van gewapend conflict', dan wel 'onder operationele omstandigheden', te bepalen naar gelang de desbetreffende artikelen dit vorderen. Een zelfde aanpassing zou tevens op zijn plaats zijn in het Wetboek van Strafrecht en de Wet militaire strafrechtspraak¹⁸⁾.

¹⁶⁾ Art. 42 eerste lid, aanhef en onder B Algemeen Militair Ambtenaren Reglement.

¹⁷⁾ Kamerstukken II 2004 - 2005, nr. 1457.

¹⁸⁾ G.L. Coolen, Tijd van oorlog, een verouderd begrip, MRT 2000, p. 270 e.v.

Zijn voorstellen lijken inmiddels ter hand genomen en zullen volgens de Minister van Defensie door middel van een Rijksreparatiewet naar verwachting worden overgenomen¹⁹⁾. Door het uitvoeren van zijn voorgestelde wijzigingen zal het toepassingsbereik van de bepalingen van het Wetboek van Militair Strafrecht die thans enkel gelden ten tijde van oorlog een groter bereik krijgen en eveneens van toepassing zijn in situaties van operationele inzet waarbij er niet gesproken wordt van oorlog in volkenrechtelijke zin. Dit zijn situaties die gezien de ervaringen van de Nederlandse krijgsmacht vaker zullen voorkomen. Het huidige optreden van het Nederlandse militaire apparaat vindt veelal plaats in het kader van VN operaties. Slechts zelden is hierbij sprake van een 'tijd van oorlog' in klassieke zin. Echter, hierbij dient wederom gewezen te worden op de toepassing van de strafverhogende mogelijkheden die eveneens van toepassing zullen zijn

Conclusie

De toepassing van artikel 71 WvMS leidt tot een zekere mate van rechtszekerheid voor de uitgezonden militairen. Hierbij dient benadrukt te worden dat de strafverhogende aspecten van de toepassing niet onderbelicht dienen te worden. Bij de voorlichting aan die eenheden op wie de verklaring van toepassing is, dienen de strafverhogende mogelijkheden benadrukt te worden.

Verder rijst mogelijkserwijs bij uitgezonden personeel naar andere delen van Afghanistan, of andere onderdelen van de Operatie Enduring Freedom de vraag waarom de verklaring niet is gedaan voor hen.

De verklaring en de wijze van haar naar buiten treden, mede door het tijdstip waarop zij is gedaan; enkele weken voor de uitspraak in de zaak Eric O., waren sterk gericht op het benadrukken van de strafuitsluitingsgrond. Het nalaten deze verklaring te doen bij ander uitgezonden personeel dient derhalve door commandanten uitgelegd en verklaard te worden. Hierbij kan veelal gewezen worden op de doelstelling van de operatie en het verschil met de 'oorlogsoperatie' van de speciale eenheden in Afghanistan.

De wetswijziging zal aan deze onduidelijkheid naar verwachting een einde maken en de rechtszekerheid in deze vergroten. Wel is belangrijk dat deze wetswijziging niet in juridische geruisloosheid voorbij sluipt, maar dat het militair personeel ruimschoots wordt voorlicht omtrent haar gevolgen.

¹⁹⁾ Kamerstukken II, 2004 – 2005, 27925, nr. 172.

De individuele militair in het veld moet weten waaraan hij toe is

door

PROF. MR. G.L.COOLEN

Een korte bijdrage, waarvan de titel is ontleend aan het arrest van het Gerechtshof te Arnhem, gewezen in de strafzaak tegen zaak Eric O., en waarin - nu het ijzer heet is - een eerder gedaan voorstel opnieuw wordt gedaan.'

Inleiding

Tot de meest gepleegde tuchtvergrijpen behoren de vergrijpen, omschreven in artikel 15 en artikel 18 van de Wet militair tuchtrecht. Artikel 15 stelt tuchtrechtelijk strafbaar de militair die een dienstbevel niet opvolgt; artikel 18 de militair die een dienstvoorschrift niet naleeft. Noch artikel 15 noch artikel 18 bevat een tweede lid dat bepaalt dat het eerste lid mede van toepassing is op de militair die geen dienst doet of behoort te doen, en zich niet bevindt op een militaire plaats.²⁾ Dit betekent, gelet op het bepaalde in artikel 3, dat schending van een dienstbevel of een dienstvoorschrift buiten (kort geaegd) militaire tijd en plaats niet tuchtrechtelijk strafbaar. Hierbij wordt onder 'militaire tijd' mede verstaan: de tijd waarin de militair in uniform gekleed gaat.'

Dat een tweede lid ontbreekt, betekent *niet* dat een dienstbevel of een dienstvoorschrift buiten militaire tijd en plaats niet hoeft te worden opgevolgd. Dienstbevelen (mits rechtmatig) en dienstvoorschriften moeten *altijd en overal* worden opgevolgd. Dit volgt voor dienstbevelen uit artikel 125 t/m 130 en voor dienstvoorschriften uit artikel 135 t/m 137 van het Wetboek van Militair Strafrecht. Het is ook het standpunt van de regering.⁴⁾

Wie een dienstbevel of een dienstvoorschrift schendt, is dus wel in alle gevallen fout, maar tegen hem kan niet altijd en overal tuchtrechtelijk worden opgetreden. Dit stelsel werkt, zoals hieronder zal worden aangetoond, verwarrend. Ook bevat de regeling een storende onvolkomenheid.

Het stelsel werkt verwarrend

In de eerste plaats roept het stelsel de gedachte op dat - indien in een bepaald geval niet-opvolging van een dienstbevel of een dienstvoorschrift niet strafbaar is - het bevel of het voorschrift ook niet *behoeft* te worden opgevolgd. Een voorbeeld uit de praktijk.

Lang geleden - de Wet militair tuchtrecht bepaalde nog niet dat onder diensttijd mede werd verstaan: de tijd waarin de militair in uniform gekleed gaat - liep in de hal van het station te Zwolle een in uniform geklede militair. Hij droeg, in strijd met de tenuuevoorschriften, geen hoofddeksel. Toen hij voor dit feit tuchtrechtelijk werd gestraft, kwam hij in beroep. De militaire kamer sprak de soldaat vrij: het feit was buiten militaire tijd en plaats begaan.') De Defensiekrant besteedde, in een artikel op de voorpagina, aandacht aan

¹⁾ Zie Hof Arnhem 4 mei 2005, MRT 2005, p. 213 e.v., eerste overweging ten overvloede.

²⁾ Wel bepaalt artikel 18, tweede lid, sedert 1 januari 2000: 'Het eerste lid is mede van toepassing op de militair die geen dienst doet of behoort te doen, en zich niet bevindt op een militaire plaats, indien het in het dienstvoorschrift gegeven ge- of verbod betrekking heeft op het gedrag van de militair die zich voor de uitoefening van zijn dienst buiten Nederland bevindt.'

³⁾ Dit is, sedert 1 januari 2000, bepaald in artikel 3 lid 2 WMT.

⁴⁾ Zie Kamerstukken IJ 1996/1997, 25 454, nr. 5, p. 11,

⁵⁾ Rechtbank Arnhem 7 augustus 1992, MRT 1992, p. 300, m.nt. C.

de zaak. Het artikel droeg als kop: *Baret buiten kazerne niet verplicht*, en opende met de zinnen: 'Militairen in uniform hoeven buiten het kazerneterrein in hun vrije tijd de baret niet op. Deze uitspraak werd onlangs door de militaire kamer in Arnhem gedaan, naar aanleiding van een hierover door een dienstplichtige aangespannen rechtszaak.'⁶⁾ Toen ik in een ingezonden brief op de onjuistheid van de kop en van de openingszinnen wees en stelde dat het dragen van de baret buiten de kazerne en in de vrije tijd nog steeds gewoon verplicht was, reageerde de ombudsman van de AVNM, mr. C.J.M. Commissaris. Hij was het, schreef hij, in het geheel niet met mij eens en vond mijn standpunt 'hoogst merkwaardig'.⁷⁾

Ook bij kamerleden roept het stelsel de gedachte op dat, wat niet (ten minste) tuchtrechtelijk strafbaar is, reeds is geoorloofd. Zo vroegen - tijdens de behandeling in de Tweede Kamer van het voorstel om de strafbepalingen van de Wet militair tuchtrecht mede van toepassing te verklaren op in uniform geklede militairen - de leden van de CDA-fractie de regering of het voorstel inhield dat een in *burger* geklede militair buiten militaire tijd en plaats 'zelfs dienstbevelen van zijn directe commandant kan negeren'.⁸⁾

In de tweede plaats verdraagt het stelsel zich niet met de algemeen levende (en ook aan de Wet militair tuchtrecht ten grondslag liggende) gedachte dat in beginsel tegen elke verstoring van de interne orde (ten minste) tuchtrechtelijk moet kunnen worden opgetreden.⁹⁾ Wederom een voorbeeld uit de praktijk.

Een sergeant, 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 bij de voorbereiding van de (ter plaatse te houden) *Vlootdagen*. Toen hij tegen deze strafoplegging een beklagschrift indiende, bevestigde de beklagmeerdere de strafoplegging, onder meer overwegende: 'dat iedere militair in principe 24 uur per dag de hem gegeven dienstbevelen moet opvolgen, welke regel ook geldt wanneer de militair, zoals in het onderhavige geval, zich na vastwerken in zijn woonhuis bevindt.'¹⁰⁾

Dat iedere militair de hem gegeven dienstbevelen (mits rechtmatig) 24 uur per dag moet opvolgen, is juist. Dit houdt echter niet in dat tegen een militair die deze regel overtreedt, in alle gevallen tuchtrechtelijk kan worden opgetreden.

In de derde plaats komt het regelmatig voor dat in plaats van 'de tijd waarin de militair dienst doet of behoort te doen' wordt gelezen: tijdens de diensturen. Het één is echter niet hetzelfde als het ander. Wederom een voorbeeld uit de praktijk.

Een soldaat ontving thuis telefonisch de opdracht om terug te keren naar de kazerne teneinde in te vallen voor de wacht. De opdracht werd gegeven door de Officier Compagniesdienst. Toen de soldaat weigerde aan het dienstbevel gevolg te geven, werd hij

⁶⁾ Defensiekrant 7 januari 1993.

⁷⁾ Defensiekrant 4 maart 1993.

⁸⁾ Kamerstukken II 1997/1998, 25 454, nr. 4, p. 3.

⁹⁾ Zo wordt in de memorie van antwoord bij de Wet militair tuchtrecht opgemerkt dat van de leden van een organisatie als de krijgsmacht 'een algemeen besef mag worden verwacht van wat met het oog op het goed functioneren van die organisatie wel of niet kan of moet', waarna de zin volgt: 'Niet slechts grove schuld, maar ook minimale verwijtbaarheid zal de betrokkene, wiens gedrag hem, gelet op zijn positie binnen de groep waartoe hij behoort, kan worden aangerekend, ertoe kunnen verplichten zich tuchtrechtelijk te verantwoorden.' (Kamerstukken II 1985/1986, 16 813, nr. 8, p.29).

¹⁰⁾ In beroep sprak de militaire kamer van het Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen de sergeant alsnog vrij, dit op grond van de overweging dat artikel 15 'geen bepaling bevat als bedoeld in artikel 3 lid 1 sub c WMT'. Zie Gerecht in Eerste Aanleg NA 24 maart 2003, MRT 2005, p. 291, m.nt. G.L.C.

voor deze weigering tuchtrechtelijk gestraft. Toen de soldaat beroep instelde, merkte de officier van justitie tijdens de zitting van de rechtbank op: 'De telefonische opdracht geschiedde buiten diensttijd. Aangezien artikel 15 van de Wet militair tuchtrecht geen tweede lid heeft, is de gedraging van beschuldigde niet een schending van een gedragsregel. De bestreden uitspraak dient derhalve te worden vernietigd en beschuldigde dient te worden vrijgesproken.' De telefonische opdracht werd inderdaad buiten diensttijd gegeven, echter niet buiten de tijd waarin de soldaat dienst behoorde te doen. Juist omdat hij dienst behoorde te doen, werd hem opgedragen terug te keren naar de kazerne. De rechtbank volgde het advies van de officier van justitie dan ook (terecht) niet op."

Eveneens kan worden verwezen naar de in noot 10 genoemde uitspraak van de militaire kamer van het Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen. Ook in die zaak werd door de militaire kamer voor 'de tijd waarin de militair dienst doet of behoort te doen' gelezen: tijdens de diensturen.

Een storende onvolkomenheid

Artikel 2 van de Wet militair tuchtrecht bepaalt: 'De straffen in deze wet voorzien, zijn van toepassing op de militair die een gedragsregel van deze wet schendt.' De gedragsregels geven dus aan hoe militairen zich dienen te gedragen, terwijl een militair die een gedragsregel schendt, tuchtrechtelijk strafbaar is. Toegespitst op het dienstbevel en het dienstvoorschrift: de gedragsregel bepaalt dat militairen verplicht zijn dienstbevelen en dienstvoorschriften op te volgen. Schending van deze gedragsregel is tuchtrechtelijk strafbaar (tenzij het feit buiten militaire tijd en plaats is begaan).

Dit is het stelsel dat de wetgever destijds voor ogen stond, hetgeen nog eens door de regering is bevestigd tijdens de behandeling van het voorstel van rijkswet tot wijziging van de Wet militair tuchtrecht naar aanleiding van het gehouden evaluatie-onderzoek.") Toch zegt artikel 3 van de Wet militair tuchtrecht dat, tenzij anders bepaald, de *gedragsregels* van de wet slechts van toepassing zijn gedurende de tijd waarin de militair dienst doet of behoort te doen of zich bevindt op een militaire plaats. Dit woordgebruik kan niet anders dan op een vergissing berusten. Voor 'de gedragsregels van de wet' zal moeten worden gelezen: de strafbepalingen van de wet.

Het kan zo eenvoudig

Hoe het ook kan, valt te lezen in artikel 6 van de Wet militair tuchtrecht. Het eerste lid van dit artikel stelt tuchtrechtelijk strafbaar het schenden van de geheimhoudingsplicht. Evenzeer als dienstbevelen en dienstvoorschriften altijd en overal dienen te worden opgevolgd, moeten geheimen altijd en overal worden bewaard. Artikel 6 bevat dan ook een tweede lid dat eenvoudig bepaalt: 'Het eerste lid is mede van toepassing op de militair die geen dienst doet of behoort te doen, en zich niet bevindt op een militaire plaats.'

Waarom niet ook aan artikel 15 en artikel 18 een tweede lid toegevoegd dat hetzelfde bepaalt? Of, anders gezegd: Waarom een regeling gehandhaafd die zelfs door deskundigen (een ombudsman, een beklagmeerdere, een officier van justitie, een militaire kamer) niet altijd goed wordt begrepen?

¹¹⁾ Rb Arnhem 5 februari 1993, MRT 1993, p. 163, m.nt. C

¹²⁾ Zie Kamerstukken II 1996/1997, 25 454, nr. 5, p. 11.

STRAFRECHTSPRAAK

Arrondissementsrechtbank te Arnhem

Militaire kamer

Vonnis van 9 februari 2004

Voorzitter: mr. E.G. Smedema, Lid: mr. A.G. van Doorn, Militair lid: kapitein ter zee van administratie mr. P.J. Schreuder.

Handtastelijkheden in Bosnië

Militair wordt – na een feestje waarop flink ingenomen is – uit zijn slaap gewekt doordat een naakte man op hem ligt, die kennelijk doende is hem te verkrachten. Bij zijn verdediging brengt hij de aanrander ernstig letsel toe. Rb. veroordeelt ter zake van medeplegen van zware mishandeling, Hof verklaart zware mishandeling bewezen, maar ontslaat van rechtsvervolging op grond van noodweerexces. Kamergenoot wordt in eerste aanleg veroordeeld ter zake van mishandeling zwaar lichamelijk letsel ten gevolg hebbend, maar in hoger beroep vrijgesproken: hij heeft geen mishandelende gedraging verricht en kan evenmin als medepleger aangemerkt worden. Beklag tegen de aanrander is ongegrond verklaard: van (poging tot) verkrachting is onvoldoende bewijs voorhanden, terwijl vervolging ter zake van feitelijke schennis van de eerbaarheid – gelet op de letsels van de aanrander – niet opportuun is.

(Sr artt. 41 lid 2, 47 lid 1, 300; Sv art. 12)

VERKORT VONNIS

in de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen: v.K., **F.J.**, geboren op [...] te [...], [wonende] [adres] te [woonplaats], [rang], [nummer], ingedeeld bij: [indeling], raadslieden: mr. P. Reitsma, advocaat te Harderwijk en mw. mr. I.N. Kwak, advocaat te Amsterdam.

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is, na een door de rechtbank toegelaten vordering wijziging tenlastelegging, ten laste gelegd dat:

"hij op of omstreeks 23 februari 2003, te of nabij Banja Luka, althans in Bosnië-Herzegovina, ter uitvoering van het voornemen en het misdrijf om tezamen en in vereniging met een ander, althans alleen, opzettelijk M.H.E.P. van het leven te beroven, meermalen, althans een maal, (telkens) opzettelijk voornoemde P. (met kracht) heeft geschopt en/of getrapt en/of gestompt en/of geslagen en/of met de voet (met kracht) heeft gepord of geduwd en/of een (metalen) deur (met kracht) tegen het hoofd en/of het lichaam van die P. heeft geslagen en/of gestoten en/of die P. met een fles op/tegen het hoofd en/of het lichaam heeft geslagen en/of die [slachtoffer] met een flessenopener, althans met enig hard en/of scherp voorwerp, heeft gestoken en/of geprikt, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

althans, indien het vorenstaande niet tot een veroordeling leidt:

hij op of omstreeks 23 februari 2003, te of nabij Banja Luka, althans in Bosnië-Herzegovina, tezamen en in vereniging met een ander, althans alleen, aan een persoon genaamd M.H.E.P., opzettelijk zwaar lichamelijk letsel (een gebroken kaakbeen en/of een of meer gebroken ribben en/of een gebroken neusbeen en/of een longkneuzing en/of een

klaploung en/of een nierekneuzing), heeft toegebracht, door deze meermalen, althans een maal, (telkens) opzettelijk (met kracht) te schoppen en/of te trappen en/of te stompen en/of te slaan en/of met een (metalen) deur tegen het hoofd en/of het lichaam van die P. te slaan en/of te stoten en/of met een fles op/tegen het hoofd en/of het lichaam te slaan en/of die P. met een flessenopener, althans met een hard voorwerp, te steken en/of te prikken."

2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is laatstelijk op 26 januari 2004 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr. P. Reitsma, advocaat te Harderwijk en mevrouw mr. I.N. Kwak, advocaat te Amsterdam.

Als benadeelde partij heeft zich schriftelijk in het geding gevoegd M.H.E.P., wonende te [adres], die vordert dat verdachte wordt veroordeeld aan hem te betalen een bedrag van € 10.948,- aan schadevergoeding.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het primair tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 15 maanden, waarvan 5 maanden voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren met aftrek van de tijd in verzekering en voorlopige hechtenis doorgebracht.

Voorts heeft de officier van justitie gevorderd dat de inbeslaggenomen voorwerpen (spijkerbroek, riem en onderbroek) teruggegeven zullen worden aan de beslagene.

De officier van justitie heeft voorts gesteld dat de vordering van de benadeelde partij M.H.E. P. niet van zo eenvoudige aard is dat zij zich leent voor behandeling in het strafgeding. Hij vordert daarom dat de benadeelde partij niet-ontvankelijk zal worden verklaard in de vordering.

Verdachte en zijn raadsman en raadvrouw hebben het woord ter verdediging gevoerd.

2a. De ontvankelijkheid van de officier van justitie

De raadsman heeft de niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie aangevoerd, daarbij samengevat stellende:

Het onderzoek is onzorgvuldig geweest. Er dient aantoonbaar getwijfeld te worden aan een objectieve weergave door een aantal verbalisanten die in ieder geval de schijn van onvoldoende onpartijdigheid tegen zich hebben. Cliënt is op een onbehoorlijke wijze bejegend en onder druk gezet en nagelaten is (bewust of door dommigheid) om ontlastend materiaal in de vorm van de verklaring van J. (verdachte) alsmede het verzamelen van sporen bij J. (verdachte) te verzamelen die nadrukkelijk in zijn verdediging hadden kunnen worden gebruikt.

Daarmee zijn de beginselen van een behoorlijke procesorde, met name die voor wat betreft een adequate verdediging en een objectief onderzoek, met voeten getreden en naar mijn oordeel dient daar de zwaarste sanctie op te worden gezet, te weten de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie.

Uit de stukken en het onderzoek ter terechtzitting is, wanneer al hetgeen de raadsman naar voren heeft gebracht afzonderlijk dan wel in onderlinge samenhang bezien wordt, aannemelijk geworden dat op de gang van zaken tijdens het onderzoek door de Koninklijke Marechaussee hier en daar aanmerkingen kunnen worden gemaakt.

Bij de beoordeling daarvan dient evenwel in aanmerking te worden genomen, dat het onderzoek ver van Nederland en in primitieve omstandigheden moest worden uitgevoerd met een geringer potentieel aan personele en materiele middelen en infrastructuur dan in Nederland voorhanden zou zijn geweest. Mede gelet daarop is de rechtbank van oordeel, dat genoemde aanmerkingen op het onderzoek niet opleveren een ernstige schending van

de beginselen van goede procesorde of grove veronachtzaming van de belangen van verdachte of een te zeer tekortdoen aan zijn recht op een behoorlijke behandeling van zijn zaak.

De officier van justitie is daarom ontvankelijk in zijn strafvordering.

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 verdachte primair is ten laste gelegd en zal hem daarvan vrijspreken.

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

"hij op 23 februari 2003, te of nabij Banja Luka, tezamen en in vereniging met een ander aan een persoon genaamd M.H.E.P., opzettelijk zwaar lichamelijk letsel (een gebroken kaakbeen en gebroken ribben en een gebroken neusbeen en een longkneuzing en een klaplong en een nierkneuzing), heeft toegebracht, door deze meermalen opzettelijk (met kracht) te schoppen en/of te trappen en te stompen en/of te slaan en met een (metalen) deur tegen het hoofd van die P. te slaan en/of te stoten en met een fles op/tegen het hoofd te slaan en die P. met een flessenopener te steken en/of te prikken."

Hetgeen verdachte subsidiair meer of anders is ten laste gelegd 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:

"medeplegen van zware mishandeling",

voorzien en strafbaar gesteld bij artikel 302, eerste lid, juncto artikel 47 van het Wetboek van Strafrecht.

Het feit is strafbaar.

5. De strafbaarheid van verdachte

Over verdachte is een multidisciplinair rapport opgemaakt door drs. H.M.J. Vandenboorn, gezondheidszorgpsycholoog BIG te Amersfoort, en drs. I. Hazemeijer, arts en kolonel-arts R.J.M. Mooren, psychiater en hoofd afdeling Forensische en Sociale Psychiatrie, respectievelijk gedateerd 19 mei 2003 en 13 mei 2003, waarin zij concluderen:

– drs. Vandenboorn: Betrokkene was ten tijde van het tenlastegelegde niet lijdende aan een ziekelijke stoornis en/of gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens. Er zijn geen redenen om aan te nemen dat betrokkene in algemene zin niet in staat was zijn gedrag bewust en weloverwogen te reguleren. Binnen het kader van de onderhavige onderzoeksvraagstelling kan betrokkene ten aanzien van het tenlastegelegde, indien bewezen, als niet relevant verminderd toerekeningsvatbaar beschouwd worden.

– drs. Hazemeijer en kolonel-arts Mooren: Ten tijde van het tenlastegelegde was er geen sprake van een ziekelijke stoornis, noch van een gebrekkige ontwikkeling der geestvermogens. Betrokkene kan dan ook als normaal toerekeningsvatbaar worden beschouwd.

De militaire kamer verenigt zich met die conclusies inzake de toerekeningsvatbaarheid

en maakt die tot de hare.

Overeenkomstig deze conclusie kan niet worden gezegd dat verdachte niet strafbaar is.

De raadsman heeft aangevoerd dat verdachte uit noodweer heeft gehandeld nadat hij werd aangerand en de in de tenlastelegging P. hem probeerde te verkrachten waarbij P. zijn arm gebruikte om het hoofd van verdachte naar beneden te houden. Daarnaast heeft P. verdachte tegen diens rechterbeen getrapt en weigerde hij, ondanks herhaalde verzoeken, de corimec te verlaten.

De raadsman heeft in het kader van dit verweer verder nog het volgende aangevoerd. Dat verdachte met zijn ogen dicht P. in bed net zolang slaat totdat P. uit bed is verdwenen, is een gerechtvaardigde reactie op de ogenblikkelijke aanranding die hem ten deel is gevallen. Het zijn deze klappen die het gezicht van P. danig doet bloeden zoals we op de foto hebben gezien. Dit is consistent met de bloedsporen op de lakens, immers P. komt vanaf dat moment niet meer op het bed. Op het moment dat P. op de grond ligt, verdachte inmiddels zijn spijkerbroek heeft aangetrokken en naar P. toeloopt, trapt P. en weigert bovendien te zeggen wie hij is. Ook weigert P. weg te gaan uit de corimec. Hij vormt daardoor nog steeds een ernstige bedreiging van verdachte en die reageert door te slaan en te schoppen en slaat vervolgens een flesje stuk op het hoofd van P.

De klap met het flesje is mogelijkwerwijs een te zwaar middel van reactie nu P. op dat moment op de grond ligt. Naar mijn mening ligt dat op de grens of is zelfs een overschrijding van de grens van een proportionele reactie. Het is een reactie die direct voortvloeit uit de hevige gemoedstoestand die op haar beurt weer het rechtstreekse gevolg is van aanranding van verdachte door P. Verdachte gaat door het lint, de Map met het flesje maakt daarvan onderdeel uit. De voortgezette mishandeling is dan ook naar mijn stellige overtuiging een evidente noodweerexcès-situatie, aldus de raadsman.

Met betrekking tot het beroep op noodweer/noodweerexcès overweegt de militaire kamer het volgende. Voldoende vast is komen te staan, dat P. zich op een gegeven moment ongekleed bevond op de kamer waar verdachte en K. [medeverdachte, *Red.*] zich toen ook bevonden. Gelet op de verklaring van verdachte kan aannemelijk worden geacht dat verdachte zich met geweld keerde tegen de ongeklede, dronken P. – die niets op die kamer te zoeken had – en dat die P. daardoor, wellicht reeds enigermate gewond, naast het bed van verdachte terechtgekomen is. Tot dat moment kan noodweer aanwezig worden geacht. Of P. de verdachte hiervoor op enige wijze seksueel heeft benaderd is niet aannemelijk geworden, aangezien dit alleen de verklaring is van de verdachte.

Toen verdachte het licht had aangedaan, zijn spijkerbroek had aangetrokken, door zijn schreeuwen de aandacht van [medeverdachte] had getrokken en P. tegen het bed kon zien zitten, was gevaar van de kant van P. geweken. Door de gebeurtenissen tot dat moment en de verklaring van verdachte, dat P. hem schopte, kan aannemelijk worden geacht, dat dat is gebeurd. Niet aannemelijk is echter dat de dronken P., die op de grond zat en kennelijk niet overeind kwam, zo'n bedreiging voor verdachte is geweest dat verdachte niets anders kon dan P. opnieuw slaan of stompen, schoppen, met een fles op het hoofd slaan, met een flessenopener prikken en met de deur tegen het hoofd slaan. Verdachte had zich immers buiten het bereik van P. kunnen begeven. Nu ook eerdere seksuele benadering niet aannemelijk is, was er voor hem ook geen rechtvaardiging om het geweld tegenover P. voort te zetten door een hevige gemoedsbeweging, die het gevolg van een seksueel delict kan zijn. Het beroep op noodweer c.q. noodweerexcès wordt derhalve verworpen.

Er is voorts ook geen andere omstandigheid aannemelijk geworden die de strafbaarheid van verdachte geheel uitsluit. Verdachte is dus strafbaar.

6. De motivering van de sanctie(s)

Bij de beslissing over de straf heeft de rechtbank rekening gehouden met:

- de aard en de ernst van het bewezenverklaarde en de omstandigheden waaronder dit is begaan;
- de persoon en de persoonlijke omstandigheden van verdachte, waarbij onder meer is gelet op:
 - het uittreksel uit het algemeen documentatieregister betreffende verdachte, gedateerd 15 mei 2003;
 - een adviesrapport van de Reclassering Nederland, arrondissement Utrecht, gedateerd 24 april 2003, betreffende verdachte;
 - het hier voor onder 5 vermelde multidisciplinair rapport opgemaakt door drs. H.M.J. Vandenboom, gezondheidszorgpsycholoog BIG te Amersfoort, en drs. I. Hazemeijer, arts en kolonel-arts R.J.M. Mooren, psychiater en hoofd afdeling Forensische en Sociale Psychiatrie, respectievelijk gedateerd 19 mei 2003 en 13 mei 2003.

De militaire kamer overweegt in het bijzonder het navolgende. Verdachte heeft samen met een kamergenoot een binnengedrongen militair ernstig mishandeld, waardoor deze militair ernstig letsel heeft opgelopen en gedurende geruime tijd geen dienst heeft kunnen verrichten. De militaire kamer houdt rekening met het feit dat dit letsel vrijwel geheel voor rekening van verdachte komt. Oplegging van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf is daarom een passend sanctie.

Nu verdachte van het primair tenlastegelegde wordt vrijgesproken is de militaire kamer van oordeel dat oplegging van een lagere straf dan door de officier van justitie gevorderd op zijn plaats is.

De militaire kamer is van oordeel dat de grondslag voor de voorlopige hechtenis van verdachte thans niet meer aanwezig is. De met ingang van 2 mei 2003 te 10.00 uur geschorste voorlopige hechtenis zal daarom worden opgeheven.

De militaire kamer is van oordeel dat de inbeslaggenomen en nog niet teruggegeven voorwerpen aan de rechthebbende(n) zullen moeten worden teruggegeven

6a. De beoordeling van de civiele vordering

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.

De militaire kamer zal de benadeelde partij M.H.E.P. niet-ontvankelijk verklaren in de vordering omdat deze niet van eenvoudige aard is.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is, behalve op de hiervoor genoemde wettelijke voorschriften, gegrond op de artikelen 10, 14a, 14b, 14c en 27 van het Wetboek van Strafrecht.

[Volgt: Veroordeling tot tien maanden gevangenisstraf met aftrek, waarvan drie maanden voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar. – *Red.*]

Arrondissementsrechtbank te Arnhem

Militaire kamer

Vonnissen van 9 februari 2004

Voorzitter: mr. E.G. Smedema, *Lid:* mr. A.G. van Doorn, *Militair lid:* kapitein ter zee van administratie mr. P.J. Schreuder.

VERKORT VONNIS

in de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen: K., R.-J., geboren op [...] te [...], [wonende] [adres] te [woonplaats], [rang], [nummer], ingedeeld bij: [indeling], raadsman: mr. R.A. Scherpenhuysen, advocaat te Harderwijk.

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is, na een door de militaire kamer toegelaten vordering wijziging tenlastelegging, ten laste gelegd dat:

"hij op of omstreeks 23 februari 2003, te of nabij Banja Luka, althans in Bosnië-Herzegovina, ter uitvoering van het voornemen en het misdrijf om tezamen en in vereniging met een ander, althans alleen, opzettelijk M.H.E.P. van het leven te beroven, meermalen, althans een maal, (telkens) opzettelijk voornoemde P. (met kracht) heeft geschopt en/of getrapt en/of gestompt en/of geslagen en/of met de voet (met kracht) heeft gepord of geduwd en/of een (metalen) deur (met kracht) tegen het hoofd en/of het lichaam van die P. heeft geslagen en/of gestoten en/of die P. met een fles op/tegen het hoofd en/of het lichaam heeft geslagen en/of die P. met een flessenopener, althans met enig hard en/of scherp voorwerp, heeft gestoken en/of geprikt, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

althans, indien het vorenstaande niet tot een veroordeling leidt:

hij op of omstreeks 23 februari 2003, te of nabij Banja Luka, althans in Bosnië-Herzegovina, tezamen en in vereniging met een ander, althans alleen, aan een persoon genaamd M.H.E.P., opzettelijk zwaar lichamelijk letsel (een gebroken kaakbeen en/of een of meer gebroken ribben en/of een gebroken neusbeen en/of een longkneuzing en/of een klaplong en/of een nierkneuzing), heeft toegebracht, door deze meermalen, althans een maal, (telkens) opzettelijk (met kracht) te schoppen en/of te trappen en/of te stompen en/of te slaan en/of met een (metalen) deur tegen het hoofd en/of het lichaam van die P. te slaan en/of te stoten en/of met een fles op/tegen het hoofd en/of het lichaam te slaan en/of die P. met een flessenopener, althans met een hard voorwerp, te steken en/of te prikken;

meer subsidiair:

hij op of omstreeks 23 februari 2003, te of nabij Banja Luka, althans in Bosnië-Herzegovina, tezamen en in vereniging met een ander, althans alleen, opzettelijk mishandelend een persoon (te weten M.H.E.P.), heeft geschopt en/of getrapt en/of gestompt en/of geslagen en/of met de voet (met kracht) heeft gepord of geduwd, tengevolge waarvan deze zwaar lichamelijk letsel (gebroken kaakbeen en/of een of meer gebroken ribben en/of een gebroken neusbeen en/of een longkneuzing en/of een klaplong en/of een nierkneuzing), althans enig lichamelijk letsel, heeft bekomen en/of pijn heeft ondervonden."

2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is laatstelijk op 26 januari 2004 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr. R.A. Scherpenhuysen, advocaat te Harderwijk.

Als benadeelde partij heeft zich schriftelijk in het geding gevoegd M.H.E.P., wonende te [adres], die vordert dat verdachte wordt veroordeeld aan hem te betalen een bedrag van € 10.948,- aan schadevergoeding.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het primair en subsidiair tenlastegelegde zal worden vrijgesproken en ter zake van het meer subsidiair tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 40 dagen onvoorwaardelijk met aftrek van de tijd in verzekering en voorlopige hechtenis doorgebracht.

De officier van justitie heeft voorts gesteld dat de vordering van de benadeelde partij M.H.E.P. niet van zo eenvoudige aard is dat zij zich leent voor behandeling in het strafgeding. Hij vordert daarom dat de benadeelde partij niet-ontvankelijk zal worden verklaard in de vordering.

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 verdachte primair en subsidiair is ten laste gelegd en zal hem daarvan vrijspreken. De militaire kamer is van oordeel dat met name niet is bewezen dat verdachte de opzet (ook niet in voorwaardelijke zin) had om het latere slachtoffer van het leven te beroven noch deze zwaar lichamelijk letsel toe te brengen.

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

"hij op 23 februari 2003, te of nabij Banja Luka, tezamen en in vereniging met een ander opzettelijk mishandelend een persoon (te weten M.H.E.P., heeft geschopt en/of getrapt en gestompt en/of geslagen en met de voet heeft gepord of geduwd, tengevolge waarvan deze zwaar lichamelijk letsel (gebroken kaakbeen en gebroken ribben en een gebroken neusbeen en een longkneuzing en een klaplong en een nierkneuzing), heeft bekomen en pijn heeft ondervonden."

De militaire kamer is van oordeel dat verdachte, nadat hij door de medeverdachte v.K. was gewekt deze medeverdachte heeft geassisteerd bij het mishandelen en het naar buiten werken van de in het slaapverblijf aangetroffen man. Verdachte had zich bewust moeten zijn van de mishandeling die het slachtoffer onderging en die zich voor zijn ogen voltrok. Verdachte heeft zich daarvan niet gedistantieerd aangezien hij, tijdens die mishandeling opstond van zijn bed, zich aankleedde en kon aanschouwen hoe een en ander verliep; pas later heeft hij gezegd tegen zijn medeverdachte ermee op te houden. Toen deze dit niet deed heeft verdachte niet ingegrepen.

Aan het eind van hetgeen het slachtoffer is overkomen heeft verdachte met zijn medeverdachte samengewerkt door het slachtoffer met de voet te porren en te trachten hem buiten het slaapverblijf te werken waarbij de medeverdachte de deur tegen het hoofd van het slachtoffer sloeg of stootte.

Door te handelen als verdachte heeft gedaan heeft hij het feit medegepleegd en kan hij tot op zekere hoogte ook verantwoordelijk worden geacht voor de aan het slachtoffer toegebrachte letsels.

Hetgeen verdachte meer subsidiair meer of anders is ten laste gelegd 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.

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:

"medeplegen van mishandeling terwijl het feit zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft",

voorzien en strafbaar gesteld bij artikel 300, eerste lid in verband met het tweede lid, juncto artikel 47 van het Wetboek van Strafrecht.

Het feit is strafbaar.

5. De strafbaarheid van verdachte

Over verdachte is een rapport opgemaakt door drs. H.M.J. Vandenboorn, gezondheidszorgpsycholoog BIG te Amersfoort, gedateerd 19 mei 2003, waarin hij concludeert dat verdachte ten tijde van het plegen van het tenlastegelegde feit niet lijdende was aan een ziekelijke stoornis dan wel gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens.

De militaire kamer verenigt zich met die conclusie en maakt die tot de hare. Overeenkomstig deze conclusie kan niet worden gezegd dat verdachte niet strafbaar is. Er is voorts ook geen andere omstandigheid aannemelijk geworden die de strafbaarheid van verdachte geheel uitsluit. Verdachte is dus strafbaar.

6. De motivering van de sanctie(s)

Bij de beslissing over de straf heeft de militaire kamer rekening gehouden met:

– de aard en de ernst van het 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 15 mei 2003;

– een voorlichtingsrapportage van de Reclassering Nederland, Unit I Arnhem, gedateerd 23 mei 2003, betreffende verdachte;

– het hiervoor onder 5 vermelde rapport opgemaakt door drs. H.M.J. Vandenboorn, gezondheidszorgpsycholoog BIG te Amersfoort, gedateerd 19 mei 2003.

De militaire kamer overweegt in het bijzonder het navolgende. Verdachte heeft samen met een ander een persoon dusdanig mishandeld dat deze zwaar gewond raakte. Dit is een ernstig feit omdat verdachte voor het toegebrachte letsel tot op zekere hoogte mede verantwoordelijk is. De militaire kamer houdt er rekening mee dat de toegebrachte letsels vrijwel geheel zijn toegebracht door de medeverdachte.

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 onvoorwaardelijke gevangenisstraf van na te melden duur.

De militaire kamer is van oordeel dat de grondslag voor de voorlopige hechtenis van verdachte thans niet meer aanwezig is. De met ingang van 4 april 2003 te 12.00 uur geschorste voorlopige hechtenis zal daarom worden opgeheven.

6a. De beoordeling van de civiele vordering

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.

De militaire kamer zal de benadeelde partij M.H.E.P. niet-ontvankelijk verklaren in de vordering omdat deze niet van eenvoudige aard is.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is, behalve op de hiervoor genoemde wettelijke voorschriften, gegrond op de artikelen 10 en 27 van het Wetboek van Strafrecht.

[Volgt: Veroordeling tot één maand gevangenisstraf met aftrek. – *Red.*]

Gerechtshof te Arnhem

Beschikking van 19 oktober 2004

Voorzitter: mr. Rutgers van der Loeff, Raadsheer: mr. Roessingh-Bakels, Militair lid: brigadegeneraal mr. In 't Veld.

BESCHIKKING

inzake F.J.v.K., wonende te [...] te dezen vertegenwoordigd door mr. P. Reitsma, klager, tegen M.H.E.P., wonende te [...], beklaagde.

Namens klager is op 11 juni 2004 schriftelijk beklag gedaan over de beslissing van de officier van justitie te Arnhem om tegen beklaagde geen strafvervolgning in te stellen. Dit klaagschrift is op 18 juni 2004 ter griffie van dit hof ingekomen.

Het hof heeft kennis genomen van het ambtsbericht van de officier van justitie te Arnhem, dat de instemming heeft van de hoofdofficier van justitie, het advies van de advocaat-generaal en de overige op deze zaak betrekking hebben stukken.

De zaak is in raadkamer van dit hof op 5 oktober 2004 in aanwezigheid van de advocaat-generaal behandeld, waarbij klagers raadsman en beklaagde zijn verschenen en gehoord.

Het beklag

Klager heeft op 28 februari 2003 aangifte gedaan van aanranding en poging tot verkrachting, gepleegd door beklaagde op 23 februari 2003 te Banja Luka (Bosnië). Hij heeft ten overstaan van de politie als volgt verklaard. In de nacht van 23 februari 2003 is klager na een feestje in een licht aangeschoten toestand gaan slapen. Als hij later die nacht wakker wordt, merkt hij dat een naakt persoon op zijn ontklede lichaam ligt. Deze voor klager onbekende persoon, naar later blijkt beklaagde, probeert seksuele handelingen met hem te verrichten. Klager is volgens eigen zeggen met zijn ondergoed aan gaan slapen.

Op een gegeven moment heeft beklaagde klager tegen zijn rechterbovenbeen geschopt. Klager heeft beklaagde vervolgens meermalen geslagen en geschopt en met een flessenopener een aantal malen geprikt. Hij heeft naar eigen zeggen uit angst gehandeld en met het doel beklaagde uit zijn slaapvertrek te verwijderen. Ten gevolge van dit incident is beklaagde in verband met het door hem opgelopen letsel opgenomen in een ziekenhuis.

Beklaagde is op de aangifte gehoord. Hij heeft ten overstaan van de politie en tijdens de behandeling in raadkamer verklaard dat hij zich in het geheel niet kan herinneren wat zich de bewuste nacht in de prefab-kamer van klager en diens kamergenoot heeft voorgedaan

omdat hij zich in een dronken toestand bevond.

Klager is op 5 april 2004 door de officier van justitie bericht dat besloten is beklagde niet te vervolgen aangezien er sprake is van onvoldoende wettig en overtuigend bewijs en/of beklagde door de gevolgen onevenredig zwaar is getroffen.

Beoordeling van het beklag

Klager kan als rechtstreeks belanghebbende worden beschouwd en is derhalve in zoverre ontvankelijk in zijn beklag.

Klager stelt dat beklagde een poging heeft gedaan hem te verkrachten middels anale penetratie. Naast de stellingen van klager is genoegzaam komen vast te staan dat beklagde zich ernstig onder invloed van alcohol en ongekleed in de corimec van klager heeft bevonden. Met betrekking tot de vraag of klager en beklagde zich op hetzelfde moment in het bed van klager hebben bevonden en de vraag of klager al dan niet op enig moment geheel ontkleed is geraakt, bevat het strafdossier diverse tegenstrijdige verklaringen. Ook de diverse verklaringen van klager zelf getuigen niet van een overtuigende consistentie, in het bijzonder met betrekking tot de vraag of van den beginne af door klager bij zijn aangifte en daarop gevolgde verhoren duidelijk is gemaakt dat zijns inziens sprake was van enige ernstige seksuele handeling van de kant van beklagde.

Het hof is als gevolg daarvan van oordeel dat geen wettig en overtuigend bewijs aanwezig is van de gestelde poging tot verkrachting. Tevens zal naar het oordeel van het hof nader bewijs niet alsnog verkregen kunnen worden nu het onderzoek omvangrijk en uitputtend lijkt te zijn geweest.

Voor zover de klacht betreft het niet strafrechtelijk vervolgen van beklagde wegens ten opzichte van klager gepleegde schennis der eerbaarheid, is het hof van oordeel dat genoegzaam is komen vast te staan dat beklagde zich geheel ontkleed heeft bevonden in de directe nabije aanwezigheid van klager, en wel diens ondanks. Met de officier van justitie is het hof echter van oordeel dat een vervolging voor dat feit niet opportuun is, gelet op het feit dat beklagde reeds is getroffen door de gevolgen daarvan in de vorm van ernstige, hem door klager toegebrachte verwondingen.

[Volgt: Afwijzing van het beklag. – Red.]

Gerechtshof te Arnhem

Militaire kamer

Arrest van 9 maart 2005

Voorzitter: mr. Van den Heuvel, *Lid:* mr. Coster van Voorhout, *Militair lid:* commandeur (A) (tit.) mr. Van Seventer.

ARREST

gewezen op het hoger beroep, ingesteld tegen het vonnis van de militaire kamer in de rechtbank te Arnhem van 9 februari 2004 in de strafzaak tegen: F.J.v.K., geboren te [...] op [...], wonende te [...].

Het hoger beroep

De verdachte en de officier van justitie hebben tegen voormeld vonnis hoger beroep ingesteld.

Onderzoek van de zaak

Dit arrest is gewezen naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting van het hof van 23 februari 2005 en, overeenkomstig het bepaalde bij artikel 422 van het Wetboek van Strafvordering, het onderzoek op de terechtzitting in eerste aanleg.

Het hof heeft kennis genomen 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.

Het vonnis waarvan beroep

Het hof zal het vonnis, waarvan beroep, vernietigen nu het tot een andere beslissing over de strafbaarheid komt en daarom opnieuw recht doen.

De tenlastelegging

[Zie voor de – gewijzigde – tenlastelegging het hiervoor weergegeven vonnis van de rechtbank. – *Red.*]

Ontvankelijkheid van het openbaar ministerie

Het hof is van oordeel dat inderdaad, zoals door de verdediging is aangevoerd, het opsporingsonderzoek door de Koninklijke Marechaussee te eenzijdig op het vaststellen van de schuld van verdachte gericht is geweest. In het opsporingsonderzoek is volstrekt onvoldoende aandacht besteed aan de reeds in een zeer vroeg stadium afgelegde verklaring van verdachte, dat hij door de aangever P. seksueel benaderd zou zijn. Deze verklaring vond steun in de eveneens vanaf de aanvang bekende omstandigheid, dat P. zich geheel ontkleed op het bed van de verdachte heeft bevonden. Door in het opsporingsonderzoek onvoldoende aandacht te besteden aan mogelijk ontlastende omstandigheden wordt te kort gedaan aan het doel van dat onderzoek, namelijk (uiteindelijk) de rechter in staat te stellen bij zijn oordeel alle relevante omstandigheden te betrekken. Dat het onderzoek ter plaatse onder moeilijker omstandigheden zou moeten worden uitgevoerd dan in Nederland acht het hof niet maatgevend. Het gaat niet zozeer om de breedte (kwantiteit) van het onderzoek als wel om de diepte (kwaliteit) daarvan. Bovendien waren zowel verdachte als zijn medeverdachte en aangever P. binnen de kortste keren overgebracht naar Nederland.

Naar het oordeel van het hof brengt het bovenstaande echter niet met zich, dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk verklaard moet worden in zijn vervolging. Er is niet sprake van dusdanig ernstige inbreuken op de beginselen van een behoorlijke procesorde, dat daardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van verdachte te kort is gedaan aan een eerlijke behandeling van de zaak. Het beroep op niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de strafvervolging wordt daarom verworpen.

Vrijspraak

Het hof heeft uit het onderzoek ter terechtzitting niet door de inhoud van wettige bewijsmiddelen de overtuiging bekomen, dat verdachte het primair ten laste gelegde heeft begaan, zodat verdachte daarvan behoort te worden vrijgesproken.

Bewezenverklaring

Door wettige bewijsmiddelen, waarin zijn vervat de redengevende feiten en omstandigheden waarop de bewezenverklaring steunt, heeft het hof de overtuiging gekregen en acht

het hof wettig bewezen, dat verdachte het subsidiair ten laste gelegde heeft begaan, met dien verstande dat:

"hij op 23 februari 2003, te of nabij Banja Luka, aan een persoon genaamd M.H.E.P., opzettelijk zwaar lichamelijk letsel (een gebroken kaakbeen en gebroken ribben en een gebroken neusbeen en een longkneuzing en een klaplong en een nierkneuzing), heeft toegebracht, door deze meermalen opzettelijk (met kracht) te schoppen en/of te trappen en te stompen en/of te slaan en met een deur tegen het hoofd van die P. te slaan en/of te stoten en met een fles op/tegen het hoofd te slaan en die P. met een flessenopener te steken en/of te prikken."

Het hof acht niet bewezen hetgeen verdachte meer of anders is ten laste gelegd dan hierboven is bewezen verklaard, zodat deze daarvan behoort te worden vrijgesproken.

Het hof is van oordeel dat er in casu geen sprake is van medeplegen van het bewezenverklarde feit door verdachte. Medeplegen veronderstelt bewuste samenwerking en gezamenlijke uitvoering. Deze vereiste bewuste samenwerking houdt in dat de medeplegers met opzet samenwerken tot het verrichten van de delictueuze gedraging. Uit hetgeen uit de stukken en ter terechtzitting naar voren is gekomen, is het hof van oordeel dat dat opzet niet aan aannemelijk is geworden.

Strafbaarheid van het bewezenverklarde

Het bewezene levert op het misdrijf:

(ten aanzien van het subsidiair bewezenverklarde:)

zware mishandeling

Strafbaarheid van de verdachte

Het hof acht de verklaring van verdachte, dat hij, voorafgaand aan de mishandeling, door P. seksueel benaderd is, aannemelijk. Zijn verklaringen op dit punt zijn consistent en in overeenstemming te brengen met de feitelijke situatie in de corimec. Bovendien wordt het relaas van verdachte ondersteund door de overgelegde gedragskundige rapportages. Door het gebrekkige opsporingsonderzoek zijn ook geen feiten en omstandigheden naar voren gekomen, die zouden kunnen afdoen aan verdachtes lezing; in zoverre strekt dit dus in zijn voordeel.

Er moet daarom van worden uitgegaan dat verdachte wakker werd doordat een voor hem onbekende, naakte man boven op hem lag die hem met zijn penis anaal penetreerde of pogingen daartoe deed. Er was derhalve sprake van een noodweersituatie, immers van een ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding door P. van het lijf en de eerbaarheid van de verdachte. Verdachte verdedigde zich tegen bedoelde aanranding. Hij heeft daarbij P. (meermalen) geslagen en geschopt om hem van zijn bed af te krijgen, waarin hij uiteindelijk slaagde. Het hof acht aannemelijk dat verdachte – daarna – nog zo geëmotioneerd is gebleven door de voor hem zeer verwerpelijke gedraging van P., dat hij direct daarna, nadat P. op de vloer tegen zijn, verdachtes, bed aan lag, deze nog (met een fles) heeft geslagen, hem heeft geschopt en hem met een flesopener heeft geprikt of gestoken. Daarmee heeft verdachte weliswaar de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit en daarmee de grenzen van de noodzakelijke verdediging overschreden, doch heeft hij wel gehandeld op grond van een nog aanwezige hevige gemoedsbeweging (uit angst of radeloosheid) die direct door die bedoelde aanranding werd veroorzaakt.

Om die reden komt het hof tot de conclusie dat verdachte niet strafbaar is omdat hij gehandeld heeft in de situatie van noodweerecces als bedoeld in artikel 41, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht. Verdachte is derhalve niet strafbaar en dient te worden ont-

slagen van alle rechtsvervolging.

De vordering van de benadeelde partij M.H.E.P.

De benadeelde partij heeft in eerste aanleg een vordering tot schadevergoeding ten bedrage van € 10.948,- (bestaande uit \$4.428,- en € 6.520,64) ingesteld. Deze vordering is bij het vonnis waarvan beroep niet toegewezen. De benadeelde partij heeft zich in hoger beroep opnieuw gevoegd voor het bedrag van haar oorspronkelijke vordering.

Nu verdachte ter zake van het ten laste gelegde handelen waardoor de gestelde schade veroorzaakt zou zijn, niet schuldig wordt verklaard, kan de benadeelde partij in haar vordering niet worden ontvangen.

Toepasselijke wettelijke voorschriften

Het hof heeft gelet op de artikelen 41 en 302 van het Wetboek van Strafrecht.

[Volgt: Ontslag van alle rechtsvervolging. – Red.]

Gerechtshof te Arnhem

Militaire kamer

Arrest van 9 maart 2005

Voorzitter: mr. Van den Heuvel, *Lid:* mr. Coster van Voorhout, *Militair lid:* commandeur (A)(tit.) mr. Van Seventer.

ARREST

gewezen op het hoger beroep, ingesteld tegen het vonnis van de militaire kamer in de rechtbank te Arnhem van 9 februari 2004 in de strafzaak tegen: R.-J.K., geboren te [...], wonende te [...].

Het hoger beroep

Dit arrest is gewezen naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting van het hof van 23 februari 2005 en, overeenkomstig het bepaalde bij artikel 422 van het Wetboek van Strafvordering, het onderzoek op de terechtzitting in eerste aanleg.

Het hof heeft kennis genomen 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.

Het vonnis waarvan beroep

Het hof zal het vonnis, waarvan beroep, vernietigen nu het tot een andere bewijsbeslissing komt en daarom opnieuw recht doen.

De tenlastelegging

[Zie voor de – gewijzigde – tenlastelegging het hiervoor weergegeven vonnis van de rechtbank. – Red.]

Vrijspraak

Het hof heeft uit het onderzoek ter terechtzitting niet door de inhoud van wettige bewijsmiddelen de overtuiging bekomen, dat verdachte het primair, subsidiair en meer subsidiair

ten laste gelegde heeft begaan, zodat verdachte daarvan behoort te worden vrijgesproken.

Het hof is van oordeel dat geen sprake is van medeplegen van een der ten laste gelegde feiten door verdachte. Medeplegen veronderstelt bewuste samenwerking en gezamenlijke uitvoering. Deze vereiste bewuste samenwerking houdt in dat de medeplegers met opzet samenwerken tot het verrichten van de delictueuze gedraging. Uit hetgeen uit de stukken en ter terechtzitting naar voren is gekomen, is het hof van oordeel dat dat opzet niet aanmerkelijk is geworden.

Het hof neemt daarbij in aanmerking dat verdachte zich ten tijde van het delict tezamen met zijn kamergenoot, v.K., in hun slaapvertrek (corimec) bevond. Verdachte werd wakker en zag dat v.K. een op de grond liggende naakte man sloeg en schopte. Het hof is van oordeel dat het, gelet op de beperkte ruimte in de corimec en de plaats waar verdachte zich ten opzichte van v.K. en het slachtoffer bevond, voor verdachte niet mogelijk was om zich van hetgeen zich daar toen voordeed, te distantiëren.

Verdachte, die net ontwaakt was, wilde – zo verklaarde hij ter terechtzitting – een einde maken aan dit geweld. Hij heeft toen, door het slachtoffer met zijn voet een por te geven, getracht hem de corimec uit te werken.

Met betrekking tot dit porren met de voet door verdachte is het hof van oordeel, dat niet gesteld kan worden dat dit een mishandelende gedraging is, die tot pijn of letsel, laat staan zwaar lichamelijk letsel, van het slachtoffer kan hebben geleid.

De vordering van de benadeelde partij M.H.E.P.

De benadeelde partij heeft in eerste aanleg een vordering tot schadevergoeding ten bedrage van \$ 4.428,- en € 6.520,64 ingesteld. Deze vordering is bij het vonnis waarvan beroep niet toegewezen. De benadeelde partij heeft zich in hoger beroep opnieuw gevoegd voor het bedrag van haar oorspronkelijke vordering.

Nu verdachte ter zake van het ten laste gelegde handelen waardoor de gestelde schade veroorzaakt zou zijn, niet schuldig wordt verklaard, kan de benadeelde partij in haar vordering niet worden ontvangen.

[Volgt: Vrijspraak. - Red.]

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep

2 december 2004

0214130 + 0412569 MAW

Voorzitter: mr. J.C.F. Talman; *leden:* mr. A. Beuker-Tilstra en mr. J.Th. Wolleswinkel

Re niet ondubbelzinnige toezegging

Aan een BBT-er - met ingang van 2 april 1990 aangesteld bij de Koninklijke Luchtmacht en bestemd voor de functie van helikoptervlieger - was de schriftelijke mededeling gedaan dat hem, na beëindiging van de op hem rustende dienverplichting, een aanstellingspremie zou worden uitbetaald ten bedrage van 25% van het gedurende de periode van aanstelling 'werkelijk ontvangen inkomen'. Toen het zover was, werd aan hem een premie toegekend ten bedrage van 25% van de door hem over de periode 2 april 1990 - 12 februari 2001 genoten bezoldiging. Dit hield in dat met de toegekende toelagen, waaronder de vliegtoelage, geen rekening werd gehouden. Toen de gewezen BBT-er tegen dit (na bezwaar gehandhaafde) besluit beroep instelde, verklaarde de eerste rechter het beroep gegrond. De rechtbank volgde de gewezen BBT-er in diens stelling dat hij er, gelet op de brief van de minister, op mocht vertrouwen dat alle betaalde loonbestanddelen bij de berekening van de premie zouden worden meegenomen. De Centrale Raad van Beroep oordeelde echter anders. Vast staat en ook door partijen wordt niet betwist, aldus de Raad, dat de berekening van de toegekende premie in overeenstemming is geschied met de toepasselijke regelgeving. Ter beantwoording staat dus de vraag of de gewezen BBT-er; in afwijking van de regelgeving, aanspraak kon maken op een premie, berekend op een wijze als door hem geclaimd. Naar het oordeel van de Raad dienden in een dergelijk geval strenge eisen te worden gesteld. 'Waar gedaagde (de gewezen BBT-er) zich in dit geval heeft beroepen op bij hem door de brief van 26 maart 1991 gewekt vertrouwen, moet het in die brief gestelde kunnen worden aangemerkt als een ondubbelzinnige en ongeclausuleerde toezegging, wil afwijking van de wettelijke regels te rechtvaardigen zijn', aldus de Raad. Van een zodanige toezegging achtte de Raad geen sprake.

(Vertrouwensbeginsel)

UITSpraak

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

Z. Ontstaan en loop van het geding

Namens appellant is op de daartoe bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 3 juni 2002, nr. AWB 0114215 MAWKLK, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Op 31 oktober 2002 heeft appellant ter uitvoering van de aangevallen uitspraak een nieuw besluit op bezwaar genomen.

Het geding is behandeld ter zitting van 21 oktober 2004, waar namens appellant zijn verschenen drs. M. Koopman en H.J. Windgassen, beiden werkzaam bij het Ministerie van Defensie. Voor gedaagde is verschenen mr. A. Tel, werkzaam bij de stichting Rechtsbij-

stand te Tilburg.

II. Motivering

1. Voor een uitgebreidere weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. De Raad volstaat met het volgende.

1.1. Bij brief van 26 maart 1991 heeft de Minister van Defensie gedaagde bericht dat hij met ingang van 2 april 1990 alsnog voor bepaalde tijd wordt aangesteld als beroepsmilitair in de stand van soldaat bij de Koninklijke Luchtmacht, bestemd voor de functie van officier helikoptervlieger. In deze brief is voorts vermeld dat aan deze functie een aanstellingspremie is verbonden, welke na beëindiging van de dienverplichting zal worden uitbetaald. Dienaangaande is in de brief nog de volgende zin opgenomen: 'Het berekeningspercentage bedraagt 25% van het werkelijk ontvangen inkomen gedurende de periode van aanstelling.'

1.2. Bij koninklijk besluit van 6 februari 2001 is gedaagde met ingang van 13 februari 2001 voor onbepaalde tijd aangesteld bij het beroepspersoneel van de Koninklijke Luchtmacht. Bij besluit van 5 maart 2001 heeft appelland gedaagde medegedeeld dat hij gezien deze laatste aanstelling over de periode van 2 april 1990 tot en met 12 februari 2001 aanspraak verkrijgt op een premie als bedoeld in de Regeling aanstellingspremie Klu-militairen. Appellant heeft de premie op grond van de toepasselijke regelgeving, als in het bestreden besluit weergegeven, bepaald op 25% van de totale bezoldiging van gedaagde in genoemde periode. De gedaagde toegekende toelagen, waaronder de vliegtelage, zijn daarbij niet tot de bezoldiging gerekend.

1.3. Bij besluit van 25 oktober 2001 heeft appelland, beslissende op het door gedaagde tegen het besluit van 5 maart 2001 gemaakte bezwaar, dit besluit gehandhaafd.

2. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het besluit van 25 oktober 2001 vernietigd en appelland opgedragen een nieuw besluit te nemen met inachtneming van hetgeen in die uitspraak is overwogen, met bijkomende beslissingen inzake vergoeding van griffierecht en proceskosten. De rechtbank heeft daartoe overwogen dat zij gedaagde volgt in zijn stelling dat hij er, gelet op hetgeen in de onder 1.1. genoemde aanstellingsbrief van 26 maart 1991 terzake is vermeld, op mocht vertrouwen dat alle daadwerkelijk betaalde loonbestanddelen meegenomen zouden worden bij de berekening van de aanstellingspremie. Door in die brief gebruik te maken van een van de term bezoldiging afwijkende term (namelijk: inkomen) die een grotere aanspraak lijkt te geven dan wellicht door appelland is bedoeld, heeft appelland het risico in het leven geroepen dat bij gedaagde een vertrouwen in voornoemde zin is gewekt, hetgeen voor rekening van appelland dient te komen.

3. Ter uitvoering van de aangevallen uitspraak heeft appelland bij besluit van 31 oktober 2002 bepaald dat de aanstellingspremie zal worden berekend naar 25% van het door gedaagde werkelijk ontvangen inkomen, dat wil zeggen alle aan gedaagde betaalde looncomponenten.

4.1. Appellant heeft in hoger beroep aangevoerd dat het binnen de zeer kleine beroepscategorie waartoe gedaagde behoorde, een feit van algemene bekendheid was hoe de berekening van de aanstellingspremie plaatsvond. Daarnaast heeft appelland erop gewezen dat gedaagde door ondertekening van het sollicitatieformulier op 26 oktober 1988 heeft verklaard bekend te zijn met onder andere de rechten die voortvloeien uit de aanstelling als militair bij het beroepspersoneel van de Koninklijke Luchtmacht. Voorts heeft gedaagde als sollicitant wervingsbrochures ontvangen waarin is vermeld dat de aanstellingspremie een bepaald percentage betreft van het salaris. Ten slotte heeft appelland naar voren

gebracht dat de term inkomen niet in de toepasselijke regelingen voorkomt. Ook anderszins is geen eenduidige uitleg van deze term aan te geven, aldus appelllant.

4.2. Namens gedaagde is in verweer het beroep op het vertrouwensbeginsel gehandhaafd.

5.1. Bij de beoordeling van dit geschil stelt de Raad voorop dat tussen partijen niet als betwist geldt en ook voor de Raad vaststaat dat de berekening door appelllant van de gedaagde toekomstige aanstellingspremie in overeenstemming met de toepasselijke regelgeving is geschied. Ter beantwoording staat dan ook de vraag of gedaagde in afwijking van die regelgeving aanspraak kon maken op een premie, berekend over alle bruto bedragen die hij in de betrokken periode uit hoofde van zijn dienstbetrekking bij de Koninklijke Luchtmacht heeft ontvangen, als door hem geclaimd. Naar het oordeel van de Raad dienen aan een dergelijke afwijking strenge eisen te worden gesteld. Waar gedaagde zich in dit geval heeft beroepen op bij hem door de brief van 26 maart 1991 gewekt vertrouwen, moet het in die brief gestelde kunnen worden aangemerkt als een ondubbelzinnige en ongeclausuleerde toezegging, wil afwijking van de wettelijke regels te rechtvaardigen zijn. Van een zodanige toezegging acht de Raad geen sprake. Daartoe wordt het volgende overwogen.

5.2. Uit de brief van 26 maart 1991 blijkt geenszins dat daarmee ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de aanstellingspremie wordt beoogd af te wijken van de wettelijke regels, terwijl de gedingstukken en het verhandelde ter zitting ook overigens geen aanknopingspunten bieden voor die bedoeling. Verder is het begrip inkomen weliswaar tamelijk veelomvattend, doch dit begrip heeft niet een zodanig eenduidig karakter dat gedaagde in meergenoemde brief een ondubbelzinnige toezegging heeft kunnen en mogen lezen op een aanspraak als thans door hem gesteld. Daarbij wijst de Raad er ook op dat in de brief melding wordt gemaakt van 'het werkelijk ontvangen inkomen', welk woordgebruik naar de letter zou kunnen duiden op netto ontvangsten. Deze vermelding is dan ook voor misverstand vatbaar en kan niet op slechts een enkele wijze worden verstaan. Nu gedaagde niet heeft ontkend dat hij indertijd wervingsbrochures heeft ontvangen met een inhoud als door appelllant aangegeven, spreekt te meer dat hij aan de brief niet zonder meer een vertrouwen kon ontnemen in de door hem gestelde zin. Voorzover omtrent de strekking en reikwijdte van de brief bij hem onduidelijkheid bestond, lag het op zijn weg zich voor informatie tot appelllant te wenden.

6. Uit het vorenstaande volgt dat het besluit van appelllant van 25 oktober 2001 in rechte stand kan houden zodat de aangevallen uitspraak waarbij dit besluit is vernietigd, voor vernietiging in aanmerking komt. Het inleidend beroep dient ongegrond te worden verklaard. Dit brengt mee dat de grondslag aan het nieuwe besluit van 31 oktober 2002, dat op de voet van artikel 6:19 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in het geding dient te worden betrokken, komt te ontvallen, zodat dit besluit moet worden vernietigd.

7. 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:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het beroep ongegrond;

Vernietigt het besluit van 31 oktober 2002.

NASCHRIFT

1. *Het vertrouwensbeginsel houdt in dat het bestuur het vertrouwen, dat het (zelf) heeft opgewekt, niet mag beschamen. Gedane toezeggingen moeten worden nagekomen en aan gewekte verwachtingen dient te worden voldaan. Indien echter met een beroep op het vertrouwensbeginsel wordt gevorderd dat wordt afgeweken van een toepasselijk voorschrift, dienen strenge eisen te worden gesteld. Sprake moet zijn, aldus de Raad, van een ondubbelzinnige en ongeclausuleerde toezegging. In casu deed zich een zodanige toezegging niet voor.*

2. *Voor een geval waarin het beroep op het vertrouwensbeginsel wel opging, kan worden verwezen naar: Rb Den Haag 15 februari 2000, MRT 2001, p. 17, m.nt. G.L.C. (De toezegging in de banenwinkel).*

3. *Vermeldenswaard is eveneens CRvB 29 april 1993, MRT 1994, p. 22, m.nt. G.L.C. (De val van de muur). Aan een groep landmachtofficieren, aangesteld voor bepaalde tijd, was de schriftelijke mededeling gedaan dat zij, indien zij dit wensten, konden overgaan naar de categorie beroepsofficieren, aangesteld voor onbepaalde tijd. Toen viel de muur en moest de landmacht inkrimpen. Besloten werd van de eerder gedane toezegging terug te komen. Toen de officieren van dit besluit schriftelijk in kennis werden gesteld, kwamen zij allen in beroep. De eerste rechter verklaarde elk van de beroepen ongegrond, welke uitspraak door de Centrale Raad van Beroep werd bevestigd. De Raad kon aan de officieren toegeven dat zij, op grond van de individuele bekendstelling van de mogelijkheid tot overgang, sterke verwachtingen mochten koesteren. 'Het is echter denkbaar dat een verwachting, hoe gerechtvaardigd deze op zichzelf ook is, wordt doorkruist door nieuwe ontwikkelingen', aldus de Raad. In zo'n geval moet een afweging worden gemaakt tussen de verwachting enerzijds en het dienstbelang anderzijds. In casu kon deze afweging in het nadeel van de officieren uitvallen.*

G.L.C.

Centrale Raad van Beroep

30 december 2004

03/2106 + 03/2107 MAW

Voorzitter: mr. G.P.A.M. Garvelink-Jonkers; *leden:* mr. J.Th. Wolleswinkel en mr. K. Zeilemaker

Gokverslaving is geen schulduitsluitingsgrond

Een korporaal werd met ingang van 1 maart 1999 wegens wangedrag uit de dienst ontslagen: hij had zich, in de functie van chef kledingverkoopplaats, schuldig gemaakt aan verduistering van door hem beheerde gelden. Op 10 maart 1999 werd de ontslagen korporaal getroffen door een hersenbloeding. Dit leidde tot arbeidsongeschiktheid. Toen de (inmiddels gewezen) militair tegen het (na bezwaar gehandhaafde) besluit tot ontslag beroep instelde, verklaarde de eerste rechter het beroep ongegrond, welke uitspraak door de Centrale Raad van Beroep werd bevestigd. Met betrekking tot de stelling van appellant dat hij, gelet op de hersenbloeding die hem had getroffen, alsnog in aanmerking gebracht had moeten worden voor ontslag terzake van blijvende ongeschiktheid uit hoofde van een ziekte of een gebrek, overwoog de Raad dat de enkele omstandigheid dat appellant na het

hem gegeven ontslag op medische gronden arbeidsongeschikt was geworden niet meebracht dat tot een gewijzigde grondslag voor het ontslag had moeten worden besloten. Ook de stelling van appellant dat de staatssecretaris niet bevoegd was hem wegens wangedrag te ontslaan omdat de gokverslaving waarmee hij kampte, hem niet kon worden verweten, onderschreef de Raad niet. 'Naar vaste jurisprudentie (...) is de aanwezigheid van een gokverslaving op zichzelf geen verontschuldigende factor voor onder invloed van - of in samenhang met - die verslaving gepleegd plichtsverzuim', aldus de Raad.

(Ontslag wegens wangedrag; gokverslaving)

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 de daartoe bij beroepsschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 2 april 2003, nrs. AWB 0212599 MAWKMA en AWB 0214508 MAWKMA, waarnaar hierbij wordt verwezen. Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 18 november 2004, waar namens appellant is verschenen F.C. van Veen, werkzaam bij de VBM/NOV. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. A.J.A.M. Maas, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. Voor een uitgebreidere weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. De Raad volstaat met het volgende.

1.1. Appellant, ten tijde hier in geding korporaal bij de Koninklijke Marine, was vanaf 25 november 1996 werkzaam bij het Logistiek Bataljon, eerst in de functie van medewerker en laatstelijk in de functie van chef van de kledingverkoopplaats van de [naam kazerne]. In verband met verduistering van door hem beheerde gelden (in totaal voor ruim f 52.000,-) is appellant op 19 januari 1998 geschorst. Op 19 oktober 1998 is hij vanwege deze verduistering strafrechtelijk veroordeeld. Appellant kampte met een gokverslaving.

1.2. Bij besluit van 2 februari 1999 heeft gedaagde aan appellant met ingang van 1 maart 1999 met toepassing van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder l van het Algemeen Militair Ambtenarenreglement (AMAR) ontslag verleend wegens voornoemde verduistering. Op 10 maart 1999 is appellant getroffen door een hersenbloeding, als gevolg waarvan hij momenteel nog steeds arbeidsongeschikt is. Het besluit van 2 februari 1999 is na gemaakt bezwaar gehandhaafd bij het bestreden besluit van 18 juni 2002.

1.3. De rechtbank heeft het daartegen ingestelde beroep bij de aangevallen uitspraak ongegrond verklaard.

2. De Raad stelt voorop dat ingevolge artikel 39, tweede lid, aanhef en onder l, van het AMAR, aan de militair ontslag kan 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.

3. Gedaagde heeft aan het bestreden besluit ten grondslag gelegd dat appellant zich herhaaldelijk schuldig heeft gemaakt aan wangedrag in de dienst. Hierbij heeft gedaagde zich mede gebaseerd op de omstandigheid dat appellant ook in 1994 gelden heeft verduisterd,

hetgeen toentertijd eveneens is uitgemond in een strafrechtelijke veroordeling.

4.1. Appellant heeft niet bestreden dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan het verweten wangedrag, maar is van opvatting dat hij gelet op de hersenbloeding die hem op 10 maart 1999 heeft getroffen, bij het bestreden besluit alsnog in aanmerking had moeten worden gebracht voor een (eervol) ontslag ter zake van blijvende ongeschiktheid voor het vervullen van de dienst uit hoofde van een ziekte of een gebrek.

4.2. De Raad kan deze stelling niet volgen en wijst erop dat gedaagde in de gezondheidstoestand van appellant aanleiding heeft gezien voor raadpleging van de commissie tot het houden van een Militair Geneeskundig Onderzoek. Deze commissie heeft kennis genomen van het schrijven van de door appellant geraadpleegde bedrijfsarts R.W. Hoogland en psychiater J.P.M. de Wit van 22 juli 1999 en is tot de conclusie gekomen dat appellant op de ontslagdatum niet blijvend ongeschikt was voor de dienst, maar wel binnen een maand na het ontslag blijvend ongeschikt voor de dienst is geworden. Gedaagde heeft dat oordeel overgenomen, en daarbij in aansluiting bij de visie van de geneeskundige autoriteit overwogen dat er op de ontslagdatum nog behandel mogelijkheden waren voor appellants gokverslaving. Appellant heeft niet aannemelijk weten te maken dat dit oordeel onjuist was. De omstandigheid dat appellant na het hem gegeven ontslag op medische gronden arbeidsongeschikt is geworden brengt niet mee dat gedaagde tot een gewijzigde grondslag voor het ontslag had moeten besluiten.

5.1. Appellant heeft voorts aangevoerd dat gedaagde niet bevoegd was om tot het verleende ontslag over te gaan omdat het wangedrag gelet op zijn gokverslaving niet aan hem kon worden toegerekend.

5.2. De Raad overweegt daartoe dat naar vaste jurisprudentie - zie de uitspraak van de Raad van 14 maart 1996, TAR 1996, 92 - de aanwezigheid van een gokverslaving op zichzelf geen verontschuldigende factor is voor onder invloed van (of in samenhang met) die verslaving gepleegd plichtsverzuim. Deze benadering acht de Raad ook van toepassing in het onderhavige geval. Van een verontschuldigende factor zou slechts sprake kunnen zijn, als die verslaving zou moeten worden toegeschreven aan een psychisch defect waardoor appellant niet in staat moet worden geacht zijn wil ten aanzien van het gokken in vrijheid te bepalen, zodat hij voor de gevolgen daarvan niet zonder meer te allen tijde verantwoordelijk kan worden gehouden.

5.3. De aanwezigheid van zo'n (uitzonderlijke) situatie is hier niet aannemelijk geworden. De gedingstukken, waaronder de in 4.2. vermelde brief van 22 juli 1999, bieden hiervoor naar het oordeel van de Raad onvoldoende steun. De door appellant geraadpleegde artsen waren van mening dat het verduisteren een indirect gevolg was van de gokverslaving van appellant en dat die verslaving behandelbaar was. Het lag derhalve op de weg van appellant om zich onder behandeling te stellen hetgeen hij niet heeft gedaan. Medische gegevens die de stelling onderschrijven dat appellant met betrekking tot de verduisteringen niet in staat was zijn wil in vrijheid te bepalen zodat zou moeten worden geoordeeld dat het wangedrag hem niet kon worden toegerekend, zijn niet overgelegd. Gedaagde was derhalve bevoegd om tot het onderhavige ontslag over te gaan.

6.1. Tot slot heeft appellant naar voren gebracht dat gedaagde geen gebruik had mogen maken van zijn ontslagbevoegdheid. Hij heeft in dit verband aangevoerd dat gedaagde na een reeds gebleken gokverslaving en de verduistering in 1994 de kat op het spek heeft gebonden door hem (opnieuw) in functies te plaatsen waarbij hij gelden moest beheren, althans begeleiding en verscherpt toezicht had moeten bieden om herhaling te voorkomen.

6.2. Gedaagde heeft appellant na zijn veroordeling in 1994 een herkansing geboden, hetgeen op zichzelf niet als onzorgvuldig kan worden beschouwd. Dat op de nieuwe werk-

plek sprake was van kasbeheer en dat begeleiding en verscherpt toezicht ontbraken kan de Raad evenmin onzorgvuldig achten nu appellant had nagelaten gedaagde ervan op de hoogte te stellen dat hij nog steeds met gokproblemen kampte. De Raad is voorts met gedaagde van oordeel dat deze werkomstandigheden de eigen verantwoordelijkheid van gedaagde niet wegnemen. Gelet hierop is de Raad, mede gezien de ernst van het wangedrag niet gebleken van omstandigheden op grond waarvan moet worden geoordeeld dat gedaagde niet in redelijkheid van zijn ontslagbevoegdheid gebruik heeft kunnen maken.

7. Gelet op het vorenoverwogene komt de Raad tot de slotsom dat de aangevallen uitspraak en het bestreden besluit in stand moeten blijven.

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

IIZ Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. Met betrekking tot het beroep dat appellant deed op diens gokverslaving overwoog de Raad dat naar vaste jurisprudentie de aanwezigheid van een gokverslaving op zichzelf geen verontschuldigende factor is voor onder invloed van (of in samenhang met) de verslaving gepleegd plichtsverzuim. De Raad voegde aan deze overweging toe: 'Van een verontschuldigende factor zou slechts sprake kunnen zijn, als die verslaving zou moeten worden toegeschreven aan een psychisch defect waardoor appellant niet in staat moet worden geacht zijn wil ten aanzien van het gokken in vrijheid te bepalen, zodat hij voor de gevolgen daarvan niet zonder meer te allen tijde verantwoordelijk kan worden gehouden.' De aanwezigheid van zo'n uitzonderlijke situatie was echter niet aannemelijk geworden.

Ook in de zaak die leidde tot de door de Raad aangehaalde uitspraak van 14 maart 1996, TAR 1996, nr. 92, deed zich een zodanige uitzonderlijke situatie niet voor.

2. Vaak zal een militair (zoals ook in de onderhavige zaak), ten aanzien van wie het voornemen bestaat hem wegens wangedrag te ontslaan, zich hebben schuldig gemaakt aan een strafbaar feit. Indien dit het geval is en tegen de militair wordt vervolgens een strafvervolgning ingesteld, is het in de regel niet nodig met het nemen van een beslissing omtrent het ontslag te wachten totdat in de strafzaak een uitspraak is gedaan. In de regel is wachten zelfs onjuist. Zie hieromtrent bijvoorbeeld CRvB 14 maart 1989, TAR 1989, nr. 102: 'De Raad wil niet uitsluiten dat bijzondere redenen in een voorkomend geval aanleiding kunnen geven het verloop van een strafrechtelijke procedure en het vonnis, waarin die procedure resulteert, af te wachten. Als algemene beleidslijn acht de Raad een dergelijke gang van zaken echter, met name ook gelet op de gescheiden verantwoordelijkheden van de strafrechter enerzijds en van het tot hanteren van tuchtrechtelijke maatregelen bevoegde gezag anderzijds, onaanvaardbaar.'

3. Soms echter, in bijzondere gevallen, kan het juist zijn met het nemen van een beslissing omtrent ontslag wel te wachten. Of is wachten, gelet op de aanwezige omstandigheden, aanvaardbaar: Zie hieromtrent bijvoorbeeld CRvB 15 juni 1995, MRT 1996, p. 122, m.nt. G.L.C.: 'Anders dan appellant ziet de Raad niet dat evenbedoelde bevoegdheid appellant te ontslaan teloor zou zijn gegaan, omdat tussen de constatering van de gepleegde diefstallen en de datum waarop het ontslagbesluit is genomen, geruime tijd was gelopen. Blijkens hetgeen van de zijde van gedaagde dienaangaande is medegedeeld heeft ten

deze een rol gespeeld de tijd die is gemoeid geweest met een ingesteld onderzoek naar de (mogelijke) betrokkenheid van anderen bij de diefstallen en de bepaling van ieders aandeel daarin. Dat - hoewel op grond van (slechts) de door appellant erkende gedragingen tot ontslag had kunnen worden beslist - met besluitvorming over ontslag is gewacht totdat de (...) resultaten van dat onderzoek bekend waren, acht de Raad in de gegeven omstandigheden niet onaanvaardbaar.'

4. Indien met het nemen van een besluit wordt gewacht totdat de strafrechter een uitspraak heeft gedaan (zoals in de onderhavige zaak), is het bestuur, in geval van vrijspraak, niet aan het oordeel van de rechter gebonden. Vrijspraak houdt immers in de regel slechts in dat niet wettig en overtuigend is bewezen dat de verdachte het hem ten laste gelegde feit heeft begaan. Zie hieromtrent bijvoorbeeld CRvB 14 oktober 1999, TAR 1999, nr.155: 'Naar constante jurisprudentie gelden (in het ambtenarenrecht) niet de in het strafrecht van toepassing zijnde zeer strikte bewijsregels; wel geldt dat op basis van deugdelijk vastgestelde gegevens de overtuiging is verkregen dat de betreffende ambtenaar zich aan de hem verweten heeft schuldig gemaakt.'

In geval van schuldigverklaring is het bestuur wel aan het oordeel van de rechter gebonden. Artikel 8 MAW 1931 bepaalt: 'Een uitspraak van den strafrechter; in kracht van gewijsde gegaan, of ingevolge de Wet militair tuchtrecht in beroep gewezen, waarbij de militaire ambtenaar aan enig feit is schuldig verklaard, geldt in een militaire ambtenarenzaak als bewijs van dat feit.'

G.L.C.

Centrale Raad van Beroep

17 februari 2005

041898 + 899 + 942 + 946 en 051104 + 105 MAW

Voorzitter: mr. H.A.A.G. Vermeulen; leden: mr. A. Beuker-Tilstra en mr. R. Kooper

Leerlingbeoordelingen en functiebeoordelingen

Van een tweetal militairen werd, in het kader van de opleiding KMS Initieel-2 een beoordeling opgemaakt en vastgesteld. Enkele weken later werd aan beide militairen bericht dat zij niet aan de voor het behalen van de opleiding gestelde eisen hadden voldaan, met de toevoeging dat beiden in de gelegenheid zouden worden gesteld de opleiding te herhalen. Toen de twee militairen tegen zowel de beoordeling als het bericht dat niet aan de gestelde eisen was voldaan bezwaar maakten, verklaarde de Commandant van de Koninklijke Militaire School (Commandant KMS) het bezwaar tegen de beoordeling in beide gevallen niet-ontvankelijk en het bezwaar tegen het bericht dat niet aan de eisen was voldaan, ongegrond. De twee militairen stelden tegen beide besluiten beroep in bij de rechtbank, die zowel in het ene als in het andere geval het beroep gegrond verklaarde. In hoger beroep voerde de commandant KMS (hierna: appellant) aan dat de bestreden beoordelingen moesten worden aangemerkt als leerlingbeoordelingen die slechts zagen op het kennen en kunnen van beide aspirant-onderofficieren aan het einde van de opleiding, dus als beoordelingen in de zin van artikel 8:4 onder e Awb. Naar het oordeel van de Centrale Raad van Beroep vertoonden beide beoordelingen echter naar aard en inhoud

een zo sterke overeenkomst met een reguliere functiebeoordeling, dat de twee militairen in hun bezwaar tegen de beoordeling ontvankelijk hadden moeten worden verklaard. Met betrekking tot het besluit dat niet aan de (voor het behalen van de opleiding) gestelde eisen was voldaan, kwam de Raad tot de slotsom dat appelland op goede gronden had vastgesteld dat gedaagden niet voor de opleiding waren geslaagd. 'Door in bezwaar te bepalen dat gedaagden slechts het tweede gedeelte van de opleiding behoeven over te doen heeft appelland aan die vaststelling geen onjuiste consequenties verbonden'.

(Leerlingbeoordelingen en functiebeoordelingen)

UITSPRAAK

in het geding tussen de Commandant KMS, appelland, en A., wonende te B., en C., wonende te D., gedaagden.

I. Ontstaan en loop van de gedingen

Namens appelland is op de daartoe bij beroepschriften aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 13 januari 2004, nrs. AWB 0311517 + 0311518 MAWKLA inzake [gedaagde 1], alsmede tegen de uitspraak van die rechtbank van 13 januari 2004, nrs. AWB 0311488 + 0311489 MAWKLA inzake [gedaagde 2], naar welke uitspraken hierbij wordt verwezen.

Ieder van gedaagden heeft een verweerschrift laten indienen. [gedaagde 2] heeft voorts nog een schriftelijke toelichting aan de Raad toegezonden.

Desgevraagd heeft appelland nog enkele stukken aan de Raad doen toekomen. Daaruit is onder meer gebleken dat appelland ter uitvoering van de aangevallen uitspraken op 18 maart 2004 nieuwe besluiten op bezwaar ten aanzien van gedaagden heeft genomen. De gedingen zijn gevoegd behandeld ter zitting van de Raad op 6 januari 2005, waar appelland zich heeft laten vertegenwoordigen door mr. Y. van Wezel, werkzaam bij het Ministerie van Defensie, en waar gedaagden beiden in persoon zijn verschenen, bijgestaan door F.C. van Veen, werkzaam bij VBM/NOV.

II. Motivering

1. Voor een weergave van de hier van belang zijnde feiten en omstandigheden volstaat de Raad, onder verwijzing voor het overige naar de aangevallen uitspraken, met het volgende.

1.1. Op 2 januari 2002 is met betrekking tot ieder van gedaagden een leerlingbeoordeling in het kader van de opleiding KMS Initieel-2 (hierna: INT-2 opleiding) vastgesteld. Het daartegen door gedaagden (afzonderlijk) gemaakte bezwaar is bij besluiten van 31 maart 2003 niet-ontvankelijk verklaard.

1.2. Op 18 februari 2002 is met betrekking tot ieder van gedaagden een besluit genomen waarbij is vastgesteld dat zij niet hebben voldaan aan de voor het behalen van de INT-2 opleiding gestelde eisen, maar waarbij ieder van hen in de gelegenheid is gesteld de volledige INT-2 opleiding te herhalen. Het daartegen door gedaagden (afzonderlijk) gemaakte bezwaar is bij besluiten van 31 maart 2003 ongegrond verklaard, met dien verstande dat gedaagden alleen het tweede deel van de INT-2 opleiding dienen te herhalen om de opleiding succesvol af te ronden.

2.1. Ten aanzien van de onder 1.1. genoemde besluiten van 31 maart 2003 heeft de rechtbank, met verwijzing naar de uitspraak van de Raad van 8 maart 2001 (981281 AW, LJN AB0937, TAR 2001, 56) overwogen dat het vaststellen van de leerlingbeoordeling

niet begrepen is te achten onder het bepaalde in artikel 8:4, aanhef en onder e, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), zodat deze beoordeling, anders dan appelllant meent, niet is uitgezonderd van de mogelijkheid om daartegen een rechtsmiddel aan te wenden. De rechtbank heeft deze besluiten vernietigd. Ter uitvoering van de aangevallen uitspraken heeft appelllant op 18 maart 2004 nieuwe besluiten genomen waarbij de bezwaren van gedaagden ontvankelijk zijn geacht.

2.2. Ten aanzien van de onder 1.2. genoemde besluiten van 31 maart 2003 heeft de rechtbank geoordeeld dat deze niet op goede gronden tot stand zijn gekomen, aangezien zij zijn gebaseerd op de leerlingbeoordelingen waarover appelllant nog inhoudelijke besluiten op bezwaar diende te nemen. De rechtbank heeft daarom ook deze besluiten vernietigd. Naar aanleiding van dit onderdeel van de aangevallen uitspraken heeft appelllant bij de besluiten van 18 maart 2004 wederom de bezwaren ongegrond verklaard en bepaald dat gedaagden alleen het tweede deel van de INI-2 opleiding dienen te herhalen om de opleiding succesvol af te ronden.

3.1. Appelllant heeft in hoger beroep aangevoerd dat de onderhavige leerlingbeoordeling niet vergeleken kan worden met de beoordeling die aan de orde was in voornoemde uitspraak van de Raad van 8 maart 2001.

Volgens appelllant gaat het bij de onderhavige leerlingbeoordeling niet om een verwachting van toekomstig functioneren, maar slechts om het kennen en kunnen van de aspirant-onderofficier aan het einde van een initiële opleiding. Met name houdt de beoordeling geen oordeel in over de geschiktheid voor het volgen van vervolgoopleidingen en speelt zij in de verdere carrière van de militair geen enkele rol meer.

3.2. Gedaagden zijn daarentegen van opvatting dat hun leerlingbeoordeling zodanige overeenkomst vertoont met een reguliere periodieke beoordeling, dat deze alleen al om deze reden wat betreft het instellen van rechtsmiddelen als zodanig behandeld dient te worden. Zij hebben de Raad verzocht te bepalen dat zij geacht worden te hebben voldaan aan de eisen van de INI-2 opleiding. Voorts hebben zij de Raad verzocht om appelllant op te dragen hun de rang van sergeant toe te kennen met ingang van de dag waarop hun studiegenoten bevorderd zijn, alsook om de financiële gevolgen daarvan op de juiste wijze te regelen.

4. De Raad overweegt het volgende.

4.1. Ingevolge artikel 8:4, aanhef en onder e, van de Awb, voorzover hier van belang, kan geen beroep worden ingesteld tegen een besluit, inhoudende een beoordeling van het kennen of kunnen van een kandidaat of leerling die ter zake is geëxamineerd of op enigerlei andere wijze is getoetst. In de vorenvermelde uitspraak van 8 maart 2001 heeft de Raad overwogen dat deze bepaling niet ziet op besluiten waarbij de beoordeling van het functioneren of de verwachting van een toekomstig functioneren van een ambtenaar is vastgesteld of gehandhaafd. De Raad was van oordeel dat de toen in geding zijnde waardering voor het merendeel - te weten voor wat betreft de trajectaspecten en de persoonlijkheids- en karaktereigenschappen - een sterke overeenkomst met een dergelijke beoordeling vertoonde.

4.2. Blijkens de stukken en het verhandelde ter zitting gelden met betrekking tot de INI-2 opleiding geen afzonderlijke examenvoorschriften, maar is wel een syllabus samengesteld. In deze syllabus is bepaald dat aan het einde van de INI-2 opleiding (of indien nodig op de helft daarvan) een leerlingbeoordeling wordt opgemaakt. Daarbij wordt het functioneren gedurende de gehele opleiding beoordeeld op vijftien gezichtspunten en wordt een eindwaardering gegeven. De gezichtspunten betreffen onder meer zelfstandigheid, verantwoordelijkheidsbesef, beroepshouding, prestatieniveau en sociale vaardigheden.

Toegelicht is dat beoordelen, in vergelijking met het evalueren van uitgevoerde opdrachten, meer een rechtspositionele activiteit is, waarbij op een vastgelegd tijdstip conform een vastgestelde procedure een daartoe voorgeschreven beoordelingsformulier wordt ingevuld. Ten slotte is in de syllabus bepaald dat de militair voor de INI-2 opleiding is geslaagd, indien hij of zij een voldoende beoordeling heeft behaald en heeft voldaan aan de fysieke eisen zoals deze voor de opleiding zijn gesteld.

4.3. De Raad oordeelt dat ook een leerlingbeoordeling als hier aan de orde naar haar aard en inhoud een sterke overeenkomst vertoont met de reguliere beoordeling van de functieervulling en het gedrag van een militair, zoals deze destijds was voorgeschreven. Er is sprake van een (eind)beoordeling op een veelheid van persoonlijkheidsaspecten en persoonlijke vaardigheden, die duidelijk uitgaat boven de enkele beoordeling van het kennen en kunnen van een leerling die op enigerlei wijze is getoetst. Daarbij is de waardering nauw gerelateerd aan de eisen met betrekking tot karaktereigenschappen en beroepshouding die voor het volgen van een loopbaan als onderofficier worden gesteld. De Raad acht de situatie van gedaagden dan ook in essentie gelijk aan die welke aan de orde was in de uitspraak van 8 maart 2001.

4.4. Voorts stelt de Raad vast dat de onderhavige leerlingbeoordeling een eigen rechtsgevolg heeft dat los staat van de beslissing of de militair aan de opleidingseisen heeft voldaan en zo niet, of de militair in staat moet worden gesteld om de opleiding geheel of gedeeltelijk te herhalen.

4.5. De Raad kan zich dan ook verenigen met het oordeel van de rechtbank dat gedaagden ontvankelijk verklaard hadden moeten worden in hun bezwaar tegen hun leerlingbeoordelingen. Dit betekent dat de aangevallen uitspraken niet voor vernietiging in aanmerking komen.

5. Gelet op artikel 6:24 in verbinding met artikel 6:19 van de Awb dienen derhalve de door appelland ter uitvoering van de aangevallen uitspraken genomen besluiten van 18 maart 2004 mede - inhoudelijk - in de beoordeling door de Raad te worden betrokken.

Met betrekking tot deze besluiten overweegt de Raad het volgende.

5.1. Gedaagden zijn op 7 augustus 2001 aangevangen met de INT-2 opleiding. Zij hebben het eerste (theoretische) deel van de opleiding met een voldoende resultaat en het tweede (meer praktijkgerichte) deel met onvoldoende resultaat afgesloten.

5.2. De grieven van gedaagden komen er in de kern op neer dat de beoordelaars niet meer in staat waren objectief te oordelen, omdat gedaagden bij de schooladjutant hadden geklaagd over onbillijke behandeling door één van hen en over diens grove taalgebruik. De Raad is echter van onvoldoende objectiviteit niet gebleken. De motivering van de gegeven waarderingen laat zien dat de beoordelaars genuanceerd te werk zijn gegaan en wel degelijk oog hebben gehad voor de positieve kanten van het functioneren van gedaagden.

Weliswaar is onjuist te achten dat het indienen van de klacht aan gedaagden is tegengehouden bij de motivering van de score op het aspect verantwoordelijkheidsbesef, maar de Raad heeft niet kunnen vaststellen dat dit een zodanige doorwerking heeft gehad dat om die reden de beoordelingen niet in stand kunnen blijven. Van de beoordelingen in hun totaliteit kan niet worden gezegd dat zij op onvoldoende gronden berusten. Zij kunnen dan ook de rechterlijke toetsing doorstaan.

5.3. Het vorenstaande brengt met zich mee dat appelland op goede gronden heeft vastgesteld dat gedaagden niet voor de opleiding zijn geslaagd. Door in bezwaar te bepalen dat gedaagden (slechts) het tweede gedeelte van de opleiding behoeven over te doen, heeft appelland aan die vaststelling geen onjuiste consequenties verbonden. De stelling van

gedaagden dat zij, indien zij opnieuw op de opleiding moeten verschijnen, in een verzwakte rechtspositie zouden verkeren, is in het licht van het vorenstaande niet aannemelijk, te minder nu het uitsluitend gaat om het herhalen van een deel van een reeds gevolgde opleiding. Ook de bestreden besluiten geven geen enkele aanleiding om te veronderstellen dat aan gedaagden extra zware eisen zouden worden gesteld.

5.4. De Raad heeft ook overigens in de besluiten van 18 maart 2004, gelet op hetgeen partijen hebben aangevoerd, geen aanleiding gevonden om te oordelen dat deze de rechterlijke toetsing niet kunnen doorstaan.

6. De Raad vindt in het voorgaande aanleiding appellants met toepassing van artikel 8:75 van de Awb te veroordelen in de proceskosten van gedaagden in hoger beroep tot een bedrag van E 644,- aan kosten van rechtsbijstand.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraken;

Verklaart de beroepen die gedaagden geacht worden te hebben ingesteld tegen de besluiten van 18 maart 2004 ongegrond;

Veroordeelt appellants in de proceskosten van gedaagden tot een bedrag van E 644,-, te betalen door de Staat der Nederlanden;

Bepaalt dat van de Staat der Nederlanden een griffierecht van in totaal € 828,- wordt geheven.

NASCHRIFT

1. Met militairen worden periodiek zgn. functioneringsgesprekken gehouden. Een functioneringsgesprek vindt plaats tussen de militair en diens functionele chef. Tijdens het gesprek wordt aandacht worden besteed aan de wijze van functievervulling door de militair en aan zijn gedrag in relatie tot zijn functie. Een samenvatting van de inhoud van het gesprek wordt schriftelijk vastgelegd in een door de Minister van Defensie vastgesteld formulier: het functioneringsgesprekformulier. Ten grondslag aan dit stelsel ligt artikel 131 AMAR.

Ook worden over militairen functiebeoordelingen opgemaakt. Dit geschiedt niet periodiek, maar uitsluitend indien de commandant, of de militair zelf, dit wenselijk acht; of indien de bevelhebber van het krijgsmachtdeel daartoe opdracht geeft. Beoordeeld wordt de wijze waarop de militair zijn functie heeft vervuld en zich in relatie tot zijn functie heeft gedragen. Ook functiebeoordelingen worden schriftelijk vastgelegd in een door de minister vastgesteld formulier. Ten grondslag aan het opmaken van functiebeoordelingen ligt artikel 131a AMAR.

Naast functiebeoordelingen staan beoordelingen die tijdens opleidingen worden opgemaakt over de leerlingen die de opleiding volgen. Deze beoordelingen kunnen, ter onderscheiding van functiebeoordelingen, worden aangeduid als leerlingbeoordelingen. Kan tegen functiebeoordelingen in alle gevallen beroep worden ingesteld, dit geldt niet voor leerlingbeoordelingen. Of tegen een leerlingbeoordeling wel of geen beroep openstaat, hangt af van de aard en inhoud van de beoordeling. Gaat het uitsluitend om een beoordeling van het kennen of kunnen van een leerling die (al of niet aan het einde van de opleiding) op enigerlei wijze is getoetst, dan kan tegen de beoordeling geen beroep worden ingesteld. Dit is bepaald in artikel 8:4 onder e Awb: 'Geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit, inhoudende een beoordeling van het kennen of kunnen van een kandi-

daat of leerling die ter zake is geëxamineerd of op enigerlei andere wijze is getoetst.'

2. Naar het oordeel van de Centrale Raad van Beroep dient artikel 8:4 onder e Awb, gelet op de wetsgeschiedenis, beperkt te worden uitgelegd. Zie hieromtrent met name CRvB 8 maart 2001, MRT 2001, p. 289, m.nt. G.L.C. (Tussen Scylla en Charybdis): 'De wetgever heeft (...) alleen die gevallen willen uitzonderen waarin betrokkene is opgegaan voor een proef of examen en bijvoorbeeld niet de beoordeling van het kennen en kunnen in het kader van de arbeidsongeschiktheidswetgeving (Parl. Gesch. Awb II, p. 393). De Raad is van oordeel dat (de bepaling) niet ziet op besluiten waarbij de beoordeling van het functioneren of de verwachting van een toekomstig functioneren van een ambtenaar is vastgesteld of gehandhaafd, ter zake van welke besluiten volgens 's Raads vaste rechtspraak ook nu invoering van de Algemene wet bestuursrecht beroep op de rechter mogelijk is gebleven.'

3. In de zaak die tot de onder 2 genoemde uitspraak leidde, ging het om de schriftelijk vastgelegde waardering, door de directeur van het IDL gegeven aan een officier, die voor de (bij het IDL gevolgde) opleiding Stafdienst was gezakt. Naar het oordeel van de Raad vertoonde deze waardering 'naar haar aard voor het merendeel (...) een sterke overeenkomst met de beoordeling van het functioneren van een ambtenaar, mede in aanmerking genomen dat de opleiding Stafdienst is ingebed in het door gedaagde (de Staatssecretaris van Defensie) gevoerde loopbaanbeleid en dat het niet voltooiën van die opleiding als direct gevolg heeft dat een aantal functies niet aan de officier kan worden toegewezen'. Het lag daarom 'in de rede een besluit tot vaststelling of handhaving van een waardering als de onderhavige niet onder artikel 8:4, aanhef en onder e, van de Awb begrepen te achten'.

4. Ook in de onderhavige zaak oordeelde de Raad (evenals de eerste rechter) dat de twee bestreden beoordelingen naar aard en inhoud een sterke overeenkomst vertoonden met een reguliere functiebeoordeling. 'Er is sprake van een (eind)beoordeling op een veelheid van persoonlijkheidsaspecten en persoonlijke vaardigheden, die duidelijk uitgaat boven de enkele beoordeling van het kennen en kunnen van een leerling die op enigerlei wijze wordt getoetst', aldus de Raad. 'Daarbij is de waardering nauw gerelateerd aan de eisen met betrekking tot karaktereigenschappen en beroepshouding die voor het volgen van een loopbaan als onderofficier worden gesteld.' Dit betekende dat de Raad zich kon verenigen met het standpunt van de eerste rechter dat de twee militairen in hun bezwaar tegen de beoordelingen ontvankelijk hadden moeten worden verklaard.

5. Samenvattend kan worden gesteld dat tegen functiebeoordelingen nog steeds, net als vroeger, gewoon beroep op de rechter openstaat. Functiebeoordelingen worden opgemaakt over militairen die een functie vervullen. Naast functiebeoordelingen staan leerlingbeoordelingen. Leerlingbeoordelingen worden opgemaakt over militairen die een opleiding (of cursus) volgen. Of tegen een leerlingbeoordeling beroep op de rechter openstaat, hangt af van de aard en inhoud van de beoordeling. Vertoont de beoordeling een sterke overeenkomst met een functiebeoordeling, dan kan tegen de beoordeling gewoon beroep worden ingesteld. Gaat het uitsluitend om een beoordeling van het kennen of kunnen van een leerling die tijdens of aan het einde van de opleiding is getoetst, dan staat tegen de beoordeling, gelet op het bepaalde in artikel 8:4 onder e Awb, geen beroep open.

G.L.C.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

XVIIe Congres International Society for Military Law and the Law of War "The Rule of Law in Peace Operations"

Het XVIIe internationale Congres van de International Society for Military Law and the Law of War zal van 16 t/m 20 mei 2006 worden gehouden in het Steigenberger Kurhaus hotel te Scheveningen. Het centrale thema is "the Rule of Law in Peace Operations". Vele landen, waaronder Nederland, hebben bijgedragen aan de beantwoording van een questionnaire over dit onderwerp, zodat het mogelijk zal zijn uitgebreid in rechtsvergelijkende zin stil te staan bij de internationaal heersende opvattingen over dit belangrijke onderwerp. Als rapporteurs zullen optreden prof.dr. Terry Gill, LtCol Mario Léveillé en dr. Dieter Fleck.

De zgn. keynote discussion van het Congres zal worden gewijd aan het actuele onderwerp "the Application of Human Rights Obligations in Peace Operations". Onder leiding van dr Seerp B. Ybema, International President van de Society, zal een aantal gerenommeerde wetenschappers, waaronder prof.dr. Rick Lawson en prof.dr. Georg Nolte, over dit onderwerp discussiëren.

Voorts zijn bijeenkomsten voorzien van de vier gespecialiseerde commissies van de Society, waarbij relevante thema's als schadevergoedingen in vredesoperaties, de status van gedetineerden en het gebruik van geweld gedurende vredesoperaties aan de orde zullen komen.

Voertalen tijdens het Congres zijn Engels en Frans. Gedurende het gehele programma is er ruime gelegenheid voor de deelnemers om actief in de discussies te participeren.

En marge van het Congres wordt een interessant cultureel programma voor deelnemers en partners geboden, met onder andere een ontvangst in het Vredespaleis. De inschrijvingskosten voor het Congres bedragen € 265 voor leden van de Society en € 300 voor niet-leden. De deelnamekosten voor partners bedragen € 190. (In deze bedragen zijn de kosten voor lunches en diners voor het merendeel begrepen.) Wij hebben voordelige tarieven weten te bedingen voor diegenen die in het Steigenberger Kurhaus hotel of het Bilderberg Europa hotel te Scheveningen wensen te overnachten. Om daarvan gebruik te maken dient inschrijving vóór 1 maart a.s. te hebben plaatsgevonden.

De Nederlandse leden van de Society ontvangen op korte termijn het complete programma en de inschrijvingsformulieren voor dit Congres. Deze zijn eveneens binnenkort beschikbaar op de website van de Society: www.soc-mil-law.org.

De organisatie van dit boeiende Congres is in handen van de Nederlandse Groep van de Society. Ik hoop - mede daarom - vele Nederlandse belangstellenden te mogen ontmoeten!

Brigade-generaal mr. Jan Peter Spijk
Voorzitter van de Nederlandse Groep van de Society

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. 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 Universiteit van Tilburg;
Mr. W.J. Schmitz,	Hoofd Beleidsondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van ABP;
Mr. G.E. Walgemoed,	Kolonel b.d. van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	Koningin Wilhelminalaan 50, 2264 BN Leidschendam

VASIE 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 f 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 f 3,95. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar tegen de prijs van f 25. Auteurs van bijdragen van meer dan één pagina ontvangen een vergoeding van E 35 p.p., tot een maximum f 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 jaac 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 rij behoren.

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie

Jaargang XCIX

Februari 2006

Aflevering

2

Sdu Uitgevers

BIJDRAGEN

De dood van overste Mussert

Een reactie op een brochure

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

Inleiding

Op 10 mei 1940, bij het uitbreken van de oorlog, bekleedde luitenant-kolonel J.L. Mussert, broer van Anton Mussert, oprichter en leider van de Nationaal-Socialistische Beweging (NSB), de functie van kantonnementscommandant van Dordrecht. Op 14 mei werd hij te Sliedrecht in zijn werkkamer, bij een poging hem te arresteren, door een Nederlandse officier neergeschoten. Nog dezelfde dag overleed hij, 59 jaar oud, in het Ziekengasthuis te Gorinchem aan zijn verwondingen. De dader, reserve-eerste-luitenant A.J. Kruithof, werd op 21 juni 1940 opgepakt en later door het Vrederechtshof te 's-Gravenhage veroordeeld tot een gevangenisstraf van twintig jaar. Ook de officier die leiding gaf aan de poging tot arrestatie van overste Mussert, reserve-kapitein A.J.C. Bom, werd door het Vrederechtshof veroordeeld. Aan hem werd een gevangenisstraf opgelegd van tien jaar. Beide officieren werden opgesloten in de strafgevangenis van Leeuwarden. Toen deze stad op 15 april 1945 door de Canadezen werd bevrijd, werden beiden in vrijheid gesteld. Ingevolge het Besluit bezettingsmaatregelen was de rechtsgrond onder alle door het Vrederechtshof opgelegde straffen komen te vervallen.)

In de zomer van 2004 verschijnt over de zaak Mussert, na enkele eerdere publicaties, een brochure, geschreven door majoor b.d. H. Kleingeld, met medewerking van luitenant-kolonel b.d. E.H. Brongers. De brochure draagt als titel: *De dood van overste Mussert, een reconstructie*, en beoogt, zoals in de Inleiding valt te lezen, 'aan de hand van de vastgelegde feiten en beschikbare documenten de toedracht te reconstrueren en van commentaar te voorzien'. De schrijver is van mening dat de officiële Nederlandse geschiedschrijving - die het neerschieten van overste Mussert ziet als een daad van een overspannen officier - aan de dader, A.J. Kruithof, geen recht doet.)

De brochure telt 56 bladzijden en bevat - naast een Voorwoord - zeven hoofdstukken: hoofdstuk I, Inleiding, hoofdstuk II, Overste Mussert, hoofdstuk III, Mussert als factor in de strijd, hoofdstuk IV, De confrontatie, hoofdstuk V, Voor de krijgsraad, hoofdstuk VI, Na de oorlog en hoofdstuk VII, Epiloog.

Het gaat in deze bijdrage uitsluitend om de hoofdstukken III en IV. Beide hoofdstukken vertonen enkele opvallende leemten en geven dientengevolge een vertekend beeld van de werkelijkheid.

¹⁾ Zie voor nadere bijzonderheden: G.L. Coolen, *Een geval van feitelijke insubordinatie*, MRT 2004, p. 177-184.

²⁾ De brochure verwijst naar: V.E. Nierstrasz, *De krijgsverrichtingen op het zuidfront van de Vesting Holland*. Ook in Herman Amersfoort, Piet Kamphuis (redactie), *Mei 1940, De strijd op Nederlands grondgebied*, tweede herziene druk, valt op p. 361 te lezen: 'Een overspannen reserve-eerste-luitenant van het 2e Regiment Wielrijders, A.J. Kruithof, schoot in de middag van de 14e mei te Sliedrecht luitenant-kolonel Mussert dood.'

Was verraad in het spel?

In hoofdstuk III, *Mussert als factor in de strijd*, worden tal van kleine en grote incidenten genoemd, die zich alle tijdens de meidagen in en om Dordrecht voordeden en die destijds grote twijfel deden ontstaan aan de betrouwbaarheid van de kantonnementscommandant. 'Het groeiende idee dat er verraad in het spel was, werkte demoraliserend', aldus de brochure. 'Bij de troepen was men er steeds meer van overtuigd dat Mussert hier de oorzaak van was.' In hoofdstuk III worden echter bijzonderheden die in een andere richting wijzen dan verraad, weloverwogen weggelaten. Dit zal worden aangetoond aan de hand van een tweetal incidenten: het *Vriesebrug-incident* en het *K-rollen-incident*.

Het Vriesebrug-incident

Het *Vriesebrug-incident* vond plaats op maandag, 13 mei 1940, in het centrum van Dordrecht. Het incident wordt in de brochure als volgt beschreven:

'De tweede-luitenant J.P. Boots (...) had de verdediging in de Vriesestraat georganiseerd. Overste Mussert was in de stelling aanwezig. Deze had reeds bevolen dat er niet op de naderende tanks gevuurd mocht worden, want het waren Franse, zei hij. Twee tanks draaiden het tegenoverliggende Vrieseplein op (...). Luitenant Boots had een discussie met overste Mussert. Sergeant Peeters stond er vlak bij en hoorde Mussert zeggen: Kijk maar eens goed, luitenant, dan kun je het zelf zien. Op deze woorden verliet de luitenant zijn dekking en ging met zijn veldkijker op de weg staan, teneinde de tanks goed te kunnen zien. Op datzelfde moment werd hij, en met hem vele anderen die op de woorden van de overste ook hun dekking hadden verlaten, door mitrailleurkogels dodelijk getroffen. Bij het hevige vuurgevecht dat volgde, werden twee tanks uitgeschakeld. Hierna werd de Vriesebrug door andere tanks overschreden. Deze konden via de Vest tot in de binnenstad doordringen.'')

Het *Vriesebrug-incident* kwam ook ter sprake tijdens het verhoor van M.C.H. Calmeyer, in de meidagen chef-staf van de Groep Kil, door de *Enquêtecommissie Regeringsbeleid 1940-1945*.⁴⁾ In hoofdstuk III van de brochure wordt hierover gezegd:

'Bij het verhoor van de voormalig kapitein Calmeyer als getuige-deskundige (...) kwam ook de fatale gebeurtenis bij de Vriesebrug ter sprake, waarbij door toedoen van Mussert zoveel slachtoffers waren gevallen. De voorzitter van de commissie veronderstelde dat Mussert toen toch wel geweten zou hebben dat het Duitsers waren en geen Fransen.⁵⁾ Calmeyer antwoordde: Ja, maar desondanks heeft hij daarna nog opdracht gegeven om de *K-rollen* - dat waren rollen draad die men gebruikte om wegen te versperren - op te ruimen om doorgangen te laten voor het eigen verkeer. Waarop de voorzitter van de commissie stelde: Dat lijkt mij toch een wel zeer positieve aanduiding voor een verraadsmentaliteit.'

Volgens het (in 1949 verschenen) Verslag van de *Enquêtecommissie Regeringsbeleid 1940-1945* merkte Calmeyer na deze laatste stelling van de voorzitter (van *subcommissie II*, niet van de gehele *Enquêtecommissie*) op:⁶⁾

) Brochure. p. 29-30.

⁴⁾ De Groep Kil, geleid door reserve-kolonel J.A.G. van Andel, was belast met de verdediging van het Hollands Diep en de Moerdijkbruggen, een gedeelte van het zuidfront van de Vesting Holland. commandant van de Vesting Holland was luitenant-generaal J. van Andel.

⁵⁾ Niet de voorzitter van de Enquêtecommissie, maar de voorzitter van subcommissie II leidde het verhoor.

⁶⁾ De *Enquêtecommissie Regeringsbeleid 1940-1945* telde negen leden, elk met een plaatsvervanger. Voor het horen van getuigen en deskundigen had de commissie uit haar midden drie subcommissies benoemd, elk bestaande uit drie leden: subcommissie I, II en III.

'Kende u de overste Mussert? Ik bedoel, dat zou u in dezen veel verklaren, want van ieder ander zou ik dit na dergelijke dingen aannemen, maar de overste Mussert was buitengewoon warhoofdig.'⁷⁾

Deze opmerking van Calmeyer blijft in de brochure - onmiskenbaar weloverwogen - onvermeld. Zoals ook onvermeld blijft het antwoord van Calmeyer op de vraag wat hij in het algemeen vond van de commando's van overste Mussert. Volgens het Verslag van de *Enquêtecommissie* antwoordde Calmeyer:

'Het hele optreden van de overste Mussert, niet alleen nu, maar in alle volgende dagen, was buitengewoon warhoofdig. Ik heb al die gevallen uitgezocht en geen enkel geval positief kunnen bewijzen waar van verraad sprake was.'⁸⁾

Ook tijdens het verhoor door de *Enquêtecommissie* van W. Thomson, in de meidagen chef-staf van de Vesting Holland, kwam het *Vriesebrug-incident* ter sprake. In antwoord op een vraag van de voorzitter stelde Thomson:

'Ik ben ervan overtuigd dat verschillende feiten niet juist zijn weergegeven. Wat die hele quaestie van de geallieerde tanks betreft, het is inderdaad waar dat Mussert en ook de andere troepen in Dordrecht gerustgesteld, gekalmeerd zijn door een mededeling van de commandant van de Vesting Holland: Er is een Frans tankkorps in Brabant aangekomen en daaraan zal worden gevraagd of het onmiddellijk ter bevrijding van Dordrecht kan worden ingezet. Onder dergelijke omstandigheden heeft de heer Mussert gezegd: Wees voorzichtig, niet schieten, het zijn geallieerde tanks. Ik kan me dat zeer goed voorstellen, zonder dat daarbij de gedachte aan verraad naar voren behoeft te komen.'⁹⁾

Toen de voorzitter vervolgens opmerkte dat een getuige had verkaart, dat Mussert de opdracht *Niet schieten* gaf, terwijl hij zag dat de tanks 'in het offensief' waren, antwoordde Thomson:

'Ik weet dat niet, ik heb het niet gehoord, maar met getuigenverklaringen onder die omstandigheden ben ik altijd voorzichtig. Er zijn rare dingen gebeurd op het eiland van Dordt. De zaak was daar zeer moeilijk. Er kwamen uit Dordrecht zelf berichten binnen: het is hier hopeloos en overste Mussert geeft geen leiding. (...). Ik heb voor mijzelf nooit kunnen aannemen dat overste Mussert verraad heeft gepleegd. Hij was iemand die heel beperkte geestvermogens had. Hij was als torpedist goed, maar van tactiek had hij geen flauw idee en dat kon hij ook niet hebben.'¹⁰⁾

Ook merkte Thomson op:

'Overste Mussert had tegen dat hij de broer was van de "grote" Mussert, en dit wekte onmiddellijk het wantrouwen op. Generaal Van Andel zowel als ik was ervan overtuigd dat overste Mussert - laat hij onbekwaam en niet voldoende capabel geacht kunnen worden om een dergelijk moeilijk commando als dat in Dordrecht onder zeer moeilijke omstandigheden te voeren - zich niet aan verraad zou schuldig maken.'¹¹⁾

Ook van deze door Thomson gemaakte opmerkingen wordt in de brochure op geen enkele wijze melding gemaakt. Ook dit kan niet anders dan weloverwogen zijn geschied.

⁷⁾ Verslag Enquêtecommissie, deel 1c, *Verhoren*, p. 311, 10046.

⁸⁾ Verslag Enquêtecommissie, deel 1c, , p. 310, 10039.

⁹⁾ Verslag Enquêtecommissie, deel 1c, p. 542, 17704. Zo mocht bijvoorbeeld ook geen eigen artillerievuur op de Moerdijkbruggen worden gelegd (teneinde deze te vernielen), omdat het opperbevel de beschikking over de bruggen wenste te behouden in verband met de Franse hulp die was toegezegd. Zie Verslag Enquêtecommissie, deel 1c, p. 305, antwoord 9995

¹⁰⁾ Verslag Enquêtecommissie, deel 1c, p. 542, 17705.

¹¹⁾ Verslag Enquêtecommissie, deel 1c, p. 542, 17701.

Het K-rollen-incident

Het *K-rollen-incident* vond eveneens plaats op maandag, 13 mei 1940. Het incident wordt in hoofdstuk III van de brochure als volgt beschreven:

'(Na het *Vriesebrug-incident*) liet majoor De Bie, met het oog op een te verwachten her-nieuwde tankaanval, de verdediging weer op orde brengen. Hij liet daartoe de zogenoemde *K-rollen* uitleggen, als hindernis voor tanks. Overste Mussert kwam nu weer te voorschijn (...). Een pantserwagen naderde de Johan de Wittbrug. De doorgang was versperd met *K-rollen*. Sergeant-majoor Goedmakers verklaarde: De overste riep: Doe die *K-rollen* weg, want het zijn vrienden. Ik riep terug: Misschien van u, maar niet van ons. Overste Mussert kon net zo goed als ik aan het grote zwarte kruis zien dat het Duitse tanks waren. Wie is je commandant, vroeg hij. Majoor De Bie, commandant 11-2-RW, antwoordde ik. (...). Overste Mussert liep daarop naar de commandopost van 11-2-RW, waar majoor De Bie juist bezig was de werkzaamheden te bespreken met zijn ondercommandanten. Mussert verweet de officieren der Wielrijders dat zij spoken zagen en gelastte majoor De Bie de *K-rollen* te verwijderen, om het verkeer door te laten. De majoor keek Mussert strak aan, herhaalde op strikt militaire wijze de opdracht en voegde eraan toe: Maar het wordt niet uitgevoerd.'¹²⁾

Tijdens het verhoor van Thomson door de *Enquêtecommissie* kwam ook het *K-rollen-incident* ter sprake. In antwoord op een vraag van de voorzitter van *subcommissie II* merkte Thomson op:

'Er is een omstandigheid die misschien een ander gezichtspunt oplevert. Men had in Dordrecht het vervoer van de gewonden die uit de buitenrand van Dordrecht kwamen en naar de verschillende hospitalen en ziekeninrichtingen in Dordrecht moesten worden vervoerd. Wanneer men de *K-rollen* had uitgelegd, zouden de straten absoluut zijn versperd, zodat het vervoer van de gewonden en ook de verplaatsing van troepen niet had kunnen plaatshebben.'¹³⁾

Ook van deze opmerking van Thomson wordt in de brochure geen melding gemaakt.

Was sprake van noodweer?

Ter rechtvaardiging van het neerschieten van overste Mussert beroept Kruithof zich op noodweer. Hij handelde, zo stelt hij, uit zelfverdediging. In de brochure valt - onder het kopje *Ontmoeting met Kruithof* - te lezen: 'Spijt heeft hij niet. Voor hem staat als een paal boven water dat hij onder de gegeven omstandigheden hetzelfde zou doen. 'Voor mij was het Mussert of ik.' De vraag is of dit standpunt zich verdraagt met de feiten?

De feiten volgens de brochure

In hoofdstuk IV van de brochure, *De confrontatie*, wordt de door kapitein Bom en luitenant Kruithof ondernomen poging om overste Mussert te arresteren beschreven, met inbegrip van de fatale afloop. De feiten worden nauwkeurig weergegeven. Vermeld wordt hoe luitenant Kruithof op 14 mei 1940 te horen krijgt dat overste Mussert zich met zijn staf te Sliedrecht bevindt, in het gebouw van het Gemeentelijk Elektriciteitsbedrijf (G.E.B.). Hoe Kruithof de vakcommandant van Sliedrecht, reserve-kapitein A.J.C. Bom, van de aanwezigheid van overste Mussert op de hoogte brengt. Hoe vervolgens beide offi-

¹²⁾ Brochure, p. 34 en 35.

¹³⁾ Verslag Enquêtecommissie, deel Ic, p. 542, 17706.

cieren zich, samen met een agent van politie, naar het G.E.B.-gebouw begeven teneinde Mussert te arresteren. Hoe kapitein Bom de deur van de werkkamer opengooit en Mussert toeroept: Handen omhoog, ik arresteer u. Hoe Mussert weigert zich, zoals hij zegt, door een kapitein te laten arresteren. Hoe Kruithof zich met de zaak bemoeit en vanuit de vestibule enkele keren met luide stem tegen Mussert roept: Handen op. 'Maar Mussert was niet van plan zich te laten intimideren', zo eindigt de beschrijving. 'Hij liet de handen naar beneden gaan en kwam met de rechterhand in de buurt van zijn pistooltas. Toen daverden plotseling in de kale ruimte van de vestibule enige hevige knallen. Kruithof, ervan overtuigd zijnde dat overste Mussert zijn wapen wilde grijpen, vuurde vanuit de heup een vier-tal schoten op hem af. Mussert zakte ineen, viel zijdelings achterover en bleef daarna roerloos liggen. Die avond om 22.30 uur stierf Mussert na een spoedoperatie in een ziekenhuis te Gorinchem. Het onafwendbare noodlot had zich voltrokken. Het moest wel fataal aflopen.'

Wat is weggelaten?

De door luitenant Kruithof afgevuurde schoten vielen 's middags om ± 14.30 uur. Overste Mussert overleed dezelfde dag, 's avonds om ± 22.30 uur. Wat tussen beide tijdstippen in geschiedde, vermeldt de brochure niet. Wat ondernamen bijvoorbeeld kapitein Bom en luitenant Kruithof, toen zij zagen dat overste Mussert ineengezakt op de grond bleef liggen? Waarschuwden zij een arts? En hoe kwam Mussert in het Ziekengasthuis te Gorinchem terecht? Het is uitgesloten dat de schrijver van de brochure, majoor b.d. H. Kleingeld, zich deze vragen niet heeft gesteld. Evenzeer is het uitgesloten dat hij hierover niet met Kruithof, die hij naar eigen zeggen meermalen heeft ontmoet, heeft gesproken. Dit betekent dat vermelding van hetgeen tussen beide tijdstippen in geschiedde, weloverwogen achterwege is gelaten. De volgende paragraaf maakt duidelijk waarom.

Het verslag van de commissie-Mijsberg

Het antwoord op de vraag wat precies geschiedde tussen het tijdstip van neerschieten van overste Mussert en het tijdstip van overlijden, is te vinden in het verslag van de commissie van huishoudelijk onderzoek die kort na de schietpartij werd ingesteld.¹⁴⁾ De commissie stond onder voorzitterschap van luitenant-kolonel H. Mijsberg, commandant van het Tweede Regiment Wielrijders, en telde, de voorzitter meegerekend, drie leden. Uit de verklaringen van de door de commissie gehoorde personen blijkt het volgende.¹⁵⁾

Meteen na de schietpartij werden alle in de werkkamer en in de vestibule van het G.E.B.-gebouw aanwezige personen door kapitein Bom en luitenant Kruithof naar buiten geleid. Eenmaal buiten werden de officieren ontwapend en overgebracht naar de commandopost van kapitein Bom. Overste Mussert bleef, hevig bloedend, alleen in de werkkamer achter. Nog eenmaal keerden twee officieren even in de kamer terug, om een helm op te halen. Zij zagen Mussert, verklaart één van hen, 'nog stuiptrekkend op de grond liggen'.

De agent van politie, die kapitein Bom en luitenant Kruithof vergezelde toen zij het G.E.B.-gebouw binnengingen, kreeg, eenmaal buiten, toestemming te vertrekken. Hij meldde zich direct bij zijn chef, Inspecteur van Politie J.H. Tienstra, en deed verslag van

¹⁴⁾ Een afschrift van dit verslag is in het bezit van het Nederlands Instituut voor Militaire Historie, Van Alkemadeaan 357, Den Haag.

¹⁵⁾ Gehoord werden: de in de werkkamer aanwezige officieren: reserve-majoor W. de Boer, kapitein-adjudant G. van der Mark en kapitein E.J. van der Flier; kapitein Bom en luitenant Kruithof; en J.H. Tienstra, Inspecteur van Politie te Sliedrecht.

hetgeen hem die middag was overkomen. Inspecteur Tienstra begaf zich vervolgens in grote haast per fiets naar het G.E.B.-gebouw, waar hij overste Mussert, zwaar gewond op de grond liggend, alleen in diens werkkamer aantrof. Na enkele woorden met hem te hebben gewisseld, liet Tienstra een dokter waarschuwen. Enkele minuten later verscheen H.C.R. Folmer, arts te Sliedrecht, die, na een kort onderzoek, overste Mussert naar het Gastziekenhuis te Gorinchem liet overbrengen. Daar werd tot onmiddellijk operatief ingrijpen besloten. Het was echter te laat. In de avonduren overleed overste Mussert. Als doodsoorzaak werd vermeld: schotwonden met daaraan gepaard gaand bloedverlies.

Inspecteur Tienstra sprak ook de directeur van het G.E.B., de heer Guermonprez. Deze deelde Tienstra mede dat één van de twee officieren, die 's middags het G.E.B.-gebouw waren binnengedrongen, om ± 15.30 uur terugkeerde en, toen hij hoorde dat overste Mussert naar het ziekenhuis was gebracht, zich hierover zeer ontevreden toonde en opmerkte: 'De overste had moeten worden gefouilleers.'¹⁶⁾

¹⁶⁾ In het verslag staat inderdaad: 'gefouilleers'. Wat is bedoeld, laat zich raden. Het verslag bevat overigens vele tikfouten. Zo wordt gesproken van: Wim de Boer, reserve motor voor Speciale Diensten.

TUCHTRECHTSPRAAK

Rechtbank Arnhem

Meervoudige militaire kamer
Uitspraak in beroep van 6 juni 2005
RB-nummer 05/270

Voorzitter: mr. E.G. Smedema; lid: mr. P. Verkade; militair lid: kolonel mr. B.J. Driessen

Ook het dragen van een tongpiercing kan worden verboden

Een korporaal werd tuchtrechtelijk gestraft met een geldboete van € 45: hij had tot tweemaal toe geweigerd de hem uit veiligheidsoverwegingen gegeven opdracht om bij de aanvang van een oefening zijn tongpiercing te verwijderen, op te volgen. Toen hij tegen deze (door de beklagmeerdere bevestigde) strafoplegging beroep instelde, bevestigde de militaire kamer de bestreden beslissing. Met betrekking tot de stelling van de korporaal dat de hem gegeven opdracht onrechtmatig was omdat het dragen van een tongpiercing, immers een inwendig sieraad, niet in strijd kon worden geacht met de geldende veiligheidsregels, overwoog de militaire kamer dat bedoelde regels zodanig zijn geformuleerd dat 'enig voorstelbaar letsel al voldoende is om een militair binnen de uitoefening van zijn werkzaamheden met het verbod tot het dragen van sieraden, zoals piercings, te confronteren'. 'Het niet beschouwen van tongpiercing als een veiligheidsrisico is dan ook een te beperkte uitleg van het begrip sieraden zoals vermeld in het VS 2-1352 en de Vaste Order 13 BEVOCZE', aldus de militaire kamer:

(Veiligheidsregels; art. 15 en 18 WMT)

Uitspraak op het beroep van korporaal de eerste klasse H., nmr. 000, ingedeeld bij 13 Bevocie te Oirschot, wonende te E., hierna aangeduid als gestrafte, waarbij de hierna te noemen uitspraak wordt bestreden.

Het verloop van de procedure

Aan gestrafte werd op 3 maart 2005 een beschuldiging uitgereikt, luidende:

"Tot 10 februari 2005 te 21.00 uur binnen een militaire plaats, De Ruyter van Steveninckkazerne te Oirschot, tot tweemaal toe de opdracht geweigerd om zijn tongpiercing te verwijderen. Dit betrof enerzijds de opdracht van de plaatsvervangend commandant 13 Bevocie op 8 februari 2005 en anderzijds de opdracht van commandant 13 Bevocie zelf bij de aanvang van de oefening Rhino Determined op 10 februari 2005. Naast weigering opdracht heeft beschuldigde zich niet aan een tweetal dienstvoorschriften gehouden, te weten VS 2-1352, hoofdstuk 5, punt 13 en de Vaste Order 13 Bevocie, onderwerp 1.3, punt 8.a",

met vermelding van de artikelen 15 en 18 van de Wet militair tuchtrecht.

Het onderzoek in eerste aanleg vond plaats op 8 maart 2005.

Op 8 maart 2005 werd gestrafte door de commandant van 13 Bevocie wegens schending van de gedragsregels van artikel 15 en artikel 18 lid I van de Wet militair tuchtrecht met verwijzing naar VS 2-1352 en de Vaste Order onder 13 Bevocie, gestraft met een geldboete van € 45-, op grond van de bewezen gedraging welke luidt als volgt:

"Tot tweemaal toe de opdracht geweigerd om zijn tongpiercing te verwijderen. Enerzijds de opdracht van de plaatsvervangend commandant 13 Bevocie op 8 februari 2005 en

daarnaast de opdracht van commandant 13 Bevocie bij aanvang van de oefening Rhino Determined op 10 februari 2005. Hierdoor tevens een tweetal dienstvoorschriften overtreden, namelijk VS 2-1352, hoofdstuk 5, punt 13 en de Vaste Order 13 Bevocie, onderwerp 1.3, punt 8.a". en werd op die dag de uitspraak aan hem uitgereikt.

De tot straffen bevoegde meerdere (de commandant) heeft als bewijsmiddelen gebezigd: de eigen waarneming van de gedraging, de waarneming van de gedraging door een getuige en de verklaring van gestrafte.

Gestrafte heeft blijkens de op het beklagschrift gestelde aantekening tijdig, namelijk op 11 maart 2005, een beklagschrift ingediend bij de beklagmeerdere.

Dit beklag is op 11 april 2005 te 15.00 uur behandeld, nadat aan gestrafte op 29 maart 2005 te 16.30 uur een oproep voor het onderzoek op beklag was uitgereikt. De beklagmeerdere heeft op 12 april 2005 de beslissing op beklag gegeven. Deze beslissing hield in dat de bestreden beslissing werd bevestigd. De bewezen gedraging op beklag luidde:

"Tot tweemaal toe de opdracht geweigerd om zijn tongpiercing te verwijderen. Enerzijds de opdracht van de plaatsvervangend commandant 13 Bevocie op 8 februari 2005 en daarnaast de opdracht van commandant 13 Bevocie bij aanvang van de oefening Rhino Determined op 10 februari 2005. Hierdoor tevens een tweetal dienstvoorschriften overtreden, namelijk VS 2-1352, hoofdstuk 5, punt 13 en de Vaste Order 13 Bevocie, onderwerp 1.3, punt 8.a".

De uitspraak op beklag is volgens het beklagformulier aan gestrafte uitgereikt op 12 april 2005.

De beklagmeerdere heeft als bewijsmiddelen gebezigd: de eigen waarneming van de commandant van de betrokken gedraging, de eigen waarneming van de commandant tijdens onderzoek in eerste aanleg, de verklaring van de gestrafte, geschriften en de eigen waarneming van de beklagmeerdere tijdens onderzoek op beklag.

Gestrafte is in beroep gegaan tegen deze uitspraak op beklag door indiening van een beroepschrift op 18 april 2005.

Gestrafte stelt in zijn beroepschrift dat:

"Naar mijn stellige overtuiging zijn door mij geen dienstbevelen geweigerd zoals genoemd in het voorschrift 2-1352. De in de uitspraak genoemde functionarissen hebben mij naar mijn overtuiging onrechtmatige opdrachten verstrekt aangezien het dragen van een tongpiercing niet in strijd is met de persoonlijke veiligheidsregels. De bedoeling van het betreffende artikel in het VS 2-1352 is het bewerkstelligen van een zo groot mogelijke veiligheid. In de geest van deze gedragsregel kan ik begrijpen dat uiterlijke sieraden aan het lichaam verboden zijn.

Naar mijn mening horen inwendige versierselen, zoals een tongpiercing, hier niet toe daar deze geen afbreuk doet aan uiterlijk voorkomen, veiligheid en mogelijke andere gestelde normen. Er bestaan verder in nationaal verband dan ook slechts richtlijnen voor het dragen van sieraden in verband met veiligheidsvoorschriften. Nader beleid t.a.v. tenuevoorschriften inzake het dragen van sieraden zijn tot heden niet goedgekeurd (Commissie Gelijke Behandeling). Het gestelde dienaangaande in de Vaste Orders van 13 Bevocie zijn van een lagere orde dan de vigerende regelgeving ter zake zodat ik van mening ben niet te hebben gehandeld in strijd met deze orders."

Op 13 mei 2005 heeft de militaire kamer de schriftelijke omschrijving van de waargenomen gedragingen van gestrafte door de commandant en plaatsvervangend commandant 13 Bevocie ontvangen, alsmede kopie van de relevante gedeelten van VS 2-1352 (Handboek KL militair) en de Vaste Order 13 BEVOCIE.

De zaak is in beroep onderzocht ter terechtzitting van 23 mei 2005. Gestrafte is ter

terechtzitting van 23 mei 2005 gehoord.

De officier van justitie heeft zijn oordeel gegeven en onder meer gezegd: Ik heb de beschikking over een intern memorandum van de stafofficier juridische zaken, majoor mr. Legein aan de commandant 13 Gemechaniseerde Brigade (de beklagmeerdere in de onderhavige zaak) en ik leg dat memorandum aan de militaire kamer over. Op basis van de inhoud van onder meer dit intern memorandum kom ik tot de conclusie dat het beroep van gestrafte niet gegrond moet worden verklaard. De koninklijke weg was geweest als gestrafte het hem gegeven bevel opgevolgd had en daarna bezwaar had gemaakt tegen dit hem gegeven bevel. Alleen een onrechtmatig gegeven bevel kan namelijk terzijde worden gelegd. De discussie waarover het in deze zaak kan gaan is betrekkelijk marginaal. De betreffende regels zijn gegeven om veiligheidsredenen bij een oefening is het standpunt dat ook een tongpiercing niet gedragen mag worden verdedigbaar. Ook inwendige sieraden kunnen naar mijn mening letsel veroorzaken. Het gaat om het kunnen veroorzaken. Het is niet uitgesloten dat niet overal gehandhaafd wordt dat het inwendig dragen van piercings verboden is. Het optreden tegen het dragen van piercings hangt ook sterk af van de bekendheid bij de commandant van het hebben van een dergelijk sieraad. Voor het kunnen ontstaan van gevaar is het uitsteken van de piercing buiten het lichaam niet het enige belang. Door een obstakel als in casu in de mond kan mijns inziens toch letsel ontstaan. Het gegeven bevel tot het verwijderen van de tongpiercing was overduidelijk. Er is geen sprake van een evident onjuist gegeven bevel. Een dergelijk bevel moet opgevolgd worden.

Gestrafte heeft het woord ter verdediging gevoerd.

De militaire kamer heeft beraadslaagd naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting in beroep.

De motivering van de beslissing

1. De militaire kamer constateert dat ten aanzien van de vormvereisten en de termijnen bij de tuchtprocedure, zowel in eerste aanleg als op beklag, de voorgeschreven procedure is gevolgd, zodat in zoverre de bestreden uitspraak in stand kan blijven.

2. Het beroepschrift is tijdig ingediend, zodat gestrafte ontvankelijk is in zijn beroep.

3. Uit de ter beschikking staande bewijsmiddelen, waaronder de verklaring van gestrafte, is komen vast te staan en staat ook buiten discussie, dat gestrafte op 8 februari 2005 de opdracht van zijn plaatsvervangend compagniescommandant om zijn tongpiercing te verwijderen heeft geweigerd uit te voeren, alsmede dat gestrafte de hem op 10 februari 2005 door zijn compagniescommandant gegeven opdracht met dezelfde inhoud en strekking heeft geweigerd uit te voeren.

4. Gestrafte is van mening dat deze hem gegeven opdrachten onrechtmatig waren, aangezien het dragen van een tongpiercing niet in strijd is met de persoonlijke veiligheidsregels.

5. De aan gestrafte gegeven opdrachten voldeden naar het oordeel van de militaire kamer aan de criteria die artikel 125 van het Wetboek van Militair Strafrecht aan een dienstbevel stelt. Immers staat niet ter discussie dat het om een bevel ging. Het bevel werd gegeven door een meerdere aan een mindere. Voorts betrof het een bevel met enig dienstbelang omdat dit bevel de veiligheid beoogde te vergroten en onder meer was gebaseerd op het voorschrift VS 2-1352, hoofdstuk 5, alwaar onder punt 13 is opgenomen dat het dragen van sieraden, zoals piercings, tijdens werkzaamheden, praktische diensten, oefeningen en bij sportbeoefening letsel van verschillende aard tot gevolg kan hebben. Om een zo groot mogelijke veiligheid te kunnen garanderen, is het dragen van sieraden onder die

omstandigheden verboden, aldus het bewuste voorschrift. Door de formulering van dit voorschrift is enig voorstelbaar letsel al voldoende om een militair binnen de uitoefening van zijn werkzaamheden met dit verbod te confronteren. De commandant en plaatsvervangend commandant mochten naar het oordeel van de militaire kamer dus op grond van de tekst van deze bepaling gestrafte de opdracht geven de desbetreffende tongpiercing te verwijderen.

6. De aan gestrafte gegeven bevelen waren naar het oordeel van de militaire kamer niet onrechtmatig. Ook zijn de bevelen door gestrafte niet goeder trouw als onrechtmatig beschouwd. Gestrafte heeft immers bewust een eigen interpretatie aan de regelgeving gegeven en op grond daarvan het dienstbevel geweigerd. Gestrafte kan zich daarom niet beroepen op een rechtvaardigingsgrond of schulduitsluitingsgrond en had de hem gegeven dienstbevelen behoren op te volgen.

7. Het dienstvoorschrift Vaste Order 13 BEVOCIE hoofdstuk 1, onderwerp 3, punt 8 Ongevallenpreventie, bevat ter nadere uitwerking van punt 13 van VS 2-1352, de bepaling dat het verboden is sieraden te dragen. Werkzaamheden moeten hierbij volgens die bepaling van de Vaste order breed worden gezien en de de bepaling geldt voor de uitvoering van alle werkzaamheden gedurende de tijd dat dienst moet worden verricht. De koppeling van deze Vaste Order aan de aan gestrafte gegeven opdrachten kan naar het oordeel van de militaire kamer geschieden op grond van de inhoud van die opdrachten en de samenhang daarvan met voornoemde dienstvoorschriften.

8. Onder het begrip sieraden in voornoemde voorschriften vallen blijkens de tekst ook piercings. Die voorschriften maken daarbij geen onderscheid tussen uitwendig en inwendig gedragen piercings. Gestrafte heeft gesteld dat een tongpiercing inwendig wordt gedragen en daardoor geen veiligheidsrisico vormt in tegenstelling tot uitwendig gedragen piercings. Los van de vraag of een inwendige piercing geen en een uitwendige piercing wel een veiligheidsrisico vormt, merkt de militaire kamer allereerst op dat de tong (tijdelijk) buiten het lichaam kan worden gebracht. Afhankelijk van de plaats van de piercing kan deze dan binnen of buiten het lichaam zijn. In het geval van een tongpiercing kan derhalve niet worden gezegd dat dit altijd een inwendig gedragen sieraad is. Een piercing in de tong kan zo ver naar achteren zijn aangebracht dat deze zelfs bij het uitsteken van de tong niet buiten de mond komt en dat daardoor het veiligheidsrisico tot een minimum is beperkt. Plaatsing van een piercing verder naar voren richting de punt van de tong kan tot gevolg hebben dat de piercing buiten de mond komt, waardoor het veiligheidsrisico toeneemt. Verder zou er voor wat betreft het veiligheidsrisico nog onderscheid kunnen worden gemaakt tussen de mogelijk verschillende uitvoeringen van tongpiercings, zowel naar grootte als naar vorm of naar bevestigingswijze. Per geval zou dus moeten worden beoordeeld of het dragen van een tongpiercing een aanvaardbaar veiligheidsrisico oplevert. In een dienstvoorschrift kan bezwaarlijk elke mogelijke casus worden beschreven. Een van de elementen van een dienstvoorschrift in de zin van artikel 135 van het Wetboek van Militair Strafrecht is immers dat het een besluit is van algemene strekking. Het niet beschouwen van tongpiercings als een veiligheidsrisico is dan ook een te beperkte uitleg van het begrip sieraden zoals vermeld in het VS 2-1352 en de Vaste Order 13 BEVOCIE.

Naar het oordeel van de militaire kamer is het dan ook redelijk tongpiercings te vatten onder het begrip "sieraden" als bedoeld in voornoemde voorschriften en bij piercings in beginsel geen onderscheid te maken tussen uitwendige piercings en relatief gezien meer inwendige piercings. De bewezen gedraging valt daarom ook binnen de voornoemde dienstvoorschriften, zodat door de gestrafte daarmee in strijd is gehandeld.

9. Gestrafte heeft verder nog mondeling aangevoerd dat het verwijderen van een tong-

piercing alleen tijdens werkzaamheden praktisch vrijwel onmogelijk is, omdat tongweefsel spierweefsel is dat zich snel herstelt, zodat de tongpiercing dan niet meer eenvoudig herplaatst zou kunnen worden. De militaire kamer is van oordeel dat dit op zichzelf geen argument kan zijn om de tongpiercing uit te sluiten van het begrip "sieraden". Bepalend in dezen is of het dragen van de tongpiercing van gestrafte in strijd is met de genoemde dienstvoorschriften. Voorts merkt de militaire kamer op dat een werknemer die weet welke eisen zijn werkgever stelt aan het al dan niet dragen van sieraden in verband met de veiligheid van die werknemer, zich daarvan op voorhand rekenschap dient te geven bij de keuze van zijn of haar sieraden.

10. De militaire kamer is op grond van hetgeen hiervoor is overwogen van oordeel dat de bestreden beslissing in stand kan blijven. De door strafoplegger opgelegde straf is niet onredelijk. De bestreden beslissing wordt daarom bevestigd.

11. Gelet op hetgeen hiervoor onder 8 is overwogen merkt de militaire kamer nog – zij het ten overvloede – het navolgende op. Uitgegaan is van de thans vigerende dienstvoorschriften die spreken over "piercings" zonder nadere differentiatie. Op zichzelf zou het denkbaar zijn om, met name tegen de achtergrond van het hier aan de orde zijnde veiligheidsaspect, deze voorschriften nader uit te werken en daarbij bepaalde vormen van piercings uit te zonderen. Zulks dient evenwel aan de regelgever te worden overgelaten en de militaire kamer kan en wil hierop in de onderhavige zaak niet vooruitlopen.

Beslissing

DE MILITAIRE KAMER,

RECHTDOENDE IN BEROEP:

Bevestigt de bestreden uitspraak.

NASCHRIFT

1. In de onderhavige zaak stelt de officier van justitie terecht dat de korporaal het hem gegeven dienstbevel tot het verwijderen van de tongpiercing (gewoon) had moeten opvolgen. 'Alleen een onrechtmatig gegeven bevel kan namelijk terzijde worden gelegd', aldus de officier:

Een gegeven dienstbevel kan om twee redenen onrechtmatig zijn gegeven:

- omdat de meerdere door het geven van het bevel zonder noodzaak inbreuk heeft gemaakt op de (binnen de krijgsmacht of bij de eenheid) geldende dienstverhoudingen; men spreekt in dit verband wel van het ontbreken bij de meerdere van de persoonlijke of relatieve bevoegdheid;

- omdat het bevel gelet op de inhoud als onrechtmatig moet worden beschouwd; men spreekt in dit verband wel van het ontbreken bij de meerdere van de absolute bevoegdheid.

2. 'De koninklijke weg was geweest als gestrafte het hem gegeven bevel opgevolgd had en daarna bezwaar had gemaakt tegen dit hem gegeven bevel', aldus eveneens de officier van justitie.

In geval van bezwaar tegen een (overigens rechtmatig) dienstbevel is de bijzondere klachtregeling, neergelegd in artikel 9 van de Militaire Ambtenarenwet 1931, van toepassing. Ingevolge deze regeling komt een militair, die zich bezwaard voelt over een hem gegeven dienstbevel, het recht toe een schriftelijke klacht in te dienen bij de tot straffen bevoegde meerdere onder wiens rechtstreeks bevel degene die hem het bevel gaf, is gesteld. De indiening van een klacht heft echter de plicht tot gehoorzaamheid aan het bevel niet op.

3. In een andere zaak - zie CRvB 7 april 2005, TAR 2005, nr: 88 - stelde (niet een mili-

tair, maar) een politieagent dat het hem gegeven verbod tot het dragen van een wenkbrauwpiëcing een inbreuk betekende op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en onaantastbaarheid van het lichaam, zoals geregeld in artikel 10 en 11 van de Grondwet. Met betrekking tot deze stelling overwoog de Centrale Raad van Beroep: 'Evenals de rechtbank is de Raad niet tot de overtuiging gekomen dat het in het bestreden besluit neergelegde verbod is aan te merken als een aantasting van een of meer van de door appellant genoemde grondrechten. Daarvoor acht de Raad vooral van belang dat het verbod betrekking heeft op een sieraad waarvan niet is gebleken dat dit uiting geeft aan, dan wel bepalend is voor de persoonlijke identiteit van appellant.'

4. Los van alles: een militair (of een politieagent) met een wenkbrauwpiëcing of (nog erger) een tongpiëcing is gewoon geen gezicht. Het verbod om een zodanige opmerking te maken betekent wèl een inbreuk op een grondrecht.

G.L.C.

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep

26 mei 2005

0313728 + 0416156 MAW

Voorzitter: mr. G.P.A.M. Garvelink-Jonkers; leden: mr. J.Th. Wolleswinkel en mr. K. Zeilemaker

Geen vergoeding van restschade

Een militair raakt tijdens een vredesmissie ernstig gewond: in de YPR waarin hij zich bevindt, slaat een antitankraket in. Aan hem wordt ontslag verleend onder toekenning van (1) een uitkering wegens invaliditeit met dienstverband, berekend naar een mate van invaliditeit van 100% en (2) een bijzondere invaliditeitsverhoging van 40%. Tevens wordt hij in aanmerking gebracht voor een aantal aanvullende voorzieningen. Als de ontslagen militair de Staatssecretaris van Defensie om vergoeding van ook de restschade verzoekt, wijst de staatssecretaris dit verzoek af. De gewezen militair stelt tegen dit (na bezwaar gehandhaafde) besluit beroep in. Zijns inziens vloeit, met name in geval van vredesoperaties, aansprakelijkheid voort uit de norm van goed werkgeverschap, zoals neergelegd in artikel 7:611 BW. De eerste rechter verklaart het beroep gegrond, wegens schending van het motiveringbeginsel. Tegen deze uitspraak stelt zowel de gewezen militair als de staatssecretaris hoger beroep in. Tevens neemt de staatssecretaris, ter uitvoering van de uitspraak van de eerste rechter, een nieuw besluit. Hierbij wordt de afwijzing van het verzoek om vergoeding van de restschade gehandhaafd. De Centrale Raad acht het beroep van de gewezen militair mede tegen dit nieuwe besluit gericht. Na sluiting van het onderzoek verklaart de Raad het beroep van de gewezen militair, voorzover gericht tegen het nieuwe besluit, ongegrond. Volgens vaste jurisprudentie, aldus de Raad, bestaat naast artikel 115 AMAR geen aanleiding voor een analoge toepassing van een aan het civiele recht ontleende schadevergoedingsverplichting als neergelegd in artikel 7:611 BW. Een bepaling als artikel 115 kan worden gezien als uitdrukking van de norm dat (ook) de overheids-werkgever verplicht is zich als een goed werkgever te gedragen. De zienswijze van de

staatssecretaris dat artikel 115 in het kader van goed werkgeverschap als het sluitstuk kan worden beschouwd waaraan in geval van bijzondere hardheid toepassing wordt gegeven, kan de Raad niet als onjuist worden bestempeld.

(Artikel 115 AMAR)

UITSPRAAK

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

I. Ontstaan en loop van het geding

Partijen hebben op de daartoe bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 30 juni 2003, nr. AWB 02/151 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Beide partijen hebben een verweerschrift ingediend, alsmede nadere stukken.

Het geding is behandeld ter zitting van 14 april 2005, waar betrokkene in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. H.J.M.G.M. van der Meijden, advocaat te Harderwijk. De Staatssecretaris heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. C.L. Kuijpers, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. Voor een uitgebreidere weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. De Raad volstaat met het volgende.

1.1. Betrokkene, destijds voertuigcommandant van een YPR, is op 3 juni 1995 tijdens de vredesmissie in voormalig Joegoslavië ernstig gewond geraakt als gevolg van de inslag van een antitankraket. Aan hem is ontslag verleend uit de militaire dienst en een uitkering toegekend ingevolge de Algemene Militaire Pensioenwet (thans: Kaderwet Militaire Pensioenen, hierna: KMP) wegens invaliditeit met dienstverband, berekend naar een mate van invaliditeit van 100%. Voorts is hij in aanmerking gebracht voor een bijzondere invaliditeitsverhoging van 40% en voor diverse andere voorzieningen.

1.2. Bij brief van 21 april 2000 heeft betrokkene de Staatssecretaris verzocht over te gaan tot vergoeding van de restschade ter zake van het hem overkomen ongeval. Op dit verzoek is bij besluit van 2 juli 2001 afwijzend beslist. Na bezwaar is dit besluit gehandhaafd bij het bestreden besluit van 30 november 2001.

1.3. De rechtbank heeft het hiertegen ingestelde beroep bij de aangevallen uitspraak gegrond verklaard wegens schending van het motiveringsbeginsel en het bestreden besluit om die reden vernietigd. Daarbij heeft de rechtbank de Staatssecretaris opgedragen een nieuw besluit op bezwaar te nemen met inachtneming van hetgeen in de uitspraak is overwogen. Betrokkene en de Staatssecretaris hebben tegen deze uitspraak hoger beroep ingesteld.

1.4. Ter uitvoering van deze uitspraak heeft de Staatssecretaris op 1 november 2004 een nieuw besluit genomen, waarbij het beroep van betrokkene opnieuw ongegrond is verklaard. Betrokkene heeft aangegeven dat met deze beslissing niet aan zijn bezwaar is tegemoetgekomen. De Raad zal het beroep van betrokkene met toepassing van de artikelen 6:19, eerste lid, en 6:24 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) mede gericht achten tegen dit nieuwe besluit.

2. Het hoger beroep van de Staatssecretaris.

2.1. De Staatssecretaris heeft tegen de aangevallen uitspraak in hoger beroep aangevoerd dat betrokkene zich ten onrechte op het standpunt stelt dat de Staatssecretaris zich slechts als een goed werkgever gedraagt als hij boven op de bestaande regelingen en voorzieningen een extra vergoeding verstrekt.

Anders dan de Staatssecretaris leest de Raad in de aangevallen uitspraak evenwel niet dit standpunt van de rechtbank. Reeds hierom faalt deze grief.

2.2. De Staatssecretaris heeft tegen de vernietigingsgrond van de rechtbank - schending van het motiveringsbeginsel omdat onvoldoende inzichtelijk was gemaakt waarom in andere gevallen wel tot een aanvullende vergoeding is besloten - geen grieven aangevoerd, maar in het hoger beroepschrift nader uiteengezet waarom in de door betrokkene opgevoerde gevallen anders is beslist dan in het geval van betrokkene zelf. Deze uiteenzetting is ook neergelegd in het nieuwe besluit, waarbij is beoogd uitvoering te geven aan de aangevallen uitspraak. Nu de Staatssecretaris het oordeel van de rechtbank derhalve feitelijk niet betwist, concludeert de Raad dat het hoger beroep van de Staatssecretaris niet kan slagen.

3. Het hoger beroep van betrokkene.

3.1. Betrokkene is van mening dat de Staatssecretaris aansprakelijk is voor de gevolgen van het hem overkomen ongeval. Niet in geschil is dat in dit geval aan de zorgplicht is voldaan zodat geen aansprakelijkheid van de Staatssecretaris voortvloeit uit de norm neergelegd in de uitspraak van de Raad van 22 juni 2000, LJV AB0072, TAR 2000, 112. Ook is geen sprake van een fout van een ondergeschikte als bedoeld in de uitspraak van de Raad van 25 oktober 2001, LJV AD6369, TAR 2002, 21.

Betrokkene stelt zich echter op het standpunt dat met name in geval van vredesoperaties aansprakelijkheid voortvloeit uit de norm van goed werkgeverschap, zoals deze is neergelegd in artikel 7:611 van het Burgerlijk Wetboek (BW) en de jurisprudentie van de Hoge Raad.

3.2. Voor wat betreft artikel 115 van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) is betrokkene van opvatting dat toepassing hiervan in dit geval tot volledige vergoeding van de restschade zou moeten leiden, gelet op de aard en ernst van het ongeval en de gevolgen die dit voor betrokkene met zich mee bracht en brengt. Gewezen is op andere volgens betrokkene gelijke gevallen waarin een volledige vergoeding is toegekend. De restschade van betrokkene bestaat uit het mislopen van een militaire carrière met de daarbij behorende inkomensontwikkeling. De bijzondere invaliditeitsverhoging van 40% kan daarbij geen rol spelen, nu die - naar ook namens de Staatssecretaris is erkend - moet worden gezien als smartengeld.

3.3. De Staatssecretaris wijst risicoaansprakelijkheid af, omdat dat zou inhouden dat hij verantwoordelijk wordt gehouden voor het handelen van willekeurige derden. Hij acht dat ongewenst en het past niet in het wettelijk stelsel. De Staatssecretaris meent voorts dat met de geldende rechtspositionele voorzieningen en verstrekkingen in geval van letselschade reeds op ruimhartige wijze invulling wordt gegeven aan de eis van goed werkgeverschap. Met de KMP wordt erkend dat militairen een bijzondere taak te vervullen hebben. Betrokkene ontvangt op basis van de KMP een uitkering van 140% van zijn laatstgenoten bezoldiging en ook na zijn 65-jarige leeftijd ontvangt betrokkene nog een invaliditeitspensioen en invaliditeitsverhoging.

4. De Raad overweegt dienaangaande als volgt.

4.1. De Raad heeft in de uitspraak van 8 mei 2002, LJV AE3622, TAR 2002, 140, aangegeven dat naast artikel 115 van het AMAR, waarin is bepaald dat de Minister de bevoegdheid heeft naar billijkheid de militair schadeloos te stellen, kosten te vergoeden of overigens een geldelijke tegemoetkoming te verstrekken, geen aanleiding bestaat voor

analoge toepassing van een aan het civiele recht ontleende schadevergoedingsverplichting als neergelegd in artikel 7:611 van het BW. Deze jurisprudentie is herhaald in de uitspraak van 9 december 2004, LJN AR7748, TAR 2005, 33, waarin naar eerdergenoemde uitspraak is verwezen, en waarin is overwogen dat een bepaling als artikel 115 van het AMAR kan worden gezien als uitdrukking van de norm dat de overheidswerkgever verplicht is zich als een goed werkgever te gedragen.

4.1.1. De Raad voegde daaraan toe dat deze norm als zodanig de ambtenaar geen aanspraak geeft op vergoeding van schade die voor zijn rekening blijft, indien geen aansprakelijkheid kan worden aangenomen op grond van de hiervoor in 3.1. aangeduide schending van de zorgplicht dan wel als gevolg van een fout van een ondergeschikte waarvoor de overheidswerkgever aansprakelijk is. Zou de rechter dat gevolg wel aan die norm verbinden dan zou hij een stelsel van risicoaansprakelijkheid doen ontstaan waarvoor in de geschiedenis van de totstandkoming van de rechtspositieregelingen geen basis is te vinden en waarvoor ook in het ongeschreven recht onvoldoende aanknopingspunten bestaan.

4.1.2. Tot slot heeft de Raad opgemerkt dat bepalingen als artikel 115 van het AMAR ertoe kunnen leiden dat een ambtenaar, ter discretie van het bevoegd gezag, onder omstandigheden een vergoeding naar billijkheid ontvangt naast hetgeen hij ontleent aan rechtspositionele bepalingen betreffende de gevolgen van een dienstongeval.

4.2. De Raad ziet in hetgeen namens betrokkene is aangevoerd geen aanleiding hierover thans anders te oordelen. Ter voorlichting van betrokkene merkt de Raad daarbij nog op dat artikel 115 van het AMAR niet zozeer betekenis toekomt indien sprake is van een fout van een ondergeschikte of het niet voldoen aan de zorgplicht - zoals door de gemachtigde van betrokkene betoogd is - maar juist in gevallen waarin de aansprakelijkheid op die gronden niet wordt vastgesteld. Dit betekent dat deze grief van betrokkene niet slaagt.

4.3. De Staatssecretaris heeft geen aanleiding gezien voor toepassing van artikel 115 AMAR in het geval van betrokkene, omdat deze op grond van de geldende rechtspositionele bepalingen - welke in het geval van betrokkene ook nog ruimhartig worden toegepast - reeds naar behoren wordt gecompenseerd voor het hem overkomen ongeval. De Staatssecretaris meent dat hij daarmee voldoende invulling geeft aan zijn goed werkgeverschap. Betrokkene is als gevolg van dit ongeval halfzijdig verlamd geraakt, heeft een oog verloren en ondervindt ernstige gehoorproblemen. Hij ontvangt een invaliditeitspensioen van 140% van zijn laatstgenoten bezoldiging. Daarnaast is betrokkene in aanmerking gebracht voor een groot aantal voorzieningen zoals verpleegkundige hulp, aanpassing woning, rolstoel, aanhanger voor rolstoel, auto met chauffeur, badlift, extra elektriciteitskosten, driewielige fiets, renteloze lening, aanschaf en gesprekskosten mobiele telefoon, zoals blijkt uit een door de Staatssecretaris overgelegde lijst. De Staatssecretaris ziet artikel 115 van het AMAR in het kader van goed werkgeverschap als het sluitstuk van de rechtspositionele bepalingen, waaraan in geval van bijzondere hardheid toepassing wordt gegeven.

4.4. De Raad kan deze zienswijze van de Staatssecretaris niet als onjuist bestempelen. Hij verwijst naar de hiervoor in 4.1. geciteerde overweging uit zijn uitspraak van 9 december 2004, waaruit volgt dat artikel 115 van het AMAR ter discretie van de Staatssecretaris is en dat die toepassing een vergoeding naar billijkheid inhoudt en geen aanspraak geeft op volledige schadeloosstelling.

4.5. Uit het vorenstaande volgt dat ook het hoger beroep van betrokkene niet slaagt. De aangevallen uitspraak zal dan ook worden bevestigd. Daarmee komt de Raad toe aan de beoordeling van het nieuwe besluit.

5. Nieuw besluit van 1 november 2004

5.1. Namens betrokkene is een beroep gedaan op naar zijn mening gelijke gevallen, waarin, in verband met de ernst van het ondervonden leed, door de Staatssecretaris aansprakelijkheid is aanvaard dan wel op grond van artikel 115 van het AMAR volledige schadevergoeding is toegekend. Ook is gewezen op de uitspraak van de Raad van 19 september 2002, LJN AE8899, TAR 2003, 26, waarin de Raad heeft overwogen dat, nu de Staatssecretaris niet aansprakelijk kon worden gehouden voor de gemaakte sturfout, hij in strijd met de redelijkheid zou handelen indien hij zou beslissen dat de toenmalige betrokkene geen op artikel 115 van het AMAR te baseren schadeloosstelling toekomt.

5.2. De Raad ziet het ongeval dat betrokkene is overkomen niet op één lijn staan met de feitelijke omstandigheden in de hiervoor genoemde uitspraak van 19 september 2002. Immers betrokkene is niet gewond geraakt als gevolg van handelen door een eveneens onder het gezagsbereik van de Staatssecretaris vallende collega-militair, maar door het optreden van één van de in het voormalig Joegoslavië strijdende partijen. Voor dat optreden kan bezwaarlijk enige verantwoordelijkheid bij de Staatssecretaris worden gelegd.

5.3. De Staatssecretaris heeft voorts naar het oordeel van de Raad in het nieuwe besluit, zoals toegelicht ter zitting, genoegzaam uiteengezet op welke gronden in de door betrokkene opgevoerde gevallen anders is beslist. Daarbij heeft de Staatssecretaris de Raad er van overtuigd dat niet alleen acht geslagen is op de ernst van het ongeval en de zwaarte van de verwondingen, maar ook op de overige bijkomende omstandigheden, waaronder de mate waarin op grond van de rechtspositionele bepalingen al tegemoet was gekomen aan de betrokkene. Dat de Staatssecretaris in voorkomende gevallen tot toekenning is gekomen met vermelding de aansprakelijkheid te aanvaarden voor het ongeval, acht de Raad daarbij niet van doorslaggevend betekenis. De besluitvorming dateert immers uit 1999-2002, een periode waarin de jurisprudentie omtrent aansprakelijkheid op grond van de in 3.1. genoemde normen en de toepassing van artikel 115 AMAR zich uitkristalliseerde. De uitspraak van 8 mei 2002, genoemd in 4.1., was voor de Staatssecretaris wat dit betreft richtinggevend.

5.4. Hieruit volgt dat het beroep tegen het nieuwe besluit ongegrond moet worden verklaard.

6. De Raad acht geen termen aanwezig om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Awb.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE

Bevestigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het beroep voorzover dit geacht moet worden te zijn gericht tegen het besluit van 1 november 2004 ongegrond;

Bepaalt dat van de Staatssecretaris van Defensie een griffierecht geheven wordt van € 414,-.

NASCHRIFT

In de onderhavige zaak stelt de ontslagen militair zich op het standpunt dat - met name in geval van schade tengevolge van een dienstongeval tijdens een vredesoperatie - uit de norm van goed werkgeverschap, zoals neergelegd in artikel 7:611 BW, voortvloeit dat het bestuur tot vergoeding van ook de zgn. restschade (in casu bestaande uit het mislopen van een militaire carrière met de daarbij behorende inkomensontwikkeling) dient over te gaan.

De Raad stelt hiertegenover dat volgens vaste jurisprudentie voor een analoge toepassing van een schadevergoedingsverplichting als bedoeld in artikel 7:611 BW, naast artikel 115 AMAR geen aanleiding bestaat. De Raad verwijst hierbij naar CRvB 9 december 2004, TAR 2005, nr. 33, m.nt. K. Festen-Hofl. In deze uitspraak stelt de Raad voorop dat een ambtenaar aanspraak heeft op, in beginsel, volledige vergoeding van schade die is ontstaan door een ongeval tijdens de dienstuitoefening (voorzover die aanspraak niet reeds voortvloeit uit de toepasselijke rechtspositionele voorschriften), indien (1) de overheids-werkgever niet heeft aangetoond dat hij heeft voldaan aan de op hem rustende zorgplicht dan wel indien (2) sprake is van een aan de overheidswerkgever toe te rekenen optreden van een ondergeschikte. Vervolgens overweegt de Raad dat - ook indien zich niet een van beide bedoelde gevallen voordoet - de ambtenaar, aan wie een dienstongeval is overkomen, in beginsel aanspraak heeft op de rechtspositionele voorzieningen, opgenomen in de toepasselijke rechtspositieregelingen. Aan deze laatste overweging voegt de Raad toe: 'In een aantal regelingen is in aanvulling op dergelijke voorzieningen een bepaling opgenomen op grond waarvan de overheidswerkgever de bevoegdheid is toegekend de ambtenaar naar billijkheid schadeloos te stellen. De Raad noemt in dit kader artikel 69 van het ARAR en artikel 115 van het AMAR. Een dergelijke bepaling kan, zoals de Raad eerder heeft overwogen (zie bijvoorbeeld CRvB 8 mei 2002, nr. 140), worden gezien als uitdrukking van de norm dat de overheidswerkgever verplicht is zich als een goed werkgever te gedragen, welke verplichting na aanvaarding van het wetsvoorstel van 21 februari 2004, TK 2003/2004, 29 436, binnenkort ook zal zijn opgenomen in de Ambtenarenwet. Deze norm als zodanig geeft echter de ambtenaar geen aanspraak op vergoeding van schade die voor zijn rekening blijft indien zich niet de situaties voordoen als bedoeld onder 5.1 en 6.1. Zou de rechter dat gevolg wel verbinden aan de norm, dan zou hij een stelsel van risicoaansprakelijkheid doen ontstaan, waarvoor in de geschiedenis van de totstandkoming van de rechtspositieregelingen geen basis is te vinden en waarvoor ook in het ongeschreven recht onvoldoende aanknopingspunten bestaan.'

De situatie, bedoeld onder 5.1, doet zich voor; indien niet aan de op het bestuur rustende zorgplicht is voldaan; de situatie, bedoeld onder 6.1, indien sprake is van een fout van een ondergeschikte.

G.L.C.

Centrale Raad van Beroep

14 juli 2005

03/5196 MAW

Voorzitter: mr. G.P.A.M. Garvelink-Jonkers; leden: J.G. Treffers en mr. R. Kooper

Onvoldoende grond voor repatriëring

Een officier wordt uitgezonden naar Bosnië-Herzegovina teneinde aldaar werkzaamheden te verrichten als adviseur van het Federation Mine Action Centre (FEDMAC). Op 2 november 2001 raakt hij te Sarajevo als bestuurder van een militair voertuig betrokken bij een verkeersongeval. Middels een blaasproef wordt een (te) hoog alcoholgehalte vastgesteld. Tegenover de marechaussee verklaart hij die middag tijdens een feestje 6 tot 7 glazen bier te hebben gedronken. De officier wordt van zijn functie ontheven en per 13 november 2001 gerepatriëerd. Het tegen dit besluit ingediende bezwaarschrift wordt op 13

juni 2002 door de Bevelhebber der Landstrijdkrachten ongegrond verklaard. Op 4 september 2003 verklaart de rechtbank Den Haag het tegen dit besluit ingestelde beroep (eveneens) ongegrond. Intussen is de officier (hierna: appellant) door de militaire kantonrechter van het rijden onder invloed vrijgesproken. Op 14 juli 2005 vernietigt de Centrale Raad van Beroep de uitspraak van de eerste rechter en verklaart het beroep alsnog gegrond. Naar het oordeel van de Raad bevat de uitkomst van het ter zake ingestelde onderzoek te veel tegenstrijdigheden om de repatriëring van appellant te kunnen rechtvaardigen.

(Art. 19 AMAR)

UITSpraak

in het geding tussen A., wonende te B., appellant, en de Bevelhebber der Landstrijdkrachten, 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 4 september 2003, nr. AWB 0212743 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend en desgevraagd een nader stuk ingezonden.

Het geding is behandeld ter zitting van 26 mei 2005, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. M.A. Billiet-de Jonge, werkzaam bij VBM/NOV. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. J.C. Groenheijde, 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 is majoor bij de Koninklijke landmacht. Hij was uitgezonden naar Bosnië-Herzegovina teneinde aldaar werkzaamheden te verrichten als adviseur (training advisor) van het Federation of Bosnia and Hercegovina Mine Action Centre (FEDMAC).

1.2. Op 2 november 2001 is appellant omstreeks 20.00 uur te Sarajevo als bestuurder van een voertuig met Nederlands militair registratieteken betrokken geraakt bij een verkeersongeval. Omstreeks 22.00 uur is hem door de Bosnische politie op vrijwillige basis een blaasproef afgenomen, waarbij volgens de uitdraai van het analyse-apparaat een alcoholgehalte van "1.92 per mil" is vastgesteld. Tegenover de Koninklijke marechaussee en bij een huishoudelijk onderzoek heeft appellant verklaard dat hij omstreeks 15.00 uur was uitgenodigd voor een feestje in de kantine van FEDMAC, waar hij 6 à 7 glazen bier heeft gedronken.

1.3. Op 8 november 2001 heeft de Commandant van 1(NL) Contingentscommando SFOR appellant voorgedragen voor ontheffing uit zijn functie bij FEDMAC en repatriëring naar Nederland. Bij besluit van 21 november 2001 heeft gedaagde dienovereenkomstig besloten, met als ingangsdatum 13 november 2001. Bij het bestreden besluit van 13 juni 2002 is het bezwaar van appellant door gedaagde ongegrond verklaard.

1.4. Bij vonnis van de militaire kantonrechter te Arnhem van 16 juni 2003 is appellant vrijgesproken van het hem tenlastegelegde rijden onder zodanige invloed van alcohol dat de hoeveelheid alcohol in zijn bloed 1,92 gram althans meer dan 0,5 gram alcohol per kilo-

gram bloed bedroeg.

1.5. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het beroep van appellant ongegrond verklaard.

2. Naar aanleiding van hetgeen in hoger beroep is aangevoerd, overweegt de Raad als volgt.

2.1. Ingevolge artikel 19, eerste lid, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) is gedaagde bevoegd een militair van de rang van appellant uit de toegewezen functie te ontheffen.

In paragraaf 3.4.1. van de ten tijde hier van belang van toepassing zijnde Personeelsaanwijzingen Operationele Staf BLS (OPS BLS) is bepaald dat, als de militair definitief teruggehaald wordt met de bedoeling om hem/haar van zijn/haar (vredesoperatie) functie te ontheffen, er sprake is van een repatriëring. In alle andere gevallen wordt de omschrijving "dat betrokken militair tijdelijk terugkeert naar Nederland gebruikt.

Ingevolge paragraaf 3.8. van de Personeelsaanwijzingen kan repatriëring plaatsvinden (onder meer) wegens een (vermeend) strafbaar feit. Commandanten krijgen geen inzage in het proces-verbaal dat door de Koninklijke marechaussee ten behoeve van de justitiële autoriteiten wordt opgemaakt, maar zij dienen, alvorens een voordracht tot repatriëring te doen, een huishoudelijk onderzoek in te stellen waaruit tevens moet blijken welke schade er naar hun mening aan de onderlinge verhoudingen, de organisatiebelangen en mogelijk zelfs het landsbelang is toegebracht.

2.2. In het geval van appellant is sprake van repatriëring met gelijktijdige (definitieve) ontheffing uit de hem toegewezen functie. Niet is gekozen voor een "tijdelijke terugkeer naar Nederland", al dan niet in combinatie met, of gevolgd door een schorsing in de uitoefening van de functie.

2.3. Naar het oordeel van de Raad kan onder omstandigheden aan de onder 2.1. bedoelde belangen een zodanig gewicht worden toegekend dat reeds bij een vermoeden van een strafbaar feit repatriëring kan plaatsvinden. Wel is vereist dat gedaagde bijzondere zorgvuldigheid in acht neemt bij de vaststelling of aan de in de Personeelsaanwijzingen gestelde voorwaarden voor repatriëring is voldaan. Zorg dient te worden gedragen voor een deugdelijke procedure en voor een deugdelijke onderbouwing van het (vermeende) strafbare feit. Daarbij komt aan het huishoudelijk onderzoek een grote betekenis toe, temeer omdat dit wordt ingesteld ter plaatse waar het feit is gepleegd.

2.4. Een gemeten alcoholgehalte van 1,92 promille in het bloed of een erkende consumptie van 6 à 7 glazen bier, onmiddellijk voorafgaande aan het besturen van een motorvoertuig, kan - te meer indien een ongeval plaatsvindt met iemand van de lokale bevolking - op zichzelf voldoende grond opleveren voor het oordeel dat sprake is van een verkeersmisdrijf van zodanige aard en ernst dat de militair, gelet op zijn functie en de verhoudingen ter plaatse, in het uitzendgebied niet meer te handhaven is.

2.5. In aanmerking genomen dat toepassing is gegeven aan het verhoudingsgewijs zware middel van repatriëring, kan de Raad echter niet voorbijzien aan de tegenstrijdigheden in de uitkomst van het huishoudelijk onderzoek in het geval van appellant. Zo is het hanteren van een promillage alcohol in het bloed niet zonder meer te verenigen met het feit dat appellant aan een ademtest en niet aan een bloedonderzoek is onderworpen. Onder aantekening dat een strafrechtelijke veroordeling als zodanig geen voorwaarde is voor een rechtmatige repatriëring, verwijst de Raad in dit verband naar de bevindingen van de militaire kantonrechter, die door gedaagde op geen enkele manier zijn weerlegd of weersproken. Deze bevindingen houden onder meer in dat uit nader onderzoek van de Koninklijke marechaussee in Bosnië is gebleken dat op de uitdraai van het ademanalyse-apparaat de

aanduiding "1.92 per mil" staat voor 1,92 ugl alcohol per liter uitgeademde lucht en dat volgens het plaatsvervangend hoofd afdeling verkeerszaken van de politie te Sarajevo het testresultaat bij uitprinten wordt uitgedrukt in per mil (promille) ondanks dat het gaat om microgram alcohol per liter uitgeademde lucht (ugl). Over (automatische) omrekening van de ene in de andere waarde wordt daarbij niet gesproken. De Raad wijst erop dat in artikel 8, tweede lid, van de Nederlandse Wegenverkeerswet de grens van de strafbaarheid is gelegd bij een alcoholgehalte van de adem van 220 ugl (ofwel 0,5 promille alcohol in het bloed), in vergelijking waarmee een waarde van 1,92 ugl te verwaarlozen is. Dat appellant het nuttigen van 6 à 7 glazen bier heeft toegegeven, doet aan het vorenstaande onvoldoende af, nu zulk een consumptie over een periode van ongeveer 4 uren niet pleegt te leiden tot een alcoholgehalte van 1,92 promille in het bloed enkele uren later. Voor zo'n hoog promillage moet in het algemeen aanzienlijk meer alcohol zijn genuttigd. Daarbij is nog van belang dat appellant onweersproken heeft uiteengezet- en met bewijzen heeft gestaafd- dat bij FEDMAC uitsluitend blikjes bier van 0,3 liter en kleine (drank)glazen beschikbaar zijn, waarbij de inhoud van 6 à 7 glazen overeenstemt met die van (slechts) drie blikjes. Weliswaar is dit pas na de repatriëring naar voren gebracht, maar het gaat hier om feiten en omstandigheden die ook bij een voldoende deugdelijk uitgevoerd huishoudelijk onderzoek hadden kunnen blijken. De Raad onderkent dat een gemeten alcoholgehalte van de adem van 1,92 ugl onwaarschijnlijk gering is in verhouding tot de door appellant toegegeven consumptie van 3 blikjes bier, doch die omstandigheid kan op zichzelf niet leiden tot het oordeel dat sprake was van (een redelijke verdenking van) een strafbaar feit. Daar komt bij dat de Bosnische politie blijkbaar geen aanleiding heeft gevonden om appellant het verder rijden te beletten of daartoe de bevoegde internationale politiemacht in te schakelen.

2.6. Wat betreft de mogelijke overtreding van de zogenoemde "two can rule" (maximaal 2 blikjes bier per etmaal), die een tuchtrechtelijk karakter heeft, stelt de Raad vast dat blijkens het verhandelde ter zitting het besluit tot repatriëring daarop niet (mede) is gebaseerd. Overigens ziet die norm op blikjes bier à 0,45 liter en leidt een eerste overtreding slechts tot een waarschuwing.

2.7. De Raad concludeert dat er voor gedaagde onvoldoende feitelijke grondslag aanwezig was om zich bevoegd te achten tot repatriëring en het daartoe strekkende besluit te handhaven. Het bestreden besluit komt derhalve voor vernietiging in aanmerking, evenals de aangevallen uitspraak.

3. De Raad acht termen aanwezig om gedaagde met toepassing van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht te veroordelen tot vergoeding van een bedrag groot E 644,- aan kosten wegens aan appellant in eerste aanleg verleende rechtsbijstand en van een bedrag groot E 644,- aan kosten wegens aan appellant in hoger beroep verleende rechtsbijstand, alsmede tot een bedrag groot € 16,71 aan reiskosten in eerste aanleg en tot een bedrag groot E 10,61 aan reiskosten in hoger beroep, in totaal derhalve € 1.315,32.

111. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het beroep gegrond en vernietigt het bestreden besluit van 13 juni 2002; Bepaalt dat gedaagde een nieuw besluit neemt met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen;

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appellant tot een bedrag van € 1.315,32, 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 totaal € 284,- vergoedt.

NASCHRIFT

1. Binnen de krijgsmacht komt niet alleen functietoewijzing veelvuldig voor; maar ook ontheffing uit een functie. Toch is in het Algemeen militair ambtenarenreglement (of elders in de voorschriften) vrijwel niets omtrent ontheffing uit een functie bepaald. Slechts kan worden gewezen op artikel 19 lid 3 AMAR. Deze bepaling luidt: 'Na ontheffing uit de functie volgt in beginsel functietoewijzing, bestemming voor een bijscholingsopleiding of bestemming voor een omscholingsopleiding.' De bepaling bevat niet een limitatieve opsomming van gevallen waarin (of gronden waarop) een militair uit de functie die hij bekleedt kan worden ontheven. Ontheffing kan bijvoorbeeld ook geschieden omdat is besloten de militair uit de dienst te ontslaan; of omdat - in geval van dienst in het buitenland - repatriëring van de militair; gelet op zijn gedrag, noodzakelijk wordt geacht. Onder repatriëring wordt in dit verband verstaan: het definitief terughalen van de militair naar Nederland, gepaard gaande met ontheffing uit de functie. Nadere regels omtrent repatriëring zijn te vinden in de door de Bevelhebber der Landstrijdkrachten uitgevaardigde Personeelsaanwijzingen Operationele Staf BLS. Zo dienen commandanten, alvorens een voordracht tot repatriëring te doen, een gedegen huishoudelijk onderzoek in te stellen.

2. In de onderhavige zaak was sprake van verdenking van 'rijden onder invloed'. De uitkomst van het ingestelde onderzoek bevatte echter een aantal tegenstrijdigheden. Dit leidde ertoe dat de Raad tot de conclusie kwam 'dat er voor gedaagde onvoldoende feitelijke grondslag aanwezig was om zich bevoegd te achten tot repatriëring en het daartoe strekkende besluit te handhaven'. Zie voor een geval waarin de repatriëring wel de rechterlijke toetsing kon doorstaan: CRvB 31 juli 2003, MRT 2004, p. 36 m.nt. G.L.C.

G.L.C.

Centrale Raad van beroep
Uitspraak van 25 augustus 2005
Nr. 0316099 MPW

Voorzitter: mr. G.L.M.J. Stevens; Leden: mr. J.G.Treffers en mr. H.R. Geerling-Brouwer

Overlijden wel of niet tengevolge van dienstoorzaken

Appellante is de weduwe van de gewezen dienstplichtig soldaat. Deze is op 28 juni 1993 overleden ten gevolge van een hartstilstand bij een acuut myocardinfarct.

Aan de gewezen dienstplichtig soldaat was ingaande 1955 op grond van de toenmalige militaire pensioenwet een pensioen toegekend ter zake van gebreken, waarvoor verband met de uitoefening van de militaire dienst is aanvaard. Aan appellante is een nabestaandenpensioen als bedoeld in artikel G1, 1e lid, onder j, van de Algemene militaire pensioenwet toegekend. Zij meent echter recht te hebben op een hoger nabestaandenpensioen zoals opgenomen in artikel G1, 1e lid, onder i van de wet. De rechter moet in deze zaak de vraag beantwoorden of het overlijden van de militair geacht moet worden te zijn veroorzaakt tengevolge van door hem als dienstplichtige opgelopen verwonding, ziekten of gebreken als bedoeld in artikel E II van de wet (met recht op een hoog nabestaandenpensioen), dan wel als gevolg van andere oorzaken (dit resulteert in een lager nabestaanden-

denpensioen).

De Raad overweegt dat het overlijden is veroorzaakt door een myocardinfarct, verband houdend met de hart- en vaataandoening waaraan hij leed. Ten aanzien van deze laatste aandoening is eerder al bij in rechte vaststaand besluit van 5 december 1974 geen dienstverband aanvaard. De Raad gaat er evenals de Rechtbank van uit dat de gewezen dienstplichtig soldaat ten gevolge van een andere aandoening is overleden. De Raad bevestigt dan ook de bestreden beslissing.

(Algemene militaire pensioenwet, art. G1 en H1)

UITSpraak

in het geding tussen: A, wonende te B, 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 21 oktober 2003, nr. AWB 0214746 MPWKLA, naar welke uitspraak hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Namens appellante is daarop nog een nader stuk toegezonden.

Het geding is behandeld ter zitting van de Raad op 14 juli 2005, waar namens appellante is verschenen mr. M. Smid, werkzaam bij BNMO, vergezeld van E.J. Sol, zoon van appellante, en waar gedaagde, zoals eerder aangekondigd, niet is verschenen.

II. Motivering

In dit geding is aan de orde de toepassing van de Algemene militaire pensioenwet (hierna: de Wet). De Wet is bij het ingevolge de Kaderwet militaire pensioenen gegeven koninklijk besluit van 29 mei 2001, Stb. 260, met ingang van 1 juni 2001 ingetrokken. De Raad is evenwel ingevolge overgangsrecht bevoegd van het geding kennis te nemen. De Raad verwijst voor een uitgebreidere weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden naar de aangevallen uitspraak en volstaat met het volgende. Appellante kwam na het overlijden in juni 1993 van haar echtgenoot (geboren in 1927) in aanmerking voor een nabestaandenpensioen op grond van de Wet.

Ingevolge artikel G1, eerste lid, aanhef en onder i, van de Wet, voor zover hier relevant, heeft de nabestaande van een ontslagen dienstplichtige recht op een nabestaandenpensioen, indien hij is overleden ten gevolge van als dienstplichtige opgelopen verwonding, ziekten of gebreken als bedoeld in artikel E11. In artikel E11 van de Wet is bepaald wat onder invaliditeit met dienstverband wordt verstaan. In artikel G1, eerste lid, aanhef en onder j, van de Wet is bepaald dat ook recht op een nabestaandenpensioen bestaat voor de nabestaande van een dienstplichtige die is gepensioneerd uit hoofde van verwonding, ziekten of gebreken als bedoeld in artikel E11, indien hij is overleden ten gevolge van andere oorzaken dan die verwonding, ziekten of gebreken.

Ingevolge artikel H1 van de Wet wordt het nabestaandenpensioen in laatstgenoemde situatie berekend naar een lagere grondslag (namelijk het militair ouderdompensioen dat de overleden militair op het tijdstip van overlijden zou zijn toegekend) dan in de situatie zoals omschreven onder letter i (zijnde het militair pensioen dat aan hem bij een mate van invaliditeit met dienstverband van 100% zou zijn toegekend op het tijdstip van overlijden). Bij besluit van 27 oktober 1994 heeft gedaagde aan appellante een pensioen toegekend op

grond van artikel G1, eerste lid, aanhef en onder j, van de Wet. Gedaagde heeft zich daartoe gebaseerd op de uitkomst van een onderzoek door de Commissie Geneeskundig Onderzoek Militairen (CGOM). In het kader van dit onderzoek zijn inlichtingen ingewonnen bij appellante en bij de huisarts van de overledene en is het aanwezige medisch dossier van de overledene geraadpleegd. De huisarts heeft onder andere verklaard dat het overlijden het gevolg was van een hartstilstand/fibrillatie bij een acuut myocardinfarct. Genoemde commissie heeft vervolgens aannemelijk geacht dat het overlijden het gevolg is geweest van duidelijk andere oorzaken dan als bedoeld in artikel E11 van de Wet. Gedaagde heeft zijn toekenningsbesluit, na daartegen gemaakt bezwaar, gehandhaafd bij het bestreden besluit van 24 oktober 2002.

Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het beroep van appellante tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard. De rechtbank heeft daartoe overwogen dat appellante op goede gronden in aanmerking is gebracht voor een nabestaandenpensioen als bedoeld in artikel G1, eerste lid, aanhef en onder j, van de Wet. Daartoe heeft zij in aanmerking genomen dat niet in geschil is dat het overlijden is veroorzaakt door een myocardinfarct dat verband houdt met de hart- en vaataandoening waaraan betrokkene leed. Aangezien gedaagde, bij in rechte vaststaand besluit van 5 december 1974 voor deze aandoening geweigerd heeft dienstverband te aanvaarden, moet er volgens de rechtbank vanuit worden gegaan dat betrokkene is overleden als gevolg van een andere oorzaak dan een aandoening als bedoeld in artikel E11 van de Wet. Voor zover appellante meent dat het besluit uit 1974 onjuist is, zou het naar het oordeel van de rechtbank op haar weg liggen om gedaagde te verzoeken van dit besluit terug te komen.

In hoger beroep heeft appellante aangevoerd dat de rechtbank heeft miskend dat in beroep, los van het besluit uit 1974, de vraag moest worden beantwoord of gedaagde ten onrechte heeft geconcludeerd dat het overlijden niet een gevolg is geweest van de door betrokkene opgelopen verwondingen, ziekten of gebreken, als bedoeld in artikel E11 van de Wet. Appellante is van opvatting dat het overlijden van haar echtgenoot hiervan wel een gevolg is, aangezien moet worden aangenomen dat de hartaandoening waaraan haar echtgenoot is overleden is veroorzaakt door de psychische aandoening waaraan hij leed. Voor deze aandoening heeft gedaagde dienstverband aanvaard als bedoeld in artikel E11 van de Wet. Ter onderbouwing van haar opvatting heeft appellante verwezen naar het door haar in de bezwaarfase ingebrachte rapport van de psychiater dr. W. Op den Velde, adviseur van BNMO, die concludeert dat er een negatieve invloed van de posttraumatische stoornis, waaraan betrokkene leed, is uitgegaan op zijn hart en dat, bij gebrek aan duidelijke andere oorzaken voor de hartaandoening, deze stoornis als oorzaak van de hartaandoening kan worden aangemerkt. In de door haar in hoger beroep, door tussenkomst van de Nederlandse Vereniging voor Cardiologie, ingebrachte expertise van de cardioloog P.W. Westerhof, ziet appellante een bevestiging van die conclusie, nu deze deskundige, bij beantwoording van de vraag welke rol de posttraumatische stoornis heeft gespeeld bij het ontstaan van de atherosclerose van betrokkene, heeft geantwoord dat het niet onmogelijk is dat deze stoornis een rol heeft gespeeld bij het "vroege" optreden (op 43-jarige leeftijd) van atherosclerose.

Gedaagde heeft in de onderhavige procedure verwezen naar het rapport van zijn verzekeringsarts H. Idzerda d.d. 16 maart 2004, waarin deze niet in twijfel trekt dat er een positieve relatie bekend is tussen stress en hypertensie en de invloed van hypertensie op atherosclerose, dat het grondlijden vormt voor het ontstaan van een hartinfarct, maar dat deze relevantie te gering is om, in dit geval en in andere soortgelijke gevallen, de stress als de doodsoorzaak aan te merken.

De Raad overweegt het volgende.

De Raad stelt voorop dat thans geen weigering om terug te komen van een eerder genomen, in rechte vaststaand besluit van gedaagde aan de orde is, maar dat het hier gaat om een besluit tot toekenning van een nabestaandenpensioen dat op een eigen, zelfstandig rechtsgevolg is gericht. Gedaagde heeft ook aan het besluit van 27 oktober 1994, zoals gehandhaafd bij het bestreden besluit, een zelfstandig onderzoek en een volledige toetsing ten grondslag gelegd, gericht op de situatie op het tijdstip van overlijden. Dit betekent dat de in geding zijnde vraag (of gedaagde terecht heeft aangenomen dat het onderhavige hartfalen niet in verband staat met de uitoefening van de militaire dienst), anders dan uit de aangevallen uitspraak kan worden opgemaakt, in beroep in volle omvang ter discussie diende te staan. De Raad zal, gelet op hetgeen appellante in hoger beroep heeft aangevoerd, alsnog nagaan of in dit geval door gedaagde ten onrechte is geconcludeerd dat de echtgenoot van appellante niet is overleden ten gevolge van verwonding, ziekten of gebreken als bedoeld in artikel E11 van de Wet.

Het besluit van 27 oktober 1994 steunt op het door de CGOM ten aanzien van de overleden echtgenoot postuum ingestelde medisch onderzoek, waarbij als oorzaak van het overlijden is uitgegaan van een hartstilstand/fibrillatie bij een acuut myocardinfarct. Op grond daarvan heeft de CGOM geconcludeerd dat naar huidige medische inzichten ook wat betreft deze doodsoorzaak geen relatie kan worden gelegd met de psychische stoornis van betrokkene waarvoor dienstverband was aanvaard. Appellante heeft, met verwijzing naar de door haar overgelegde deskundigen rapporten, hier tegenin gebracht dat de psychische stoornis van haar overleden echtgenoot (mogelijk) van invloed is geweest op zijn hartaandoening die ten grondslag heeft gelegen aan zijn overlijden.

De Raad kan, ook als deze opvatting van appellante zou worden onderschreven, het na bezwaar gehandhaafde besluit van 27 oktober 1994 niet voor onjuist houden. Daartoe neemt de Raad in aanmerking dat onder invaliditeit met dienstverband in artikel E11 van de Wet wordt verstaan invaliditeit ten gevolge van verwonding, ziekten of gebreken die zijn veroorzaakt door de uitoefening van de militaire dienst of die het gevolg zijn van verrichtingen, vermoeienissen of bijzondere omstandigheden die aan de uitoefening van de militaire dienst waren verbonden, welke ziekten of gebreken de militair wordt geacht te hebben opgelopen gedurende het tijdvak van de werkelijke dienst. Naar het oordeel van de Raad kan met betrekking tot een aandoening die indirect in verband staat met de militaire dienst, zoals beweerdelijk de onderhavige hartaandoening en (in een nog verder verwijderd verband) het myocardinfarct, geen dienstverband worden aanvaard als bedoeld in artikel E11 van de Wet.

Dit houdt in dat gedaagde reeds om deze reden heeft kunnen concluderen dat de echtgenoot van appellante (duidelijk) niet is overleden ten gevolge van als dienstplichtige opgelopen verwonding, ziekte of gebreken, als bedoeld in artikel E11 van de Wet. Dit brengt mee dat het hoger beroep niet slaagt en dat de aangevallen uitspraak, waarbij het bestreden besluit in stand is gelaten dient te worden bevestigd, zij het met verbetering van gronden.

De Raad acht geen termen aanwezig om toepassing te geven aan 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. In mijn naschrift bij de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 5 april 2001, MRT 2001, pag. 366 e.v., ben ik ingegaan op de regelgeving sinds 1966 met betrekking tot het nabestaandenpensioen. Op dit moment is de situatie voor de nabestaanden van de beroepsmilitair als volgt:

Overlijdt een militair ten gevolge van een dienstongeval, dan is het nabestaandenpensioen gebaseerd op het Besluit bijzondere militaire pensioenen (besluit van 6 februari 2001, stb. 2001, 139). Daarnaast ontvangt een nabestaande van de Sociale Verzekeringsbank een uitkering op grond van de Algemene Nabestaandenwet (ANW) of de Algemene Ouderdomswet (AOW). Het pensioen inclusief ANW of AOW bedraagt ongeveer 70% van het salaris van de overleden militair:

Overlijdt een militair ten gevolge van een bedrijfsongeval, dan is het nabestaandenpensioen ook gebaseerd op het Besluit bijzondere militaire pensioenen. Het nabestaandenpensioen bedraagt (inclusief de ANW of AOW) ongeveer 70 procent van 90 procent van het salaris van de overleden militair: De partner ontvangt dit pensioen totdat de overleden militair 65 jaar zou zijn geworden. Daarna ontvangt de partner een nabestaandenpensioen op basis van het ABP Pensioenreglement, dus op basis van het salaris en de opgebouwde pensioenjaren, met doortelling van diensttijd tot 65 jaar.

Als een militair overlijdt, maar niet ten gevolge van een bedrijfs- of dienstongeval, dan krijgen zijn nabestaanden een pensioen op basis van het ABP Pensioenreglement. Het nabestaandenpensioen bestaat uit een wettelijke basisvoorziening: ANW of AOW. Daarop komt het ABP nabestaandenpensioen. Hierbij kan een toeslag horen. Verder kan ABP de lagere of weggevalen ANW compenseren via de ANW-compensatie. Gesteld kan worden dat dit nabestaandenpensioen bijna altijd lager is dan een nabestaandenpensioen op grond van het specifiek voor militairen geldende Besluit bijzondere militaire pensioenen. Grofweg bedraagt het pensioen op basis van het ABP Pensioenreglement (inclusief ANW of AOW) ongeveer 50 procent van het salaris.

2. In deze (oude) zaak is nog van toepassing de uit 1966 daterende Algemene militaire pensioenwet (Amp-wet) die per 1 juni 2001, bij de totstandkoming van de Kaderwet militaire pensioenen en het Besluit bijzondere militaire pensioenen, is komen te vervallen. Die oude Amp-wet kende, zoals ook het Besluit bijzondere militaire pensioenen van 2001, aan nabestaanden een recht op pensioen toe welk pensioen qua hoogte verschillend is, afhankelijk van het antwoord op de vraag of het overlijden wel of geen verband houdt met de uitoefening van de militaire dienst.

Appellante is weduwe van een ex-dienstplichtig soldaat die op 28 juni 1993 is overleden ten gevolge van een hartstilstand. Het recht op een nabestaandenpensioen voor de nabestaande van een dienstplichtige dient te worden getoetst aan het bepaalde in artikel G1 van de op het moment van overlijden geldende Amp-wet.

In artikel G1, eerste lid, onder 1 is – voor zover hier van belang – bepaald dat de nabestaande van een ontslagen dienstplichtige recht heeft op een nabestaandenpensioen, indien hij is overleden tengevolge van als dienstplichtige opgelopen verwonding, ziekten of gebreken, als bedoeld in artikel E11 van de Amp-wet.

Centraal in de onderhavige zaak staat het antwoord op de vraag of het overlijden van de ex-dienstplichtige in 1993 het gevolg is geweest van een der oorzaken als bedoeld in artikel E11. Uit het rapport van de Commissie Geneeskundig Onderzoek Militairen blijkt dat deze Commissie van mening is dat het overlijden niet het gevolg is geweest van één der oorzaken als bedoeld in artikel E11. In dat kader wordt verwezen naar een brief van de huisarts, waaruit blijkt dat betrokkene vrij plotseling is overleden ten gevolge van een

hartstilstand bij een acuut myocardinfarct. Ten aanzien van een eventueel dienstverband tussen de bij de overledene geconstateerde gevolgen van de aandoening van het hart/ vaatstelsel en de uitoefening van de militaire dienst is bij Koninklijk besluit van 5 december 1974 al een definitieve afwijzende beslissing genomen.

Aangezien tegen deze beslissing geen rechtsmiddelen zijn aangewend is deze in rechte komen vast te staan en dient in de onderhavige zaak dan ook als vaststaand te worden aangenomen dat er ten aanzien van de aandoening van het hart-vaatstelsel geen sprake is van dienstverband.

3. De onderhavige procedure wordt door de gemachtigde van appellante aangegrepen om het in het verleden afgewezen verband tussen de bij de overledene geconstateerde gevolgen van de aandoening van het hart-vaatstelsel en de uitoefening van de militaire dienst opnieuw aan de orde te stellen. De gemachtigde heeft in dat kader een aantal vragen voorgelegd aan de Nederlandse Vereniging voor Cardiologie. Zij komt aan de hand van de betreffende antwoorden tot de conclusie dat de PTSS (waarvoor dienstverband is aanvaard) een belangrijke rol moet hebben gespeeld als oorzaak van de hart- en vaat-aandoening waaraan de overleden militair leed en zij stelt dat deze bevindingen de stelling bevestigen dat het overlijden niet duidelijk een gevolg is geweest van andere aandoeningen dan de psychische aandoening PTSS waarvoor dienstverband is aanvaard.

Naar het oordeel van de Raad kan met betrekking tot een aandoening die indirect in verband staat met de militaire dienst, zoals de onderhavige hartaandoening en het myocardinfarct, geen dienstverband worden aanvaard als bedoeld in artikel EII van de Amp-wet. Dit houdt in, aldus de Raad, dat de echtgenoot van appellante (duidelijk) niet is overleden ten gevolge van als dienstplichtige opgelopen verwonding, ziekten of gebreken, als bedoeld in artikel EII van de Amp-wet. Zij heeft dan ook geen recht op een verhoogd nabestaandenpensioen.

W.J.S.

WETGEVING

door

MR. J.B. MIETE

Wijziging regelgeving i.v.m. nieuw besturingsmodel Defensie

Zoals bekend heeft het Ministerie van Defensie in 2005 een nieuw besturingsmodel gekregen waarbij de Centrale Organisatie is omgevormd tot de Bestuursstaf en de krijgsmachtdelen marine, landmacht en luchtmacht zijn opgevolgd door de Commando's zee-strijdkrachten, landstrijdkrachten en luchstrijdkrachten. Van de bevelhebbers van de genoemde drie krijgsmachtdelen is afscheid genomen. Aan het hoofd van de commando's staat telkens de commandant van de betrokken strijdkrachten. Tijdens een plechtige bijeenkomst in de Ridderzaal op 5 september 2005 is de Chef Defensiestaf geïnstalleerd als hoogste militaire autoriteit onder de nieuwe naam Commandant der Strijdkrachten, afgekort (nog steeds) CDS. Voorts is een nieuw organisatieonderdeel ingesteld: de Militaire Luchtvaartautoriteit (MLA), waaraan toezichthoudende, beleidsvormende en uitvoerende taken op het terrein van de militaire luchtvaart zijn toegedeeld.

Deze bestuursvernieuwing vergde op diverse punten aanpassing van de regelgeving.

In de eerste plaats betrof dat uiteraard het Algemeen Organisatiebesluit Defensie (AOD). Dit uit 1992 daterende besluit is vanwege de ingrijpendheid van de wijzigingen integraal vervangen door een nieuw AOD 2005 (Stcrt. 2005, 11). De wijzigingen betreffen in de eerste plaats het introduceren van de Bestuursstaf, gedefinieerd als de onderdelen van de defensieorganisatie die zich richten op de ondersteuning van de bewindslieden in hun ministeriële verantwoordelijkheid en het formuleren van de missie, de hoofdtaken en (verander)doelstellingen en op het besturen van de organisatie van het Ministerie van Defensie. Voorts voorziet het AOD 2005 in het positioneren van de hiervoor bedoelde operationele commando's onder de defensiestaf en de aansturende rol van de defensiestaf jegens die commando's. De MLA heeft gestalte gekregen binnen het dienstonderdeel van de Secretaris-Generaal in het op het AOD 2005 gebaseerde Subtaakbesluit dienstonderdeel SG 2005.

In de tweede plaats diende in verband met het vervallen van de functie van bevelhebber een viertal Koninklijke besluiten te worden ingetrokken, respectievelijk uit 1954 (Stb. 511 en 512) en 1955 (Stb. 325 en 347). Deze besluiten voorzagen in de instelling van de functie van bevelhebber der landstrijdkrachten en bevelhebber der luchstrijdkrachten voor respectievelijk de vredesorganisatie en de oorlogsorganisatie van het betrokken krijgsmachtdeel. De genoemde besluiten zijn met ingang van 5 september 2005 ingetrokken (Stb. 422).

Bij besluit van de Minister van Defensie van 5 september 2005 (Stcrt. 175) is het Rijksbesluit houdende aanwijzing van te bewaken en te beveiligen objecten gewijzigd. De oorspronkelijke aan de drie eerder genoemde bevelhebbers gemandateerde bevoegdheid om tijdelijk te bewaken en te beveiligen objecten aan te wijzen, is in dat kader gemandateerd aan de Commandant Zeestrijdkrachten, Landstrijdkrachten onderscheidenlijk Luchstrijdkrachten.

Tenslotte is een verzamelwijziging op het gebied van luchtvaartregelingen tot stand gebracht (Stcrt. 241). In dat kader is een aantal oorspronkelijk aan de bevelhebbers toegekende bevoegdheden belegd bij het nieuwe organisatieonderdeel MLA dan wel in voorkomend geval bij de commandanten van de operationele commando's.

Hiermee is het beeld nog niet compleet. Van een paar regelingen is een wijziging op het vlak van de bevoegdheden nog in procedure (o.a. de Verkeersregeling defensie), terwijl ook in de komende tijd het nog wel voor zal komen dat een (interne) regeling opduikt die nog aanpassing behoeft.

Herinneringsmedaille Vredesoperaties voor ambtenaren van politie

Bij Koninklijk besluit van 16 juni 2005 (Stb. 412) is het Besluit Herinneringsmedaille Vredesoperaties, waarbij een algemene herinneringsmedaille is ingesteld voor vredesoperaties in internationaal verband waaraan door de Nederlandse krijgsmacht is deelgenomen, gewijzigd. Daartoe is overgegaan omdat niet alleen de Nederlandse krijgsmacht, maar ook de Nederlandse politie structureel vredeshandhavende of vredesbevorderende taken buiten Nederland vervult. Daarbij is meestal sprake van inzet van politie tezamen met inzet van de krijgsmacht, waarbij de politiebijdrage onder ander voorziet in de behoefte aan professionele ordehandhaving met een laag geweldsniveau. De inzet van de politie kan evenwel bij wijze van preventief optreden ook vooraf gaan aan inzet van de krijgsmacht, of daarvoor in de plaats komen, terwijl ook inzet aansluitend op inzet van de krijgsmacht denkbaar is wanneer de handhaving van de openbare orde in de gestabiliseerde omgeving aan de orde is. Teneinde de desbetreffende politieambtenaren ook in de situatie dat anders dan tezamen met de krijgsmacht wordt opgetreden, voor de herinneringsmedaille in aanmerking te kunnen laten komen, is aan het besluit een bepaling toegevoegd waarin de uitzending van politie, in overeenstemming met de Minister van Defensie, ter handhaving of bevordering van de vrede, met een vredesoperatie wordt gelijkgesteld.

Voorstel Wet politiegegevens

Sinds 17 oktober 2005 is bij de Tweede Kamer aanhangig het voorstel van wet houdende regels inzake de verwerking van politiegegevens (Wet politiegegevens) (II, 2005-2006, 30327, nrs 1-3). Dit voorstel is de beoogde opvolger van de nu geldende Wet politieregisters. Eerste ondergetekende is de Minister van Justitie; de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Minister van Defensie zijn tweede en derde ondertekenaar.

Het wetsvoorstel strekt er blijkens de memorie van toelichting toe om, met eerbiediging van de beginselen die de bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten doel hebben, meer ruimte te bieden dan de huidige wetgeving voor het verwerken van gegevens ten behoeve van een optimale uitvoering van de politietaak. Ter motivering van het wetsvoorstel wijst de toelichting op de ontwikkelingen in de informatie- en communicatietechnologie, die de politie in staat stellen het werk meer systematisch aan te pakken. De mogelijkheden tot het leggen van verbanden tussen gegevens zijn sterk toegenomen. Voorts maken de toegenomen mobiliteit, de schaalvergroting en de toegenomen geschaaktheid van de bevolking het werk van de politie meer complex, hetgeen een goede informatiehuishouding vergt. De samenwerking met andere instanties bij de handhaving van de rechtsorde leidt tot de behoefte om met die instanties informatie uit te wisselen. Deze ontwikkelingen vergen een andere benadering van de verwerking van politiegegevens. Internationaal gezien moet er voorts in het kader van de rechtshandhaving aandacht worden besteed aan nieuwe vormen van verstoring van de rechtsorde, zoals terroristische activiteiten.

In de huidige praktijk van het verwerken van politiegegevens door de politie is een aantal knelpunten aan het licht gekomen. In de eerste plaats bestaat behoefte aan ruimere mogelijkheden om gegevens te verwerken over personen die (nog) niet als verdachte zijn

aangemerkt. Voorts blijkt dat verwerking van gegevens, ook van nog onverdachte personen, noodzakelijk kan zijn om zicht te kunnen krijgen op maatschappelijke problemen die samenhangen met criminaliteit (inzicht in terroristische activiteiten). In de derde plaats blijkt het uitgangspunt dat gegevens die voor een bepaald doel zijn verzameld, slechts beperkt mogen worden gebruikt voor andere doeleinden binnen de politietaak, de goede taakuitvoering te belemmeren. Tenslotte is er een toegenomen behoefte om gegevens te kunnen verstrekken aan instanties waarmee de politie samenwerkt. In dat licht beoogt het wetsvoorstel een stelsel te bieden dat beter past in de huidige tijd. Dit stelsel kent de volgende uitgangspunten:

- aan de politie wordt voldoende armslag geboden voor een efficiënte en effectieve verwerking van persoonsgegevens;
- politiegegevens worden slechts verwerkt voorzover dit noodzakelijk is voor een goede uitvoering van de politietaak;
- de te verwerken gegevens zijn rechtsmatig verkregen en accuraat; de gegevens worden gecorrigeerd of vernietigd zodra blijkt dat zij niet juist zijn;
- politiegegevens worden slechts verwerkt voor welomschreven en gerechtvaardigde doelen en voor zover de verwerking van gegevens evenredig is aan het betreffende doel;
- er wordt meer bescherming tegen inbreuken op de privacy geboden naarmate de gegevensverwerking gericht is;
- de toegang tot politiegegevens wordt beperkt door middel van autorisaties;
- politiegegevens die voor onderscheiden doelen worden verwerkt, kunnen onder voorwaarden met elkaar in verband worden gebracht en met elkaar worden gecombineerd;
- door de politie kunnen gegevens aan anderen dan de politie en de Koninklijke marechaussee worden verstrekt indien de wet dit uitdrukkelijk toestaat dan wel indien een zwaarwegend algemeen belang daartoe noodzaakt.

Het wetsvoorstel beoogt niet bevoegdheden te regelen tot het verkrijgen van politiegegevens. Dergelijke bevoegdheden vloeien voort uit onder meer het Wetboek van Strafvordering, de Politiewet 1993 en bijzondere wetten. Evenals de Wet politieregisters kent het wetsvoorstel politiegegevens een aparte regeling voor de verwerking van politiegegevens, die naast de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP) staat. Deze aparte regeling biedt meer ruimte voor het gegevensverkeer binnen de politie en een meer geclausuleerd recht op kennisneming en correctie dan mogelijk zou zijn onder de WBP. Deze aparte regeling vindt haar rechtvaardiging in de bijzondere aspecten van de politietaak (opsporing van strafbare feiten), die het noodzakelijk kunnen maken dat gegevens worden verwerkt zonder dat de betrokkene daarvan kennis heeft.

Het voorstel van wet heeft betrekking op de verwerking van gegevens ten behoeve van de uitvoering van de politietaken, bedoeld in de artikelen 2 en 6, eerste lid, van de Politiewet 1993. Daarmee worden alle politietaken die exclusief of primair zijn toebedeeld aan de politie of aan de Koninklijke marechaussee, onder hetzelfde regime voor gegevensverwerking gebracht. Op gegevens die de politie of de Koninklijke marechaussee verwerkt in het kader van taken die niet onder artikel 2 of 6, eerste lid, van de Politiewet 1993 vallen, is het wetsvoorstel niet van toepassing. Te denken valt aan toezichthoudende taken die de politie uitvoert op grond van bijzondere wetten die niet behoren tot de taken ten dienste van de justitie. De in het kader van die andere taken verwerkte gegevens blijven vallen onder het regime van de WBP.

De Tweede Kamer heeft op 8 december 2005 het verslag over het wetsvoorstel uitgebracht (II, 2006-2006, 30327, nr. 6), dat blijkt geeft van een in beginsel positieve opstelling ten opzichte van het wetsvoorstel. Kritische vragen worden evenwel gesteld met

betrekking tot het feit dat sprake is van een gescheiden verstrekkingenregime voor toezicht en handhaving. Dat het de parlementariërs niet ontbreekt aan gevoel voor humor moge blijken uit de vraag van de CDA-fractie of "de minister van justitie ook hoofdpijn kreeg toen hij de definitie van het begrip 'gerelateerde gegevens' in artikel 11 probeerde te ontcijferen." De betrokken definitie is inderdaad niet erg toegankelijk als gevolg van het feit dat in de definitie wel geteld wordt verwezen naar zeven andere artikelonderdelen.

Verkeersregeling defensie

Met ingang van 1 december 2005 is een wijziging van artikel 6a van de Verkeersregeling defensie in werking getreden (Stcrt. 232). Dit artikel betreft de verplichting voor de bestuurder en de passagiers van een militair motorrijtuig om de beschikbare autogordel te gebruiken.

In de praktijk is gebleken dat deze verplichting tijdens oefeningen en tijdens uitzendingen als te knellend wordt ervaren. Om daaraan tegemoet te komen, bevat het nieuwe artikel 6a een aantal uitzonderingen op de gordeldraagplicht in bepaalde situaties van opleiden en trainen buiten de openbare weg en tijdens daadwerkelijk operationeel optreden in het buitenland. Getracht is deze uitzonderingen zoveel mogelijk te objectiveren. Het gaat concreet om o.a. bestuurders, waarnemers, schutters, gewondenverzorgers en lijnenleggers voor zover – in het algemeen gesproken – de autogordel een belemmering vormt voor de uitoefening van hun taak. Tijdens het maken van een waterdoorsteek behoeft de gordel door geen der inzittenden te worden gedragen. Datzelfde geldt bij daadwerkelijk operationeel optreden in het buitenland indien sprake is van (dreiging van) beschieting van het voertuig, een en ander ter beoordeling van de commandant ter plaatse. In deze situaties van doorwaden of beschieten kan het dragen van de autogordel een belemmerende factor zijn indien het voertuig zo snel mogelijk moet worden verlaten. In een dergelijk geval gaat derhalve de veiligheid die is gediend met het niet dragen van de autogordel boven het in het algemeen geldende veiligheidsbelang van het wel dragen van de autogordel. Het feit dat in het algemeen het dragen van de autogordel de veiligheid van de inzittenden ten goede komt is de reden dat in andere situaties dan de hiervoor genoemde geen uitzondering op het dragen van de autogordel wordt gemaakt. Ook op de openbare weg blijft de mede in artikel 59 van het Reglement verkeersregels en verkeerstekens 1990 neergelegde plicht om de autogordel te dragen, onverkort van kracht.

De wijziging van artikel 6a Verkeersregeling defensie is geplaatst in deel 11-70 van de Ministeriële Publicatieserie, van welke plaatsing mededeling is gedaan in Staatscourant 232.

RESOLUTIES VEILIGHEIDSRaad VN

door

LUITENANT-KOLONEL MR R.H.G. GILISSEN

Inleiding

Op 18 november 2005 hebben de Minister van Buitenlandse Zaken en de Minister van Defensie een brief aan de Tweede Kamer gestuurd over de Nederlandse bijdrage met militaire waarnemers en politiefunctionarissen aan de VN-missie in Soedan (UNMIS)¹⁾. Met Veiligheidsraadresolutie 1590 d.d. 24 maart 2005 is een operatie gestart die tot doel heeft een einde aan de tragedie in Darfur te maken. Voordat ik in deze bijdrage de ongekende hoeveelheid resoluties die in korte tijd ten aanzien van Soedan zijn uitgebracht behandel, zal ik ingaan op Afghanistan. Dit omdat het overgrote deel van de nu uitgezonden Nederlandse militairen wordt ingezet bij de operaties in en rond Afghanistan. Irak en het voormalig Joegoslavië worden daarna kort behandeld. Deze bijdrage wordt afgesloten met de beschrijving van de meest recente resoluties over het Midden-Oosten. Waarbij de situatie in Libanon en de - zo maken de resoluties ons duidelijk - bedenkelijke rol van Syrië in dit land niet spoedig haar nieuws waarde lijkt te gaan verliezen.

Omdat het aantal United Nations Security Council Resolution's (UNSCR) dat ik in deze bijdrage behandel groot is zal ik opvallende zaken in deze voor de Nederlandse Krijgsmacht van belang zijnde UNSCR's belichten. Verder zal ik een aantal UNSCR's relevant voor de Nederlandse Krijgsmacht beknopt behandelen. Meestal betreft het hier een verlenging van een mandaat of een herhaald uitspreken van een eerder uitgesproken standpunt van de Veiligheidsraad.

Afghanistan: ISAF (International Security Assistance Force) en OEF (Operation Enduring Freedom)

Voor ISAF zijn (in Afghanistan) voor Nederland nu 335 militairen actief ²⁾. In het kader van OEF zijn in Afghanistan, de Verenigde Staten, Bahrein en op 4 schepen van de Koninklijke Marine (in diverse zeeën) in totaal 801 Nederlandse militairen actief. Voor ISAF worden diverse (van karakter verschillende) onderdelen van de Nederlandse Krijgsmacht ingezet: op het ISAF-hoofdkwartier werken 75 militairen, vanuit Kabul opereert een F-16 detachement, 23 militairen maken deel uit van een C-130 detachement en Nederland heeft een 'Provincial Reconstruction Team' van 158 militairen in de provincie Baghlan. Ook voor OEF is de inzet zeer divers. In het zuiden van Afghanistan opereren (in en om Kandahar) 214 militairen voor de 'Special Forces', in de VS en Bahrein werken enkele militairen op internationale (operationele) hoofdkwartieren en op de zeeën varen de eerder genoemde schepen van de Koninklijke Marine met daarop in totaal bijna 600 militairen.

UNSCR 1589 d.d. 24 maart 2005 heeft als kernbesluit de verlenging van het mandaat van United Nations Assistance Mission in Afghanistan (UNAMA) voor een periode van

¹⁾ Brief nummer DVB/CV-329/05 d.d. 18 november 2005

²⁾ Alle in deze genoemde aantallen NL-militairen gaan, indien niet anders aangegeven, uit van de situatie d.d. 13 december 2005. Voor het meest actuele en complete overzicht van de door Nederland uitgezonden militairen en waar zij zich bevinden: zie de nieuwe site van het Ministerie van Defensie op: http://www.mindef.nl/missies/uitgezonden_militairen/index.aspx

12 maanden. Dit nadat in de inleidende bepalingen is aangegeven dat er een dringende behoefte bestaat de uitdagingen in Afghanistan aan te gaan ('to tackle'). Daarbij worden verdovende middelen en het terrorisme – als in eerdere resoluties – expliciet genoemd. Donorlanden worden opgeroepen gelden beschikbaar te maken. Waarna de Veiligheidsraad in een volgend artikel de substantiële vooruitgang verwelkomt in het (DDR-)proces: de ontwapening, demobilisatie en reïntegratie van alle gewapende fracties in heel Afghanistan en de reconstructie van het nieuwe Afghan National Army en de Afghan National Police. Dat daar met name v.w.b. de ontwapening nog een lange weg te gaan is blijkt bijvoorbeeld uit de ervaringen van o.a. het Nederlandse PRT-team. Artikel 9 van UNSCR 1589 verzoekt UNAMA om de opzet van een eerlijk ('fair') en transparant rechtssysteem c.q. justitieel apparaat ('justice system') te blijven ondersteunen. De reconstructie en hervorming van de gevangenissector worden genoemd als onderdeel hiervan. De Afgaanse regering wordt in een van de laatste artikelen opgeroepen om de dreiging ten aanzien van de veiligheid en stabiliteit van Afghanistan – Al-Qaida en de Taliban worden daarbij aangehaald – te blijven adresseren. Dit met de steun van de internationale gemeenschap, inclusief OEF en ISAF, en ieder binnen de haar toegewezen verantwoordelijkheden ('as they evolve').

UNSCR 1623 d.d. 13 september 2005 is een korte resolutie van slechts 6 (beknopte artikelen) waarmee het mandaat van ISAF ('...to take all necessary measures...') voor 12 maanden wordt verlengd. De rol van ISAF en OEF in het veilig verloop van de verkiezingen wordt in de preambule geprezen. Tevens bedankt de Veiligheidsraad Italië voor het overnemen van de leiding van Turkije van ISAF en bedankt zij de aan ISAF deelnemende landen. Een eenvoudige resolutie met iets opmerkelijks. De meest uitgebreide inleidende bepaling handelt over het DDR-proces (zie hiervoor). Daar staat het volgende zinsgedeelte: '...Stressing also the importance...of full completion of the disarmament, demobilization and reintegration process...'. Ook in de officiële tekst van UNSCR 1623³⁾ staat deze onderstreping. Een onderstreping heb ik niet alleen niet eerder opgemerkt, een controle van meer dan 100 UNSCR's leerde mij dat een onderstreping schijnbaar niet eerder is gebruikt (of dit nooit eerder is gedaan heb ik niet volledig nagegaan). Dat met die onderstreping slechts een nieuw stijlelement is toegevoegd aan UNSCR's of dat die onderstreping tevens een uiting is van het belang ('the seriousness') dat de Veiligheidsraad aan een specifieke bepaling toekent zal de toekomst leren. Een unieke, eenvoudige typefout zal het toch niet zijn?

Soedan: UNMIS (United Nations Mission in Sudan)

In maart 2005 begint de stroomversnelling aangaande aandacht van de Veiligheidsraad voor de dan reeds jaren voortdurende en vele duizenden doden kostende tragedie in de regio Darfur, in Soedan.

Met **UNSCR 1585** d.d. 10 maart 2005 besluit de Veiligheidsraad het mandaat van United Nations Advance Mission in Sudan (UNAMIS, opgestart met UNSCR 1547 d.d. 11 juni 2004) met een week te verlengen.

UNSCR 1588 d.d. 17 maart 2005 verlengt het mandaat van UNAMIS tot 24 maart 2004; nogmaals een week⁴⁾.

Met **UNSCR 1590** d.d. 24 maart 2005 besluit de Veiligheidsraad tot UNMIS. 10.000 Militairen en een gepaste civiele component ('appropriate civilian component'), waaron-

³⁾ Zie voor de UNSCR de site van de Verenigde Naties: <http://www.un.org/News/Press/docs/2005/0509.unscr1623.html>

⁴⁾ Beide resoluties hebben geen verdere inhoud en bestaan uit slechts een paar losse regels.

der 715 politiemensen, zullen UNMIS vormen. Alvorens de Veiligheidsraad in het eerste artikel tot dit besluit komt bestaat de preambule uit een groot aantal inleidende bepalingen. Daarin verwelkomt de Veiligheidsraad het tekenen van het vredesverdrag (de 'Comprehensive Peace Agreement' / CPA) tussen de regering van Soedan ('GOS') en de 'Sudan People's Liberation Movement/Army (SPLM/A)'. Op 9 januari 2005 is dit verdrag in Kenia ondertekend. De partijen bij die overeenkomst worden opgeroepen hun verplichtingen na te komen. De Veiligheidsraad roept daarin ook de bevolking van Soedan op om weer tot elkaar te komen ('reconciliation'). Wellicht om dit te bespoedigen wordt in de volgende inleidende bepaling dan ook opgeroepen een eind te maken aan de straffeloosheid, waarbij de regio Darfur wordt genoemd. Een volgende bepaling drukt de bezorgdheid uit omtrent de veiligheid van de hulpverleners en hun toegang tot de hulpbehoevenden. Daaraan gerelateerd worden alle partijen in Darfur veroordeeld voor het voortdurend gebruik van geweld. Alle mensenrechtenschendingen en alle schendingen van internationaal humanitair recht worden streng veroordeeld, waarbij in het bijzonder worden genoemd het geweld tegen burgers en het seksuele geweld tegen vrouwen en meisjes. De Veiligheidsraad merkt op dat zij vastbesloten is dat degenen die voor dit geweld verantwoordelijk zijn bekend zullen worden en spoedig zullen worden terechtgesteld. De 16^e inleidende bepaling bekrachtigt eerder resoluties die de Veiligheidsraad heeft aangenomen over burgers, vrouwen en kinderen in gewapende conflicten en over de bescherming van humanitair en VN-personeel. De Veiligheidsraad spreekt dan haar grote bezorgdheid uit over de beschuldigingen van seksuele exploitatie door - en wangedrag van - VN-personeel. De inleidende bepalingen worden afgesloten met het bedanken van de *Standby High Readiness Brigade (SHIRBRIG)* voor de planning, voorbereiding en initiële deployment van een vredesoperatie. UNMIS wordt in artikel 2 van UNSCR 1590 gevraagd nauw samen te werken met de *African Union Mission in Sudan (AMIS)*. In artikel 4 worden daarna de gebruikelijke taken van UNMIS opgesomd: het ondersteunen van en monitoren van de implementatie van het vredesverdrag en de partijen te assisteren in alle daaraan gerelateerde taken. Opvallend in de opsomming is onder 4 a. (iv): 'To assist in the establishment of the disarmament, demobilization and reintegration program [vergelijk DDR-programma Afghanistan] as called for in the Comprehensive Peace Agreement, with particular attention to the special needs of women and child combatants...'. Hoewel mij uit de media als het om Darfur ging niet het beeld naar voren is gekomen van een veelvuldige inzet van kinderen als combatant, hebben waarschijnlijk de ervaringen in Ivoorkust geleerd dat hiervoor speciale aandacht is benodigd. Positief is ook dat de Veiligheidsraad de Secretaris-Generaal (SGVN) in artikel 5 vraagt om op relatief korte termijn (30 dagen) met concrete voorstellen te komen hoe UNMIS door assistentie aan AMIS (inclusief logistieke en technische assistentie) haar inzet om de vrede te bewaren kan versterken. UNSCR 1590 wijdt twee artikelen aan de Freedom of Movement (FOM). In artikel 6 worden partijen gewezen op het belang van veiligheid van het VN-personeel dat in Soedan aan UNMIS werkt. Daarna roept de Veiligheidsraad in artikel 8 alle lidstaten op tot '...the free, unhindered and expeditious movement to Sudan of all personell, as well as equipment, provisions, supplies and other goods...which are for the exclusive and official use of UNMIS'. Een uitzonderlijke bepaling, waarbij sommige landen zich toch behoorlijk zouden moeten schamen. Vervolgens wordt in artikel 10 de SGVN gevraagd alle functies van UNAMIS over te dragen aan UNMIS. Voor de uitgezonden militairen (en politie) is veelal van belang artikel 16 over de verwijzing naar Chapter VII en de mogelijkheden om zich te verdedigen ('...the necessary action...'). Nederland zendt militaire waarnemers. Deze zullen ongewapend zijn. Aangaande de geweldsinstructie stelt de brief aan de Tweede

Kamer waaraan ik in de eerste zin van deze bijdrage refereer: *'De waarnemers voeren hun taken ongewapend uit. De beschermingsmacht heeft als taak de waarnemers te beveiligen en mag daarbij geweld gebruiken.'* Geen woord meer wordt er gewijd aan de geweldsinstructie. Wel wordt in de brief ingegaan op de beschermingsmacht van UNMIS die de *Force Protection* moet gaan leveren⁵⁾. Wat de (ongewapende)Nederlandse militairen die in Soedan worden ingezet zelf mogen doen wordt op geen enkele wijze aangegeven. Ik zou me kunnen voorstellen dat de Tweede Kamer hier na 'Eric O.' geen genoegen mee neemt. Tevens stuurt Nederland politiefunctionarissen. Dezelfde brief stelt: *'Nederlandse politiefunctionarissen zullen worden ingezet als aan de voorwaarden op het gebied van beveiliging en medische ondersteuning is voldaan. Omdat de VN daarvoor op dit moment nog geen garanties geven, vergt dit een nadere inspanning, inclusief mogelijk een Nederlandse vervolgmisssie naar de regio'*. De geweldsinstructie voor deze functionarissen is dus nog onbekend. Zeker zo belangrijk is het tweede gedeelte van artikel 16, waarin de SGVN en de GOS gevraagd worden (na consultatie van de SPLM/A) binnen 30 dagen een Status of Forces Agreement (Sofa) tot stand te brengen. Tot die totstandkoming geldt de model VN-Sofa d.d. 9 oktober 1990.

Op 29 maart 2005 komt UNSCR 1591 tot stand. Deze resolutie is net als de slechts vijf dagen daarvoor tot stand gekomen UNSCR 1590 van redelijke omvang. In de preambule van deze resolutie veroordeelt de Veiligheidsraad de voortdurende schendingen van het staakt-het-vurenakkoord") door alle partijen (*'all sides'*). Opvallend is dat al in de inleidende bepalingen concreet wordt aangegeven waar de Veiligheidsraad snel verbetering wenst te zien. Zij verwelkomt bijvoorbeeld de aankondiging van de GOS (d.d. 16 februari 2005) dat deze onmiddellijk stappen zou ondernemen, waaronder terugtrekking van haar troepen uit Labado, Qarifa en Marla in Darfur en de terugtrekking van haar Antonov vliegtuig(en) uit Darfur. Sinds die aankondiging van de GOS zijn dus al 3 UNSCR uitgebracht. Dat de Veiligheidsraad zo kort (anderhalve maand) na die aankondiging in een UNSCR in de preambule zo gedetailleerd, nogmaals aangeeft wat dient te gebeuren is bijzonder.

In artikel 1 van UNSCR 1591 veroordeelt en betreurt (*'Deplores strongly'*) de Veiligheidsraad dat de GOS en de rebellen en alle andere gewapende groepen in Darfur gefaald hebben om hun verplichtingen en de eisen van de Veiligheidsraad, zoals weergegeven in de diverse resoluties, na te komen. Ook in dit eerste artikel wordt ongewoon concreet aangegeven waar partijen hebben gefaald⁷⁾. Vervolgens stelt de Veiligheidsraad in artikel 3 een comité in (*'a Comrnitee of the Security Council consisting of all the members of the Council'*). Dit comité krijgt een breed pakket aan taken (*monitor implementation, designate individuals* [die verdacht worden van het plegen van bepaalde misdaden], *establish guidelines, report, consider certain request from GOS and to encourage a dialogue*). Ten aanzien van die door het comité aangewezen verdachten worden in artikel 3 (onder d. en e.) van UNSCR 1591 ook direct maatregelen afgekondigd. Alle staten wordt opgedragen de noodzakelijke maatregelen te nemen om binnenkomst of transit van deze personen te voorkomen⁸⁾. Verder krijgen alle staten in een brede omschrijving de opdracht om econo-

⁵⁾ De militaire eenheden die de Nederlanders in Soedan moeten gaan beveiligen komen uit: Bangladesh, Kenia, Egypte, Zambia en: India en Pakistan.

⁶⁾ N'djamena Ceasefire Agreement d.d. 8 april 2004 en de Abuja Protocols d.d. 9 november 2004.

⁷⁾ *'...including air strikes by the Government of Sudan in December 2004 and January 2005 and rebel attacks on Darfur villages in January 2005, and the failure of the Government of Sudan to disarm Junjaweed militiamen and apprehend and bring to justice Janjuweed leaders and their associates who have carried out human rights and international humanitarian law violations and other atrocities, and demands that...'*

⁸⁾ Daarbij wordt wel het voorbehoud gemaakt voor reizigers met de eigen nationaliteit: *'...provided that nothing in this paragraph shall obligate a State to refuse entry into its territory to its own nationals'*.

misch en financieel handelen door deze personen onmogelijk te maken. Zo wordt de staten bijvoorbeeld opgedragen *all funds, financial assets and economic resources* op hun territorium te bevriezen. Aan het einde van UNSCR 1591 benadrukt de Veiligheidsraad dat, indien partijen nalaten hun verplichtingen na te komen en de eisen van de Veiligheidsraad niet opvolgen en de situatie in Darfur blijft verslechteren, dat zij dan verdere maatregelen zal overwegen zoals aangegeven in Artikel 41 van het Handvest van de Verenigde Naties.

Slechts 2 dagen later op 31 maart 2005 komt **UNSCR 1593** tot stand. Dit betekent dat binnen 9 maanden tijd 8 UNSCR's tot stand zijn gekomen, waarvan de laatste 4 resoluties zelfs binnen een tijdsbestek van 3 weken zijn uitgebracht⁹⁾. UNSCR 1593 markeert de eerste keer dat de Veiligheidsraad een zaak naar het International Criminal Court (ICC) verwijst¹⁰⁾. Dit gebeurt in artikel 1 van deze korte resolutie: '*decides to refer the situation in Darfur since 1 July 2002 to the Prosecutor of the International Criminal Court*'. In de inleidende bepalingen is opvallend dat de Veiligheidsraad refereert aan het bestaan van overeenkomsten waarnaar artikel 98-2 van het Statuut van Rome¹¹⁾) refereert (met dit statuut is dit permanente internationale strafhof ingesteld). Naar ik aanneem wordt daarmee bedoeld op de overeenkomsten die de Verenigde Staten met vele andere landen zijn aangegaan, om geen Amerikaanse militairen uit te leveren aan het ICC. In de opname in UNSCR 1593 kunnen we de invloed van de Verenigde Staten herkennen. Echter ook in artikel 6 van de resolutie zien we een exceptiemogelijkheid. Hier is namelijk bepaald dat '*nationals, current or former officials or personell from a contributing State outside Sudan*' die het Statuut van Rome niet hebben ondertekend, onderworpen blijven aan de exclusieve jurisdictie van die staat. Dit geldt dan voor alle daden of omissies die gerelateerd zijn aan de operaties in Soedan die opgezet of geautoriseerd zijn door de Afrikaanse Unie ('*Counsel of the African Union*').

De laatste resolutie die is uitgebracht in deze reeks resoluties over Soedan is **UNSCR 1627** d.d. 23 september 2005. De Veiligheidsraad betuigt in de inleidende bepalingen haar medeleven en condoleances aangaande de dood van *First Vice President Dr. John Garang de Mabor* op 30 juli 2005 door een helikopterongeluk¹²⁾). Zij verwelkomt de implementatie van de CPA door zowel de GOS als de SPLM/A. De resolutie bevat slechts 4 korte artikelen. In artikel 1 wordt het mandaat van UNMIS verlengd tot 24 maart 2006 en – opvallend – '*with the intention to renew it for further periods*'. Waarom, de situatie in ogenschouw nemend, hier dan niet, zoals bijvoorbeeld in mandaatverlengingen voor Afghanistan, gelijk besloten wordt tot een verlenging van 12 maanden i.p.v. 6 maanden is mij niet duidelijk. Ook in deze resolutie worden, hoewel dit dus een zeer beknopte resolutie is, in artikel 3 landen die troepen leveren (i.c. voor UNMIS) aangespoord actie te ondernemen om te voorkomen dat er sprake is van seksuele uitbuiting en misbruik door hun personeel.

⁹⁾ Dit is een in een dergelijk korte tijd zeer groot aantal. Voor het laatst zijn dergelijke aantallen resoluties aangenomen 14 jaar terug over Iraq / Koeweit. Op 15 augustus 1991 zijn er toen zelfs 3 resoluties op één dag vastgesteld.

¹⁰⁾ Zie: <http://www.iccnw.org/documents/declarationsresolutions/UN1593.html>

¹¹⁾ De tekst van 98-2: 'The Court may not proceed with a request for surrender which would require the requested State to act inconsistently with its obligations under international agreements pursuant to which the consent of a sending State is required to surrender a person of that State to the Court, unless the Court can first obtain the cooperation of the sending State for the giving of consent for the surrender'.

¹²⁾ Zie over deze dood en de daarop ontstane onlusten: http://www.fidh.org/article.php3?id_article=2611

Irak: SFIR (Stabilization Force Iraq) en MNF-I (Multinational Force Iraq)

Voor Nederland zijn in Irak nu 20 militairen actief. 15 In de trainingsmissie in Irak die wordt verzorgd door de NATO (NTIM-I) en 5 militairen die deel uitmaken van de Multinationale troepenmacht MNF-I.

UNSCR 1618 d.d. 4 augustus 2005 is te kwalificeren als een uitspraak tegen het terrorisme¹³). In artikel 2 refereert de Veiligheidsraad aan de aanslagen ('shameless and *horrific attacks*') van de twee voorgaande weken. Hierbij zijn meer dan 100 doden gevallen, waaronder 32 kinderen en een lid van de commissie die tot taak heeft een nieuwe Grondwet voor Irak op te stellen.

UNSCR 1619 d.d. 11 augustus 2005 behelst niet meer dan een mandaatverlenging voor United Nations Mission for Iraq (UNAMI) van 12 maanden.

UNSCR 1637 d.d. 8 november 2005 is een resolutie die optimisme uitstraalt. De resolutie is tot stand gekomen naar aanleiding van een verzoek van premier Al-Jaafari van Irak. In een brief aan de President van de Veiligheidsraad d.d. 27 oktober 2005 – die als annex aan UNSCR 1637 is toegevoegd – merkt Al-Jaafari op dat in een referendum gestemd is voor de goedkeuring van de nieuwe Grondwet. Verder schrijft hij dat in december 2005 verkiezingen voor een nieuw parlement ('legislative authority') en een nieuwe regering zullen worden gehouden. Dat echter Irak nog steeds wordt geconfronteerd met grootschalig terrorisme. En dat, hoewel de Irakese veiligheidstroepen iedere dag groeien in omvang, capaciteiten en ervaring, meer tijd is benodigd voordat zij zelf de verantwoordelijkheid voor alle veiligheidszaken kunnen nemen. Daarom verzoekt Al-Jaafari de Veiligheidsraad het mandaat van de MNF-I met een periode van 12 maanden (beginnende 31 december 2005) te verlengen. De Veiligheidsraad besluit daarop – na vele aanhalingen van hetgeen reeds in eerdere resoluties is geschreven – het mandaat zoals gevraagd te verlengen.

Bosnië-Herzegovina: EUFOR (European *Union* Force in Bosnia and Herzegovina) en een NATO HQ in Sarajevo

Hoewel niet voortdurend in het nieuws zijn ook nu nog rond de 450 Nederlandse militairen in Bosnië actief¹⁴).

UNSCR 1597 d.d. 20 april 2005 is een amendement van artikel 13 van het Statuut van het ICTY (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia). De wijziging houdt in dat tijdelijke rechters (*ad litem judges*)¹⁵) na hun termijn van 4 jaar kunnen worden herkozen, wat voorheen niet kon. Daarnaast wordt de deadline voor de verkiezing van deze rechters 30 dagen opgeschoven.

Met **UNSCR 1613** d.d. 26 juli 2005 zendt de Veiligheidsraad de lijst met daarop 34 namen van kandidaat-rechters (waaronder 4 Pakistani) naar de Algemene Vergadering.

Ook **UNSCR 1629** d.d. 30 september 2005, bestaande uit slechts één zesregelig besluit, waarin Christine Van Den *Wyngaert's* als (permanente) rechter wordt benoemd bij het ICTY. Dit ondanks ('notwithstanding') artikel 12 van het Statuut van het ICTY (over de

¹³) Ook in 2005 is een aantal resoluties uitgebracht met als onderwerp terrorisme. Deze vallen echter buiten de scope van deze bijdrage (zie inleiding).

¹⁴) Beter zou zijn de Balkan. Ook in Kosovo zijn voor KFOR 3 Nederlandse militairen aan het werk. De officiële site van het ministerie (zie noot 2) is hier echter ook verwarrend: *451 militairen op de Balkan van wie: 3 militairen in Italië*.

¹⁵) *Ad litem* betekent dat deze rechters benoemd zijn voor de duur van een bepaalde zaak (*guardian for the suit, for the purposes of the legal action only*). Daarbij schreef het Statuut van het ICTY tevens een termijn voor van 4 jaar. Zie ook: <http://www.unis.unvienna.org/unis/pressrels/2005/sc8294.html> en http://www.juscogens.net/juscogens/2005/11/courts_tribunal_2.html

samenstelling van de diverse kamers'')) en artikel 13 bis (dat tot gevolg zou hebben dat haar termijn niet eerder dan 17 november 2005 zou kunnen aanvangen). *Christine Van Den Wyngaert's* zal in de zaak tegen Mrksic et al. die is begonnen op 3 november 2005 optreden als rechter.

UNSCR 1639 d.d. 21 november 2005 handelt in tegenstelling tot de drie voorgaande resoluties niet alleen over het ICTY, maar ook over Bosnië-Herzegovina, EUFOR en de NAVO. In de inleidende bepalingen wordt al aangegeven waar men de besluiten op zal richten. In één van de bepalingen wordt lof geuit voor hetgeen bereikt is op staats- en entiteitniveau in Bosnië-Herzegovina 10 jaar na de ondertekening van de Dayton-vredesverdragen. UNSCR 1639 laat echter overduidelijk zien dat er nog heel veel werk te verzetten is voordat Bosnië-Herzegovina aan al haar verplichtingen voldoet. De laatste 2 inleidende bepalingen zijn mijns inziens opmerkelijk. Welkom worden geheten de tastbare signalen dat Bosnië-Herzegovina voortgang maakt met [toetreding tot] de Europese Unie en het besluit van de EU om de onderhandelingen te openen. Daarna luidt de laatste inleidende bepaling dat de situatie in de regio nog steeds een bedreiging voor de internationale vrede en veiligheid vormt. De verwijzing naar toetreding tot de EU bevreemdt mij eveneens indien men de besluiten in de artikelen van UNSCR 1639 leest. Niet voor niets worden in deze resolutie (voor de zoveelste maal) de autoriteiten van Bosnië-Herzegovina er op gewezen volledig met het ICTY samen te werken. Het is tevens niet zonder reden dat de Veiligheidsraad wederom aangeeft 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 (*'he may give his interpretation ... and make binding decisions as he judges necessary'*). Ook bewust is het herhalen dat EUFOR en het hoofdkwartier van de NAVO in Sarajevo de juridische opvolgers van SFOR zijn en dientengevolge de acties kunnen ondernemen die zij nodig achten inclusief het gebruik van geweld. Dit gebruik van geweld is in artikel 7 uitdrukkelijk genoemd in relatie tot het afdwingen van naleving van Annex 1-A en 2 van het Dayton-vredesverdrag (: de Sofa, Freedom of Movement!). In artikel 14 machtigt de Veiligheidsraad aan EUFOR (en aan HQ NAVO in Sarajevo) deelnemende landen expliciet om alle nodige maatregelen te nemen om Annex 1-A en 2 af te dwingen. Ook artikel 16 en 17 gaan over FOM. Uit eigen ervaring weet ik dat militairen in het inzendingebied FOM over het algemeen liever niet afdwingen. Wanneer lokale autoriteiten vragen om niet meer op het vliegveld voor de deur te parkeren om een generaal af te halen, besluit uiteindelijk de generaal om hem moverende redenen hiermee in te stemmen. Wanneer een legal advisor adviseert om (op een veilige manier) bij de grensovergang met Kroatië langs de rij wachtende auto's te rijden en niet uren in de rij te gaan staan wordt dit – met FOM en veiligheid gemotiveerd advies – niet als beleid overgenomen. Veelal kiezen militaire leiders ter plaatse er voor om 'de relatie met de lokale overheden goed te houden'). Ik denk dat de politieke en militaire leiding ten aanzien van voorlichting met betrekking tot (het afdwingen van) FOM een taak heeft. Veiligheid van het personeel is een valide argument, maar er ligt wel een opdracht van de Veiligheidsraad.

De situatie in het Midden-Oosten (Libanon, Israël en Syrië)

In het Midden-Oosten zijn voor de United Nations Truce Supervision Organisation (UNTSO) 13 Nederlandse militairen actief. Hoewel de volgende resoluties allen betrek-

¹⁷ Zie: http://www.icls.de/dokumente/icty_statut_dt.pdf

¹⁷⁾ Dit gaat zo ver dat bij het parkeren van dienstvoertuigen (belasting)gelden worden gespendeerd aan parkeergelden op gemeentelijke parkeerplaatsten.

king hebben op hetgeen in Libanon zich afspeelt komt Syrië uitdrukkelijk naar voren als geadresseerde van de resoluties. Israël speelt in deze resoluties ook een rol.

UNSCR 1595 d.d. 7 april 2005 veroordeelt de '*terrorist bombing*' waarbij de voormalige premier van Libanon, Rafiq Hariri en anderen zijn gedood en velen verwond. Ook in een volgende inleidende bepaling wordt duidelijk aangegeven dat het hier een '*terrorist act*' betrof. Vervolgens merkt de Veiligheidsraad op dat het Libanese onderzoek van deze aanslag serieuze gebreken vertoont en [Libanon] noch de capaciteit noch de toewijding bezit om tot een tevredenstellende en geloofwaardige conclusie te komen. De Veiligheidsraad acht een internationaal en onafhankelijk onderzoek nodig om alle aspecten van deze '*heinous crime*' naar voren te brengen. Natuurlijk verwelkomt daarna de Veiligheidsraad de goedkeuring van de Libanese regering van een door de Veiligheidsraad te nemen besluit tot instelling van een internationale commissie die dat onderzoek zal leiden en uitvoeren. De commissie zal – zo besluit de Veiligheidsraad in artikel 3 – de volledige medewerking van de Libanese autoriteiten krijgen. Waaronder toegang tot alle relevante documenten, getuigenissen en ander bewijs. Verder kan de commissie ook zelf bewijs verzamelen en heeft zij FOM. Alle staten worden opgeroepen volledig met de commissie samen te werken en relevante informatie die zij bezitten aangaande deze '*terrorist act*' over te dragen.

UNSCR 1614 d.d. 29 juli 2005 behelst een verlenging van het mandaat van United Nations Interim Force in Libanon (UNIFIL) voor 6 maanden. In de preambule bevestigt de Veiligheidsraad '*the Blue Line*' als valide voor de bevestiging van het feit dat Israël vanaf 16 juni 2000 – in lijn met UNSCR 425 uit 1978 – haar troepen uit Libanon heeft teruggetrokken¹⁸). De partijen aan beide kanten van deze '*Blue Line*' worden veroordeeld voor het gebruik van geweld en de voortdurende schendingen via de zee, het land en de lucht van de terugtrekkinglijn. Gelet op de doden die hier bij hun inzet voor de VN zijn gevallen is de oproep om de veiligheid van UNIFIL en ander VN-personeel te respecteren ook niet irrelevant. Mede in dat licht wordt de regering van Libanon opgeroepen haar autoriteit [soevereiniteit] in het zuiden van Libanon uit te breiden en daadwerkelijk uit te oefenen. Ook in UNSCR 1614 worden partijen opgeroepen de FOM van de VN-vredestroepen te garanderen.

Op 31 oktober 2005 komt – als vervolg op UNSCR 1595 – **UNSCR 1636** tot stand. De Veiligheidsraad merkt op dat het rapport (van de hiervoor bij bespreking van UNSCR 1595 aangehaalde commissie) over de moord op Hariri zorgvuldig is bekeken. De Veiligheidsraad dankt de Libanese autoriteiten voor haar volledige medewerking. De conclusie van de commissie is echter dat het onderzoek nog niet is afgerond. Waarna de Veiligheidsraad opmerkt dat het van het grootste belang is om het spoor zowel binnen als buiten Libanon te blijven volgen. Dit om alle aspecten van deze terroristische aanslag te belichten en in het bijzonder om degenen te identificeren en verantwoordelijk te stellen ('*hold accountable*') al die personen die verantwoordelijkheid dragen voor de planning, ondersteuning, organisatie en het plegen van deze misdaad. Verder benadrukt de Veiligheidsraad dat over de toekomst van Libanon op vreedzame wijze door de Libanezen zelf zou moeten worden beslist. Dit dient te gebeuren vrij van intimidatie en buitenlandse bemoeïing. In dit verband waarschuwt de Veiligheidsraad dat pogingen om de stabiliteit van Libanon te ondermijnen niet worden getolereerd. Waarna – ongetwijfeld niet toevallig – de preambule vervolgt met de conclusie van de commissie dat, gegeven de infiltratie

¹⁸) Zie voor meer over de Blue Line: <http://www.crisisgroup.org/home/index.cfm?id=3368&l=1> en o.a. Kofi Annan op: <http://www.cidt.nl/dossiers/vr/2002-04-08.html>

van Libanese instituties en samenleving door Syrische en Libanese met elkaar samenwerkende inlichtingendiensten, het moeilijk is een scenario voor ogen te halen waarbij een zulk complexe moordaanslag zou zijn uitgevoerd zonder hun medeweten. Dat het daarom aannemelijk is ('probable cause') dat het besluit om Hariri te vermoorden niet kan zijn genomen zonder de goedkeuring van hooggeplaatste Syrische veiligheidsmensen. Vervolgens haalt de Veiligheidsraad de conclusie van de commissie aan dat ondanks dat de Syrische autoriteiten in beperkte mate met de commissie meewerkten, diverse Syrische officials geprobeerd hebben het onderzoek te saboteren. De Veiligheidsraad neemt met 'extreme concern' in artikel 2 kennis van de conclusie van de commissie over de betrokkenheid van Syrische en Libanese officials bij deze terroristische aanslag. Zij besluit in artikel 3 tot een aantal maatregelen tegen de personen waarvan de commissie heeft bepaald dat deze betrokken zijn bij de planning, ondersteuning, organisatie en het plegen van deze terroristische aanslag. Deze maatregelen zijn gelijk aan die zoals ik die onder bespreking van UNSCR 1591 (Soedan) heb weergegeven ("de opdracht aan Staten: geen binnenkomst / transit en bevriezen fondsen"). Ook de artikelen 5 en 6 halen expliciet Syrië aan: 'while the Syrian authorities have cooperated in form but not in substance' en 'Syria's continued lack of cooperation'. Dit alles als aanloop naar de maatregelen die de Veiligheidsraad in artikel 11 afkondigt. Daarin is besloten dat Syrië haar eigen officials en individuen moet vastzetten, waarvan de commissie beschouwt dat zij betrokken zijn bij de planning, ondersteuning, organisatie en het plegen van deze terroristische aanslag. Deze personen moeten volledig ter beschikking van de commissie komen te staan. In artikel 12 van UNSCR 1636 wijst de Veiligheidsraad Syrië er vervolgens uitgebreid op om op geen enkele wijze zich in te laten met Libanese aangelegenheden. Waarna de commissie tevens gevraagd wordt – in artikel 13 – om op 15 december 2005 te rapporteren over de medewerking die zij van de Syrische autoriteiten heeft ontvangen.

Op die dag besluit de Veiligheidsraad tot UNSCR 1644 waaruit blijkt dat de drie maanden, binnen welke de Veiligheidsraad de commissie in UNSCR 1595 (artikel 8) verzocht haar onderzoek af te ronden, rijkelijk onvoldoende zijn. Acht maanden na UNSCR 1595 besluit de Veiligheidsraad, als gevraagd door de Libanese regering en aangeraden door de commissie, om het mandaat te verlengen tot 15 juni 2006, met de mogelijkheid van een verdere verlenging. De preambule geeft duidelijk de blijvende ontevredenheid weer ten aanzien van de medewerking aan het onderzoek door Syrië. Een ander verzoek van de Libanese regering is zeker juridisch zo interessant. Men verzoekt in een brief aan de SGVN de instelling van een tribunaal met een internationaal karakter, om allen die verantwoordelijk zijn voor deze terroristische aanslag te berechten. Tevens verzoekt men het mandaat van de commissie uit te breiden of een andere commissie in te stellen om de terroristische aanslagen die sinds 1 oktober 2004¹⁹⁾ in Libanon hebben plaatsgevonden te onderzoeken. In artikel 6 en 7 worden deze verzoeken van de Libanese regering door de Veiligheidsraad ingewilligd.

¹⁹⁾ De datum met een verwijzing naar 'Libanon' heb ik bij Google ingevoerd; dit levert geen specifieke gebeurtenis op die datum op. Wel is begin oktober 2004 UNSCR 1559 tot stand gekomen, waarin Syrië wordt gevraagd zich uit Libanon terug te trekken. Zie: <http://www.cia.gov/cia/publications/factbook/print/le.html>

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Instelling Commissie evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij uitzendingen

Bij besluit van de Minister van Justitie en de Minister van Defensie van 20 december 2005, nr. 53934541505 (Stcrt 23 december 2005, nr. 250, pag. 19), is ingesteld de Commissie evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij uitzendingen.

Het besluit dient ter uitvoering van de door de Tweede Kamer aangenomen motie van de leden Van Baalen en Eijssink, waarmee het verzoek werd gedaan onafhankelijke deskundigen een onderzoek te laten doen naar zowel de structuur, als de werkwijze en de procedures die bij de vervolging van uitgezonden militairen aan de orde zijn.

Bij het besluit wordt overwogen:

- dat gedurende de afgelopen vijf jaren een aantal uitzendingen heeft plaatsgevonden van Nederlandse militairen naar risicogebieden;
- dat tijdens deze uitzendingen Nederlandse militairen zijn verdacht van en vervolgd voor strafbare feiten;
- dat het wenselijk is te onderzoeken of de organisatorische inbedding van het militaire strafprocesrecht, de gevolgde werkwijze en de procedures voldoende tegemoet komen aan de hoge eisen en specifieke omstandigheden van militaire operaties in risicogebieden.

Doel van het onderzoek is om antwoord te krijgen op de volgende vragen:

- welke procedures gelden binnen het huidige stelsel van militair strafprocesrecht;
- op welke wijze worden de geldende procedures in de praktijk gehanteerd;
- aan welke criteria zouden de procedures moeten voldoen;
- voldoen de procedures en hantering daarvan bij uitzending van Nederlandse militairen naar risicogebieden;
- zijn er bijzondere (aanvullende) voorzieningen noodzakelijk en zo ja, welke.

De commissie staat onder voorzitterschap van mr. H.C.J.L. Borghouts en bestaat verder uit mr. G.C. Gillissen en mr. R.D.E. Daverschot.

Het streven is erop gericht dat de commissie uiterlijk 1 juni 2006 haar rapport aan de Minister van Justitie en de Minister van Defensie zal aanbieden.

Herinnering

XVIIe Congres International Society for Military Law and the Law of War

De redactie herinnert u aan de aankondiging van het XVIIe internationale Congres van de International Society for Military Law and the Law of War, van 16 t/m 20 mei 2006 in Scheveningen, geplaatst in de vorige aflevering van het MRT.

Om gebruik te kunnen maken van de voordelige tarieven voor diegenen die in het Steigenberger Kurhaus hotel of het Bilderberg Europa hotel te Scheveningen wensen te overnachten, dient inschrijving vóór 1 maart a.s. te hebben plaatsgevonden.

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, inspnngingen of verschillende lettertypes gebruiken.

Geen hele woorden in kapitalen, zoals NASCHRIFT e.a. 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. 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. 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 Straffprocesrecht aan de Universiteit van Tilburg;
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)overeenkomsten 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 XCIX

Maart 2006

Aflevering

3

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

Rechtmatigheid van geweldgebruik tussen staten in de 21 ^e eeuw: Een momentopname: door Ltkol mr Joop Voetelink.....	81
Opmerkelijke zaken (4) – De officier die weigerde zich ter purge te stellen; door prof. mr. G.L. Coolen.....	94

Bestuursrechtspraak

CRvB 14.07.05	De niet tijdig medegedeelde tekortkoming Het de beoordeelde verweten gebrek aan initiatief is hem niet naar behoren voorgehouden. Aldus is in strijd gehandeld met de bepaling dat tekortkomingen zo spoedig mogelijk ter kennis van de ondergeschikte dienen te worden gebracht, zodat deze zich kan verbeteren. Beroep gegrond. (Naschrift G.L.C.).....	96
CRvB 06.10.05	Geen carrièreperspectief binnen KM? Het beleid, inhoudende dat militairen, op wie nog een dienverplichting rust, aan deze verplichting worden gehouden en dat slechts in bijzondere omstandigheden ontheffing kan worden verleend, acht de Raad aanvaardbaar. (Naschrift G.L.C.).....	100
CRvB 20.10.05	Nalatig in de vervulling van plichten In casu Kroon bevoegd officier wegens nalatigheid in vervulling van plichten te ontslaan. Niet gebleken dat in strijd gehandeld met enige rechtsregel of enig algemeen rechtsbeginsel. Beroep ongegrond. (Naschrift G.L.C.).....	103

Opmerkingen en mededelingen

Boekaankondiging.....	107
Boekbespreking.....	107
Verslag van het 6 ^e seminar van de International Society for Military Law and the Law of War, gehouden te Straatsburg op 23-27 november 2005; door LTZA 2 OC mr M.D. Fink.....	108
Personalia	112

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

Rechtmatigheid van geweldgebruik tussen staten in de 21^e eeuw: Een momentopname

door

LTKOL MR JOOP VOETELINK¹⁾

Inleiding

Binnen het internationale recht is het *ius ad bellum*, het recht tot interstatelijk geweldgebruik, traditioneel een veel besproken onderwerp. In 1945 werd het met het opstellen van het Handvest van de Verenigde Naties²⁾ (het Handvest, Hv) strikt gelimiteerd binnen een collectief veiligheidssysteem. Het bleek een verre van sluitende opzet gezien de vele conflicten die in de daaropvolgende periode wereldwijd met militaire middelen werden beslecht. Toch vormt het wel de juridische toetssteen voor de beoordeling van gewapend optreden tussen staten. Het systeem leek een steviger positie te krijgen toen na het einde van de Koude Oorlog de Veiligheidsraad zich actiever ging opstellen op het gebied van de handhaving van de internationale vrede en veiligheid. Maar niet voor lang: een verdeelde internationale gemeenschap bleek binnen VN-verband niet altijd bij machte adequaat te reageren op de urgente problemen waarvoor zij zich gesteld zag. Het daaropvolgend militair optreden geïnitieerd door groepen van staten tastte de juridische grenzen van het collectieve veiligheidssysteem af. Het ingrijpen van de NAVO in Kosovo in 1999 stookte het vuurtje onder de discussie over de rechtmatigheid van humanitaire interventies op. De door de Verenigde Staten (VS) geleide aanval op Irak in maart 2003 die mede werd verdedigd met een beroep op het recht op zelfverdediging marginaliseerde³⁾, in ieder geval tijdelijk, het collectieve veiligheidssysteem van de VN.

De Secretaris-Generaal van de VN (SG), Kofi Annan, zag dit als symptomatisch voor een nog diepere verdeeldheid van de internationale gemeenschap.⁴⁾ Hij stelde daarom een internationale '*High-level Panel on Threats, Challenges and Change*' aan dat nieuwe ideeën moest genereren om de VN ook in de 21^{ste} eeuw effectief te kunnen laten optreden. In zijn rapport⁵⁾ ging het Panel onder meer in op gebruik van geweld binnen het kader van het Handvest. Gezien de ontwikkelingen van de laatste jaren is het verschijnen van het rapport en de reacties hierop een goede gelegenheid stil te staan bij de stand van zaken met betrekking tot het *ius ad bellum* aan het begin van de 21^{ste} eeuw.

Ik begin met een korte uitleg van het Handvest van de Verenigde Naties, zover het betrekking heeft op het interstatelijk geweldgebruik. Vervolgens zal ik langer stilstaan bij vormen van geweldgebruik die gezien de inhoud van het Handvest de nodige discussie oproepen: humanitaire interventie en bepaalde vormen van zelfverdediging. Verder ga ik, na een meer algemene bespreking van het rapport van het High-level Panel, nader in op de onderdelen van het rapport die handelen over geweldgebruik. Tot slot komt de Nederlandse visie op humanitaire interventie en bepaalde vormen van zelfverdediging aan

¹⁾ Schrijver is docent recht aan de Koninklijke Militaire Academie te Breda. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven. Met dank aan T.D. Gill voor commentaar op een eerdere versie.

²⁾ San Francisco, 26 juni 1945 (Handvest Stb. 1945, F 321; herziene Nederlandse vertaling Trb. 1987, 113).

³⁾ Terry D. Gill, *De oorlog in Irak en de huidige Jus ad Bellum*, in Kernvraag 2004 nr 1.

⁴⁾ Kofi Annan, UN Secretary-General, *A way forward on global security*, International Herald Tribune, Friday 3 December 2004 (te vinden op: www.un.org/secureworld).

⁵⁾ *A more secure world: Our shared responsibility*, Report of the Secretary-General's High-level Panel on Threats, Challenges and Change, United Nations 2004.

bod aan de hand van onder meer de adviezen van de Adviesraad Internationale Vraagstukken en de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke vraagstukken (de AIV/CAVV). Deze bijdrage sluit ik af met een samenvatting en conclusie.

Het Handvest

Met twee wereldoorlogen vers in het geheugen wilden de opstellers van het Handvest '*de gesel van oorlog*' uitbannen.") Een van de doelstellingen van de VN werd dan ook het handhaven van de internationale vrede en veiligheid en het nemen van collectieve maatregelen ter voorkoming of opheffing van bedreigingen van de verbreking van de vrede (artikel 1, eerste lid Hv). De lidstaten dienen daartoe hun internationale geschillen langs vreedzame weg tot een oplossing te brengen en zich in hun internationale betrekkingen te onthouden van bedreiging met of het gebruik van geweld tegen de territoriale integriteit of de politieke onafhankelijkheid van een andere staat (artikel 2, derde lid en vierde lid Hv). Deze beginselen richten zich echter alleen tot de VN-leden. Om ook naleving door niet lidstaten te bewerkstelligen bepaalt het zesde lid van artikel 2 Hv dat de VN zorgt dat ook niet lidstaten overeenkomstig deze beginselen handelen indien de handhaving van de internationale vrede en veiligheid dit noodzakelijk maakt. De VN is inmiddels gegroeid van 51 leden bij de oprichting in 1945 tot 191 landen eind 2004. Daarmee maken vrijwel alle landen deel uit van de VN⁷⁾ zodat dit onderdeel van het Handvest in deze tijd weinig praktische betekenis heeft.

Het verbod op interstatelijk geweldgebruik is echter niet absoluut: het Handvest kent twee belangrijke uitzonderingen. In de eerste plaats hebben staten op grond van het internationaal gewoonterecht⁸⁾ het recht zichzelf te verdedigen tegen een gewapende aanval. Deze regel heeft ook een plaats gekregen in het Handvest (artikel 51) waarbij het recht niet alleen toekomt aan een land afzonderlijk, maar ook aan een groep van landen (de individuele en collectieve zelfverdediging). In dit licht moeten verdragen worden gezien waarin is vastgelegd dat een aanval op een van de verdragspartijen als een aanval op alle partijen wordt beschouwd. Artikel 5 van het NAVO-verdrag⁹⁾ is een bekend voorbeeld en werd voor de eerste keer ingeroepen na de Al-Qaeda aanslagen op het World Trade Center en het Pentagon in september 2001.¹⁰⁾

Binnen de VN is de Veiligheidsraad het orgaan dat primair is belast met de handhaving van de internationale vrede en veiligheid en daartoe voor de lidstaten bindende beslissingen kan nemen (artikelen 24, eerste lid, en 25 Hv). Ook als landen in zelfverdediging handelen, kunnen zij niet om de Raad heen. Zij zullen de genomen maatregelen moeten melden,¹¹⁾ waarna de Raad op ieder moment kan overgaan tot het optreden dat nodig wordt geacht voor het handhaven of het herstel van de internationale vrede en veiligheid (artikel 51 Hv).

Met het optreden van de Veiligheidsraad komen we op de tweede uitzondering op het

⁶⁾ Preambule Handvest.

⁷⁾ Zie: www.un.org.

⁸⁾ Internationaal Gerechtshof 27 juni 1986 (Nicaragua versus de VS), ICJ Reports 1986, nr. 14.

⁹⁾ 'De partijen komen overeen dat een gewapende aanval tegen een of meer van hen in Europa of Noord-Amerika als een aanval tegen hen allen zal worden beschouwd; zij komen bijgevolg overeen dat, indien zulk een gewapende aanval plaatsvindt, ieder van hen de aldus aangevallen partij of partijen zal bijstaan, in de uitoefening van het recht tot individuele of collectieve zelfverdediging erkend in Artikel 51 van het Handvest van de Verenigde Naties, door terstond, individueel en in samenwerking met de andere partijen, op te treden op de wijze die zij nodig oordeelt met inbegrip van het gebruik van gewapend geweld om de veiligheid van het Noord-Atlantisch gebied te herstellen en te handhaven.' Artikel 5 van het Noord-Atlantisch Verdrag, Washington D.C., 4 april 1949.

¹⁰⁾ Zie NATO Update, Invocation of Article 5 confirmed, 02 oktober 2001 (www.nato.int).

¹¹⁾ Zie bijvoorbeeld de brieven van de VS en het Verenigd Koninkrijk naar aanleiding van de aanval op Afghanistan in reactie op de Al-Qaeda aanslagen, d.d. 7 oktober 2001 (S/2001/946 en 947).

geweldsverbod dat in het Handvest is opgenomen. Op grond van artikel 42 kan de Veiligheidsraad 'overgaan tot zulk optreden door middel van lucht-, zee- of landstrijdkrachten als nodig is voor het herstel van de internationale vrede en veiligheid'. Dit kan zich beperken tot acties zoals het opzetten van blokkades, maar maakt ook grootschalig militair optreden mogelijk. Een sprekend voorbeeld vormt Resolutie 678 (1990)¹²⁾ waarin de Raad lidstaten machtigde om met 'all necessary means' Koeweit te bevrijden.

Militair optreden op basis van artikel 42 Hv is het uiterste middel dat de Raad ter beschikking heeft. Alvorens kan worden besloten hiertoe over te gaan, moet eerst worden vastgesteld dat sprake is van 'een bedreiging van de vrede, verbreking van de vrede of daad van agressie' (artikel 39 Hv). Vervolgens kan de Raad tijdelijke maatregelen nemen (artikel 40 Hv), zoals het oproepen tot een staakt-het-vuren of maatregelen nemen waaraan geen wapengeweld te pas komt (artikel 41), bijvoorbeeld het verbreken van economische en diplomatieke betrekkingen. De Raad heeft deze bevoegdheid inmiddels zeer ruim geïnterpreteerd en heeft bijvoorbeeld ook de oprichting van ad hoc straftribunalen op deze bepaling gebaseerd.") Alleen als de Raad van oordeel is dat dergelijke maatregelen onvoldoende zouden zijn of al onvoldoende zijn gebleken, kan artikel 42 Handvest worden toegepast.

Het Handvest kent slechts aan de Raad deze vergaande bevoegdheden toe. Toch zag de Algemene Vergadering (AV) ook een eigen verantwoordelijkheid op het gebied van de handhaving van de internationale vrede en veiligheid in het geval de Raad niet in staat was om op te treden. Dat kwam al in de beginjaren van de VN regelmatig voor wanneer het gebruik van het vetorecht door een van de permanente leden de werkzaamheden van de Raad verlamde. Ten tijde van de Korea-crisis nam de AV daarom de 'Uniting for Peace' resolutie aan.¹⁴⁾ Op verzoek van ten minste zeven leden van de Veiligheidsraad of een meerderheid van de VN zou de AV in het geval de Raad tekort schoot op het gebied van de handhaving van de internationale vrede en veiligheid in een speciale spoedzitting bijeen kunnen komen. De AV zou vervolgens *aanbevelingen* kunnen doen aan de leden voor het nemen van collectieve maatregelen waarbij voor het geval van een inbreuk op de vrede of een daad van agressie expliciet de mogelijk werd opgehouden voor het gebruik van gewapend geweld. In totaal is de AV tien maal in een spoedzitting bijeengekomen. In 1956 is bijvoorbeeld besloten tot de oprichting van de eerste VN peace-keeping operatie, de United Nations Emergency Force (UNEF I) in de Sinaï. Toch kan de resolutie niet worden gezien als een reële uitzondering op het geweldverbod.¹⁵⁾ In de eerste plaats werd de rechtmatigheid van de resolutie vanaf het begin al door een aantal landen, waaronder Sovjet-Unie, zwaar betwist.¹⁶⁾ Zij waren van mening dat het recht tot collectieve actie alleen is voorbehouden aan de Raad. In de tweede plaats gaat de bevoegdheid van de AV niet verder dan het doen van aanbevelingen zodat de Uniting for Peace procedure in de praktijk ook niet erg effectief bleek.")

Controversieel geweldgebruik

In de praktijk zoeken landen echter regelmatig de grenzen van het collectieve veiligheidssysteem op. Zelfverdediging in reactie op een daadwerkelijke aanval kan al de nodige vragen oproepen. In de literatuur hebben bijvoorbeeld de terroristische aanslagen van

¹²⁾ S/RES/ 678 (1990) van 29 november 1990.

¹³⁾ Respectievelijk het Joegoslavië (S/RES/827 (1993) van 25 mei 1993 en het Rwanda tribunaal (S/RES/955 (1991) van 8 november 1991.

¹⁴⁾ UN General Assembly Resolution 377 A (V) van 3 november 1950.

¹⁵⁾ W.J.M. van Genugten, De oorlog in Irak als bijdrage aan het hervormingsdebat binnen de VN, Militair Rechtelijk Tijdschrift 2004, afl. 5, p. 186.

¹⁶⁾ P.H. Kooijmans, Internationaal publiekrecht in vogelvlucht, Deventer 2002, p. 190.

¹⁷⁾ Malcolm N. Shaw, International Law. Cambridge 1995, p. 714.

september 2001 de pennen in beweging gezet over de vraag of deze vorm van geweld kon gelden als een *gewapende* aanval.") Nog meer vragen werpt echter de toepassing van artikel 51 Hv op als een aanval (nog) niet heeft plaatsgevonden: met andere woorden als alleen sprake is van een dreigende aanval. Een andere situatie betreft ingrijpen in een land waar op grote schaal schendingen van de mensenrechten plaatsvinden. Betekent dit ook dat onder de vlag van humanitaire interventie een land kan ingrijpen in een ander land om aan de schendingen een einde te maken? De rechtmatigheid van deze vormen van optreden wordt vaak in twijfel getrokken. Deze paragraaf beschrijft deze controversiële vormen van geweldgebruik waarna in de latere paragrafen wordt ingegaan op het rechtmatigheidsaspect.

Het recht op zelfverdediging bij een dreigende aanval heeft ooit erkenning gevonden in wat later bekend is geworden als de *Caroline-zaak*.¹⁹⁾ Een opstand in Canada in 1837 kreeg veel ondersteuning van Amerikaanse burgers, hoewel de VS zelf strikt trachtte de neutraliteit te handhaven. Amerikanen die zich bij de strijd hadden aangesloten (de '*Patriots*') maakten voor bevoorrading onder andere gebruik van het stoomschip 'Caroline'. Britse militairen voerden vervolgens vanaf Canadees grondgebied een *gewapende* aanval op het schip uit, terwijl dit aan de Amerikaanse kant van de Niagara rivier was afgemeerd. De aanvallers staken het schip in brand en lieten het vervolgens stuurloos afdrijven naar de watervallen.

In de daaropvolgende uitgebreide briefwisseling kwamen de Britse en Amerikaanse autoriteiten tot de slotsom dat van een recht op zelfverdediging kan worden gesproken in het geval van '*a necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation*'.²⁰⁾ Tegenwoordig wordt dit vaak aangeduid als **preëemptieve of anticiperende zelfverdediging**. Kenmerkend is de onmiddellijke dreiging die zo groot is dat geen ruimte meer bestaat voor gebruik van andere middelen. De uitoefening van het recht op zelfverdediging dient overigens verder nog redelijk en proportioneel te zijn.

Een stap verder gaat optreden tegen mogelijke bedreigingen waarbij die directe noodzaak om te handelen vooralsnog lijkt te ontbreken. Bij deze **preventieve vorm van zelfverdediging** is sprake van een mogelijke bedreiging voor een land, zonder de zekerheid dat het gevaar zich ook op korte termijn daadwerkelijk zal verwezenlijken. Het is niet verwonderlijk dat juist de laatste decennia hiervoor meer aandacht is ontstaan. Ontwikkelingen in de techniek verruimen de inzetmogelijkheden van wapensystemen; met grote precisie en vernietigingskracht kunnen zij over zeer grote afstanden worden ingezet tegen een tegenstander. Daarnaast maken informatie- en communicatietechnieken het mogelijk om met relatief bescheiden middelen via computers wereldwijd enorme schade toe te brengen aan vijandelijk infrastructuur.²¹⁾ Hierdoor zijn ook niet statelijke entiteiten en minder ontwikkelde landen in staat een machtiger tegenstander onverwachts met een enkele aanval zeer zwaar te treffen. Vanuit dit oogpunt zullen landen geneigd zijn de mogelijkheden te benutten om potentieel gevaar vroegtijdig te bezweren. Problematisch is dat wanneer de dreiging verder weg is gelegen in de tijd, de beoordeling van die dreiging minder objectief zal zijn en volledig afhankelijk is van de perceptie van het betreffende land. Met andere woorden: voor een neutrale derde zal de dreiging niet zo vanzelfsprekend hoeven te zijn.

Een voorbeeld vormt de Israëliëse aanval in 1981 op een Iraakse nucleaire reactor bij

¹⁸⁾ Inaugurele rede van prof dr T.D. Gill, The 11th of September and the international law of military operations, 1 July 2002.

¹⁹⁾ Zie: The Avalon Project at Yale Law School, Webster-Ashburton Treaty - The Caroline Case (<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/diplomacyritianr-1842d.htm>).

²⁰⁾ Note Dan Webster van 24 april 1841.

²¹⁾ Bijvoorbeeld via de zgn. Computer Network Attacks (CNA) (zie mijn bijdrage over Information Operations, een internationaal juridische verkenning, Militair Rechtelijk Tijdschrift sep. 2003, p. 300).

Osirak, in de buurt van Bagdad. In de jaren zeventig was Irak met Franse hulp begonnen met de bouw van deze reactor. Bij Israël bestond de vrees dat Irak zich hiermee op termijn ook de middelen zou verschaffen om kernwapens te fabriceren waarmee dit land Israël direct zou kunnen bedreigen. Nog voordat de bouw van de reactor volledig was voltooid, voerden op 7 juni 1981 Israëlische vliegtuigen een precisiebombardement op de installatie uit en vernietigden de reactor volledig. Duidelijk zal zijn dat een nog niet voltooide reactor geen directe bedreiging betekent en hooguit op langere termijn gevaar kan opleveren. De aanval in 2003 van de VS en het Verenigd Koninkrijk op Irak, Operation Iraqi Freedom, heeft deels²² een zelfde achtergrond. Wegens de vermeende aanwezigheid van massavernietigingswapens achtte de VS een aanval noodzakelijk ‘...to defend the United States and the international community from the threat posed by Iraq and to restore international peace and security in the area’.²³)

Heel andere motieven spelen een rol bij **humanitaire interventie**. Hierbij is sprake van ernstige en grootschalige schendingen van de mensenrechten binnen een land. Wanneer het land niet bereid of in staat is hiertegen op te treden, kunnen andere landen hier aanleiding in zien om gewapend in te grijpen. In deze situaties bestaat spanning tussen de soevereiniteit van een staat en het principe van eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (vgl. artikel 1, derde lid Hv).

Waar vroeger de positie van een soevereine staat vrijwel onaantastbaar was, komt die tegenwoordig steeds meer onder druk te staan. In een tijd van voortgaande globalisering staan staten op steeds meer gebieden met elkaar in relatie.²⁴ Dit vraagt om stabiele internationale verhoudingen waarvoor interne rust en orde in een land van belang zijn voor andere landen. Verder spelen in de internationale relaties naast landen in toenemende mate ook niet-statelijke actoren een rol, zoals internationale organisaties en bedrijven, maar ook lokale strijdgroepen en terroristische groeperingen. Acties van deze entiteiten kunnen zo'n grote impact hebben dat bij de overweging of hiertegen moet worden opgetreden de belangen van een soevereine staat minder zwaar wegen. Zo was de onwil van het Talibanbewind om op te treden tegen Al-Qaida mede aanleiding voor de VS om Afghanistan binnen te vallen.

Daarnaast is een toenemende aandacht voor de rechten van de mens te zien. Waar vroeger inbreuken op fundamentele mensenrechten onbestraft konden blijven, wordt in toenemende mate deze straffeloosheid vervangen door individuele strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor de daders. Daarbij bieden de internationale verdragen steeds minder ruimte aan staten om de andere kant op te kijken.

Beide ontwikkelingen samen lijken de drempel te verlagen om over te gaan tot gewapend ingrijpen in een land ter bescherming van de rechten van de mens. Inmiddels heeft de Veiligheidsraad al meermalen in de interne humanitaire situatie van een land aanleiding gezien op basis van Hoofdstuk VII actie te ondernemen.²⁵) In niet alle situaties wilde of

²²) De aanval werd deels ook gerechtvaardigd met een beroep op bestaande VN-resoluties.

²³) Citaat uit brief van de VS aan de Veiligheidsraad van 20 maart 2003 (S/2003/351) opgenomen in Mary Ellen O'Connell, William B. Saxbe, Addendum to armed force in Iraq: issues of legality, ASIL Insights, April 2003 (eenzelfde brief is door het Verenigd Koninkrijk opgesteld).

²⁴) Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Secretaris-Generaal van de VN Kofi Annan tijdens een rede voor de AV in 1999 aangehaald in het AIV/CAVV rapport *Humanitaire interventie*, No. 13, April 2000, p. 9.

²⁵) Zie S/RES/794 (1992) waarbij de Veiligheidsraad naar aanleiding van de situatie in Somalië voor het eerst een militaire operatie toestond op grond van interne conflicten in een land. Overigens verwijst de Veiligheidsraad soms ook naar eventuele internationale implicaties zoals vluchtelingenstromen naar omliggende landen.

kon de Raad optreden. In een klein aantal gevallen heeft dit geleid tot het zonder autorisatie van de Raad ingrijpen door landen. In dit verband is het optreden al vermeld in van de NAVO in Kosovo in 1999. Op 24 maart van dat jaar startte Operatie Allied Force die een einde moest maken aan de ernstige schendingen van de mensenrechten gepleegd door militaire en politie eenheden van de Federale Republiek Joegoslavië. Hoewel de NAVO in deze situatie eensgezind optrad, was de onderbouwing door de deelnemende landen minder eensluidend. Nederland bijvoorbeeld baseerde de rechtmatigheid van zijn ingrijpen op schending door Joegoslavië van VN resoluties uit 1998 (1199 en 1203).²⁶⁾

Het Rapport; algemeen

In 2003 gaf de Secretaris-Generaal van de VN een zestien personen tellend panel van voormalig politici, militairen, diplomaten en hoge functionarissen van internationale organisaties, de opdracht de rol van de VN in de 21^{ste} eeuw te onderzoeken. Zij dienden de huidige bedreigingen van de internationale vrede en veiligheid te analyseren, de effectiviteit te evalueren van het bestaande beleid en instituties, aanbevelingen te doen voor wijziging van dat beleid en die instituties, en *'to recommend clear and practical measures for ensuring effective collective action'*.²⁷⁾

Op 2 december 2004 kwam het Panel met het langverwachte rapport met daarin een nieuwe visie op de collectieve veiligheid. Het gaat in de 101 aanbevelingen in op de belangrijkste bedreigingen van de internationale vrede en veiligheid, de onderlinge verbondenheid van die dreigingen en de kwetsbaarheid van zowel de sterke als minder sterke landen. Het rapport benadrukt de resultaten die de VN in de afgelopen periode heeft bereikt, maar geeft ook aan dat de organisatie zal moeten veranderen wil het de toekomstige uitdagingen aankunnen.²⁸⁾

Meer concreet ziet het Panel interstatelijk geweldgebruik slechts als een van de bedreigingen voor de toekomst naast: economische en sociale dreigingen, zoals armoede en besmettelijke ziekten; interne conflicten; massavernietigingswapens; terrorisme; en grensoverschrijdende, georganiseerde misdaad. Hoewel staten nog steeds de belangrijkste actoren op het internationale vlak zijn, kan naar de mening van het Panel geen enkele staat alleen tegen die dreigingen optreden. Algemeen wordt dit uitgelegd als indirecte afkeuring van de nationale veiligheidsstrategie van de Verenigde Staten waarin het recht wordt voorbehouden zelfstandig op te treden als de belangen van de VS dit vereisen.²⁹⁾ Een collectieve aanpak, collectieve instituties en een collectief gevoel van verantwoordelijkheid zijn noodzakelijk voor een *'comprehensive system of collective security'*.

Aanpak van de problemen start met het nemen van preventieve maatregelen. Alleen als deze niet slagen, kan als laatste middel van optreden het gebruik van geweld worden overwogen. De beslissing van de Veiligheidsraad over het al dan niet overgaan tot geweldgebruik moet duidelijk en inzichtelijk zijn. Dit draagt bij aan de transparantie en kan de algemene acceptatie van het besluit helpen bevorderen. Daarom moet dat besluit zorgvuldig worden afgewogen aan de hand van een richtlijn die het Panel heeft geformuleerd bestaande uit een set van vijf *'criteria of legitimacy'*.

²⁶⁾ Verslag van kamerdebat over Kosovo van 24 maart 1999 (TK 61 3784 - 1799)

²⁷⁾ Zie rapport *A more secure world: Our shared responsibility*, supra voetnoot 5, Terms of reference en Kofi Annan in: *Courage to fulfil our responsibilities*, The Economist, 2 December 2004 (te vinden op: www.un.org/secureworld).

²⁸⁾ De ideeën daarin zijn kort uitgewerkt in een rapport van de SG ter voorbereiding op de speciale VN-top in september 2005. A/59/2005, 21 March 2005, Report of the Secretary-General, In larger freedom: towards development, security and human rights for all.

²⁹⁾ The National Security Strategy of the United States of America, September 2002.

Het eerste criterium is 'ernst van de dreiging' ('seriousness of threat') draait om de vraag of de bedreiging voldoende duidelijk en ernstig is om gewapend optreden te rechtvaardigen. Bij interne bedreigingen moet daarbij worden gedacht aan bijvoorbeeld etnische zuiveringen of grootschalige schendingen van het internationale humanitaire recht. Uit het tweede criterium, 'doel van het militaire optreden' ('proper purpose'), moet duidelijk worden dat het doel van de voorgestelde actie primair is gericht op het stoppen van de bedreigingen, los van eventuele andere motieven voor het optreden. Uit de toepassing van het derde criterium 'optreden als uiterste middel' ('last resort'), moet blijken dat alle niet-militaire opties op redelijke gronden niet zullen slagen. Het vierde criterium, 'proportionaliteit' ('proportional means'), ziet op de vraag of omvang, duur en intensiteit van het beoogd optreden het minimum vereiste zijn om tegen de bedreiging te kunnen optreden. Het criterium 'resultaat van een afweging van de gevolgen', ('balance of consequences') moet tot slot duidelijk maken of het optreden een redelijke kans van slagen heeft en niet tot verslechtering van de situatie leidt. De toepassing van de richtlijn moet de kans vergroten op het bereiken van internationale overeenstemming over het gebruik van geweld. Het Panel stelt daarom voor dat zowel de Veiligheidsraad als de Algemene Vergadering de richtlijnen in 'declaratory resolutions' vastleggen.

Het Panel is verder van mening dat het Handvest, mits goed uitgelegd in alle voorkomende geweldssituaties kan worden toegepast, zodat aanpassing van het Handvest niet noodzakelijk is (zie volgende paragraaf). Wel vereist dit een beter functionerende VN waartoe ook voor de Veiligheidsraad institutionele aanpassingen nodig zijn. Over de voorgestane wijzigingen van de Veiligheidsraad bestond echter geen overeenstemming binnen het Panel, zodat men twee modellen heeft voorgedragen. Beide voorzien in een uitbreiding van de Raad van 15 tot 24 leden³⁰⁾ waarbij de zetels worden verdeeld over landen uit de regio's Afrika, Azië met het gebied rond de Stille Oceaan, Europa en Amerika.

Tot slot kan nog het voorstel voor een Peacebuilding Commission worden vermeld. Deze door de Raad in te stellen commissie moet zich richten op zaken die nu institutioneel bij de VN buiten de boot vallen. Hierbij kan worden gedacht aan het helpen voorkomen dat landen ineensstorten en zo afglijden richting oorlog, het assisteren in de planning voor de overgang van conflict naar post-conflict peacebuilding en het toezien op en in standhouden van de inspanningen van de wereldgemeenschap bij het post-conflict peacebuilding. Een Peacebuilding Support Office zou voor een optimale coördinatie moeten worden ondergebracht binnen het Secretariaat van de VN.

Het Rapport, geweldgebruik

Deel 3 van het Rapport handelt over de collectieve veiligheid en het gebruik van geweld. Ten aanzien van de praktische toepassing van het Handvest ziet het Panel drie specifieke probleemgebieden. Dit betreft niet alleen optreden met een beroep op preventieve zelfverdediging en humanitaire interventie, maar ook de situatie waarin binnen de Veiligheidsraad geen overeenstemming bestaat hoe moet worden opgetreden tegen een land dat een bedreiging lijkt te vormen voor andere entiteiten buiten de eigen landsgrenzen. In alle gevallen is het Panel overtuigd van het bestaande collectieve veiligheidssysteem.

Het Panel omschrijft preventieve zelfverdediging als de situatie waarin een land het

³⁰⁾ Momenteel bestaat de Raad uit 5 permanente en 10 niet-permanente leden welke laatste worden gekozen voor termijn van twee jaar.

recht claimt zichzelf te verdedigen tegen een *'non-imminent or non-proximate threat'*. Naar het oordeel van het Panel kan bij een acute dreiging een gewapend reactie nog gerechtvaardigd zijn, zoals bij preëemptieve zelfverdediging. Dit wordt in overeenstemming geacht met het internationale recht en geldt totdat de Raad maatregelen heeft genomen om de internationale vrede en veiligheid te herstellen. Van geweldgebruik bij een niet-onmiddellijke dreiging kan echter geen sprake zijn. De wereld zit vol potentiële bedreigingen; wanneer in al deze situaties de internationale gemeenschap de rechtmatigheid van eenzijdig preventieve actie accepteert is *'the risk to the global order and the norm of non-intention on which it continues to be based'* eenvoudigweg te groot. Het Panel is dan ook geen voorstander van het herschrijven of opnieuw interpreteren van artikel 51 Hv.

Verder wordt ingegaan op de situatie waar de bedreiging voornamelijk intern van aard is en gericht is tegen de eigen bevolking. Bij optreden in deze situatie wordt overigens de term humanitaire interventie vermeden; naar het oordeel van het Panel staat niet zozeer het recht van landen om te interveniëren in een ander land op de voorgrond, maar eerder de verantwoordelijkheid van elke staat de burgerbevolking te beschermen tegen vermijdbare catastrofes zoals massamoord en verkrachting, etnische zuivering en opzettelijk uithongeren en blootstellen aan ziektes. Het Panel ziet hierin de opkomst van een nieuwe collectieve internationale norm in geval de eigen regering niet in staat of bereid is op te treden tegen deze uitwassen. De internationale gemeenschap heeft de collectieve verantwoordelijkheid om onder leiding van de Raad bescherming te bieden tegen genocide of andere vormen van massamoord, etnische zuivering en ernstige schendingen van het internationale humanitaire recht waarbij de Raad als uiterste middel het gebruik van geweld kan toestaan.

In beide gevallen blijft het collectieve veiligheidssysteem van de VN het uitgangspunt voor internationaal optreden en komt daarbij aan de Raad een centrale rol toe. Maar in de praktijk schort het daar vaak aan. Het Panel merkt dan ook op dat *'The Security Council so far has been neither very consistent nor very effective in dealing with these cases, very often acting too late, too hesitantly or not all'*. Hoewel deze opmerking met name doelt op de situatie waar binnen een land de mensenrechten worden gerchonden, geldt het ook wanneer een land naar buiten toe een bedreiging voor andere landen vormt. Voor die gevallen constateert het Panel dat Hoofdstuk VII de Raad voldoende ruimte biedt om effectief op te kunnen treden. Dit geldt ook voor moderne bedreigingen in de vorm van combinaties van bijvoorbeeld massavernietigingswapens en terrorisme. Hierbij hoeft de Raad niet alleen reactief op te treden, maar kan al handelen als de dreiging latent aanwezig is. Het Handvest biedt zo de mogelijkheid om alle mogelijke bedreigingen het hoofd te bieden.

Indien de Raad niet optreedt of niet op de wijze die sommige landen zouden verkiezen, past het niet om een alternatief voor de Raad te zoeken. Eerder moet worden gekozen de Raad beter te laten functioneren. Dit punt wordt ook door de Secretaris-Generaal sterk benadrukt in zijn eigen rapport.³¹⁾ Voor betere acceptatie en legitimering van de beslissingen van de Raad moet volgens hem de Raad een gemeenschappelijk standpunt formuleren over de afweging van de in de vorige paragraaf genoemde beoordelingscriteria voor geweldgebruik (*'seriousness of threat, proper purpose, last resort, proportional means and balance of consequences'*). Deze moeten vervolgens als leidende principes voor de autorisatie of machtiging van geweldgebruik in een resolutie worden vastgelegd.

³¹⁾ Zie rapport *In larger freedom*, supra voetnoot 27, paragraaf 126.

In dit hoofdstuk van het Rapport laat het Panel geen twijfel bestaan over de rechtmatigheid van interstatelijk geweldgebruik. Er is geen enkele ruimte voor initiatieven buiten het veiligheidssysteem van de VN om. Het primaat van de Veiligheidsraad op het gebied van geweldgebruik blijft ook in deze tijd van nieuwe en samenhangende dreigingen onaangetast. Voor de toetsing van de rechtmatigheid van interstatelijk geweldgebruik blijft het Handvest zodoende de internationale toetssteen.

De Nederlandse visie; preëemptieve en preventieve zelfverdediging

De opdracht van de Secretaris-Generaal aan het Panel was vrij breed geformuleerd. Het Rapport bestrijkt zodoende een veelheid van samenhangende onderwerpen op het gebied van de collectieve veiligheid waarvan het interstatelijk geweldgebruik maar een beperkt deel uitmaakt. Gezien de strekking van de opdracht heeft het Panel ook een zeer pluriforme samenstelling. De juridische argumenten die de conclusie van het Panel moeten onderbouwen, zijn mogelijk daarom vrij summier verwoord. De adviezen van de AIVICAVV die de Nederlandse regering heeft gevraagd naar aanleiding van de perikelen rond het NAVO ingrijpen in Kosovo en het verschijnen van de Amerikaanse Veiligheidsdoctrine, respectievelijk het rapport '*Humanitaire interventie*'³²⁾ en '*Preëemptief optreden*'³³⁾ zijn wat dat betreft meer specifiek. Zij hebben een sterk juridische inslag en hoewel gepubliceerd voor het verschijnen van het Rapport is een vergelijking interessant om een beeld te krijgen van de huidige stand van zaken rond het *ius ad bellum*.

In 2003 vroeg de regering aan de AIV en CAVV een advies op te stellen over de aanvaardbaarheid van preëemptief optreden met name met het oog op nieuwe dreigingen (terrorisme eventueel in samenhang met de verspreiding van massavernietigingswapens). In het in juli 2004 verschenen rapport '*Preëemptief optreden*' gaf de AIVICAVV aan dat zij preëemptief en anticiperend optreden als vrijwel synonieme begrippen ziet die beide een militaire actie inhouden tegen een op handen zijnde aanval. De vraag wordt gesteld of met het opstellen van het Handvest de criteria uit de Caroline-zaak niet zijn vervangen door artikel 51 Hv; met andere woorden hebben deze criteria nog wel werking. Na onderzoek van de praktijk van staten na 1945 komt men tot het oordeel dat die praktijk beperkt en onduidelijk is. Met name de reactie van andere landen is vaak moeilijk te duiden. Tevens is ook uit de literatuur geen eenduidige conclusie te trekken. AIVICAVV wil dan ook geen harde conclusies trekken maar geeft wel aan dat in gevallen van nieuwe dreigingen de Caroline-criteria nog een '*passend handvat vormen*'. De regering is op dit punt meer terughoudend en volgt het AIV/CAVV-advies niet volledig.³⁴⁾ Het optreden van non-state actors al dan niet gecombineerd met de verspreiding van massavernietigingswapens eventueel geholpen door ontwikkelingen in de informatie- en communicatietechnologie, waren niet voorzien ten tijde van het opstellen van het Handvest. De regering vraagt zich dan ook af of met name voor deze situatie⁵ de Caroline-criteria niet moeten worden verfijnd.

De AIVICAVV ziet in de opkomst van de nieuwe bedreigingen geen internationaal rechtelijke ontwikkeling tot het toestaan van preventief militair ingrijpen buiten het collectieve veiligheidssysteem van de VN om. Het Handvest is voldoende flexibel om de nieuwe dreigingen het hoofd te bieden; de Veiligheidsraad heeft in het verleden dreigingen als terrorisme en massavernietigingswapens expliciet als bedreiging van de internationale vrede en veiligheid bestempeld. Gewapend optreden wordt daarom slechts mogelijk geacht na

³²⁾ '*Humanitaire interventie*' No. 13, April 2000.

³³⁾ '*Preëemptief optreden*', No. 36 AIV, Juli 2004.

³⁴⁾ Reactie van de regering op het AIVICAVV rapport, 29 oktober 2004, TK 2004–2005, 29 800 V, nr. 56.

autorisatie van de Veiligheidsraad. Wel bestaat de kans dat het besluitvormingsproces in de Raad stagneert. De AIVICAVV is van mening dat in die situatie een zo breed mogelijke consensus moet worden gezocht, bijvoorbeeld door een meerderheidsbesluit binnen de Veiligheidsraad (zonder rekening te houden met het vetorecht) of door een met ruime meerderheid genomen besluit in de AV. De regering steunt deze pragmatische opstelling waarmee zelfstandig optreden van landen kan worden voorkomen.

Op het punt van zelfverdediging is de regering iets voorzichtiger dan het Panel dat met weinig aarzeling lijkt te kiezen voor het recht op zelfverdediging in geval van een directe dreiging ('an imminent or proximate threat'). De regering ziet preëemptieve zelfverdediging weliswaar als rechtmatige vorm van geweldgebruik, maar vraagt zich af of met name in geval van nieuwe dreigingen de bestaande (Caroline) criteria voldoende houvast bieden en of zij niet moeten worden verfijnd. Anderzijds ziet de regering, anders dan het Panel, grenzen aan het collectief veiligheidssysteem van de VN. Indien de Veiligheidsraad niet in staat is effectief op te treden bij een verder weg in de tijd gelegen dreiging, moet gewaagd optreden mogelijk zijn op grond van een zo breed mogelijk gedragen VN-besluit, bij voorkeur van de Veiligheidsraad maar eventueel ook van de AV. Al met al lijken alle betrokkenen een ruime interpretatie van artikel 51 Hv te accepteren bij de nieuwe en soms ongrijpbare dreigingen. Vanaf welk moment sprake is van een dreiging en wanneer die dreiging precies acuut wordt, kan uit de discussie nog niet worden opgemaakt. Dit laatste toont dat de huidige stand van zaken geen eindpunt in de discussie betekent.

De Nederlandse visie; humanitaire interventie

In 1999 constateerde de regering naar aanleiding van het NAVO-optreden in Kosovo dat voor humanitaire interventie geen duidelijke rechtsbasis leek te bestaan. De AIVICAVV stelde vervolgens het advies *Humanitaire interventie* op, waarin zij een toenemende spanning 'tussen respect voor de soevereiniteit van een andere staat en het respecteren door die staat van de mensenrechten van zijn onderdanen' constateerde.³⁵⁾ Dit leidde ertoe dat de Raad in de jaren negentig ernstige schendingen van de rechten van de mens ging aanmerken als bedreiging van de internationale vrede en veiligheid en vervolgens ook overging tot het nemen van maatregelen op grond van artikel 42 Hv. De Raad is echter als gevolg van politieke of praktische overwegingen niet altijd in staat effectief op te treden, zodat hervorming van de Raad nodig lijkt. De AIVICAVV verwijst hierbij naar de lopende besprekingen over deze hervorming, maar spreekt ook de verwachting uit dat hier op korte termijn geen resultaat van is te verwachten.

Tegen deze achtergrond moet humanitaire interventie van landen worden gezien, zonder dat de VN hiervoor de landen heeft gemachtigd. In de eerste plaats onderzoekt het advies een mogelijk gewoonterechtelijke basis voor humanitaire interventie. Geconcludeerd wordt dat de statenpraktijk uiterst beperkt is, terwijl landen zelf het ingrijpen dat mogelijk onder de noemer van humanitaire interventie valt, verdedigen met een beroep op zelfverdediging.³⁶⁾ Verder is de internationale reactie op de interventies veelal verdeeld. Al met al reden voor de AIVICAVV om te concluderen dat '*er op dit moment niet alleen sprake is van onvoldoende rechtsgrondslag voor humanitaire interventie zonder mandaat van de Veiligheidsraad, maar dat een dergelijke rechtsgrondslag zich ook niet duidelijk ontwikkelt*'.

Hoewel optreden buiten de Veiligheidsraad om dus in principe onrechtmatig is, kan

³⁵⁾ Aldus de regering in haar aanbiedingsbrief, p. 3.

³⁶⁾ Zie ook T.D. Gill, *Humanitaire interventie: rechtmatigheid, rechtvaardigheden legitimiteit nader bekeken*, Militair Rechtelijk Tijdschrift 2001, p. 228.

onder uitzonderlijke omstandigheden humanitair optreden wel worden gerechtvaardigd. Uitgangspunt is dat aansluiting moet worden gezocht bij het collectieve veiligheidssysteem van de VN. Als de Veiligheidsraad geen mandaat voor interventie aan staten verleent, zou de situatie moeten kunnen worden voorgelegd aan de AV, bij voorkeur op verzoek van de Veiligheidsraad.") Indien ook deze weg is afgesloten, bijvoorbeeld door gebrek aan daadkracht bij de AV, kan op grond van politieke en morele overwegingen buiten het collectieve veiligheidssysteem naar een rechtvaardigingsgrond voor interventie worden gezocht. Hiertoe ziet de AIV/CAVV een basis in de zich ontwikkelende plicht tot internationale bescherming en bevordering van mensenrechten met de mogelijkheid dat het zich op termijn zelfs ontwikkelt tot zelfstandige rechtsgrond. Totdat een internationaal-rechtelijke basis is gevonden, zou alleen in extreme gevallen humanitaire interventie als 'nooduitgang' toelaatbaar geacht moeten worden. Hiervoor zou een duidelijk toetsingskader moeten worden geformuleerd.

De regering onderschrijft in grote lijnen het advies van de AIV/CAVV.³⁸⁾ Gezien de huidige omvang van de VN en de (Noord-Zuid) tegenstellingen heeft zij echter weinig hoop op een effectief optredende AV. Daarom krijgt het voorstel om eerst naar de AV te gaan als de Raad verzuimt op te treden geen steun. Wel stemt de regering in met het 'nooduitgang' scenario en komt vervolgens met een 10 punten tellend beoordelingskader voor humanitaire interventie (zie kader).

Zowel het Panel als de regering volgen initieel hetzelfde spoor. Het collectieve veiligheidssysteem van de VN blijft bepalend voor militair ingrijpen in een land wegens de humanitaire situatie aldaar. Dat vraagt voor de toekomst wel om institutionele aanpassingen van met name de Raad. Anders dan het Panel heeft de regering hier niet echt veel vertrouwen in.³⁹⁾ Gezien het feit dat zelfs het Panel niet in staat is gebleken met een eenduidig voorstel te komen, is de opstelling van de regering niet zo vreemd. In deze gedachtegang past het zoeken naar mogelijkheden om in uitzonderlijke situaties zonder machtiging van de Raad toch in te kunnen grijpen in de interne situatie van een land. Voorlopig ziet de regering voor humanitaire interventie geen formele rechtsgrond, maar zou een rechtvaardigingsgrond op politieke en morele gronden kunnen worden aangenomen.

Ook hier geldt dat de huidige stand van zaken zeker niet het eindpunt in de discussies betekent. Interessant voor de nabije toekomst zijn de opmerkingen van het Panel over de internationale verantwoordelijkheid de bevolking van een land te beschermen tegen interne bedreigingen ('*a responsibility to protect*'); iets waar ook de AIV/CAVV naar verwijst. Eind 2001 heeft de International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS)⁴⁰⁾ hierover al een uitgebreid rapport uitgebracht.⁴¹⁾ Kort gezegd komen de conclusies erop neer dat in geval van grootschalig verlies aan mensenlevens of bij etnische zuiveringen militair kan worden ingegrepen als aan een aantal principes is voldaan.

³⁷⁾ De AIV/CAVV haalt hierbij 'inspiratie' uit de Uniting for Peace Resolutie (advies p. 28). Behandeling in de AV zou alleen op verzoek van de Veiligheidsraad mogelijk moeten zijn aangezien betrokkenheid van de Raad meer gezag aan de beslissing van de AV zou geven.

³⁸⁾ Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 30 oktober 2001 (TK 2001-2002, 27 742, nr. 5).

³⁹⁾ Zie bijvoorbeeld de Brief van de ministers van Buitenlandse Zaken en voor Ontwikkelings-samenwerking naar aanleiding van onder meer het verschijnen van het rapport *A more secure world: Our shared responsibility* (supra voetnoot 5), 25 februari 2005, TK 2004-2005, 26 150, nr. 17.

⁴⁰⁾ Opggericht door de Canadese Minister President Chrétien naar aanleiding van de oproep van de SG van de VN tijdens de Millennium top van september 2000 om tot internationale overeenstemming te komen over de vraag hoe moet worden gereageerd op grootschalig schendingen van de rechten van de mens en het humanitaire recht.

⁴¹⁾ *The responsibility to protect*

Vervolgens ligt de bevoegdheid tot optreden primair bij de Veiligheidsraad. Als alternatieven ziet het ICISS het optreden van de AV onder de Uniting for Peace Resolutie of optreden door regionale organisaties die achteraf autorisatie van de Raad moeten verkrijgen.

Conclusie

In het Handvest van de VN is het verbod op het dreigen met en gebruik van geweld tussen staten vastgelegd. Wel is voorzien in twee belangrijke uitzonderingen: het recht op zelfverdediging en geweldgebruik op grond van een besluit van de Veiligheidsraad. Interstatelijk geweldgebruik buiten het kader van dit collectieve veiligheidssysteem is daarmee onrechtmatig. Desondanks zijn in de afgelopen periode twee vormen van geweldgebruik in ontwikkeling gekomen die de grenzen van het systeem aftasten: humanitaire interventie en preëemptieve zelfverdediging.

Dit controversiële geweldgebruik is aanleiding geweest voor nader onderzoek naar het collectieve veiligheidssysteem van de VN in het algemeen en beide vormen van geweldgebruik in het bijzonder. Het door de SG ingestelde High-level Panel on Threats, Challenges and Change laat geen onduidelijkheid bestaan. Zowel humanitaire interventie als preëemptieve zelfverdediging zijn naar huidige internationaal rechtelijke normen slechts rechtmatig zover de Veiligheidsraad hieraan zijn goedkeuring heeft gehecht. Er bestaat geen enkele ruimte voor initiatieven buiten het veiligheidssysteem van de VN om. Dit collectieve systeem blijft zodoende bepalend voor het *ius ad bellum* waarbij het primaat voor militair ingrijpen berust bij de Veiligheidsraad. Dat vraagt voor de toekomst wel om institutionele aanpassingen van met name de Raad.

Op dit laatste punt wijkt het standpunt van de Nederlandse regering weinig af van het Panel. Wel lijkt de regering er niet van overtuigd dat hervorming van de Veiligheidsraad op korte termijn zijn beslag zal kunnen krijgen. Op het punt van humanitaire interventie zoekt de regering daarom nadrukkelijk naar mogelijkheden om in uitzonderlijke situaties in te kunnen grijpen in de interne situatie van een land, zonder machtiging van de Raad. Hiervoor zou op grond van politieke en morele gronden een rechtvaardigingsgrond kunnen worden aangenomen. Voor het nemen van de uiteindelijke beslissing tot interventie en de uitvoering daarvan zal moeten worden voldaan aan een uitgebreid beoordelingskader (zie kader).

Ook bij het recht op zelfverdediging lopen de visies van het Panel en de regering enigszins uiteen. Waar het Panel met weinig aarzeling lijkt te kiezen voor het recht op zelfverdediging in geval van een directe dreiging, acht de regering preëemptieve zelfverdediging weliswaar rechtmatig, maar is verder van mening dat de bestaande (Caroline) criteria nog moeten worden verfijnd. Indien de Veiligheidsraad niet in staat is effectief op te treden, moet gewapend optreden ook hier nog mogelijk zijn. De regering gaat niet zover dat een rechtvaardigingsgrond voor staten zou moeten worden gecreëerd. Ingrijpen zou mogelijk gemaakt moeten worden op grond van een zo breed mogelijk gedragen VN-besluit, bij voorkeur van de Veiligheidsraad maar eventueel ook van de AV.

Het Panel houdt duidelijk vast aan het traditionele raamwerk van het collectieve veiligheidssysteem waarvoor wel institutionele aanpassingen noodzakelijk zijn. Vrij snel wordt de stap gezet richting acceptatie van preëemptieve zelfverdediging hetgeen duidt op een ruime uitleg van artikel 51 Hv. De regering maakt die stap niet volledig, maar is in het algemeen wel geneigd het *ius ad bellum* ruimer in te vullen dan in het verleden. De grenzen zijn echter niet scherp getrokken en verdere ontwikkelingen op dit vlak zijn zeker te verwachten.

Beoordelingskader voor humanitaire interventie:

1. Het moet gaan om ernstige en massale schendingen van fundamentele mensenrechten. Voorbeelden van dergelijke schendingen zijn te vinden in de artikelen 6 (genocide) en 7 (misdaden tegen de menselijkheid) van het Statuut van het Internationaal Strafhof. In geval van dergelijke schendingen van de mensenrechten is het naar het oordeel van de Regering voor een besluit tot interventie niet nodig aan te tonen dat deze een concrete («grensoverschrijdende») bedreiging van de internationale vrede en veiligheid vormen. Dat verband mag worden aangenomen «op gezag van» het Statuut van het Internationaal Strafhof dat in zijn aanhef stelt dat ernstige misdaden als de bovengenoemde gezien moeten worden als een bedreiging van de vrede, de veiligheid en het welzijn van de wereld.
2. Er dient betrouwbaar en objectief bewijs uit verschillende bronnen voorhanden te zijn van de schendingen of van de dreiging daarvan.
3. De regering van de betrokken staat kan of wil geen doeltreffende maatregelen treffen of is zelf verantwoordelijk voor de schendingen.
4. Er is een dringende noodzaak om op te treden.
5. Het gebruik van geweld is het laatste (ultieme) redmiddel.
6. Het primaire doel van de interventie is het stoppen van de schendingen.
7. Het beschikbare bewijsmateriaal toont aan dat de interventie gesteund wordt door degenen ter bescherming van wie ze is bedoeld.
8. Er is rekening gehouden met het standpunt van de omliggende landen.
9. Het optreden heeft een redelijke kans van slagen tegen aanvaardbare kosten.
10. Het is onwaarschijnlijk dat het optreden tot grotere problemen zal leiden.

Daarnaast zouden bij de uitvoering van iedere humanitaire interventie de volgende richtlijnen moeten worden nageleefd:

1. Het doel van de interventie dient bij het begin van het optreden openbaar te worden gemaakt.
2. Het gebruik van geweld dient beperkt te blijven tot wat nodig is om het verklaarde doel te bereiken en proportioneel aan dat doel te zijn.
3. De regels van het oorlogsrecht dienen onverkort te worden nageleefd.
4. De gevolgen voor het politieke systeem van het land dienen beperkt te blijven tot wat nodig is om het doel van de interventie te bereiken.
5. Er dient volledig verslag te worden uitgebracht aan de Veiligheidsraad.

Er dient zorg te worden gedragen voor een goede overgang naar de fase van rechtsherstel en vredesopbouw; d.w.z. dat uitvoerig aandacht dient te worden besteed aan tijdige ontwikkeling en implementatie van flankerend beleid.

OPMERKELIJKE ZAKEN (4)

De officier die weigerde zich ter purge te stellen

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

Een bijdrage, waarin valt te lezen welke gevolgen het kan hebben indien een officier die door zijn omgeving wordt verdacht van ontucht, weigert zich van deze verdenking te laten zuiveren.¹⁾

Inleiding

Zich ter purge stellen: reeds het Oud-Hollands recht kende de *remedie van purge*. Het rechtsmiddel vond regeling in de (in 1531 door Keizer Karel V vastgestelde) *Instructie van den Hove van Holland, Zeeland en Vriesland*. Het rechtsmiddel kwam toe aan ieder die zich bezwaard voelde doordat jegens hem vermoedens werden geuit dat hij zich aan een misdrijf schuldig zou hebben gemaakt. Wie zich ter purge stelde, wendde zich tot de rechter met het verzoek hem 'puur, zuiver en innocent' te verklaren. De gevraagde zuivering werd (slechts) uitgesproken, indien de onschuld van verzoeker kon worden vastgesteld. Werd de zuivering niet uitgesproken, dan diende de rechter de straf op te leggen die de wet op het misdrijf stelde.²⁾

De in 1814, na het herstel van de onafhankelijkheid, voor militairen tot stand gebrachte straf- en tuchtwetten bevatten niet een regeling van het oude rechtsmiddel. De nieuwe wetten gingen eenvoudig uit van het bestaan de mogelijkheid om zich ter purge te stellen. Slechts werd in de *Provisionele Instructie voor het Hoog Militaire Gerechtshof* (Stb. 1814, 85) bepaald dat, indien een *militair* zich ter purge stelde, hij terecht zou staan voor het Hoog Militair Gerechtshof. In voorkomende gevallen paste het Hof de procedure toe die regeling vond in de (hiervóór genoemde) *Instructie van den Hove van Holland, Zeeland en Vriesland*.³⁾

Het kwam niet vaak voor dat een militair zich ter purge stelde. Voor een geval waarin een officier zich ter purge stelde en vervolgens inderdaad van (alle) blaam werd gezuiverd, kan worden verwezen naar: HMG NI 4 juni 1915, MRT deel XI (191511916), p. 190 e.v.: 'Verklaart den impetrant, in hoofde dezer genoemd, puur, zuiver en innocent ten aanzien van de tegen hem geopperde verdenking als zoude hij - aan de sergeanten D. en I. opdracht gevend tot opsporing van een gevluchten misdadiger - daaraan hebben toegevoegd de woorden: Je strijkt ze maar langs de broek, anders krijg je niks gedaan.'

Toen per 1 januari 1923 de (uit 1814/15 stammende) Criminele Wetboeken en Reglementen van Discipline werden vervangen door het Wetboek van Militair Strafrecht en de Wet op de Krijgstucht, verdween het rechtsmiddel definitief uit de wetgeving.

¹⁾ De namen in deze bijdrage zijn verzonnen.

²⁾ Zie voor nadere bijzonderheden: *Procedure inzake terpurgestelling. Invloed van een voorafgaand onderzoek der feiten door een krijgsraad en door een Raad van onderzoek*, MRT 1905106 (deel I), p. 158 e.v.

³⁾ Zie hieromtrent HMG 20 december 1904, MRT 1905106 (deel I), p. 158 e.v.

Wat gebeurde er in de nacht van 24 op 25 oktober 1918?

Over reserve-eerste-luitenant Daniel Schraage doen geruchten de ronde: hij zou in de nacht van 24 op 25 oktober 1918 zijn afgeranseld door de beheerder van het hotel waar hij logeerde, omdat hij onzedelijke handelingen zou hebben gepleegd met de minderjarige dochter van de beheerder. Als de geruchten aanhouden, roept de commandant luitenant Schraage bij zich en vraagt om opheldering.

Tegenover de commandant geeft luitenant Schraage de afranseling door de beheerder van het hotel toe. Hij ontkent echter in alle toonaarden dat hij met de dochter van de beheerder onzedelijke handelingen heeft gepleegd. Als hij blijft ontkennen, stelt de commandant hem voor zich ter purge te stellen. Luitenant Schraage weigert dit echter, en blijft weigeren, hoe zeer de commandant ook aandringt. Hij, Schraage, wenst aan de zaak geen rechtbaarheid te geven.

De commandant legt een tuchtstraf op

Uiteindelijk raakt voor de commandant de maat vol. Hij straft luitenant Schraage tuchtrechtelijk met één maand kamerarrest en vermeldt als strafreden:

'In den nacht van 24 op 25 October 1918 gelogeed in een hotel - afgeranseld door den gérant van genoemd hotel, onder beschuldiging met diens tienjarige dochttertje onzedelijke handelingen te hebben gepleegd - geen maatregelen genomen om zich van dien blaam en van den hem aangedanen smaad te zuiveren, hebbende hij zich daardoor als officier onwaardig gedragen.'

Luitenant Schraage voelt zich in het nauw gedreven. Op 27 januari 1919 dient hij een klacht in bij het Hoog Militair Gerechtshof. De klacht is zowel tegen de straf als tegen de strafreden gericht.

Het Hoog Militair Gerechtshof doet de strafoplegging teniet

Op 7 maart 1919 neemt het Hoog Militair Gerechtshof in de zaak een beslissing. Het verklaart de klacht gegrond en doet zowel de opgelegde straf als de strafreden teniet.⁴⁾

Het Hof volgt een eenvoudige redenering. Het begint met vast te stellen dat de strafoplegger kennelijk heeft aangenomen dat klager (luitenant Schraage), op tijd en plaats als in de strafreden vermeld, door de beheerder van het hotel is afgeranseld omdat hij naar het oordeel van de beheerder onzedelijke handelingen zou hebben gepleegd met diens minderjarige dochter. Vervolgens stelt het Hof dat één van beide waar moet zijn: of klager heeft zich inderdaad aan het plegen van onzedelijke handelingen schuldig gemaakt, of hij wordt hiervan, zoals hij zelf beweert, ten onrechte verdacht. Vervolgens overweegt het Hof:

'dat in het eerste geval van klager niet mocht worden gevegd, dat hij zelf maatregelen zoude nemen om te trachten van de tegen hem ingebrachte beschuldiging zich te zuiveren met de kans, dat bij het door hem uitgelokte onderzoek zijne schuld zoude komen vast te staan en hij door den strafrechter zoude kunnen worden gestraft;

dat echter ook in het tweede geval het zelf nemen van maatregelen van den bovenbedoelden aard van klager niet mocht worden verlangd; dat klager in de toelichting tot zijne klacht immers terecht erop wijst, dat het voor hem - getrouwd man met een zenuwzieke vrouw en vader van kinderen, die als reserve-officier binnenkort in den burgerstand zal terugkeeren en dan naar eene burgerbetrekking zal hebben te dingen - van zeer groot belang was, dat niet openbaar zoude worden, welke erge beschuldiging, al was het dan ten onrechte, door den gérant van het hotel tegen hem werd ingebracht, terwijl het bekend

⁴⁾ HMG 7 maart 1919, MRT 1918119 (deel XIV), p. 597 e.v.

worden van deze beschuldiging zeer waarschijnlijk het gevolg zoude zijn van het doen van klachte bij de justitie (...) ter zake van de ondergane mishandeling;

dat het daarom niet juist is gedacht, nu klager te rade was geworden om zelf geene maatregelen te nemen, hem daarvoor krijgstuuchtelijk te straffen (...).'

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep

14 juli 2005

03/5195 MAW

Voorzitter: mr. G.P.A.M. Garvelink-Jonkers; *leden:* J.G. Treffers en mr. R. Kooper

De niet tijdig medegedeelde tekortkoming

Een beoordeling, opgemaakt over een majoor van de landmacht, wordt naar aanleiding van een door hem ingediend bezwaarschrift op enkele punten gewijzigd. Omdat de majoor (hierna: appellant) zich niet met de waardering bc voor het aspect initiatief kan verenigen, komt hij in beroep. De lage waardering bc houdt zijns inziens rechtstreeks verband met de door de eerste beoordelaar gehanteerde afwijkende stijl van leidinggeven. De rechtbank Den Haag verklaart het beroep ongegrond. De Centrale Raad van Beroep oordeelt echter anders en vernietigt de uitspraak van de eerste rechter. Naar het oordeel van de Raad is het appellant verweten gebrek aan initiatief - 'wat daarvan verder zij' - hem niet naar behoren voorgehouden. Aldus is in strijd gehandeld met de bepaling dat tekortkomingen in het functioneren zo spoedig mogelijk ter kennis van de ondergeschikte dienen te worden gebracht, zodat deze zich kan verbeteren.

(Art. 131a AMAR)

UITSPRAAK

in het geding tussen A., wonende te B., appellant, en de Commandant 11 Luchtmobiele Brigade, 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 4 september 2003, nr. AWB 02/2639 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend en zijn desgevraagd nadere stukken ingezonden.

Het geding is behandeld ter zitting van 26 mei 2005, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. M.A. Billiet-de Jonge, werkzaam bij VBM/NOV. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. J.C. Groenheijde, 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 is majoor bij de Koninklijke landmacht. Ten tijde hier van belang was hij werkzaam als [naam functie].

1.2. Op 13 februari 2001 heeft de bataljonscommandant, luitenant-kolonel E, een beoordeling opgesteld van het functioneren van appellant in de periode van (uiteindelijk) 28 oktober 1999 tot 14 augustus 2000. Nadat appellant bedenkingen naar voren had gebracht heeft gedaagde, als tweede beoordelaar, de beoordeling op 25 juni 2001 in gewijzigde vorm vastgesteld. Bij het bestreden besluit van 4 juni 2002 heeft gedaagde, na bezwaar, de beoordeling opnieuw gewijzigd en deze voor het overige gehandhaafd.

1.3. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het beroep van appellant ongegrond verklaard.

2. Naar aanleiding van hetgeen in hoger beroep is aangevoerd, overweegt de Raad als volgt.

2.1. Appellant heeft naar voren gebracht dat de opeenvolgende wijzigingen ten onrechte niet in het originele exemplaar van de beoordeling zijn aangebracht, bijvoorbeeld door middel van doorhaling van de gewijzigde passages. Bij oppervlakkige raadpleging van zijn personeelsdossier zou aldus een verkeerd beeld kunnen ontstaan van de beoordeling zoals deze is komen te luiden.

2.1.1. De Raad stelt vast dat geen voorschrift is aan te wijzen op grond waarvan gedaagde gehouden was de door appellant bepleite methode te volgen. In artikel 10, eerste lid, van de Beleidsregel beoordeling militairen Koninklijke landmacht (BBMKL) is bepaald dat, indien de door de eerste beoordelaar opgemaakte beoordeling is gewijzigd door de tweede beoordelaar, uitsluitend de waarderingen, omschrijvingen en verwachtingen gelden zoals die na bedoelde wijziging luiden. Daarmee is in overeenstemming dat gedaagde in de toelichting bij het vaststellingsbesluit, en vervolgens in het bestreden besluit, de wijzigingen punt voor punt heeft aangegeven. Deze wijzigingen treden rechtens in de plaats van de passages in de oorspronkelijke beoordeling waarop zij betrekking hebben.

2.1.2. Van bijzondere omstandigheden die meebrengen dat het - ondanks het ontbreken van een daartoe strekkend voorschrift - uit een oogpunt van zorgvuldigheid en kenbaarheid geboden was het originele exemplaar van de beoordeling te wijzigen of te vervangen, is de Raad niet gebleken.

De onderhavige beroepsgrond treft dus geen doel.

2.2. Wat betreft de inhoud van de beoordeling, kan appellant zich niet verenigen met de waardering "bc" voor het aspect H.18, initiatief. Hij heeft erop gewezen dat de eerste beoordelaar een stijl van leiding geven hanteerde die afweek van de gebruikelijke, niet adequaat was en uiteindelijk door de eerste beoordelaar moest worden verlaten. Appellant geeft toe dat (ook) hij van de aansturing door de eerste beoordelaar geen hoogte heeft kunnen krijgen, maar hij meent dat hij zich desondanks ten volle voor de organisatie is blijven inzetten. Indien van hem, in reactie op de andere stijl van leiding geven, een andere aanpak werd verwacht, had de eerste beoordelaar hem dit concreet en tijdig duidelijk moeten maken. Op dit punt is het advies van het Adviesorgaan Bestuursrechtelijke Geschillen Koninklijke landmacht (ABGKL), waarop het bestreden besluit berust, volgens appellant niet consistent geformuleerd.

2.2.1. De Raad overweegt dat de kritiek van appellant op de wijze van leiding geven door de eerste beoordelaar, in essentie door gedaagde is onderschreven. Bij het bestreden besluit is het functioneren van de leidinggevende alsnog vermeld in onderdeel 1.22 van de beoordeling, als verzwarende omstandigheid waaronder de (totale) functievervulling heeft moeten plaatsvinden. Dit betekent dat alle daarvoor in aanmerking komende aspecten van de beoordeling van appellant, waaronder het aspect initiatief, mede in het licht van het gebrekkig functioneren van diens leidinggevende moeten worden bezien.

2.2.2. De Raad is met gedaagde van oordeel dat - gelet op het systeem van het beoordelingsformulier - het gebrekkig functioneren van de leidinggevende niet kan leiden tot een hogere score voor de afzonderlijke aspecten van de beoordeling dan op zichzelf door het functioneren van appelland wordt gerechtvaardigd. In dat geval zou het optreden van de leidinggevende immers tweemaal in het resultaat van de beoordeling doorwerken.

2.2.3. Ingevolge artikel 8, derde lid, van de BBMKL had appelland er aanspraak op dat de door de eerste beoordelaar geconstateerde minder goede gedragingen of tekortkomingen in zijn functioneren hem zo spoedig mogelijk ter kennis werden gebracht. Naar het oordeel van de Raad is met dit voorschrift beoogd de betrokkene in de gelegenheid te stellen zijn gedrag onmiddellijk in de door de eerste beoordelaar gewenste zin te corrigeren. Gelet op deze doelstelling kan de eerste beoordelaar zich niet beperken tot het uiten van kritiek, maar dient ook voldoende duidelijk en concreet te worden aangegeven wat er van de betrokkene wordt verwacht.

2.2.4. Bij het bestreden besluit heeft gedaagde zich, in navolging van het advies van het ABGKL (p.5-6), op het standpunt gesteld dat in het beoordelingstijdvak meermalen met appelland over diens functioneren is gesproken, waarbij ook het aspect initiatief aan de orde is gekomen, doch dat er geen sprake was van een concrete waarschuwing dat een waardering beneden het c-niveau dreigde. Daarbij is erop gewezen dat de eerste beoordelaar niet of niet tijdig de noodzakelijke richtlijnen en aanwijzingen aan zijn stafleden heeft gegeven, waardoor dezen nogal eens "zweefden". De Raad kan hieruit niet anders afleiden dan dat, ook naar het oordeel van gedaagde, niet is gebleken dat de eerste beoordelaar voldoende tijdig, duidelijk en concreet heeft aangegeven in welk opzicht het initiatief van appelland tekort schoot.

2.2.5. Vervolgens heeft gedaagde overwogen dat de twijfel over de helderheid van de zijde van de eerste beoordelaar niet in het nadeel van appelland zou mogen uitvallen, ware het niet dat het geen prijzenswaardige reactie van appelland is geweest om als militair van zijn (rangs)niveau "het hoofd erbij te laten hangen" als het eens tegen zit. Gedaagde heeft hierin het overtuigende argument gezien om toch de bc-waardering te handhaven. Naar het oordeel van de Raad heeft gedaagde daarmee miskend dat het door de eerste beoordelaar aan appelland verweten gebrek aan initiatief was gelegen in precies ditzelfde "laten hangen van het hoofd". Immers, appelland is zowel door de eerste beoordelaar als door gedaagde tegengeworpen dat hij als reactie op de nieuwe wijze van leiding geven een afwachtende houding heeft aangenomen, in plaats van zijn eigen verantwoordelijkheid te nemen en zelfstandig op de wensen van de leidinggevende in te spelen. Dat dit gebrek aan initiatief - wat daarvan verder zij - niet naar behoren aan appelland is voorgehouden, kan niet worden weggeredeneerd door opnieuw op ditzelfde gebrek aan initiatief te wijzen.

2.2.6. De Raad concludeert dat het bestreden besluit in zoverre op een onvoldoende motivering berust en derhalve in strijd met artikel 7:12, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is genomen. Het bestreden besluit komt dus voor vernietiging in aanmerking, evenals de aangevallen uitspraak.

3. De Raad acht termen aanwezig om gedaagde met toepassing van artikel 8:75 van de Awb te veroordelen tot vergoeding van een bedrag groot € 644,- aan kosten wegens aan appelland in eerste aanleg verleende rechtsbijstand en van een bedrag groot € 644,- aan kosten wegens aan appelland in hoger beroep verleende rechtsbijstand, alsmede tot een bedrag groot € 16,71 aan reiskosten in eerste aanleg en tot een bedrag groot € 10,61 aan reiskosten in hoger beroep, in totaal derhalve € 1.315,32.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,
RECHT DOENDE

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het beroep gegrond en vernietigt het bestreden besluit van 4 juni 2002; Bepaalt dat gedaagde een nieuw besluit neemt met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen;

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appellant tot een bedrag van € 1.315,32, 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 totaal € 284,- vergoedt.

NASCHRIFT

1. Indien een beoordelaar bij een door hem te beoordelen militair tekortkomingen vaststelt of een achteruitgang constateert ten opzichte van een eerdere (door hem opgemaakte) functiebeoordeling, is hij verplicht de militair zo spoedig mogelijk van deze tekortkomingen en/of deze achteruitgang op de hoogte te brengen. Dit voorschrift heeft ten doel militairen een zekere waarborg te verschaffen: zij zijn in staat, indien zij tijdig van tekortkomingen en/of een achteruitgang op de hoogte zijn gebracht, zich, mede in hun eigen belang, te verbeteren. In de onderhavige zaak was in strijd met dit voorschrift gehandeld, althans was niet gebleken 'dat de eerste beoordelaar voldoende tijdig, duidelijk en concreet heeft aangegeven in welk opzicht het initiatief van appellant tekort schoot'.

2. Legt men op het waarborgkarakter van het onder punt 1 bedoelde voorschrift de nadruk, dan is het niet geoorloofd bij het opmaken van een functiebeoordeling met niet medegedeelde tekortkomingen of een niet aangezegde achteruitgang rekening te houden. Anderzijds dienen functiebeoordelingen een juist beeld te geven van het functioneren van de beoordeelde. Dit pleit voor het wel rekening houden met niet medegedeelde tekortkomingen en/of een niet aangezegde achteruitgang. De beste oplossing lijkt in voorkomende gevallen, bij het opmaken van de beoordeling, (gewoon) ook met niet medegedeelde tekortkomingen en/of een niet aangezegde achteruitgang rekening te houden en vervolgens in het beoordelingsformulier uitdrukkelijk te vermelden dat de tekortkoming niet is medegedeeld en/of de achteruitgang ten onrechte niet is aangezegd.

3. Elke functiebeoordeling dient, zoals gezegd, een juist beeld te geven van de wijze, waarop de beoordeelde militair gedurende het beoordelingstijdvak heeft gefunctioneerd en zich heeft gedragen. Dit houdt onder meer in dat - indien bijzondere omstandigheden de wijze van functioneren van de beoordeelde negatief (of juist positief) hebben beïnvloed - deze omstandigheden (als zodanig) in de beoordeling moeten te worden vermeld; en niet in de waarderingen dienen te worden verwerkt, door op een of meer gezichtspunten een hogere (of een lagere) waardering toe te kennen dan in feite is verdiend. Dit is, zoals in de onderhavige uitspraak valt te lezen, ook het standpunt van de Centrale Raad van Beroep. Zie met name het onder 2.2.2. vermelde: 'De Raad is met gedaagde van oordeel dat - gelet op het systeem van het beoordelingsformulier - het gebrekkig functioneren van de leidinggevende niet kan leiden tot een hogere score voor de afzonderlijke aspecten van de beoordeling dan op zichzelf door het functioneren van appellant wordt gerechtvaardigd.' Ook kan worden verwezen naar CRvB 19 mei 1995, MRT 1995, p. 330, m.nt. G.L.C.: 'Dergelijke omstandigheden kunnen niet, zoals appellant voorstaat, bij de waardering van de onderscheiden gezichtspunten worden meegenomen.'

G.L.C.

Centrale Raad van Beroep

6 oktober 2005

0416694 MAW

Voorzitter: mr. G.P.A.M. Garvelink-Jonkers; leden: mr. A. Beuker-Tilstra en mr. R. Kooper

Geen carrièreperspectief binnen KM?

Een marineofficier, die na het KIM - in eigen tijd, maar op kosten van de KM - de studie Nederlands recht heeft gevolgd, verzoekt uit de dienst te worden ontslagen: de KM kan haar geen toekomstperspectief bieden. Tevens geeft zij aan dat zij bij het Ministerie van Justitie in dienst kan treden om de opleiding tot rechtelijk ambtenaar te volgen. Als het verzoek wordt afgewezen omdat op haar nog een dienverplichting rust, stelt zij tegen dit (na bezwaar gehandhaafde) besluit beroep in. De eerste rechter verklaart het beroep ongegrond, welke uitspraak door de Centrale Raad van Beroep wordt bevestigd. Volgens vast (en bekendgemaakt) beleid worden militairen, op wie nog een dienverplichting rust, te allen tijde aan deze verplichting gehouden. Slechts indien sprake van bijzondere omstandigheden, kan ontheffing worden verleend. De Raad acht dit beleid, zoals eerder overwogen, aanvaardbaar: Dit betekent dat de vraag rest of zich in casu bijzondere omstandigheden voordoen op grond waarvan de staatssecretaris het ontslagverzoek niet in redelijkheid had kunnen afwijzen. De Raad beantwoordt deze vraag, evenals de rechtbank, ontkennend.

UITSPRAAK

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

I. Ontstaan en loop van het geding

Namens appellante is op daartoe bij aanvullend beroepschrift hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 25 november 2004, nr. AWB 0412886 MAWKMA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Desgevraagd heeft gedaagde nadere stukken aan de Raad gezonden.

Bij uitspraak van 9 mei 2005, nr. 0512107 MAW-VV, heeft de voorzieningenrechter van de Raad het verzoek van appellante om een voorlopige voorziening te treffen als bedoeld in artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) afgewezen.

Namens appellante is vervolgens nog op 15 juli 2005 een schrijven ingezonden. Het geding is behandeld ter zitting van 18 augustus 2005, waar zoals eerder aangekondigd appellante noch haar raadsman is verschenen. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. S.E.B. Gorsira, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

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

1.1. Appellante is sedert 1994 in dienst van de Koninklijke marine (KM), laatstelijk in de rang van luitenant ter zee (LTZ) 2e klasse, oudste categorie. Zij heeft de officiersopleiding gevolgd aan het Koninklijk Instituut voor de Marine en heeft daarnaast - in eigen tijd, maar op kosten van de KM - de studie Nederlands recht gevolgd, die zij in april 2003 met goed gevolg heeft afgerond. Op appellante rust een zogenoemde dienverplichting als bedoeld in artikel 7, derde lid, onder a, van de Beleidsregels aanstelling militairen zeemacht, welke

loopt tot 24 augustus 2006.

1.2. Bij rekest van 23 januari 2004 heeft appellante gedaagde verzocht om met ingang van 1 oktober 2004 eervol uit de Rijkszeedienst te worden ontslagen. Als toelichting bij dat rekest heeft appellante aangegeven dat de KM haar geen toekomstperspectieven kan bieden om als zeeofficier/jurist werkzaam te zijn. Appellante acht zich niet meer aan haar dienverplichting gebonden nu binnen de KM een bevorderingsstop is afgekondigd en de bezuinigingen dermate ingrijpend zijn dat haar niet meer dezelfde carrièremogelijkheden kunnen worden geboden als destijds in 1994. Tevens heeft appellante aangegeven dat zij met ingang van 1 oktober 2004 bij het Ministerie van Justitie in dienst kan treden om aldaar de opleiding tot rechterlijk ambtenaar (hierna: RAIO-opleiding) te volgen. Bij besluit van 31 maart 2004 is haar ontslagverzoek afgewezen. Het daartegen gemaakte bezwaar is bij besluit van 10 juni 2004 ongegrond verklaard.

1.3. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het beroep tegen het besluit van 10 juni 2004 ongegrond verklaard. Daartoe heeft de rechtbank overwogen dat gedaagde in de omstandigheid dat appellante is toegelaten tot de RAIO-opleiding geen aanleiding heeft behoeven te zien om een uitzondering te maken op zijn beleid inzake ontslagaanvragen tijdens dienverplichtingen, omdat de leeftijdsgrens voor deelname aan de RAIO-opleiding is vervallen en appellante dus ook na het uitdienen bij de KM voor de RAIO-opleiding in aanmerking kan komen. Voorts heeft de rechtbank geen grond aanwezig geacht voor de stelling van appellante dat de KM onvoldoende carrièremogelijkheden voor haar heeft, en was de rechtbank van oordeel dat appellante er onvoldoende in was geslaagd om aanmerkelijk te maken dat de Defensieorganisatie haar niet meer nodig heeft. Ook kon naar het oordeel van de rechtbank het beroep van appellante op het zogenoemde profijtbeginsel geen doel treffen nu de dienverplichting van appellante specifiek is gekoppeld aan een officiersfunctie binnen de krijgsmacht en niet aan een overheidsfunctie in het algemeen. De rechtbank heeft tot slot nog ten overvloede overwogen dat de op 20 augustus 2004 ingetreden situationele arbeidsongeschiktheid van appellante niet kan afdoen aan de rechtmatigheid van het bestreden besluit van 10 juni 2004, maar wellicht aanleiding zou kunnen geven tot een heropening van het overleg met appellante over een eerder vertrek uit de krijgsmacht.

2. Naar aanleiding van hetgeen in hoger beroep naar voren is gebracht, overweegt de Raad als volgt.

2.1. De afwijzing van appellantes verzoek is gebaseerd op artikel 42, eerste lid, aanhef en onder d, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) en het op grond daarvan vastgestelde beleid zoals gepubliceerd in MEDPERS/CZMNED 2.2.1 en 2.6.1. In deze beleidsregels is bepaald dat uitgangspunt van gedaagdes beleid is dat militairen op wie nog een dienverplichting rust te allen tijde aan deze dienverplichting zullen worden gehouden en dat slechts indien sprake is van bijzondere omstandigheden ontheffing van de dienverplichting kan worden verleend. Zoals de Raad reeds eerder heeft overwogen acht hij dit beleid van gedaagde aanvaardbaar. De vraag die aldus beantwoord moet worden is of gezegd moet worden dat zich bijzondere omstandigheden voordoen op grond waarvan gedaagde het ontslagverzoek per 1 oktober 2004 niet in redelijkheid heeft kunnen afwijzen.

2.2. Evenals de rechtbank beantwoordt de Raad deze vraag ontkennend. In de stukken heeft hij onvoldoende aanknopingspunten gevonden voor de door appellante gestelde volledige verandering van het carrièreperspectief binnen de KM, welke stelling door haar op generlei wijze met concrete feiten is onderbouwd. Een zelfde oordeel treft de stelling van appellante dat binnen de Defensieorganisatie voor haar geen plaats is, nu niet is weer-

sproken dat ten tijde hier van belang bij gedaagde 2 tot 10 juridische functies vacant waren. Ook ten aanzien van hetgeen namens appellante in het kader van het profijt-beginsel naar voren is gebracht, ziet de Raad geen reden om haar te volgen, nu ook naar zijn oordeel, gelet op het bepaalde in artikel 7, eerste lid, aanhef en onder a, van de Beleidsregels aanstelling militairen zeemacht, de dienverplichting van appellante specifiek is gebonden aan haar officiersfunctie binnen de krijgsmacht.

2.3. Met betrekking tot de grieven van appellante inzake de 'ziekmakende werkomstandigheden' bij de KM en het medische traject dat gedaagde inmiddels ten aanzien van appellante heeft ingezet, stelt de Raad vast dat dit alles in hoofdzaak betrekking heeft op de periode die ligt na het bestreden besluit van 10 juni 2004 en reeds daarom geen doel kan treffen.

2.4. Ook de stelling van appellante dat haar medische situatie reeds voor de datum hier in geding een rol speelde, kan haar niet baten nu deze stelling op generlei wijze met medische gegevens is onderbouwd. Uit de stukken is wel naar voren gekomen dat appellante in 1999 bij de SMD was geplaatst, doch die plaatsing was ten tijde van het bestreden besluit reeds lang beëindigd en appellante heeft noch in haar ontslagrekest noch in bezwaar aangegeven dat haar verzoek om ontslag mede op (actuele) gezondheidsklachten berustte.

2.5. In het licht van hetgeen namens gedaagde naar voren is gebracht over de situatie van de LTZ B. en nu appellante daartegen niets heeft aangevoerd, slaagt het beroep op het gelijkheidsbeginsel evenmin.

3. Gelet op het vorenstaande moet worden geconcludeerd dat het bestreden besluit in rechte stand kan houden en dat de aangevallen uitspraak moet worden bevestigd.

4. Aangezien de Raad voorts geen aanleiding ziet toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Awb, wordt beslist als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. Een aanvraag om ontslag uit de dienst moet in beginsel worden ingewilligd. Afwijzing is slechts in een beperkt aantal gevallen mogelijk. Artikel 42 AMAR somt deze gevallen limitatief op. Zo kan afwijzing geschieden: indien op de militair nog de verplichting rust om deel uit te maken van het beroeps- of reservepersoneel; indien dus op de militair nog een dienverplichting rust. Afwijzing kan geschieden: de bepaling laat dus ruimte voor het voeren van een bepaald beleid. Het binnen de KM geldende beleid houdt in dat militairen, op wie nog een dienverplichting rust, in beginsel in alle gevallen aan deze verplichting worden gehouden. Slechts indien zich bijzondere omstandigheden voordoen, kan ontheffing kan worden verleend. De Centrale Raad van Beroep acht dit (streng) beleid aanvaardbaar.

2. Naar algemene opvatting houdt het afwijzen van een aanvraag om ontslag een beperking in van het (ook militairen toekomstende) recht op vrije keuze van arbeid. Zie hieromtrent CRvB 10 december 1992, MRT 1993, p. 108, m.nt. G.L.C. Het grondrecht vrijheid van arbeidskeuze is neergelegd in artikel 19, derde lid, van de Grondwet. Deze bepaling luidt: 'Het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid wordt erkend, behoudens beperkingen bij of krachtens de wet gesteld.' Beperkingen inzake de vrijheid van arbeidskeuze zijn dus geoorloofd mits deze bij of krachtens de wet zijn gesteld. Wat arti-

kel 42 AMAR betreft, is aan deze eis voldaan. Artikel 42 AMAR geeft uitvoering aan artikel 12 van de Militaire Ambtenarenwet 1931, voorzover dit artikel bepaalt dat voor militaire ambtenaren bij of krachtens algemene maatregel van bestuur voorschriften worden vastgesteld betreffende ontslag. Zie hieromtrent CRvB 10 oktober 1996, MRT 1996, p. 413, m.nt. G.L.C.

G.L.C.

Centrale Raad van Beroep

20 oktober 2005

0411160 MAW

Voorzitter: mr. J.C.F. Talman; leden: mr. H.G. Rottier en mr. F.J.L. Pennings

Nalatig in de vervulling van plichten

Een officier wordt uit zijn functie ontheven en boven de sterkte geplaatst. Een jaar later wordt hem medegedeeld dat hij niet, zoals aanvankelijk toegezegd, per 1 augustus 2001 voor leeftijdsontslag zal worden voorgedragen: tegen hem loopt nog een strafrechtelijk onderzoek. Uiteindelijk wordt de officier - op grond van de resultaten van dit onderzoek - door de Kroon (hierna: gedaagde) wegens verregaande nalatigheid in de vervulling van plichten ontslagen. Enkele maanden later besluit het OM de officier niet te vervolgen. Als de officier (hierna: appellant) tegen het (na bezwaar gehandhaafde) besluit tot ontslag beroep instelt, verklaart de eerste rechter het beroep ongegrond. Deze uitspraak wordt door de Centrale Raad van Beroep bevestigd. Naar het oordeel van de Raad is gedaagde op grond van het resultaat van het strafrechtelijk onderzoek terecht tot de conclusie gekomen dat appellant zodanig in strijd heeft gehandeld met de eisen van integriteit, betrouwbaarheid en verantwoordelijkheid, dat hij het in hem te stellen vertrouwen in ernstige mate heeft geschonden en aldus aan het eigen aanzien en dat van Defensie grote schade heeft toegebracht. Gedaagde was dan ook bevoegd appellant wegens verregaande nalatigheid in de vervulling van plichten te ontslaan. Ook is niet gebleken dat gedaagde met het geven van ontslag in strijd heeft gehandeld met enige geschreven of ongeschreven rechtsregel of enig algemeen rechtsbeginsel.

UITSpraak

in het geding tussen A., wonende te B., appellant, en de Kroon, vertegenwoordigd door 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 5 januari 2004, nr. AWB 031673 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Desgevraagd heeft gedaagde een nader stuk ingezonden.

Het geding is behandeld ter zitting van 8 september 2005, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. E.E.M van Schaijk-Böhm, advocaat te Veghel. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. A.E.P. van Zandbergen, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. Voor een uitgebreidere weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. De Raad volstaat met het volgende.

1.1. Appellant, beroepsmilitair in de rang van majoor, is met ingang van 1 november 1993 benoemd in de functie van Hoofd [naam bureau]. Met ingang van 1 november 1998 is aan hem de inhoudelijk nagenoeg identieke functie toegewezen van [functie].

1.2. Appellant hield zich in deze functies bezig met het toezicht op de naleving van de Wet Milieubeheer en het adviseren van Colleges van burgemeester en wethouders, Gedeputeerde Staten en/of de Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu inzake de vergunningverlening voor civiele en militaire inrichtingen waar ontplofbare stoffen worden vervaardigd, bewerkt, (her)verpakt en/of opgeslagen.

1.3. In december 1999 is de Koninklijke Marechaussee een onderzoek gestart in verband met vermeende inbreuken op de integriteit van de medewerkers van de MCGS. Uit dit onderzoek kwam naar voren dat appellant aan enkele particulieren, voorafgaand aan de vergunningaanvraag, adviezen had verstrekt aangaande de inrichting waar zij vuurwerk wilden opslaan en een aantal keren tegen betaling voor deze particulieren ten behoeve van de aanvraag bouwtekeningen had vervaardigd.

1.4. Naar aanleiding hiervan is appellant, die zich in januari 2000 ziek meldde, bij besluit van 24 maart 2000 uit zijn functie ontheven en boven de sterkte geplaatst. Bij brief van 31 mei 2001 is aan appellant medegedeeld dat hij vanwege het bereiken van de leeftijd van 55 jaar op 25 juli 2001, met toepassing van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder a, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) zou worden voorgedragen voor functioneel leeftijdsontslag (FLO) per 1 augustus 2001.

1.5. Bij brief van 21 juni 2001 heeft de Staatssecretaris van Defensie appellant bericht dat hij vooralsnog niet zou worden voorgedragen voor FLO in verband met het feit dat het strafrechtelijke onderzoek tegen hem was heropend.

1.6. Op grond van de resultaten van dit strafrechtelijk onderzoek heeft gedaagde appellant bij besluit van 8 januari 2002, conform het advies van de Commissie Onderzoek Ontslag Militairen, met ingang van 1 maart 2002 op grond van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder k, van het AMAR ontslagen wegens verregaande nalatigheid in de vervulling van zijn plichten.

1.7. Op 24 juni 2002 heeft de officier van justitie besloten appellant niet verder te vervolgen op grond van het feit dat ander ingrijpen dan strafrechtelijke vervolging prevaleerde en appellant reeds door feit en gevolgen getroffen was.

1.8. Omtrent het bezwaar van appellant tegen het ontslagbesluit heeft het Adviesorgaan Bestuursrechtelijke Geschillen Koninklijke Landmacht op 20 augustus 2002 advies uitgebracht. In afwijking van dat advies heeft gedaagde bij besluit van 9 januari 2003 (het bestreden besluit) het bezwaar van appellant ongegrond verklaard.

2. De rechtbank heeft het beroep van appellant tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard.

3. De Raad overweegt naar aanleiding van hetgeen partijen hebben aangevoerd als volgt.

3.1. Appellant ontkent niet dat hij bouwtekeningen heeft vervaardigd en doen vervaardigen voor potentiële aanvragers van een vergunning voor vooral de opslag van vuurwerk. Hij betwist evenwel de laakbaarheid van deze - in het kader van de door de MCGS verstrekte 'preadviesen' volgens appellant vrij gebruikelijke - activiteiten door te wijzen op het feit dat hij geacht werd aan de vergunningverlenende instanties uitsluitend advies

uit te brengen over de externe veiligheid, niet over de door hem gemaakte tekening.

3.2. Naar het oordeel van de Raad staat de laakbaarheid van deze handelingen buiten kijf. Appellant heeft, in zijn hoedanigheid van defensieambtenaar die over een aan te vragen vergunning advies moest uitbrengen, een groot aantal potentiële vergunningaanvragers ertoe gebracht een aanzienlijk geldbedrag te betalen voor een door appellant vervaardigde bouwtekening. Doordat hij daarbij aangaf dat een door hem vervaardigde tekening 'voor 99% in orde' zou zijn en hij in voorkomende gevallen die tekeningen naar die particulieren opstuurde in een enveloppe van het Ministerie van Defensie, heeft hij bewust een situatie veroorzaakt waarin bij de - mede in grote mate van zijn advies afhankelijke - aanvragers de indruk kon ontstaan dat de kans op een snellere vergunningverlening in elk geval groter was indien zij de voor de vergunning benodigde tekening door appellant lieten vervaardigen. Zelfs indien appellant, zoals hij zegt, geen ongeoorloofde druk uitoefende op de betreffende aanvragers heeft hij aldus opererend een situatie gecreëerd waarin ruimte ontstond voor het vermoeden dat hij zich schuldig maakte aan dwang of corruptie.

3.3. In tegenstelling tot hetgeen namens appellant is betoogd zijn er bij het tweede strafrechtelijk onderzoek in juni 2001 wel nieuwe en ernstiger feiten aan het licht gekomen. Deze feiten hebben gedaagde in grotere mate doen twifelen aan de integriteit en betrouwbaarheid van appellant dan al in maart 2000 het geval was. Immers, eerst in juni 2001 bleek dat hij niet alleen veel méér bouwtekeningen had verkocht dan uit het onderzoeksverslag van december 1999 was gebleken, maar ook dat hij geschenken had aangenomen van potentiële vergunningaanvragers, dat hij provisie had geïncasseerd van fabrikanten van sprinklerinstallaties en zogeheten 'prefab bunkers' en dat hij op basis van in zijn functie verkregen informatie een lijst had opgesteld met commercieel interessante vergunninghoudende detaillisten en dat hij deze lijst had verkocht aan een groothandelaar in vuurwerk.

3.4. De Raad is dan ook tot het oordeel gekomen dat gedaagde op basis van het resultaat van het strafrechtelijk onderzoek in juni 2001, waarbij de omvang en ernst van het door appellant gepleegde plichtsverzuim pas werkelijk aan het licht kwam, terecht alsnog tot de conclusie is gekomen dat appellant zodanig heeft gehandeld in strijd met de eisen van integriteit, betrouwbaarheid en verantwoordelijkheid, dat hij daardoor het in hem te stellen vertrouwen in ernstige mate heeft geschonden en aldus aan zijn eigen aanzien en aan dat van Defensie grote schade heeft toegebracht.

Op grond van deze conclusie was gedaagde in beginsel bevoegd appellant wegens verregaande nalatigheid in de vervulling van zijn plichten te ontslaan.

4. Ten aanzien van hetgeen overigens namens appellant nog is aangevoerd - erop neerkomend dat het bestreden besluit in strijd is met het evenredigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel - overweegt de Raad als volgt.

4.1. Nu in juni 2001 is vastgesteld dat de nalatigheid van appellant veel ernstiger was dan de gedragingen die in december 1999 zijn geconstateerd en die hebben geleid tot de ontheffing van appellant uit zijn functie, was gedaagde gerechtigd verdergaande maatregelen te treffen.

4.2. De Raad ziet voorts niet in dat gedaagde niet tot ontslag zou mogen overgaan op grond van het feit dat de officier van justitie blijkens zijn brief van 24 juni 2002 niet tot strafrechtelijke vervolging van appellant is overgegaan. Uit bedoelde brief blijkt immers onmiskenbaar dat juist de door gedaagde aan appellant bij besluit van 8 januari 2002 opgelegde straf van ontslag en de persoonlijke en financiële gevolgen daarvan voor appellant voor de officier reden was om niet tot vervolging over te gaan. Geenszins blijkt uit de brief, zoals namens appellant is gesteld, dat de officier van vervolging heeft afgezien

omdat er onvoldoende bewijs voorhanden was om appellant te vervolgen.

4.3. Aan de brief van 31 mei 2001, waarin is medegedeeld dat appellant zou worden voorgedragen voor FLO kan appellant niet het in rechte te honoreren vertrouwen ontlenuen dat aan de door hem gepleegde daden geen rechtspositionele consequenties zouden worden verbonden, nu immers uit die brief niet blijkt dat gedaagde zou afzien van het treffen van een maatregel.

4.4. Tenslotte merkt de Raad op dat hij appellant evenmin volgt in zijn stelling dat het bestreden besluit in strijd zou zijn met het gelijkheidsbeginsel omdat een ondergeschikte van appellant bij de MCGS, die ook tegen betaling bouwtekeningen vervaardigde, niet ontslagen is. Alleen al uit het feit dat appellant bovengeschild was in rang en functie blijkt dat geen sprake is van gelijke gevallen. Aan leidinggevenden met een hoge militaire rang worden immers, mede op grond van de voorbeeldfunctie die zij op grond van hun hogere positie hebben, andere eisen gesteld dan aan hun ondergeschikten.

5. Op grond van het vorenstaande is de Raad tot het oordeel gekomen dat gedaagde bij afweging van de betrokken belangen kon besluiten appellant wegens verregaande nalatigheid in de vervulling van zijn plichten te ontslaan en dat niet gebleken is dat gedaagde met het geven van ontslag in strijd heeft gehandeld met enige geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel. Daarom dient de aangevallen uitspraak, waarbij het beroep tegen dat besluit ongegrond verklaard is, bevestigd te worden.

6. De Raad acht 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 uitspraak.

NASCHRIFT

1. *Ontslag van een officier wegens verregaande nalatigheid in de vervulling van plichten komt niet zo vaak voor: Eerder oordeelde de Centrale Raad van Beroep dat verregaande nalatigheid in de vervulling van plichten niet kan volgen uit een vastgesteld algemeen disfunctioneren, maar dient te berusten op concreet aanwijsbare feiten en omstandigheden. Zie hieromtrent CRvB 31 oktober 1985, MRT 1986, blz. 223. Ook kan naar het oordeel van de Raad niet elk disfunctioneren van een militair zonder meer als plichtsverzuim worden aangemerkt. 'Daartoe is vereist dat buiten twijfel is komen te staan dat een en ander aan de betrokkene ook als bewust handelen of nalaten is toe te rekenen.'* (CRvB 19 juni 1997, TAR 1997, nr: 182). Ingevolge artikel 41 AMAR geschiedt ontslag in gevallen als bedoeld zonder die aanduiding 'eervol'.

2. *Naar het oordeel van appellant had gedaagde niet tot ontslag mogen besluiten omdat de officier van justitie uiteindelijk van strafrechtelijke vervolging had afgezien. De Raad deelde dit standpunt niet. Juist omdat appellant was ontslagen, met alle persoonlijke en financiële gevolgen van dien, aldus de Raad, was besloten niet tot strafvervolging over te gaan. Geenszins was van vervolging afgezien, zoals appellant meende, vanwege het niet voorhanden hebben van voldoende bewijs. Overigens gelden in het bestuursrecht niet de in het strafrecht van toepassing zijnde strikte bewijsregels. Voldoende is, ook naar het oordeel van de Raad, dat op basis van deugdelijk vastgestelde gegevens de overtuiging is verkregen dat de betreffende militair zich aan het hem verweten gedrag heeft schuldig gemaakt. Zie hieromtrent CRvB 14 oktober 1999, TAR 1999, nr: 155.*

3. De Raad volgde appellant evenmin in de stelling dat het bestreden besluit in strijd zou zijn met het gelijkheidsbeginsel omdat een ondergeschikte van appellant, die ook tegen betaling bouwtekeningen had vervaardigd, niet was ontslagen. Alleen al uit het feit dat appellant bovengeschiedt was in rang en functie blijkt dat geen sprake is van gelijke gevallen, aldus de Raad. Aan leidinggevend met een hoge militaire rang worden immers, mede op grond van de voorbeeldfunctie die zij op grond van hun hogere positie hebben, andere eisen gesteld dan aan ondergeschikten.

Algemeen gezegd eist het gelijkheidsbeginsel van het bestuur dat het de evenwichtigheid bezit om in gelijke gevallen een gelijke beslissing te nemen. Zo vaak als op dit beginsel een beroep wordt gedaan, zo weinig komt het voor dat de rechter strijd met het beginsel aanwezig acht. Twee gevallen zijn zelden gelijk. Zie in dit verband bijvoorbeeld Rb. Den Haag 17 januari 2001, MRT 2001, p. 282, m.nt. G.L.C.

Het gelijkheidsbeginsel gaat niet zo ver dat het bestuur niet van een eenmaal gekozen beleid zou mogen terugkomen. Het bestuur kan immers niet de bevoegdheid wordt ontzegd in het beleid dat het voert veranderingen aan te brengen. Evenmin houdt het beginsel in dat ook gelijkheid moet worden betracht indien de beslissing in het andere geval onjuist is.

G.L.C.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Boekaankondiging

Prof. mr. G.L. Coolen, Militair straf-, strafproces- en tuchtrecht, deel 81 in de editie Schuurman & Jordens, derde druk, Kluwer 2005, ISBN 90-13-00602-7.

Onlangs is verschenen de derde druk van het door prof. mr. G.L. Coolen bewerkte deel 81 in de editie Schuurman & Jordens. In het deel zijn opgenomen het Wetboek van Militair Strafrecht, de Wet militaire strafrechtspraak en de Wet militair tuchtrecht, alsmede de op deze wetten steunende uitvoeringsvoorschriften. Ook is opgenomen de (op 1 september 2003 in werking getreden) Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten. Elk van deze wetten is voorzien van een *Inleiding*, waarin nader op de betekenis van de wet wordt ingegaan, en waarin tevens naar de beschikbare literatuuren naar de vindplaatsen op internet wordt verwezen.

Teneinde het nut van de uitgave te vergroten is in het deel verhoudingsgewijs veel jurisprudentie opgenomen.

De tekst is bijgewerkt tot 1 juli 2005.

Boekbespreking

Internationaal Humanitair Recht in de kijker

In januari 2006 is het eerste tijdschrift *Internationaal humanitair recht in de kijker* verschenen. Deze publicatie van het Rode Kruis-Vlaanderen biedt een overzicht van een aantal opmerkelijke ontwikkelingen binnen het humanitair oorlogsrecht. Het tijdschrift bevat tien Nederlandstalige artikelen over humanitair-rechtelijke onderwerpen. *Internationaal humanitair recht in de kijker* is de opvolger van het tijdschrift "Zoeklicht", dat van 1991

tot 2004 door het Rode Kruis-Vlaanderen werd uitgegeven. De titel vangt tevens het doel van het 160 pagina's tellende tijdschrift, namelijk het promoten van het humanitair oorlogsrecht. Hoofdredactrice Arianne Acke schrijft in haar voorwoord dat het tijdschrift zich niet de pretentie aanmeet om een jaarboek te worden genoemd. Desalniettemin bevat het boek zeer lezenswaardige artikelen over tal van onderwerpen. Vanuit Nederland heeft Marten Zwanenburg een bijdrage geleverd aan het boek met zijn artikel "Bezettingsrecht in de schijnwerpers". Prettig is dat aan het einde van ieder artikel wordt afgesloten met een korte samenvatting van de inhoud.

Het tijdschrift begint met een algemene beschouwing over het humanitair oorlogsrecht. Daarna komen, naast het al genoemde bezettingsrecht, de volgende onderwerpen aan bod:

- het internationaal gewoonterecht op het gebied van het humanitair oorlogsrecht;
- humanitaire interventie;
- onafhankelijke humanitaire hulpverlening;
- genocide in Darfur;
- straffeloosheid in Congo;
- normoverschrijdend gedrag tijdens vredesoperaties;
- explosieve oorlogsresten;
- het internationaal humanitair recht in het buitenlands beleid van België.

Internationaal Humanitair recht in de kijker is een aanrader voor diegenen die willen lezen over actuele ontwikkelingen in het humanitair oorlogsrecht. De artikelen zijn van goede kwaliteit en het boek is prettig vormgegeven. Er zijn niet veel mogelijkheden om in het Nederlands over dit rechtsgebied te lezen.

Het tijdschrift kan worden besteld voor een bedrag van 10 euro bij het Rode Kruis-Vlaanderen, Humanitair Recht, Motstraat 40, 2800 Mechelen, of via humanitair.recht@rodekruis.be.

Mr. J.C. van den Boogaard

Verslag van het 6^e seminar van de *International Society for Military Law and the Law of War*, gehouden te Straatsburg op 23-27 november 2005

Onlangs is van 23 tot en met 27 november door de *International Society for Military Law and the Law of War* het 6^e *Seminar for Legal Advisers* georganiseerd. Het seminar, dat ditmaal plaats vond te Straatsburg waar het Eurokorps faciliteiten ter beschikking had gesteld, behandelde diverse onderwerpen rondom het centrale thema *Challenges for Legal Advisers in peacekeeping operations*.

De onderwerpen werden in vier subthema's door middel van twee sprekers en een werkgroepsessie besproken. De vier subthema's betroffen: (1) *legal uncertainties at the beginning of a peacekeeping operation*; (2) *command responsibility in a multinational setting. How to deal with different interpretations of international (humanitarian) law*; (3) *legal issues concerning detention of individuals during peacekeeping operations* en (4) *role-change of a security force: how to deal with legal aspects of emerging additional and dif-*

ferent tasks of a security force. Hieronder licht ik enkele *challenges* die aan bod kwamen uit en van mogelijke interesse voor de lezer kunnen zijn.

Multinationaal optreden

Multinationaal optreden behoort tegenwoordig tot de alledaagse militaire praktijk. Operaties worden gestuurd vanuit multinationale hoofdkwartieren die de operationele leiding hebben over een uitgebreid en divers aantal deelnemende landen. Als gevolg daarvan wordt een commandant geconfronteerd met verschillende nationale rechtssystemen, nationaal politiek beleid en verschillende interpretaties van het internationale recht. Tegen deze achtergrond dient een operatie zo effectief mogelijk te verlopen. Baron¹⁾ gaf in zijn bijdrage een aantal mechanismen aan om hier succesvol mee te kunnen omgaan.

Ten eerste is het uitwisselen van informatie van groot belang. Dat kan gedaan worden in de aanloop naar militair optreden maar idealiter dienen reeds structurele fora beschikbaar te zijn. Ten tweede is het sluiten van overeenkomsten ook een manier om onderling mogelijke problemen te kunnen wegnemen. Hierbij kan gedacht worden aan de gebruikelijke status regelingen (zoals SOFA's en MOU's²⁾), maar het leent zich ook om bijzondere juridische afspraken vast te leggen tussen landen onderling³⁾.

Deelnemende landen kunnen als derde mechanisme bij een operatie zogenaamde *national caveats* inbrengen. Een *national caveat* betreft een voorbehoud dat een deelnemend land maakt op een operatie om een politieke dan wel juridische reden. Het kan voorkomen dat het gegeven mandaat of de opgestelde *rules of engagement* (ROE) ruimer zijn dan wat voor een deelnemend land politiek of juridisch haalbaar of gewenst is⁴⁾. Door het opstellen van voorbehouden kan worden gewaarborgd dat de inzet van nationale eenheden past binnen het nationale en internationale recht waar een land aan gebonden is en past in het nationale beleid dat met betrekking tot het militair optreden wordt beoogd. Vanwege de aard van een voorbehoud kunnen voorbehouden niet altijd worden weggenomen. Dit betekent voor de operationele commandant dat dit een realiteit is waarmee rekening moet worden gehouden.

Gezien de mogelijke voorbehouden die verschillende landen kunnen hebben, kan het systeem van *troop to task* als vierde mechanisme worden toegepast. Het land dat het meest toegesneden is op een taak kan deze dan uitvoeren. Tot slot haalt Baron als vijfde mechanisme het *red card holder* systeem aan. Een senior vertegenwoordiger van een deelnemende staat heeft het laatste woord of een opgedragen taak al dan niet kan worden uitgevoerd. De laatste drie mechanismen zijn enerzijds voor de troepenleverende landen een middel om te waarborgen dat het militaire optreden binnen de nationale juridische en politieke grenzen blijft, maar levert tegelijkertijd een extra uitdagingen voor een commandant om de opdracht zo effectief mogelijk uit te voeren.

De bescherming van gedetineerden

Dit is een onderwerp dat tegenwoordig vaker aan bespreking onderhevig is⁵⁾.

¹⁾ W. Baron, Luitenant-kolonel bij de Militair Juridische Dienst van de Koninklijke Landmacht.

²⁾ Status of Forces Agreements en Memoranda of understanding.

³⁾ Zoals de onderlinge uitwisseling van vastgenomen personen.

⁴⁾ Men denke hierbij aan de mogelijke grenzen die het nationale recht aan het militair optreden van een deelnemend land stelt of de verdragen die een land heeft getekend waarbij het gebruik van bepaalde methoden en middelen wordt verboden.

⁵⁾ Zo besteedde het Nederlandse Rode Kruis tijdens een conferentie op 3 december 2004 er aandacht aan en was dit onderwerp tijdens een studiedag op 18 mei 2005 van de Belgische afdeling van de *International Society for Military Law and the Law of War* het centrale thema.

Deelnemende landen aan vredesoperaties worden steeds vaker geconfronteerd met de potentiële noodzaak om personen om verschillende redenen vast te nemen. Bijvoorbeeld omdat het lokale judiciële systeem nog niet in staat blijkt om voldoende te kunnen functioneren, zoals in Kosovo het geval bleek⁶⁾, of omdat personen zich direct tegen een vredesmacht keren zodat om reden van eigen veiligheid personen kunnen worden vastgenomen. Vragen die daarbij opkomen – en tevens door Dahl⁷⁾ in zijn bijdrage aan de orde werden gesteld – concentreren zich op twee kernvragen: wat is de juridische grondslag voor het vastnemen van personen en ten tweede op welke behandeling heeft een vastgenomen individu recht en waar is dit op gebaseerd. Froissart⁸⁾ gaf in haar bijdrage aan dat er een heel juridisch raamwerk aan deze vragen ten grondslag ligt waarin onder meer rekening moet worden gehouden met het mandaat, humanitair oorlogsrecht, mensenrechten, VN-directieven⁹⁾ alsmede het recht van de zendende en ontvangende staten. Als algemene conclusie van de eerste vraag kan worden gezegd dat ongeacht de van toepassing zijnde rechtsregels, vastgenomen personen in ieder geval fundamentele rechten hebben. Froissart wees in dit verband op de fundamentele rechten zoals opgenomen in de recente studie van het Internationale Rode Kruis inzake *customary international humanitarian law*¹⁰⁾.

Het zelfde juridisch raamwerk dient te worden geraadpleegd om te kunnen nagaan in hoeverre individuen dan wel een staat aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de schending van de rechten van een vastgenomen persoon. In beginsel kan voor schendingen van het humanitair oorlogsrecht iedereen individueel worden aangesproken en de staat kan worden aangesproken waar het gaat om een schending van een mensenrecht. Een specifiek onderwerp dat hiermee verband houdt is de extraterritoriale werking van het Europees verdrag van de rechten van de mens (EVRM) nu art. 1 van het EVRM lidstaten verplicht tot eerbiediging van de rechten van de mens van eenieder die onder haar rechtsmacht ressorteert. Inmiddels is er enige jurisprudentie over dit onderwerp¹¹⁾). Kort gezegd zou een staat aansprakelijk kunnen zijn voor de schending van mensenrechten tijdens militair optreden (ongeacht de rechtmatigheid van het optreden) buiten het eigen territorium wanneer er effectieve controle wordt uitgeoefend over het betreffende grondgebied waar de operaties plaats vinden.

Veranderende mandaten

Het mandaat kan tijdens een vredesondersteunende operatie naarmate de operatie vordert veranderen. Bijvoorbeeld om dat er een nieuwe fase is aangebroken in het vredes- of opbouw proces of omdat de situatie juist is verslechterd. Een gevolg hiervan kan zijn dat

⁶⁾ Zie hierover J.A. van den Elsen, 'Kosovo. De terugkeer van de troepen van FRJ in Sector B van de "Ground Safety Zone" (GSZ) en het tijdelijke detentiekamp van Dubrava', in MRTXCV (2002), 177-194, 181.

⁷⁾ A.W. Dahl, Generaal-majoor bij de Noorse Krijgsmacht en vice-voorzitter van de Noorse afdeling van de *Society*.

⁸⁾ U. Froissart, Oberregierungsratin bij het Duitse ministerie van Defensie.

⁹⁾ Waaronder de *Standard minimum rules for the treatment of prisoners* (Res. 3452 Algemene Vergadering, 9 december 1975), *Body of principles for the protection of all persons under any form of detention or imprisonment* (Res. 431173 Algemene Vergadering, 9 december 1988) en de *Basic principles for the treatment of prisoners* (Res. 45/111 Algemene Vergadering, 14 december 1990).

¹⁰⁾ J. Henkaerts, L. Doswald-Beck (red.), *Customary International humanitarian law* (Cambridge, 2005), hoofdstuk 32 e.v. 'fundamental guarantees'.

¹¹⁾ Zie o.a. *Loizidou vs. Turkije* (1996), *Issa and others vs. Turkije* (2004) en *Bankovic and others vs. Belgium and 16 other contracting states* (2001), allen aangebracht voor het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM). De laatste zaak is ook gepubliceerd in MRT jrg. XCVI (april 2003), 144-158 met nt. Th. van Boven.

de betrokken eenheden een andere rol zouden kunnen krijgen of de ingezette eenheden een verandering aan samenstelling moet ondergaan, zoals bijvoorbeeld het inbrengen van specialisten voor de opbouw van het land. Een veranderend mandaat kan resulteren in het heroverwegen van bestaande overeenkomsten of kan het maken van nieuwe afspraken noodzakelijk maken. Zafiroopoulos¹²⁾ gaf in zijn bijdrage enkele voorbeelden aan waarin dit is voorgekomen¹³⁾. Een ander voorbeeld is de overdracht van soevereiniteit in Irak¹⁴⁾, maar dezelfde overwegingen zullen aan de orde komen wanneer operatie *Enduring Freedom* (OEF) en de *International Security Assistance Force* (ISAF), beiden gebaseerd op een andere juridische grondslag, een volgende fase in de opbouw van Afghanistan zullen bereiken, zoals Schmitt¹⁵⁾ in zijn bijdrage hierover aangaf.

De rol van de legal adviser

De aanwezigheid van een *legal adviser* tijdens militaire optreden is een *non-issue* geworden. Met name bij de internationale hoofdkwartieren waar de aangehaalde *challenges* het operationele niveau raken spreekt het voor zich dat de rol van de *legal advisor* zich dan ook concentreert op de onderwerpen die tijdens het seminar aan de orde zijn gekomen.

Stythe¹⁶⁾ onderstreepte in zijn bijdrage voorts dat, hoewel er meestal alleen gesproken wordt over *command responsibility* en het niet gebruikelijk is om stafofficieren te vervolgen, er in sommige rechtssystemen (waaronder in Groot-Brittannië) wel degelijk gesproken kan worden over *legal responsibility*. Hoewel de commandant primair verantwoordelijk is voor de beslissingen die hij neemt op basis van het advies van stafofficieren zoals de *legal adviser*, kan de *legal adviser* zelf tevens worden aangesproken via de *legal chain of command* op de kwaliteit van het advies").

Een laatste opmerking kan in dit verband nog gemaakt worden over de kennis van het recht van het land waarin men optreedt. In vredesondersteunende operaties kan het tevens noodzakelijk zijn om daarin enige verdieping te plegen, bijvoorbeeld wanneer de taak bestaat uit het ondersteunen en opbouwen van het lokale rechtssysteem, mogelijk als onderdeel van *Security Sector Reform* (SSR)¹⁸⁾. Maar ook met betrekking tot de eerder genoemde detentiekwesties kan kennis van lokaal recht van belang zijn. Onder meer met betrekking tot het overgeven van vastgenomen personen aan de lokale autoriteiten die dan wellicht in een regime komen waar de doodstraf van toepassing is¹⁹⁾ of in onmenselijke gevangenisregimes terechtkomen. Dit kan problemen opleveren voor de uitlevering.

Tot besluit

Het programma werd besloten met een bezoek aan het Europees Hof voor de rechten van de mens waar een zeer informatieve lezing werd aangeboden over de werking van het Hof. Ook hier kwam de extraterritoriale werking van het EVRM weer ter sprake.

¹²⁾ D. Zafiroopoulos, Kolonel en militaire rechter te Griekenland.

¹³⁾ Zoals tijdens UNPROFOR in voormalig Joegoslavië en INTERFET in Oost Timor.

¹⁴⁾ Zie hierover M.D. Fink, 'Irak na de bezetting', in: MRT XCVIII (april 2005), 133-141.

¹⁵⁾ J.C. Schmitt, (Franse) *legal adviser* bij Eurokorps HQ.

¹⁶⁾ J. Stythe, Kolonel bij de *Army Legal Service* van de Britse landmacht.

¹⁷⁾ Zie ook de bijdrage van Van der Kruit waarin dit onderwerp voor de Nederlandse militaire juristen onder de aandacht wordt gebracht, in P.J.J. Van der Kruit, 'De militair juridisch adviseur', in *Militaire Spectator*, jrg. 174, nr. 10 (2005), 421-429.

¹⁸⁾ Momenteel is bijvoorbeeld in Afghanistan de Italiaanse militaire bijdrage aan ISAF primair verantwoordelijk voor de opbouw van het rechtssysteem (november 2005).

¹⁹⁾ Zoals in Irak het geval was. Na de overdracht van soevereiniteit in juni 2004 werd voor sommige misdrijven de doodstraf heringevoerd.

Logischerwijs kon echter over lopende zaken geen uitspraken worden gedaan.

Op de deelnemerslijst stonden 47 verschillende landen die reikten van Canada tot Nieuw Zeeland en van Zuid Afrika tot Finland alsmede vele landen ertussenin, waaronder ook deelnemers uit Arabisch sprekende landen zoals Jordanië en Oman. Daarmee werd het woord *international* in de naam van de *Society* wederom onderstreept.

Volgende bijeenkomst

De volgende internationale bijeenkomst van de *International Society for Military Law and the Law of War* zal van 16 t/m 19 mei 2006 te Den Haag plaatsvinden en georganiseerd worden door de Nederlandse afdeling van de *Society*. Voor meer informatie kunt u terecht op de website www.soc-law-mil.org.

LTZA 2 OC mr M.D. Fink

Personalia

Met ingang van 1 januari 2006 zijn benoemd tot lid van de redactie van het Militair Rechtelijk Tijdschrift: mr. R. van den Heuvel, vice-president en voorzitter van de Militaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem, en mr. A.J. Ruysendaal, Kolonel van de Militair Juridische Dienst en Hoofd Juridische Zaken van de Staf van het Commando Landstrijdkrachten.

Auteursaanwijzingen

Bijdragen voor het Militair Rechtelijk Tijdschrift worden aangeleverd op schrift alsmede zo mogelijk op diskette in het 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.

Geen hele woorden in kapitalen. zoals NASCHRIFT e.a. gebruiken.

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

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

REDACTIECOMMISSIE:

Voorzitter	Mr. <i>A.C. Zuidema</i> , Brigade-generaal b.d. van de Militair Juridische dienst;
Secretaris/penningmeester	Mr. <i>J.E. Sinissen</i> , Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst;
Leden:	
voor de Koninklijke Landmacht:	Mr. <i>A.J. Ruysendaal</i> , Kolonel van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke Luchtmacht:	Mr. <i>P.T. Hebl</i> , Kolonel van de Koninklijke Luchtmacht;
voor de Koninklijke Marine:	Mr. <i>W.E. Louwerse</i> , Kapitein ter zee;
voor de Koninklijke Marechaussee:	Mr. <i>C.P.C. Kuijs</i> , Kolonel der Koninklijke Marechaussee;
voor de Bestuursstaf:	Mr. <i>J.J. Buirtna</i> . Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tuchtrecht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie; Mr. R. in <i>het Veld</i> , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst, Hoofd Militair Juridische Dienst Krijgsmacht;
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;
Mr. R. <i>van den Heuvel</i> ,	Vice-president en voorzitter van de Militaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem;
Prof. Mr. <i>Th. A. de Roos</i> ,	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.E. 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-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 € 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)overeenkomsten 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.

Bit 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 XCIX

April 2006

Aflevering

4

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

Functiebeoordelingen en rechterlijke uitspraken; door mr. G.F. Walgemoed.....	113
Opmerkelijke zaken (5)– Krijgsraden leggen soms bedenkelijk lichte straffen op; door prof. mr. G.L. Coolen.....	127
Overzicht jurisprudentie Algemeen militair ambtenarenreglement (IV); door prof. mr. G.L. Coolen.....	129

Bestuursrechtspraak

CRvB 4.11.04	Cursus Stafdienst onvoldoende Officier KL slaagde niet voor cursus Stafdienst. Raad: De onvoldoende waarderingen voor de betreffende aspecten zijn genoegzaam onderbouwd. Beroep ongegrond.....	135
CRvB 9.12.04	De afgewezen adjudant Adjudant KL kwam niet in aanmerking voor toewijzing van functie waaraan rang van luitenant was verbonden. Raad: BLS heeft in de gegeven situatie in redelijkheid kunnen besluiten geen dispensatie te verlenen van de eis van langdurig excellent functioneren.....	139
CRvB 10.03.05	Geen bevordering tot kolonel Verzoek van luitenant-kolonel KLu om bevordering tot kolonel afgewezen. Hij verrichte bij SHAPE drie jaar aanvullende, tijdelijke, werkzaamheden. Beroep ongegrond.....	142

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

Functiebeoordelingen en rechterlijke uitspraken

door

MR. G.F. WALGEMOED

Inleiding

In 2003 is het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) gewijzigd op de punten beoordeling en functioneringsgesprek.¹⁾ Periodieke beoordelingen zijn vervangen door jaarlijks te houden functioneringsgesprekken. Het functioneringsgesprek is vóór de beoordeling geplaatst. Als uitgangspunten gelden volgens de nota van toelichting dat de neerslag van functioneringsgesprekken een rol kan spelen bij te nemen beheersbeslissingen en dat het functioneren van de militair wordt bezien in relatie tot zijn werkomgeving. Bij functioneringsgesprekken is toetsing aan competenties centraal gesteld.²⁾ Afgezien van het geval dat de bevelhebber³⁾ opdracht geeft tot het opmaken van een beoordeling, wordt een beoordeling alleen opgemaakt indien de commandant dit wenselijk vindt of indien de militair dit aanvraagt. De militair wordt – evenals in het verleden – beoordeeld over de wijze waarop hij zijn functie heeft vervuld en omtrent zijn gedrag in relatie tot die functie gedurende het beoordelingstijdvak. Bij het opmaken van een beoordeling kan een toekomstverwachting worden opgemaakt. Van belang is ook nog dat de beoordeling wordt opgemaakt door een eerste beoordelaar – de functionele chef van de militair – en een tweede beoordelaar, in beginsel de commandant van de militair.⁴⁾

De wijziging van het AMAR uit 2003 lijkt op die van het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR) in 2001. Ook daarin is het 'functioneringsgesprek', dat al langer een plaats had in dit reglement, naar voren gehaald.⁵⁾

Bij een functioneringsgesprek ligt de nadruk op het huidig en toekomstig functioneren van een medewerker, met afspraken voor verbetering tussen chef en medewerker; bij een beoordeling draait het – met uitzondering van een eventuele toekomstverwachting – om het verleden en met name ook om mogelijke tekortkomingen in het functioneren. Een functioneringsgesprek is een gesprek op basis van gelijkwaardigheid, leidinggevende en medewerker moeten vrijuit met elkaar spreken over het functioneren; de conclusies van zo'n gesprek worden in beginsel niet bekend buiten de gesprekspartners. De resultaten van het gesprek zijn ook niet bestemd voor beslissingen in het kader van personeelsbeheer. Een beoordeling vervult onmiskenbaar een rol in het personeelsbeheer, onder meer om organisatiedoelen en individuele doelen op elkaar af te stemmen.⁶⁾

¹⁾ Besluit van 12 mei 2003, Stb. 2003, 210. Ook het Burgerlijk ambtenarenreglement defensie (BARD) werd bij dit besluit op deze punten gewijzigd.

²⁾ Besluit van 12 mei 2003, Stb. 2003, 210, p. 6.

³⁾ Thans commandant van een operationeel commando.

⁴⁾ AMAR art. 131 a.

⁵⁾ Besluit van 16 februari 2001, Stb. 2001, 99, p. 10-11 en 66-69. De term functioneringsgesprek wordt in dit besluit niet gebruikt. Het gaat om een gesprek dat veel kenmerken heeft van een functioneringsgesprek.

⁶⁾ M.H. van der Avoird en R. Brouwer, Het functioneringsgesprek, De Bilt: Bosch en Keuning, 1996, p. 10-33; L.J.C.M. Govaert, Handboek functioneren en beoordelen, Arnhem: Logistics Net, 2000, p. 33-43; J. Schmit, P. Jansen en L. van Wees, Resultaatgericht beoordelen, Soest: Uitgeverij Nelissen, 4^e druk, 2002, p. 13-33.

In de afgelopen 50 jaar is er een ontwikkeling geweest in beoordelingssystemen. In de jaren vijftig had de personeelsbeoordeling als enige doel beheer. Vanaf de jaren zestig wordt meer betekenis gehecht aan de menselijke factor in de organisatie; het accent komt meer op ontwikkeling van de medewerker te liggen, de beheerscomponent wordt naar de achtergrond gedrukt. In de jaren negentig wordt weer de eigen rol van beheer erkend. De noodzaak om beheer en ontwikkeling in systemen te scheiden wordt genuanceerd. De laatste tijd lijkt er een evenwicht te komen tussen beheer en ontwikkeling⁷⁾ In die zin is de prominente plaats in de ambtelijke rechtspositie voor het functioneringsgesprek opmerkelijk indien men er van uitgaat dat de resultaten van een functioneringsgesprek niet in de eerste plaats zijn bedoeld voor beheersbeslissingen.

De beoordeling mag dan in ambtelijke rechtspositieregelingen naar het tweede plan te zijn geschoven, dit houdt niet in dat de beoordeling is uitgerangeerd. Dit laatste blijkt al uit de rechterlijke uitspraken over beoordelingen in de laatste jaren. Aansluitend bij eerdere beschouwingen over beoordelingen en rechterlijke uitspraken in het Militair Rechtelijk Tijdschrift⁸⁾, wordt hieronder gezien hoe de bestuursrechter omgaat met ambtelijke functiebeoordelingen. Wat is de stand van zaken in 2006? Daarbij gaat het niet alleen om over militairen opgemaakte beoordelingen, maar komen veelvuldig uitspraken over andere ambtelijke beoordelingen aan de orde. Afrondend wordt gezien welk belang beoordelingen voor militairen kunnen hebben, onder meer in het kader van het aangekondigde flexibele personeelssysteem.

Rechtskarakter beoordeling

Vóór de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) werd een beoordeling beschouwd als een besluit als bedoeld in art. 3 in samenhang met art. 24 Ambtenarenwet 1929 (oud). Sinds de inwerkingtreding van de Awb is een vastgestelde beoordeling aangemerkt als een beschikking in de zin van art. 1:3 Awb. Dit betekent dat een vastgestelde beoordeling een besluit is in de zin van art. 1:3, eerste lid, Awb. Dat wil zeggen een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudend een publiekrechtelijke rechtshandeling.⁹⁾ Uit de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) blijkt dat bij een vastgestelde beoordeling sprake is van een zogenoemd primair besluit, waartegen niet direct beroep bij de rechtbank kan worden ingesteld, maar waarop het voorschrift van art. 7:1 Awb van toepassing is.¹⁰⁾ Tegen een beoordeling dient eerst bezwaar te worden gemaakt, voordat de beoordeelde in beroep kan gaan bij de rechter.

Geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit dat een beoordeling inhoudt van het kennen of kunnen van een kandidaat of leerling die ter zake is geëxamineerd of getoetst, aldus art. 8:4, aanhef en onder e Awb. De wetgever heeft van de in art. 8:1 gegeven mogelijkheid van beroep bij de rechtbank alleen die gevallen willen uitzonderen waarin betrokkene is 'opgegaan' voor een proef of examen.¹¹⁾ De CRvB is van oordeel dat art.

⁷⁾ Met name J. Schmit e.a., t.a.p., p. 22-23.

⁸⁾ G.L. Coolen, Bezwaren tegen beoordelingen en het standpunt van de rechter, MRT 1982, p. 121-130; G.F. Walgemoed, Beoordelingen en rechterlijke uitspraken, MRT 1996, p. 161-182.

⁹⁾ Het burgerlijk ambtenarenrecht, VUGA, losbladig, band 4, commentaar mevr. mr. A.H. van Zutphen bij onder meer art. 71a ARAR, p. 8. Zie ook CRvB 3 november 2005, LJN AU7854.

¹⁰⁾ CRvB 28 november 1996, TAR 1997, 2; AB 1997, 141, m.nt. HH; CRvB 21 november 1996, TAR 1997, 22; CRvB 27 februari 1997, TAR 1997, 63; CRvB 25 februari 1999, TAR 1999, 66 en CRvB 26 september 2002, TAR 2003, 54, m.nt. G.L.C. p. 381.

¹¹⁾ Parlementaire Geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, Tweede tranche, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink, 1994, p. 393.

8:4, aanhef en onder e, niet ziet op besluiten waarbij de beoordeling van het functioneren of de verwachting van een toekomstig functioneren van een ambtenaar is vastgesteld.¹²⁾ Bij een beoordeling tijdens een opleiding is niet altijd direct duidelijk of het gaat om een beoordeling van kennen of kunnen in de zin van art. 8:4, aanhef en onder e, of dat het gaat om een beoordeling die veel overeenkomst vertoont met een functiebeoordeling.¹³⁾

Buiten twijfel is dat besluiten waarbij de beoordeling van het functioneren of de verwachting over het toekomstig functioneren van een ambtenaar is vastgesteld voor bezwaar en beroep vatbaar zijn.

Het onderwerp van een functiebeoordeling

De functievervulling vormt ook bij art. 131a AMAR de basis voor de beoordeling. De militair wordt beoordeeld omtrent de wijze waarop hij zijn functie heeft vervuld en indien hij andere opgedragen werkzaamheden of diensten heeft verricht, ook omtrent de wijze waarop hij deze heeft verricht. De militair wordt tevens beoordeeld omtrent zijn gedrag in relatie tot de functie en omtrent zijn gedrag in relatie tot die andere werkzaamheden of diensten. Tenslotte kan bij een beoordeling een toekomstverwachting worden opgemaakt. Het tweede lid van art. 90a BARD is anders geformuleerd; daar wordt niet gesproken over 'andere opgedragen werkzaamheden of diensten'.¹⁴⁾ Weer anders is de tekst van art. 71a ARAR.¹⁵⁾ Op grond van deze bepaling die de basis vormt voor het Beoordelingsvoorschrift Burgerlijk Rijkspersoneel 1985 (BBR 1985) wordt de ambtenaar alleen beoordeeld over de functievervulling, dat wil zeggen over het totaal van prestaties en gedragingen tijdens de uitoefening van zijn functie.¹⁶⁾ In art. 1, aanhef en onder e, van de Beleidsregel functioneringsgesprekken en beoordelingen defensie (BFBD) wordt het begrip 'functie' omschreven als ieder samenhangend geheel van werkzaamheden en diensten dat door een militair (of een ambtenaar) dient te worden verricht." Volgens art. 16 BFBD moet de wijze van functievervulling worden afgeleid uit concrete handelingen, resultaten en het gedrag van de te beoordelen militair of ambtenaar.

Dikwijls kan een onderscheid worden gemaakt tussen de organieke functie en de feitelijke functie. Het is denkbaar dat de feitelijke functie anders is dan de organieke functie. Voor een beoordeling is bepalend het geheel van werkzaamheden waarmee de militair feitelijk is belast. Het gaat bij een beoordeling om de feitelijk verrichte werkzaamheden." Indien een militair meer dan één functie bekleedt zal ook naar het geheel van de feitelijke verrichte werkzaamheden moeten worden gekeken."

Voorop staat bij een beoordeling dat prestaties en gedragingen worden gewaardeerd. Deze kunnen worden waargenomen. Minder makkelijk is dat met hoedanigheden; hoogstens kunnen bepaalde eigenschappen worden afgeleid uit prestaties en gedragingen. Zo is het in voorkomend geval niet ongeoorloofd in een beoordeling een conclusie over stress-

¹²⁾ CRvB 8 maart 2001, TAR 2001, 56; JB 2001, 97; MRT 2001, p. 289, m.nt. G.L.C.

¹³⁾ Zie bijvoorbeeld CRvB 17 februari 2005, TAR 2005, 101; MRT 2006, p. 34, m.nt. G.L.C.

¹⁴⁾ Besluit van 12 mei 2003, Stb. 2003, 210.

¹⁵⁾ Besluit van 16 februari 2001, Stb. 2001, 99.

¹⁶⁾ Besluit van de Minister van Binnenlandse Zaken van 10 april 1985, Stcrt. 1985, 81, laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 30 januari 2002, Stcrt. 2002, 23.

¹⁷⁾ www.mindef.nl/personeel/mp-publicaties/32-102.

¹⁸⁾ CRvB 16 augustus 1990, TAR 1990,196; CRvB 13 mei 1993, TAR 1993,153,m.nt. H. Pennarts, p. 609; ArrRb Den Haag 29 november 2001, TAR 2002, 29.

¹⁹⁾ CRvB 28 juni 1984, TAR 1984,201.

bestendigheid of een andere eigenschap te trekken.") Volgens de BFBD moeten naast algemene gezichtspunten als kwaliteit van het geleverde werk, inzet en gedrag ook competenties worden beoordeeld. De laatste worden omschreven als de vaardigheden, kennis- en gedragsaspecten die medewerkers geschikt (competent) maken voor hun werk, taak of functie in de organisatie (art. 1, onder h BFBD).

Het is niet noodzakelijk voorafgaand aan de beoordeling een beschrijving van de functie te hebben. Wel is het vereist dat de militair gedurende het beoordelingstijdvak op de hoogte is geweest van de eisen die aan het functioneren worden gesteld.") Ook bij wijziging van de eisen die aan het functioneren worden gesteld dient een te beoordelen militair duidelijk te worden gemaakt wat van hem verwacht wordt.") De rechter zal zich terughoudend opstellen bij het beoordelen van de aan het functioneren gestelde eisen.²³⁾

Beoordelingstijdvak

Art. 14 BFBD geeft aan dat het beoordelingstijdvak een periode omvat van ten minste zes maanden en ten hoogste twee jaren. Uit het motiveringsbeginsel²⁴⁾ vloeit voort dat de in een beoordeling vermelde waarderingen en aanvullende opmerkingen moeten zijn gebaseerd op hetgeen gedurende het beoordelingstijdvak heeft plaatsgevonden.²⁵⁾ Wanneer ter onderbouwing van een beoordeling informatie wordt gebruikt die buiten het beoordelingstijdvak ligt, is de beoordeling gebaseerd op een onjuiste grondslag en kan om die reden niet in stand blijven.²⁶⁾ Vroegere beoordelingen mogen bij het opmaken van een beoordeling niet in beschouwing worden genomen. Deze kunnen – zo leert de jurisprudentie – wel een rol spelen bij de behandeling van het beroep tegen een beoordeling.") Met name lijkt dat te kunnen met beoordelingen in dezelfde rang en dezelfde functie.²⁸⁾

Het opmaken van een beoordeling over een voorbije periode zonder dat dit van tevoren was afgesproken is niet onrechtmatig²⁹⁾ Soms komt het voor dat naderhand een beoordeling moet worden opgemaakt waarbij het beoordelingstijdvak geruime tijd is verstreken.³⁰⁾ In bepaalde gevallen - met zeer bijzondere omstandigheden - aanvaardt de rechter niet dat een beoordeling wordt opgemaakt over een ver in het verleden liggende periode.³¹⁾

Voor een voldoende afgewogen en reëel oordeel mag de werkelijke periode waarin beoordeeld kan worden niet te kort zijn; anders zou een onvolledig beeld van de functie-ervulling ontstaan waarbij toevallige incidenten een te grote rol spelen. Er moet binnen het beoordelingstijdvak sprake zijn van een zodanige periode van daadwerkelijk functio-

²⁰⁾ CRvB 16 september 1993, TAR 1993, 221.

²¹⁾ CRvB 31 december 1985, TAR 1986, 60; CRvB 4 maart 1986, TAR 1986, 109.

²²⁾ ArrRb Den Haag 30 december 1997, TAR 1998, 52.

²³⁾ CRvB 31 december 1985, TAR 1986, 60; CRvB 19 mei 2004, LJN AP0595.

²⁴⁾ Awb art. 3:46: Een besluit dient te berusten op een deugdelijke motivering.

²⁵⁾ CRvB 16 december 1982, MRT 1983, p. 273, m.nt. G.L.C.; CRvB 28 november 1985, TAR 1986, 51, m.nt. G.L.C. p. 261.

²⁶⁾ Ag R'dam 20 augustus 1986, TAR 1986, 236.

²⁷⁾ CRvB 16 december 1982, MRT 1983, p. 273, m.nt. G.L.C.; CRvB 18 april 1983, MRT 1984, p. 36, m.nt. G.L.C.; CRvB 15 augustus 1996, TAR 1996, 174 en CRvB 18 november 1999, TAR 2000, 26, m.nt. P.L. de Vos, p. 222.

²⁸⁾ CRvB 2 november 1995, MRT 1996, p. 336, m.nt. G.F.W.

²⁹⁾ CRvB 10 maart 2005, TAR 2005, 171.

³⁰⁾ CRvB 8 december 1994, TAR 1995, 38 en Pres. CRvB 4 december 1997, TAR 1998, 31.

³¹⁾ CRvB 3 juni 2004, TAR 2004, 140.

neren dat een afgewogen en reëel oordeel mogelijk is. Soms is een veertigtal'dagen daadwerkelijk functioneren niet onvoldoende om een deugdelijke beoordeling vast te stellen³²⁾; in andere gevallen spelen bijkomende factoren als onervarenheid en een hectische periode voor het betreffende dienstonderdeel een rol voor het eindoordeel van de rechter.³³⁾

Toetsingsmaatstaf

Volgens vaste jurisprudentie is de rechterlijke toetsing bij een beoordeling terughoudend, in die zin dat de rechter zich, naast de toetsing van het bestreden besluit aan regels van geschreven en ongeschreven recht en algemene rechtsbeginselen, moet beperken tot de vraag of de in de beoordeling gegeven waarderingen op onvoldoende gronden berusten.³⁴⁾ Voor de inhoudelijke toetsing geldt als maatstaf dat bij negatieve oordelen als uitgangspunt moet gelden dat het op de weg van het betrokken bestuursorgaan ligt aannemelijk te maken dat die waarderingen niet op onvoldoende gronden berusten. Daarbij is niet beslissend of elk feit ter adstructie van een waardering boven elke twijfel verheven is en dat zelfs niet van doorslaggevend belang is of bepaalde feiten onjuist blijken te zijn vastgesteld of geïnterpreteerd. Het gaat erom of in het totale beeld van de in beschouwing genomen gezichtspunten de gegeven waarderingen de genoemde toetsing kunnen doorstaan (...)³⁵⁾ Het bestuursorgaan moet aan de hand van *concrete* feiten en omstandigheden aannemelijk maken dat een negatieve gedraging niet op onvoldoende gronden berust.³⁶⁾

Er zijn vele uitspraken waarin de CRvB concludeert dat een vastgestelde beoordeling niet op voldoende gronden, op onvoldoende gronden of ten dele op onvoldoende gronden berust.³⁷⁾ Nog groter is het aantal uitspraken waarin geconcludeerd wordt dat een beoordeling niet op onvoldoende gronden berust of een voldoende feitelijke grondslag heeft.³⁸⁾

Scores op een waarderingsschaal

In de BFBFD is niet precies aangegeven welke waarderingen voor de verschillende gezichtspunten en competenties kunnen worden gegeven. In de beoordelingsregelingen zoals die tot 2003 voor militairen golden was dat anders. Daarin werd gebruik gemaakt van een waarderingsschaal met negen letters en lettercombinaties: a, ab, b, bc, c, cd, d, de en e. De letters van deze schaal hadden de volgende betekenis:

a - Beoordeelde vertoonde op dit gezichtspunt tekortkomingen en functioneerde daardoor ver beneden de eisen die de vervulling van de functie stelt.

³²⁾ CRvB 19 mei 2004, LJN AP0595.

³³⁾ CRvB 6 januari 1978, MRT 1978, p. 361, m.nt. E.H.N.; CRvB 1 november 1984, TAR 1985, 10; MRT 1985, p. 109, m.nt. G.L.C.; Ag 's-Gravenhage 11 september 1986, TAR 1986,263; CRvB 27 juli 1995, MRT 1996, p. 126; CRvB 15 augustus 1996, TAR 1996, 174; CRvB 14 augustus 1997, TAR 1997,205; MRT 1998, p. 222, m.nt. G.F.W. en CRvB 16 december 1999, TAR 2000, 26.

³⁴⁾ Zie art. 8:77, tweede lid, Awb. CRvB 29 augustus 1996, TAR 1997, 16, m.nt. G.L.C. p. 234; MRT 1997, p. 87, m.nt. G.F.W.; CRvB 3 april 1996, TAR 1997,109; CRvB 16 december 1999, TAR 2000, 26; CRvB 6 oktober 2005, TAR 2005, 179.

³⁵⁾ CRvB 5 november 1998, TAR 1998, 191 (met een iets afwijkende formulering); CRvB 10 oktober 2002, MRT 2003, p. 177, m.nt. G.F.W.; CRvB 1 mei 2003, TAR 2003, 145; CRvB 23 september 2005, TAR 2004, 159; CRvB 10 maart 2005, TAR 2005, 171 en CRvB 6 oktober 2005, TAR 2005, 179.

³⁶⁾ CRvB 23 oktober 2003, TAR 2003, 196. Zie ook CRvB 20 december 1994, TAR 1995, 62.

³⁷⁾ Enkele recente uitspraken: CRvB 15 mei 2003, TAR 2003, 156; CRvB 25 september 2003, LJN AL7458; CRvB 18 december 2003, LJN A00646 en CRvB 4 november 2004, LJN AR5312.

³⁸⁾ Enkele recente uitspraken: CRvB 3 april 2003, TAR 2003,122; CRvB 1 april 2004, LJN AO7796; CRvB 9 december 2004, TAR 2005, 35; CRvB 9 december 2004, LJN AR 7783; CRvB 14 juli 2005, LJN AT 9758; CRvB 1 september 2005, LJN AU2922 en CRvB 13 oktober 2005, LJN AU 4701.

b - Beoordeelde vertoonde op dit gezichtspunt tekortkomingen, echter zonder dat de vervulling van de functie onaanvaardbaar werd geschaad.

c - Beoordeelde voldeed op dit gezichtspunt geheel aan de eisen die de vervulling van de functie stelt.

d - Beoordeelde vertoonde op dit gezichtspunt kwaliteiten die duidelijk uitgingen boven de eisen die de vervulling van de functie stelt.

e - Beoordeelde vertoonde op dit gezichtspunt kwaliteiten die ver uitgingen boven de eisen die de vervulling van de functie stelt.³⁹⁾

Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat indien een waardering 'bc' werd gegeven, er gedurende het beoordelingstijdvak sprake moest zijn geweest van minder goede gedragingen en/of tekortkomingen. Wie de waardering 'c' niet verdiende, voldeed kennelijk niet geheel aan de eisen die de uitoefening van zijn functie stelde.⁴⁰⁾ Tot 1986 heeft voor officieren van de Koninklijke landmacht het Besluit beoordelingen officieren landmacht (BBOL) gegolden.⁴¹⁾ In de beoordelingslijst behorende bij deze regeling was voor een aantal gezichtspunten een schaal opgenomen waarbij 'goed' en 'zeer goed' naast elkaar lagen. Als het ging om de verschillen tussen deze waarderingen overwoog de CRvB meerdere malen dat het verschil tussen 'goed' en 'zeer goed' zich zo weinig voor objectieve toetsing leent dat althans in de regel geen aanleiding voor de rechter bestaat om de ene waardering als juist en de andere als onjuist aan te merken.⁴²⁾ Hierboven is al aangegeven dat de rechterlijke toetsing van beoordelingen terughoudend is. De benadering van verschillen tussen scores op een waarderingsschaal past hierbij.

Bewijslastverdeling

Hierboven is reeds aangegeven dat in geval van negatieve oordelen als uitgangspunt moet gelden dat het op de weg van het betrokken bestuursorgaan ligt aannemelijk te maken dat die waarderingen niet op onvoldoende gronden berusten. In 1990 overwoog de CRvB bij een beoordeling over een sergeant-majoor van de Koninklijke marine dat het bij een waardering 'c' of hoger in beginsel aan de beoordeelde staat aannemelijk te maken dat hij te laag is gewaardeerd. De Raad sloot evenwel niet uit dat onder omstandigheden een andere bewijslastverdeling aangewezen zou kunnen zijn. Hij dacht daarbij onder meer aan de mogelijkheid dat na een redelijk constant beoordelingsbeeld op 'cd'- of 'd'-niveau, een teruggang plaatsvindt naar een waardering op 'c'-niveau.⁴³⁾ Korte tijd later brengt de Raad een nuancering aan. Hij merkt op dat de 'bewijslast' bij een waardering 'bc' of lager dan wel 'c' of hoger niet in zo absolute zin (...) dient te worden toebedeeld aan de beoordelaar resp. de beoordeelde, doch dat het hier veeleer betreft een kwestie van het accent meer naar de ene dan wel de andere zijde leggen, waarbij ook de aard van de feitelijke gegevens een rol kan spelen.⁴⁴⁾ In latere uitspraken komt deze nuancering niet

³⁹⁾ G.F. Walgemoed, Beoordelingen en rechterlijke uitspraken, MRT 1996, p. 166. Zie ook Het burgerlijk ambtenarenrecht, VUGA, losbladig, band 4, commentaar mevr. mr. A.H. van Zutphen, bij art. 71a ARAR, p. 4-5.

⁴⁰⁾ CRvB I maart 1990, MRT 1991, p. 242, m.nt. G.L.C.; CRvB 9 januari 1992, MRT 1993, p. 32, m.nt. G.L.C.; CRvB 28 januari 1993, MRT 1993, p. 235 en CRvB 4 november 1994, MRT 1995, p. 194, m.nt. G.F.W.

⁴¹⁾ Besluit van 15 november 1960, Stb. 1960, 523.

⁴²⁾ CRvB 12 juli 1983, MRT 1984, p. 238, m.nt. G.L.C. en CRvB 23 mei 1991, MRT 1991, p. 303, m.nt. G.L.C.

⁴³⁾ CRvB 28 juni 1990, MRT 1991, p. 239, m.nt. G.L.C.

⁴⁴⁾ CRvB 15 augustus 1991, MRT 1992, p. 257.

meer voor.⁴⁵⁾

Teruggang

Het verlaten in een beoordeling van het niveau dat in een of meer voorafgaande beoordelingen is toegekend, is zeker mogelijk. Wel heeft de CRvB aangegeven dat naarmate de periode gedurende welke door dezelfde beoordelaar een bepaald beoordelingsniveau omtrent een militair (in dezelfde functie) in stand is gehouden langer heeft geduurd, strengere eisen dienen te worden gesteld aan de motivering om dat niveau terug te brengen. Daarbij kan niet worden volstaan met de stelling dat de vorige beoordelingen te hoog waren, maar moeten de nieuw toegekende (lagere) waarderingen worden gegrond op feiten en/of omstandigheden die zich (mede) hebben voorgedaan in de periode die door de nieuwe (lagere) beoordeling wordt bestreken.⁴⁶⁾ Van belang is dat het in deze casus ging om dezelfde beoordelaar; ook is van betekenis de periode gedurende welke bepaalde scores zijn toegekend. Niet uit het oog mag worden verloren dat de Raad hier spreekt over strengere eisen te stellen aan de motivering. Uitgangspunt is hoe dan ook dat een beoordeling moet steunen op feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan in het betreffende tijdvak.

Bijstellen door tweede beoordelaar

De BFBD geeft aan dat de tweede beoordelaar kan instemmen met het oordeel van de eerste beoordelaar, maar ook – indien hij daartoe aanleiding ziet – gemotiveerd kan afwijken van het oordeel van de eerste beoordelaar (art. 20, derde lid). De tweede beoordelaar is dus gerechtigd tot een (negatieve) bijstelling van de beoordeling. Met betrekking tot een beoordeling van een sergeant van de Koninklijke luchtmacht overwoog de CRvB echter dat naarmate de eigen waarneming van de tweede beoordelaar qua tijdsduur en/of intensiteit beperkter is, het moeilijker is om tot een afgewogen, gefundeerd oordeel te komen, hetgeen aanleiding kan geven bij de tweede beoordelaar tot een zekere terughoudendheid of tot het raadplegen van andere bronnen, zeker als de tweede beoordelaar denkt aanmerkelijk lager te waarderen dan de eerste beoordelaar gedaan heeft.⁴⁷⁾ Indien de tweede beoordelaar meent waarderingen van de eerste beoordelaar te moeten verlagen, mag van hem worden verwacht dat hij daarvoor een duidelijke verklaring geeft. Met name geldt dit indien waarderingen komen beneden het niveau 'c' (voldoet aan de eisen). De tweede beoordelaar dient overigens terughoudend te zijn indien hij de beoordeelde slechts op afstand heeft waargenomen.⁴⁸⁾

Toekomstverwachting

Op grond van het vierde lid van art. 131a AMAR kan bij het opmaken van een beoordeling een toekomstverwachting worden opgemaakt. Het begrip toekomstverwachting wordt in het AMAR en in de BFBD niet omschreven. In art. 71, vierde lid, Besluit algemene rechtspositie politie wordt een toekomstverwachting (samengevat) omschreven als een systematische bezinning op de behoeften en potentiële capaciteiten van de ambtenaar

⁴⁵⁾ CRvB 2 november 1995, MRT 1996, p. 336, m.nt. G.F.W., CRvB 29 augustus 1996, TAR 1997, 16, m.nt. G.L.C. p. 234; MRT 1997, p. 87, m.nt. G.F.W., CRvB 29 mei 1997, MRT 1998, p. 179; CRvB 2 mei 2002, MRT 2003, p. 96, CRvB 2 oktober 2003, LJN AM2589, CRvB 14 oktober 2004, LJN AR4402 en CRvB 9 december 2004, LJN AR7783.

⁴⁶⁾ CRvB 28 juni 1984, TAR 1984, 201.

⁴⁷⁾ CRvB 28 januari 1993, MRT 1993, p. 235, m.nt. G.L.C.

⁴⁸⁾ CRvB 2 november 1995, MRT 1996, p. 336, m.nt. G.F.W. en CRvB 11 maart 1999, MRT 2000, p. 202, m.nt. G.F.W. In de laatste uitspraak ging het om een bijgestelde toekomstverwachting.

bekeken in het kader van de mogelijkheden binnen het desbetreffende korps of andere delen van de politieorganisatie, welke bezinning uitmondt in concrete afspraken alsmede het daarop tijdig actie ondernemen.⁴⁹⁾

Een beoordeling kan dikwijls in twee delen worden gesplitst, een functiebeoordeling en een potentieelbeoordeling. Bij het eerste deel gaat het om een uitspraak over gedrag en over prestaties in de arbeidsverhouding. In het tweede deel betreft het een uitspraak over toekomstmogelijkheden. Ingevolge het vierde lid van artikel 131a AMAR kan ten aanzien van een militair naast de beoordeling van zijn functioneren een verwachting worden opgesteld over zijn toekomstmogelijkheden. Dit geldt vooral bij beroepsmilitairen aangesteld voor onbepaalde tijd met het oog op loopbaanplanning. Een uitspraak over geschiktheid voor andere, mogelijk hogere functies is van een andere orde dan de kwalificatie van prestaties en gedragingen die in het beoordelingsstijdvak hebben plaatsgevonden. Bij een potentieelbeoordeling wordt vanuit het huidige functioneren een schatting gemaakt over mogelijke doorgroei. Er is in het algemeen geen rechtstreeks verband tussen de hoogte van de functiebeoordeling en een potentieelbeoordeling. Het is echter aannemelijk dat uit een functiebeoordeling op het niveau 'bc' – (kleine) tekortkomingen dus – de conclusie kan worden getrokken dat beoordeelde niet of nog niet geschikt is voor een functie op het hogere niveau.⁵⁰⁾ Een hoge functiebeoordeling behoeft daarentegen niet als vanzelf tot een positieve toekomstverwachting voor wat betreft het functioneren op een hoger niveau te leiden.⁵¹⁾ Wel is vereist dat de waarderingen of uitlatingen bij de toekomstverwachting te rijmen zijn met de waarderingen in de functiebeoordeling.⁵²⁾

Als algemene regel geldt dat elke beoordeling moet worden gedragen door het functioneren van de beoordeelde in het betreffende tijdvak. Uit enkele uitspraken van de CRvB kan worden afgeleid dat het voor de motivering van de toekomstverwachting niet ontoelaatbaar is ook prestaties en gedragingen uit voorgaande tijdvakken te gebruiken.⁵³⁾

Bijzondere omstandigheden

In het algemeen geldt dat de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden aan een beoordeling van de functievervulling niet in de weg staat.⁵⁴⁾ Factoren die de kwaliteit of de kwantiteit van de functievervulling in relevante mate hebben beïnvloed moeten in de beoordeling worden vermeld. Daarbij gaat het zowel om omstandigheden die met de dienst samenhangen als om buiten de werksfeer gelegen omstandigheden. De scores in een beoordelingslijst moeten in een dergelijk geval worden gezien in samenhang met de beschreven omstandigheden.⁵⁵⁾

⁴⁹⁾ Besluit van 16 maart 1994, Stb. 1994, 214, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 25 maart 2004, Stb. 2004, 130.

⁵⁰⁾ ArrRb 's-Gravenhage 7 november 1994, MRT 1995, p. 274, m.nt. G.F.W.

⁵¹⁾ CRvB 11 mei 1995, TAR 1995, 171; MRT 1996, p. 76, m.nt. G.F.W.

⁵²⁾ CRvB 11 maart 1999, MRT 2000, p. 202, m.nt. G.F.W., CRvB 11 november 1999, TAR 2000, 5; MRT 2000, p. 412, m.nt. G.F.W. en CRvB 2 mei 2002, TAR 2002, 127.

⁵³⁾ CRvB 27 april 1979, MRT 1980, p. 44, m.nt. E.H.N. en CRvB 15 maart 1984, TAR 1984, 105.

⁵⁴⁾ CRvB 26 oktober 1984, TAR 1985, 7, m.nt. G.L.C. p. 147; CRvB 19 december 1996, MRT 1997, p. 268, m.nt. G.F.W.; CRvB 5 november 1998, TAR 1998, 191 en CRvB 16 december 1999, TAR 2000, 26, m.nt. P.L. de Vos, p. 222. Zie ook CRvB 1 april 2004, LJN A07796 en CRvB 14 oktober 2004, LJN AR4402.

⁵⁵⁾ CRvB 28 oktober 1983, MRT 1984, p. 267, m.nt. G.L.C.; CRvB 9 januari 1984, TAR 1984, 63; CRvB 13 oktober 1994, TAR 1994, 246; CRvB 23 december 1999, MRT 2000, p. 342, m.nt. G.F.W. en CRvB 23 september 2004, TAR 2004, 159.

Hoe moeten bijzondere omstandigheden in een beoordeling worden verwerkt? Vooropgesteld zij dat bijzondere omstandigheden als bijvoorbeeld een minder goede gezondheidstoestand er niet toe kunnen leiden dat in het kader van de beoordeling van de functievervulling lagere eisen worden gehanteerd.⁵⁶⁾ Bijzondere omstandigheden dienen niet bij de waardering van de gezichtspunten te worden meegenomen (voor de beoordelingslijst bij de BFBD de rubrieken 7 en 8, Functievervulling en Competenties). Zij dienen in voorkomend geval bij de aanvullende opmerkingen te worden verwoord.⁵⁷⁾ De waarderingen voor de verschillende gezichtspunten moeten dan bezien worden in het licht van de bijzondere omstandigheden.

Afzien van een beoordeling

Naar vaste jurisprudentie van de CRvB moet een beoordeling slechts dan achterwege blijven indien op grond van bijzondere omstandigheden niet op verantwoorde wijze een oordeel kan worden gevormd over het functioneren van de ambtenaar in de betreffende periode.⁵⁸⁾ Een goed voorbeeld is de beoordeling van een adjudant-onderofficier van het Korps mariniers tijdens een oefenperiode in de winter in Noorwegen in 1982. Het ging hierbij niet alleen om een zeer korte periode (292 maand), gedurende welke onder zeer zware omstandigheden dienst te velde moest worden verricht; ook was van belang dat de adjudant door een val een ernstige schouderblessure had opgelopen. Onder die omstandigheden had naar het oordeel van de Raad moeten worden afgezien van het opmaken van een beoordeling.⁵⁹⁾ Ook privé-omstandigheden, bijvoorbeeld zeer ernstige huiselijke problemen in verband met de gezondheid van gezinsleden, kunnen leiden tot de conclusie dat van een beoordeling moet worden afgezien.⁶⁰⁾ In enkele recente uitspraken is een verband gelegd met het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel van fair play. Vanwege zeer bijzondere – met de uitoefening van de functie samenhangende – omstandigheden was het niet fair om over de betrokken ambtenaar een beoordeling op te maken.⁶¹⁾

Gedragingen in de privé-sfeer

Als het om beoordelen gaat is er een opmerkelijk verschil tussen de rechtspositie van ambtenaren bij defensie – militairen en burgerambtenaren – en andere ambtenaren. Op grond van het ARAR en andere rechtspositieregelingen wordt een beoordeling uitgebracht over de wijze waarop de ambtenaar zijn functie vervult, en omtrent zijn gedragingen tijdens de uitoefening van die functie.⁶²⁾ Conform het AMAR en sinds 2003 ook op grond van het BARD wordt de militair respectievelijk de ambtenaar bij defensie ook beoordeeld omtrent zijn gedrag in relatie tot de functie.⁶³⁾ Voor militairen is de mogelijkheid tot het betrekken in de beoordeling van gedrag buiten dienst een oud gegeven. De beperking tot 'gedrag in relatie tot de functie' is pas in 1986 aangebracht. Volgens toelichtingen bij beoordelingsregelingen van na 1986 mochten alleen gedragingen in beschouwing worden

⁵⁶⁾ CRvB 18 november 1999, TAR 2000, 9; JB 2000, 76.

⁵⁷⁾ CRvB 19 mei 1995, MRT 1995, p. 330, m.nt. G.L.C. en CRvB 14 juli 2005, LJN AT9951.

⁵⁸⁾ CRvB 26 oktober 1984, TAR 1985, 7, m.nt. G.L.C. p. 147; CRvB 1 november 1984, TAR 1985, 10; MRT 1985, p. 109, m.nt. G.L.C.; CRvB 28 januari 1988, TAR 1988, 71; CRvB 23 december 1999, MRT 2000, p. 342, m.nt. G.F.W. en CRvB 7 oktober 2004, LJN AR4391.

⁵⁹⁾ CRvB 1 november 1984, TAR 1985, 10; MRT 1985, p. 109, m.nt. G.L.C.

⁶⁰⁾ CRvB 3 mei 1973, MRT 1974, p. 104.

⁶¹⁾ Rb Den Haag 29 maart 2002, TAR 2002, 84 en CRvB 1 juli 2004, TAR 2004, 142.

⁶²⁾ ARAR art. 71a in samenhang met BBR 1985 artt. 1 en 5. Zie ook art. 71, tweede lid, Besluit algemene rechtspositie politie.

⁶³⁾ AMAR art. 131a, derde lid, en BARD art. 90a, derde lid.

genomen die van invloed waren op de functievervulling. Dit konden gedragingen zijn buiten dienst en buiten de militaire samenleving die positief of negatief van invloed waren geweest op de vervulling van de functie in de ruime zin van het woord.⁶⁴⁾ Voor zover bekend zijn er geen rechterlijke uitspraken over het criterium 'gedrag in relatie tot de functie'. In de jaren zestig, zeventig en tachtig, vóór de inwerkingtreding van beoordelingsregelingen op grond van het AMAR, was het gedrag buiten dienst meerdere malen onderwerp van beoordelingsgedingen. Waarschijnlijk zijn beoordelaars heden ten dage terughoudend in het verwerken van gedrag buiten dienst. Deze restrictieve benadering past bij de sterkere scheiding tussen 'dienst' en 'privé' die ook in de krijgsmacht gangbaar is geworden.⁶⁵⁾

Reeds bestraft gedrag

Met betrekking tot gedrag dat reeds strafrechtelijk of tuchtrechtelijk is bestraft, geldt nog steeds de regel dat er bij het opmaken van een beoordeling rekening mee mag worden gehouden. Dat wil zeggen dat een uitspraak van de strafrechter of een opgelegde tuchtrechtelijke straf slechts in een beoordeling tot uitdrukking mag worden gebracht indien de misdrijving die tot de straf heeft geleid in het beoordelingstijdvak heeft plaatsgevonden.⁶⁶⁾ Hierbij geldt de beperking die hierboven is verwoord met betrekking tot gedragingen in de privé-sfeer. Het verwerken van strafrechtelijk of tuchtrechtelijk laakbaar gedrag kan ook gezien worden uit de optiek van administratieve maatregelen. Justitie en bestuur, officier van justitie en strafrechter en beoordelaars hebben ieder een eigen verantwoordelijkheid om binnen de geldende regelingen een zelfstandig beleid te voeren. Een beoordelaar is dus niet gebonden aan de afloop van een strafrechtelijke procedure; hij dient in voorkomend geval de laakbare gedraging te waarderen binnen de mogelijkheden die de beoordelingsreling hem biedt.

Beoordelaars

Ingevolge art. 131a, zesde lid AMAR wordt de beoordeling over een militair opgemaakt door een eerste en in beginsel een tweede beoordelaar. Als eerste beoordelaar treedt op de functionele chef van de militair. Onder functionele chef wordt verstaan de functionaris onder wiens toezicht en leiding de functie wordt vervuld, dan wel de functionaris die als zodanig door het bevoegd gezag is aangewezen.⁶⁷⁾ De tweede beoordelaar is de commandant van de militair, dan wel een door de commandant aangewezen functionaris. De beoordeling wordt namens de commandant vastgesteld door de tweede beoordelaar.⁶⁸⁾ Ook in andere ambtelijke beoordelingsregelingen wordt er van uitgegaan dat voor een beoordeling meerdere beoordelaars optreden. De CRvB heeft meerdere malen overwogen dat niet lichtvoetig van dit uitgangspunt mag worden afgeweken. Ter bevordering van de objectiviteit van de beoordeling is het geraden dat naast de directe chef nog iemand anders – meestal diens chef – zijn oordeel geeft over de functievervulling door de beoordeelde. Er moet niet te snel worden afgeweken van de hoofdregel dat meer dan één beoordelaar wordt aangewezen.⁶⁹⁾ In het uitzonderlijke geval dat de functionaris die als tweede beoor-

⁶⁴⁾ Zie thans BFBD art. 16, laatste zin.

⁶⁵⁾ Opgemerkt zij wel dat gedrag buiten dienst geregeld aanleiding is voor het ontslag van militairen, met name op grond van wangedrag met toepassing van art. 39, tweede lid, aanhef en onder I AMAR.

⁶⁶⁾ Zie ook G.L.Coolen. Bezwaren tegen beoordelingen en het standpunt van de rechter, MRT 1982, p. 127-128 en 130.

⁶⁷⁾ BFBD art. 1, onder f.

⁶⁸⁾ Toelichting bij BFBD.

⁶⁹⁾ CRvB 15 augustus 1996, TAR 1996, 174 en CRvB 23 september 2004, TAR 2004, 159.

delaar of mede-beoordelaar in aanmerking komt in het geheel geen zicht heeft op het functioneren van de te beoordelen persoon kan met één beoordelaar worden volstaan.⁷⁰⁾

Verhouding tussen beoordeelde en beoordelaar(s)

Hierboven is al aangegeven dat een beoordeling achterwege behoort te blijven indien op grond van bijzondere omstandigheden niet op verantwoorde wijze een oordeel kan worden gevormd over het functioneren van de militair. Verschillen van inzicht tussen beoordeelde en beoordelaar behoeven niet te verhinderen dat voldoende objectief een beoordeling wordt opgemaakt. Er kan echter een zodanige graad van animositeit ontstaan dat de beoordelaar niet in staat moet worden geacht zich op verantwoorde wijze een oordeel te vormen over het functioneren van de militair.⁷¹⁾ Dit criterium kan sinds de invoering van de Awb worden gezien als een uitvloeisel van art. 2:4, eerste lid: het bestuursorgaan vervult zijn taak zonder vooringenomenheid. Een bestuursorgaan moet objectief oordelen; er moet sprake zijn van een zuivere oordeelsvorming. Meningsverschillen tussen beoordeelde en beoordelaar, zelfs wrijvingen die tot een verstoorde werkverhouding hebben geleid, behoeven nog niet te verhinderen dat met de vereiste objectiviteit een beoordeling wordt opgemaakt. Uit de beoordeling, met inbegrip van de bijgevoegde toelichting, kan blijken van een evenwichtige benadering van het functioneren van beoordeelde waarbij dit op zorgvuldige wijze is gezien.⁷²⁾ Vooringenomenheid van de beoordelaar(s) blijkt wel uit uiterst lage scores, niet steeds zakelijke en soms overtrokken omschrijvingen en louter negatieve bewoordingen. Geregeld moet in gerechtelijke procedures de vraag worden beantwoord of een beoordeling met voldoende mate van objectiviteit is uitgebracht.⁷³⁾

Vormvoorschriften

Ook vóór de invoering van de Awb gold het beginsel in het bestuursrecht – en dus ook in het ambtenarenrecht – dat schending van vormvoorschriften niet steeds tot vernietiging van het bestreden besluit behoort te leiden. Dit beginsel is nu vastgelegd in art. 6:22 Awb: een besluit kan in bezwaar of beroep in stand worden gelaten indien blijkt dat de belanghebbende door het schenden van het vormvoorschrift niet is benadeeld. Met een vormvoorschrift wordt bedoeld een voorschrift dat ziet op de procedure van totstandkoming of de wijze waarop het besluit moet worden genomen of vastgelegd; daarbij behoren ook regels over het horen van belanghebbenden.⁷⁴⁾

In 1990 overwoog de CRvB met betrekking tot een beoordeling van een gemeentebestuurder dat aan deze beoordeling en aan het bestreden besluit weliswaar gebreken kleefden, maar dat dit tot een zo weinig substantiële processuele benadeling van beoordeelde heeft geleid dat een nietigverklaring als een onevenwichtige reactie op die gebre-

⁷⁰⁾ CRvB 11 mei 1995, TAR 1995, 171; MRT 1996, p. 76, m.nt. G.F.W. en CRvB 25 februari 1999, TAR 1999, 66.

⁷¹⁾ CRvB 22 maart 1990, TAR 1990, 123, m.nt. B.W.N. de Waard TAR 1991, p. 157; AB 1990, 477, m.nt. H.H.

⁷²⁾ CRvB 1 augustus 2002, TAR 2002, 163; CRvB 23 september 2004, LJN AR2709 en CRvB 1 september 2005, LJN AU2922.

⁷³⁾ CRvB 27 juli 1995, MRT 1996, p. 126; CRvB 3 april 1997, TAR 1997, 109; CRvB 29 mei 1997, MRT 1998, p. 179; CRvB 16 oktober 1997, MRT 1998, p. 29, m.nt. G.F.W.; CRvB 11 februari 1999, MRT 2000, p. 96, m.nt. G.F.W.; CRvB 1 augustus 2002, TAR 2002, 163 en CRvB 26 september 2002, TAR 2003, 54, m.nt. G.L.C. p. 381; MRT 2003, p. 174, m.nt. G.F.W.

⁷⁴⁾ Parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, Eerste tranche, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink, 1993, p. 314.

ken moet worden beschouwd.⁷⁵⁾ In 1997 – na de inwerkingtreding van de Awb – ziet de Raad in het niet geheel de hand houden aan de in de toepasselijke beoordelingsregeling voorgeschreven termijnen onvoldoende grond voor vernietiging van de beoordeling. De Raad ziet deze termijnen als termijnen van orde.⁷⁶⁾

In art. 131a AMAR zijn meerdere vormvoorschriften opgenomen. Zo is in het zevende lid gesteld dat bij het uitbrengen van een beoordeling een personeelsbeoordelingsadviseur aan de beoordelaar kan worden toegevoegd. Deze regel is uitgewerkt in art. 17 BFBD. Met name is de commandant verplicht een personeelsbeoordelingsadviseur toe te voegen aan een beoordelaar indien de militair daarom verzoekt. Juist indien er verschillen van mening zijn tussen beoordeelde en beoordelaar of wanneer toezeggingen zijn gedaan over het betrekken van een adviseur, kan het optreden van een personeelsbeoordelingsadviseur naar het oordeel van de CRvB van grote betekenis zijn.⁷⁷⁾

Na het opmaken van de beoordeling moet deze met de militair worden besproken, aldus het achtste lid van art. 131a. Art. 19 BFBD geeft vervolgens aan dat de opgemaakte beoordeling aan de militair wordt bekendgemaakt en zo spoedig mogelijk daarna door de eerste beoordelaar in een beoordelingsgesprek wordt toegelicht. In 1995 heeft de CRvB uitspraak gedaan over de beoordeling van een marineofficier waarbij hij oordeelde dat de beoordeelde door het achterwege blijven van beoordelingsgesprekken, gegeven de concrete omstandigheden, niet in betekenende mate in zijn belangen is geschaad, zodat het onevenwichtig zou zijn dit vormverzuim tot nietigheid van de beoordeling te laten leiden. Om welke 'concrete omstandigheden' het ging, blijkt niet uit de uitspraak. In ieder geval waren er geen geografische omstandigheden die beoordelingsgesprekken verhinderden⁷⁸⁾ Uit verschillende andere, meer recente uitspraken blijkt dat een beoordelingsgesprek een wezenlijk onderdeel is van een beoordelingsprocedure.⁷⁹⁾

Het achtste lid van art. 131a geeft ook aan dat de beoordeelde de gelegenheid krijgt zijn bedenkingen tegen de opgemaakte beoordeling binnen twee weken schriftelijk bij de tweede beoordelaar kenbaar te maken. Zie ook art. 19, derde lid BFBD. Deze termijn wordt ook door de bestuursrechter van wezenlijke betekenis geoordeeld. In een zaak waarbij de tweede beoordelaar de beoordeling had vastgesteld zonder het einde van deze termijn af te wachten overwoog de CRvB dat er procedurevoorschriften zijn die een zodanig cruciale betekenis hebben dat schending daarvan niet kan worden goedge maakt in een bezwaarschriftenprocedure.⁸⁰⁾ Van belang is nog op te merken dat indien een beoordeelde niet tijdig of in het geheel geen bedenkingen uit, hij niettemin met toepassing van art. 7:1 Awb bezwaar kan maken tegen de beoordeling zoals deze is vastgesteld door de tweede beoordelaar.⁸¹⁾

⁷⁵⁾ CRvB 22 februari 1990, TAR 1990, 87; AB 1990, 436, m.nt. H.H. Zie ook CRvB 19 februari 1987, TAR 1987, 95.

⁷⁶⁾ CRvB 3 april 1997, TAR 1997, 109. Zie ook Rb Den Haag 26 september 2002, TAR 2002, 154; CRvB 3 april 2003, LJN AF9576 en CRvB 14 oktober 2004, LJN AR4402.

⁷⁷⁾ CRvB 20 mei 1985, TAR 1985, 149 en CRvB 27 september 2001, TAR 2001, 158.

⁷⁸⁾ CRvB 26 augustus 1994, MRT 1995, p. 126, m.nt. G.L.C.

⁷⁹⁾ CRvB 26 juni 1997, TAR 1997, 189; CRvB 4 juli 2002, TAR 2002, 144 en CRvB 29 september 2005, LJN AU3752.

⁸⁰⁾ CRvB 12 april 1990, TAR 1990, 132; MRT 1991, p. 280, m.nt. G.L.C. Zie ook Rb Den Haag 26 september 2002, TAR 2002, 154.

⁸¹⁾ CRvB 26 maart 1998, TAR 1998, 92.

Vóór 2003 waren er in verschillende beoordelingsregelingen voor militairen bepalingen opgenomen die er op neerkwamen dat minder goede gedragingen of tekortkomingen in het functioneren de beoordeelde zo spoedig mogelijk ter kennis moesten worden gebracht. De beoordeelde moest worden 'gewaarschuwd'. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat de beoordelaar tijdig en concreet moest aangeven in welk opzicht de beoordeelde tekortschoot.⁸²⁾ Er is in de BFBD geen expliciete bepaling opgenomen over 'waarschuwen'. Wel is in art. 14 van de regeling aangegeven dat in het beoordelingstijdvak in beginsel ten minste één functioneringsgesprek heeft plaatsgevonden. Uit de toelichting bij de BFBD blijkt, onder het kopje 'Functioneringsgesprekken', dat een functioneringsgesprek in voorkomend geval mede omvat het aan de orde stellen van tekortkomingen in het functioneren teneinde voor de toekomstige functioneringsperiode afspraken te maken over het functioneren met inbegrip van de vaststelling van criteria en normeringen om de gemaakte afspraken aan te toetsen. Het gestelde in art. 14 zal tegen deze achtergrond moeten worden bezien. Van belang is nog dat art. 14 niet absoluut verplicht stelt dat in het beoordelingstijdvak een functioneringsgesprek heeft plaatsgevonden. In dezelfde lijn is de rechtspraak van de CRvB; ook als de beoordelingsregeling voorschrijft dat functioneringsgesprekken worden gehouden en deze vervolgens niet met de ambtenaar worden gevoerd, betekent dit niet in alle gevallen dat geen beoordeling mag worden uitgebracht.⁸³⁾ Hoe dit zij, in aansluiting op hetgeen hierboven onder 'Onderwerp van de beoordeling' is gesteld: de beoordeelde moet de eisen die worden gesteld kennen; kritiek op zijn functioneren mag voor hem in wezen geen verrassing zijn.

Afronding

Voor militairen zijn in 2003 periodieke beoordelingen vervangen door jaarlijks te houden functioneringsgesprekken. Aan de wijze van de functievervulling en aan het gedrag in relatie tot de functie moet ten minste een keer per jaar aandacht besteed worden door middel van het houden van een functioneringsgesprek. Aan het functioneringsgesprek wordt deelgenomen door de militair en diens functionele chef. Met instemming van beide deelnemers kunnen een of meer andere personen aan het gesprek deelnemen.⁸⁴⁾

Uit de meer algemene literatuur over beoordelen blijkt dat een functioneringsgesprek bedoeld is als een zaak tussen leidinggevende en medewerker. Het moet een tweegesprek over de werksituatie zijn waarbij beiden aan het woord zijn. Conclusies en afspraken behoren gezamenlijk te worden geformuleerd. Het verslag van een functioneringsgesprek blijft in beginsel bij de twee gesprekspartners; hoogstens wordt een kopie bewaard bij de personeelsafdeling om te controleren of geregeld functioneringsgesprekken worden gehouden.⁸⁵⁾

⁸²⁾ CRvB 1 maart 1990, MRT 1991, p. 242, m.nt. G.L.C.; CRvB 9 januari 1992, MRT 1993, p. 32, m.nt. G.L.C.; CRvB 6 november 1997, MRT 1998, p. 349, m.nt. G.F.W.; CRvB 11 november 1999, TAR 2000, 5; MRT 2000, p. 412, m.nt. G.F.W.; CRvB 2 mei 2002, MRT 2003, p. 96 en CRvB 14 juli 2005, LJN AT9951.

⁸³⁾ CRvB 3 april 2003, TAR 2003, 122, m.nt. G.L.C. p. 629. Zie ook CRvB 1 juli 2004, LJN AQ0456, waarbij de Raad een beoordeling vernietigde omdat niet de voorgeschreven functioneringsgesprekken waren gehouden en evenmin verslagen van vergelijkbare gesprekken voorhanden waren.

⁸⁴⁾ AMAR art. 131, leden 1, 2 en 3.

⁸⁵⁾ M.H. van der Avoird en R. Brouwer, Het functioneringsgesprek, De Bilt: Bosch en Keuning, 1996, p. 10-16.; R. Witjas en R. Rosenmöller, Beoordelen, Zaltbommel: Schouten en Nelissen, Thema, 1997, p. 16-26; L.J.C.M. Govaert, Handboek functioneren en beoordelen, Arnhem: Logistics Net, 2000, p. 32-43 en G. Haantjes, Beter functioneren en beoordelen, voor leidinggevende en medewerker, Zaltbommel: Thema, 2003, p. 13-27.

Hierbij sluit aan dat aan functioneringsgesprekken geen rechtspositionele gevolgen zijn verbonden.⁸⁶⁾

Bij de wijziging van het ARAR in 2001 is aangegeven dat het gesprek genoemd in art. 71 veel weg heeft van een functioneringsgesprek. In de heersende opvatting is dit – aldus de nota van toelichting – een open en tweezijdig gesprek tussen gelijkwaardige gesprekspartners. Op basis van het gesprek van art. 71 kan evenwel het oordeel van het bevoegd gezag over het functioneren van de ambtenaar tot stand komen, waarop de beloningsbeslissing wordt gebaseerd.⁸⁷⁾ In het vijfde lid van art. 131 AMAR is bepaald dat de afspraken en aandachtspunten uit het functioneringsgesprek worden opgelegd in het personeelsdossier. Volgens de nota van toelichting kan de neerslag van functioneringsgesprekken een rol spelen bij te nemen beheersbeslissingen.⁸⁸⁾ Het gestelde in de toelichting bij de BFBF sluit daarbij aan: de verslaglegging van de functioneringsgesprekken draagt bij aan het instrumentarium voor loopbaanbeleid en ‘talentmanagement’.⁸⁹⁾ Het functioneringsgesprek lijkt daarmee voor militairen een betekenis te hebben gekregen die voorheen was verbonden aan de periodieke beoordeling. Het is de vraag of het daarmee niet een andere rechtspositionele status heeft verkregen.

Is er nog toekomst voor functiebeoordelingen in de krijgsmacht? Ook in een flexibel personeelssysteem zoals dat door de staatssecretaris van Defensie is gepresenteerd,") blijft in ieder geval voor beroepsmilitairen aangesteld voor onbepaalde tijd de systematiek bestaan van geregelde functiewisseling, al dan niet gepaard gaand met bevordering. In een uitspraak van de CRvB uit 2004 werd de Bevelhebber der landstrijdkrachten (BLS) aangerekend dat er ten behoeve van de selectie uit gegadigden voor een luitenantfunctie onvoldoende relevante gegevens voorhanden waren. Met name werd de BLS toegerekend dat was nagelaten een adjudant tijdig te laten beoordelen.") Het mag zo zijn dat aan een beoordelingssysteem bepaalde nadelen kleven; vastgestelde beoordelingen bieden onmiskenbaar een goede basis – naast andere gegevens – voor het nemen van personeelsbeslissingen die een rechterlijke toetsing kunnen doorstaan. Daarbij gaat het bijvoorbeeld ook om besluiten over een vervolgopleidingen over ontslag.⁹²⁾

Een belangrijk kenmerk van het flexibele personeelssysteem is de beslissing over het al dan niet voortzetten van de loopbaan van een militair bij de krijgsmacht. Het lijkt erop dat die keus uiterlijk rond het 35^e levensjaar moet worden gemaakt. Maar op basis van welke gegevens wordt die keus door het bestuur gemaakt? Het selectieproces zal zeker moeten voldoen aan eisen van objectiviteit, transparantie en toetsbaarheid. Er staan zowel voor de krijgsmacht als voor de militairen grote belangen op het spel. In dat proces kunnen zeker de beoordelingen die in de loop der jaren na de initiële opleiding door verschillende chefs zijn opgemaakt een belangrijke functie vervullen.

⁸⁶⁾ Arbeidsrecht bij de overheid, Samson, losbladig, band 2, E2120, B.H. Abbing, Personeelsbeoordeling en functioneringsgesprekken (1995), p. 20.

⁸⁷⁾ Besluit van 16 februari 2001, Stb. 2001, 99, p. 66.

⁸⁸⁾ Besluit van 12 mei 2003, Stb. 2003, 210, p. 6.

⁸⁹⁾ www.defensie.nl/personeel/mp-publicaties/32-102.

⁹⁰⁾ Kamerstuk II 29800 X, nr 62 en vervolgstukken.

⁹¹⁾ CRvB 2 april 2004, MRT 2004, p. 460.

⁹²⁾ Zie bijvoorbeeld het ontslag van een sergeant van het Korps mariniers op basis van drie ontoereikende beoordelingen: CRvB 7 november 2002, MRT 2003, p. 185, m.nt. G.F.W.

OPMERKELIJKE ZAKEN (5)

Krijgsraden leggen soms bedenkelijk lichte straffen op

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

Een bijdrage, waarvan de titel is ontleend aan een uitspraak, in het jaar 1929 door de redactie van het MRT gedaan naar aanleiding van een vonnis van de krijgsraad te S-Hertogenbosch.')

Inleiding

Soldaat Cornelis Koenraads, dienstplichtig stukrijder bij de 2e Schoolbatterij van het 2e Regiment Veldartillerie te 's-Gravenhage, is sedert zijn indiensttreding op 15 december 1927 vele malen tuchtrechtelijk gestraft; en ook eenmaal strafrechtelijk.¹⁾ Als hij zich wederom misdraagt, is voor de korps-commandant de maat vol: hij straft Koenraads met plaatsing in de tuchtklasse voor de tijd van zes maanden. Het is het jaar 1928.

Op de dag waarop Koenraads de straf zal worden aangezegd, komt hij niet opdagen. Hij blijkt te zijn gevlucht. Als hij een maand later, op 27 november 1928, door de militaire politie te 's-Gravenhage wordt aangehouden, verklaart hij dat hij het besluit heeft genomen voortaan elke dienst te weigeren. Hem staat, zegt hij, slechts één doel voor ogen: ontslag.

Koenraads is bij zijn aanhouding gekleed in burger. Als hem wordt opgedragen zijn uniform aan te trekken, weigert hij dit; en hij blijft weigeren, halsstarrig.

Besloten wordt Koenraads naar de krijgsraad te verwijzen. Aldus geschiedt.

Het vonnis van de krijgsraad

Op 20 januari 1928 houdt de krijgsraad zitting. Na sluiting van het onderzoek wordt soldaat Koenraads schuldig verklaard aan (1) desertie, gepleegd in tijd van vrede, en (2) opzettelijke ongehoorzaamheid, waarbij de schuldige in zijn ongehoorzaamheid volhardt. De krijgsraad veroordeelt hem tot een gevangenisstraf voor de duur van drie maanden, met de bepaling dat de tijd die vóór de tenuitvoerlegging van het vonnis in voorlopige hechtenis is doorgebracht, bij de uitvoering van de opgelegde gevangenisstraf in mindering zal worden gebracht. Ook wordt hem de bijkomende straf van ontslag uit de militaire dienst opgelegd, zonder ontzegging van het recht om bij de gewapende macht te dienen.

Het vonnis lokt reacties uit

Het vonnis is voor kapitein Jhr. D.W. Sickinghe, batterij-commandant bij het 2e Regiment Veldartillerie, reden om in een (in het MRT geplaatste) bijdrage te stellen dat de militaire rechter zijns inziens in veel gevallen 'te lankmoedig' optreedt. Met name voor militaire delicten worden naar zijn oordeel veel te lichte straffen opgelegd. Hierdoor wordt 'de tucht in het leger aan het wankelen wordt gebracht'. Over de aan soldaat Koenraads opgelegde straf merkt hij op: 'In het kort komt het hierop neer, dat C.K. zijn zin krijgt. Hij

¹⁾ De namen in deze bijdrage zijn (op één na) verzonnen.

²⁾ Krijgsraad Landmacht Den Bosch 23 april 1928, MRT 1929130 (deel XXV), p. 247

gaat niet naar de tuchtklasse, hij wordt vrijgesteld van de voor anderen zoo drukkende herhalingsoefeningen en bij eene eventueel volgende mobilisatie lacht hij de brave Hendriken en hunne meerderen gladweg uit. Waarom is de batterij-commandant niet gehoord? Hij had de rechter uitvoerig omtrent 's mans gedrag kunnen inlichten.'³⁾

Ook de redactie van het MRT reageert, in een naschrift bij de bijdrage van kapitein Sickinghe. De redactie begint met vast te stellen dat zij de strekking van het betoog van kapitein Sickinghe 'niet onjuist' acht. Aan deze vaststelling voegt zij vervolgens toe:

'Het heeft ook ons meermalen getroffen dat de Nederlandsche militaire rechtscolleges in den regel zeer lichte, soms bedenkelijk lichte straffen opleggen, zoodat de militaire chefs daarin, bij de hun opgedragen, vooral in onze dagen zeer moeilijke en toch noodzakelijke handhaving eener strenge krijgstucht niet steeds den steun vinden, welken zij vooral ook van die zijde, als onmisbaar mogen verwachten. (...). Deze C.K. had het er évident op toegelegd om uit den dienst te worden ontslagen en daarnaar zijn (wan)gedrag bepaald. Maar juist daarom had de krijgsraad hem niet ter wille mogen zijn. (...). Door ontslag uit den dienst ontkomt deze dienstplichtige vooreerst aan zes maanden plaatsing in de tucht-klasse en aan de als gevolg daarvan en van verschillende andere straffen belangrijke verlenging van de werkelijke dienst. (...). Verder is hij vrij van twee herhalingsoefeningen telkens gedurende 17 dagen, van de jaarlijkse inspecties door den indeelingscommandant en eindelijk van opkomst bij een eventuele mobilisatie. Hiertegenover staan drie maanden gevangenisstraf, waarvan dan nog 54 dagen in vóórarrest doorgebracht, in mindering zijn gekomen.'⁴⁾

Het kan nog lichter

Op 19 februari 1926 verlaat huzaar der 1e klasse Rinus Brongers zonder verlof zijn korps, het 2e Regiment Huzaren, gelegerd te 's-Gravenhage. Hij begeeft zich naar Rijssel en treedt in dienst bij het Franse Vreemdelingenlegioen. Na ruim vijf jaar keert hij terug naar Nederland. Op 28 april 1931 wordt hij in de visitatiezaal van het station Roosendaal door een wachtmeester van de Koninklijke Marechaussee aangehouden. Hij wordt gedetineerd in het Huis van Bewaring te 's-Hertogenbosch en vervolgens naar de krijgsraad verwezen. Hem wordt ten laste gelegd: 'dat hij in de maand Februari 1926 zijn korps, in garnizoen te 's-Gravenhage, zonder verlof heeft verlaten en sinds dien tijd opzettelijk van zijn korps afwezig is gebleven, totdat hij op 28 April 1931 te Roosendaal is aangehouden'.

Op 2 juni 1931 houdt de krijgsraad zitting. Na sluiting van het onderzoek verklaart de krijgsraad wettig en overtuigend bewezen hetgeen huzaar Brongers is ten laste gelegd en veroordeelt hem tot een gevangenisstraf van de tijd van 34 dagen, met de bepaling dat de tijd die vóór de tenuitvoerlegging van het vonnis in voorlopige hechtenis is doorgebracht (van 28 april tot 2 juni) bij de uitvoering van de opgelegde gevangenisstraf in mindering zal worden gebracht.⁵⁾ Een bijkomende straf (bijvoorbeeld de bijkomende straf van ontslag uit de dienst) wordt hem niet opgelegd. Aan de hoogte (of beter: de laagte) van de straf wordt in het vonnis, zoals in het MRT gepubliceerd, geen enkele overweging gewijd.

Op 14 juli 1931 wordt het vonnis door het Hoog Militair Gerechtshof bevestigd.

³⁾ Kapitein D.W. Sickinghe, De onbevredigende strafmaat, MRT 1929130 (deel XXV), p. 223.

⁴⁾ MRT 1929130 (deel XXV), p. 226.

⁵⁾ Krijgsraad Landmacht Den Bosch 2 juni 1931, MRT 1932133 (deel XXVIII), p. 150.

Overzicht jurisprudentie Algemeen militair ambtenarenreglement (IV)

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

Inleiding

Deze bijdrage bevat een aanvulling op de in de jaren 1998, 2001 en 2003 in dit tijdschrift verschenen overzichten van de jurisprudentie van de bestuursrechter, voorzover van belang bij de toepassing van het Algemeen militair ambtenarenreglement. Van de belangrijkste uitspraken is in het kort de kern weergegeven. Dit is geschied in de vorm van een letterlijk, tussen aanhalingstekens geplaatst, citaat. Hier en daar zijn, ter verduidelijking, enkele (tussen haakjes geplaatste) woorden toegevoegd.

Deze bijdrage volgt, wat indeling betreft, het Algemeen militair ambtenarenreglement.

Algemeen militair ambtenarenreglement (**AMAR**)

Hoofdstuk 2, Aanstelling

Artikel 5 lid 3:

- 'De rechtbank stelt vast dat verweerder heeft gehandeld in strijd met artikel 5, derde lid, van het AMAR door eiser om pragmatische redenen aan te stellen terwijl nog geen verklaring als bedoeld in artikel 1, eerste lid, van de Wet veiligheidsonderzoeken was afgegeven. Bij uitspraak van deze rechtbank van heden is eisers beroep, gericht tegen het besluit waarbij de Minister van Defensie zijn weigering een verklaring van geen bezwaar af te geven heeft gehandhaafd, ongegrond verklaard. Nu ten behoeve van eiser geen verklaring van geen bezwaar was afgegeven, diende verweerder de in strijd met artikel 5, derde lid, van het AMAR ontstane situatie (door het verlenen van ontslag) te beëindigen.' (Rb Den Haag 3 december 2003, MRT 2004, p. 367, m.nt. G.L.C.)

- '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. (...). Het getrouwelijk volbrengen van de uit de vertrouwensfunctie voortvloeiende plichten heeft, gelet op het bepaalde in artikel 3 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 overheidsorganisaties van de particuliere sector die van vitaal belang zijn voor het maatschappelijk leven, waaronder de veiligheid rond de burgerluchtvaart is begrepen.' (CRvB 9 september 2004, MRT 2005, p. 153, m.nt. G.F.W.)

Hoofdstuk 4, Functietoewijzing en bevordering

Artikel 19 lid 1:

- 'Naar het oordeel van de Raad mocht gedaagde bij de vaststelling van de *aanwijzingen* (...) aan de in 3.3 bedoelde belangen zoveel gewicht toekennen dat de Raad het niet onredelijk acht dat onder omstandigheden reeds bij een vermoeden van een strafbaar feit repatriëring kan plaatsvinden. Wel is vereist dat gedaagde bijzondere zorgvuldigheid in acht neemt bij de vaststelling of aan de in de *aanwijzingen* gestelde voorwaarden voor repatriëring is voldaan.' (CRvB 31 juli 2003, MRT 2004, p. 36, m.nt. G.L.C.)

Artikel 23:

- 'Op de vacature hebben in totaal negen sollicitanten gereageerd. De acht kandidaten die overbleven nadat appellant - ten onrechte - als niet beschikbaar was afgefallen, waren allen bodemgeschikt. Onder deze omstandigheden was de beslissing van de *Commissie van Advies inzake Functietoewijzing* (CAFT) om tot verfijning van de functie-eisen over te gaan geenszins onaanvaardbaar (...). Het door de CAFT ter verfijning gekozen criterium draagt voorts een objectief karakter en kan, mede gelet op de aard en het niveau van de functie, niet als onredelijk of anderszins onjuist worden bestempeld.' (CRvB 14 november 2002, TAR 2003, nr. 75.)

- '(Gedaagde) heeft geweigerd een van de in geding zijnde functies aan appellant toe te wijzen - hetgeen zou moeten geschieden onder gelijktijdige wijziging van zijn bestemming en met voorbijgaan aan het voor hem geldende loopbaanpatroon - op grond van de overweging dat appellant vanwege een tekort binnen de categorie munitietechnici aldaar niet kan worden gemist. Met het hanteren van deze afwijzingsgrond heeft gedaagde toepassing gegeven aan artikel 23, aanhef en onder *a*, van het AMAR, waarin is bepaald dat bij het nemen van een beslissing tot functietoewijzing rekening wordt gehouden met de noodzaak van een voortdurendetaakvervulling door de krijgsmacht en in samenhang daarmee van een zo goed en tijdig mogelijke bezetting van alle functies.' (CRvB 5 december 2002, MRT 2003, p. 268, m.nt. G.F.W.)

Artikel 25 lid 1:

- 'De Raad overweegt dat namens gedaagde terecht is aangevoerd dat uit artikel 25 van het AMAR in verbinding met de vaste jurisprudentie van deze Raad voortvloeit, dat als regel van functiewaarneming slechts sprake kan zijn indien de betrokken militair door de bevoegde autoriteit *vooraf* formeel is belast met de waarneming. Aangezien in casu echter eveneens vaststaat dat de uitzending van luitenant-kolonel (...) op zeer korte termijn is gerealiseerd, dat de waarneming van diens functie door appellant in het stafoverleg is besproken en kort daarna door de chef-staf tevens plaatsvervangend commandant de aanvraag voor volledige functiewaarneming door appellant is ingediend, is de Raad van oordeel dat in dit geval het feit, dat de - overigens trage - besluitvorming pas heeft plaatsgevonden *na afloop* van de waarnemingsperiode, niet aan appellant kan worden tegengeworpen.' (CRvB 5 september 2002, MRT 2003, p. 170, m.nt. G.L.C.)

Artikel 27 lid 4:

- '(De Raad voegt) hieraan toe dat in een geval als het onderhavige, waarin bevordering is gekoppeld aan de toewijzing van een functie waaraan later op grond van functiewaardering een hogere rang is verbonden, op gedaagde *niet* de rechtsplicht rust een betrokkene met ingang van een eerdere datum te bevorderen dan de datum waarop de desbetreffende rangswisseling in de OTAS is opgenomen, tenzij het niet bevorderen onzorgvuldig moet worden geacht.' (CRvB 2 oktober 2003, TAR 2004, nr. 83, m.nt. G.L.C.)

Hoofdstuk 6, Ontslag

Artikel 39 lid 1:

- 'De Raad overweegt dat voor een ontslag op verzoek als hier aan de orde, is vereist dat een onmiskenbare en ondubbelzinnige wilsuïting van de betrokken ambtenaar ter zake van dat ontslag noodzakelijk is (lees: aanwezig is).' (CRvB 13 mei 20004, TAR 2004, nr. 163.)

Artikel 39 lid 2 onder f:

- 'De klacht van appellant dat de hier van belang zijnde medische onderzoeken zich ten onrechte niet hebben beperkt tot de beoordeling van de ongeschiktheid van appellant voor een specifieke functie of specifieke functies, slaagt niet. Daartoe overweegt de Raad dat de militaire ambtenaar, gelet op de eisen van algemene inzetbaarheid, niet wordt aangesteld in een specifieke functie. Gelet op de eis van algemene inzetbaarheid is hij gehouden de hem in het belang van de taakuitoefening van de krijgsmacht opgedragen werkzaamheden waar ook ter wereld en zelfs onder oorlogsomstandigheden te verrichten. Aan een militair mogen daarom zware fysieke en geestelijke eisen worden gesteld.' (CRvB 5 juni 2003, TAR 2003, nr. 159.)

Artikel 39 lid 2 onder j:

- 'De Raad heeft in inmiddels vaste jurisprudentie aanvaard dat een militair die niet (langer) uitzendbaar is, slechts beperkt inzetbaar is en daarmee naar objectieve maatstaven ongeschikt is te achten voor de vervulling van de functies waarvoor hij is bestemd, als bedoeld in artikel 39, tweede lid onder j, van het AMAR.' (CRvB 1 augustus 2002, MRT 2003, p.106, m.nt. G.L.C.; TAR 2003, nr. 16.)

- 'Volgens vaste jurisprudentie van de Raad moet ongeschiktheid als hier aan de orde - zich uitend in het ontbreken van eigenschappen, mentaliteit en instelling die voor het op goede wijze vervullen van de functie vereist zijn - worden aangetoond aan de hand van concrete gedragingen van de ambtenaar. Naar het oordeel van de Raad is gedaagde daarin geslaagd.' (CRvB 29 april 2004, TAR 2004, nr. 111.)

Artikel 39 lid 2 onder l:

- 'De voorzieningenrechter acht de gekozen maatregel van ontslag voorts niet onevenredig aan de ernst van het wangedrag (cocaïnebezit en -gebruik). Daarbij is mede van belang dat verzoeker reeds eerder disciplinair is gestraft en gewaarschuwd voor ontslag. Het feit dat het Openbaar Ministerie in het gedrag van verzoeker (...) geen aanleiding heeft gezien om tot strafrechtelijke vervolging over te gaan vormt geen grond voor een ander oordeel.' (Vzngr. CRvB 31 maart 2004, TAR 2004, nr. 94.)

Artikel 39 lid 2 onder m:

- 'De Raad overweegt dienaangaande dat het voorwaardelijke karakter van de veroordeling op zichzelf niet afdoet aan de bevoegdheid van gedaagde om de gehanteerde ontslaggrond toe te passen.' (CRvB 14 november 2002, TAR 2003, nr. 59.)

Artikel 39 lid 7:

- 'Volgens 's Raads vaste rechtspraak brengt het karakter van de proeftijdaanstelling mee dat de rechterlijke toetsing van de weigering het dienstverband voort te zetten, is beperkt tot de vraag of, behoudens anderszins strijd met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of met een algemeen rechtsbeginsel, het bestuursorgaan in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat de ambtenaar niet aan de door het bestuursorgaan in redelijkheid te stellen eisen of verwachtingen heeft voldaan.' (CRvB 18 maart 2004, TAR 2004, nr. 90.)

Artikel 43 lid 1:

- 'Met betrekking tot het in artikel 43 van het AMAR vervatte voorschrift dat een ontslag op grond van onbekwaamheid of ongeschiktheid slechts kan plaatsvinden na een zorgvuldig onderzoek naar herplaatsingsmogelijkheden bij het eigen dan wel een ander krijgsmachtdeel, overweegt de Raad dat aan het ontbreken van herplaatsingsonderzoek voorafgaand aan het ontslagbesluit in casu niet de betekenis kan worden toegekend die appelland daaraan toegekend wil zien. Gegeven het feit dat die verplichting beperkt is tot herplaatsingsmogelijkheden in functies bij de krijgsmacht - verwezen wordt naar de uitspraak van deze Raad van 21 juni 2001, nrs. 9816187 MAW + 9817682 MAW - is immers met de vaststelling van de niet-uitzendbaarheid de uitkomst van een dergelijk onderzoek op voorhand negatief.' (CRvB 1 augustus 2002, MRT 2003, p. 106, m.nt. G.L.C.; TAR 2003, nr. 16.)

Artikel 47, Algemeen:

- 'Naar vaste jurisprudentie kan, wanneer aan een ontslagbesluit een gebrek kleeft dat er toe leidt dat een nieuw ontslagbesluit wordt genomen, hetwelk vervolgens, voor zover dat op het ontslag zelf betrekking heeft, de rechterlijke toetsing wel kan doorstaan, de oorspronkelijke ingangsdatum van het ontslag gehandhaafd worden, indien dit niet in strijd komt met enige regel van geschreven of ongeschreven recht of enig algemeen rechtsbeginsel.' (CRvB I augustus 2002, MRT 2003, p. 106, m.nt. G.L.C.; TAR 2003, nr. 16.)

Hoofdstuk 8, Verlof

Artikel 67 lid 1:

- 'Evenals de rechtbank is de Raad voorts van oordeel dat gedaagde bij het bepalen van de hoogte van de geldelijke schade als bedoeld in artikel 67, eerste lid, van het AMAR rekening mocht houden met de voor appelland positieve financiële gevolgen van het intrekken van het onbetaald verlof, bestaande uit een hogere bezoldiging vanwege het tijdelijk voltijds uitoefenen van zijn militaire functie.' (CRvB 21 november 2002, MRT 2003, p. 265, m.nt. G.F.W.)

Artikel 85 lid 1:

- 'Zoals de Raad heeft overwogen in zijn uitspraak van 27 juni 2002, nummer 001114 MAW (...) leiden de imperatief gestelde bewoordingen in de aanhef van het eerste lid van artikel 85 van het AMAR er niet toe dat buitengewoon verlof in de in dat artikellid genoemde gevallen nimmer kan worden geweigerd. De Raad heeft in die uitspraak overwogen dat artikel 63, tweede lid, van het AMAR ook van toepassing is op het buitengewoon verlof.' (CRvB 18 juli 2002, MRT 2003, p. 135, m.nt. G.L.C.; TAR 2003, nr. 53)

Hoofdstuk 10, Andere voorzieningen van materiële aard

Artikel 115 lid 1:

- 'De Raad overweegt dienaangaande dat een, waar het betreft de vergoeding van schade, vergelijkbare norm (als vervat in artikel 7:611 van het Burgerlijk Wetboek) voor militaire ambtenaren is neergelegd in artikel 115 van het AMAR, waarin is bepaald dat de minister de bevoegdheid heeft naar billijkheid de militair schadeloos te stellen, kosten te vergoeden of overigens een geldelijke tegemoetkoming te verlenen. De Raad ziet derhalve geen enkele aanleiding om gedaagde daarnaast nog uit anderen hoofde verplicht te achten na te gaan of schade vergoed moet worden.' (CRvB 8 mei 2002, MRT 2003, p. 98, m.nt. W.J.S.)

- 'Indien, zoals in het onderhavige geval, sprake is van een zuiver schadebesluit betref-

fende schade die door de ambtenaar in de uitoefening van zijn dienstbetrekking is geleden, hanteert de Raad volgens vaste rechtspraak de navolgende (...) norm, die hij ook tot uitdrukking gebracht ziet in het in artikel 7:658 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde: voorzover zulks niet reeds voortvloeit uit op de ambtenaar van toepassing zijnde specifieke 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 de werkzaamheden zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, of aantoont dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar.' (CRvB 8 mei 2003, MRT 2003, p. 420, m.nt. G.L.C.; TAR 2003, nr. 150.)

- 'De (in o.a. CRvB 8 mei 2003, TAR 2003, nr. 150) bedoelde zorgplicht strekt zich, naar het oordeel van de Raad, *niet* uit tot de beleidsmatige vraag of een operationele noodzaak bestond om ter plaatse ruimwerkzaamheden te verrichten. Dat appelland een opdracht om mijnen te ruimen ontving kan (...) op zichzelf niet onrechtmatig worden geacht, aangezien hij met het oog op het verrichten van die werkzaamheden was uitgezonden.' (CRvB 5 juni 2003, TAR 2003, nr. 160, m.nt. G.L.C., p. 770.)

- 'In de (in o.a. CRvB 8 mei 2003, TAR 2003, nr. 150 voorkomende) bewoordingen *in de uitoefening van zijn werkzaamheden* is tot uitdrukking gebracht dat er tussen de uitoefening van de werkzaamheden en de schade causaal verband moet bestaan. Zulk een causaal verband acht de Raad 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. Daarbij is het aan appelland om feiten en omstandigheden aan te dragen waaruit blijkt dat sprake is van voldoende mate van waarschijnlijkheid als hier bedoeld.' (CRvB 26 juni 2003, TAR 2003, nr. 177.)

- '(De Raad) stelt voorop dat hij conform zijn bestendige jurisprudentie appelland (de Staatssecretaris van Defensie) gehouden acht tot vergoeding van de schade die een gevolg is van een aan hem toe te rekenen optreden van een ander, indien - en hier zoekt de Raad aansluiting bij het in artikel 6:170 van het Burgerlijk Wetboek tot uitdrukking gebrachte beginsel inzake de aansprakelijkheid voor ondergeschikten - deze schade is veroorzaakt door een als een onrechtmatige gedraging aan te merken fout van een onder de verantwoordelijkheid van appelland werkzame persoon, indien de kans op de fout is vergroot door de taakopdracht aan die persoon en indien appelland zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen.' (CRvB 9 oktober 2003, TAR 2004, nr. 9, m.nt. G.L.C.)

Hoofdstuk 11, Andere rechten en verplichtingen

Artikel 131a, Algemeen:

- 'Met het aanmerken van een bericht van de commandant als een ambtsbericht wordt (...) aan de in dat bericht vervatte mededeling omtrent het functioneren een status gegeven vergelijkbaar met die van een beoordeling van de betrokken militair.' (CRvB 27 februari 1997, MRT 1997, p. 305, m.nt. G.L.C.; TAR 1997, nr. 80.)

- '(De Raad merkt op dat) het onderhavige ambtsbericht onvoldoende inzicht biedt in de context waarbinnen het gewraakte gedrag heeft plaatsgevonden. Bij kennisneming van uitsluitend de tekst van het ambtsbericht zou een scheef beeld van het gebeurde kunnen

worden opgeroepen.' (CRvB 21 maart 2002, MRT 2003, p. 15.)

- 'De Raad heeft reeds eerder overwogen (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 27 februari 1997, TAR 1997, nr. 80) dat een bericht omtrent een militair dat als ambtsbericht wordt aangemerkt, daardoor een status verkrijgt die vergelijkbaar is met een beoordeling. Er gelden evenwel niet vergelijkbare waarborgen bij het totstandkomen van dat bericht of van het besluit het als ambtsbericht aan te merken. (...). Dit noopt tot bijzondere zorgvuldigheid jegens de militair, wat meebrengt dat een voor de militair nadelig stuk als de brief van 28 juni 1998 slechts als ambtsbericht mag worden aangemerkt indien het op een feitelijk voldoende onderbouwde grondslag berust en inzicht bestaat in de omstandigheden waaronder de verweten gedragingen van de militair hebben plaatsgevonden.' (CRvB 24 oktober 2002, MRT 2003, p. 228, m.nt. G.L.C.)

Artikel 131a lid 3:

- 'Naar het oordeel van de Raad dient gedaagde het door hem ingenomen standpunt dat appelland zijn functie op chaotische, onzekere en verwarrende wijze vervulde te onderbouwen, wil dit standpunt ten grondslag kunnen worden gelegd aan een negatieve toekomstverwachting.' (CRvB 2 mei 2002, MRT 2003, p. 93, m.nt. G.F.W.)

- 'Met betrekking tot de (...) door de Raad te verrichten toetsing of de aangevochten onderdelen van de beoordeling op onvoldoende gronden berusten, zij vooropgesteld dat het in geval van negatief oordeel op de weg van het bestuursorgaan ligt aannemelijk te maken dat dit oordeel niet op onvoldoende gronden berust. Daarbij is evenwel niet beslissend of elk feit dat het bestuursorgaan ter adstructie aanvoert, boven elke twijfel verheven is en is zelfs niet van doorslaggevend belang dat sommige feiten niet (geheel) juist blijken te zijn vastgesteld of geïnterpreteerd. Bepalend is of de gegeven waardering gelet op het totale beeld van het in beschouwing genomen gezichtspunt evenbedoelde rechterlijke toetsing kan doorstaan.' (CRvB 3 april 2003, TAR 2003, nr. 122.)

Artikel 131a lid 6:

- 'Ten aanzien van hetgeen appelland heeft aangevoerd met betrekking tot het gebrek aan objectiviteit bij met name de tweede beoordelaar wordt overwogen dat appelland de Raad ervan heeft kunnen overtuigen dat in het onderhavige geval een zodanig bijzondere situatie aanwezig was dat de beoordeling niet meer op voldoende objectieve wijze kon worden vastgesteld. (...). Omdat in artikel 131 (lees thans: 131a) van het AMAR is bepaald dat de beoordeling in beginsel wordt opgemaakt door een eerste en een tweede beoordelaar en dat deze tweede beoordelaar in beginsel de commandant is van de beoordeelde, is afwijking van deze systematiek (...) mogelijk in gevallen dat het volgen van de systematiek tot onwenselijke situaties leidt. Daarvan is naar het oordeel van de Raad in dit geval sprake. De commandant had niet zelf als tweede beoordelaar moeten optreden.' (CRvB 26 september 2002, MRT 2003, p. 174, m.nt. G.F.W.; TAR 2003, nr. 54, m.nt. G.L.C.)

Artikel 147 lid 1:

- 'Naar het oordeel van de Raad vallen medische beoordelingsfouten als gevolg waarvan direct/acuut medisch handelen achterwege is gebleven - en daarom gaat het hier - niet binnen die grenzen (lees: de grenzen van de definitie van ongeval). Artikel 147 van het AMAR biedt ook anderszins te weinig houvast voor de stelling dat onder ongeval tevens dient te worden begrepen een behandeling of verzorging in de medische sfeer die tot ziekte of vertraging in het herstel daarvan heeft geleid.' (CRvB 25 oktober 2002, MRT 2003, p. 182, m.nt. W.J.S.)

Artikel 147 lid 3:

- 'Dit neemt niet weg dat de Raad, anders dan de rechtbank, het aanvaardbaar acht dat

appellant bij de toepassing van de vage norm van artikel 147, derde lid, van het AMAR of het ongeval geacht moet worden al dan niet in verband te staan met de uitoefening van de militaire dienst, als nader criterium hanteert of de aard van de werkzaamheden als overwegende oorzaak van het ongeval is aan te merken. Dat dit laatste criterium (...) kenmerkend is ontleend aan de artikelen E11 en E11a van de Algemene militaire pensioenwet, kan de Raad, anders dan de rechtbank, niet onjuist achten (...).' (CRvB 25 september 2003, TAR 2004, nr. 40)

Artikel 151 lid 2:

- 'Naar vaste jurisprudentie van de Raad (...) staat het beginsel van vrije arbeidskeuze er niet aan in de weg dat uit de gemaakte keuze voor een beroep beperkingen kunnen voortvloeien voor het daarnaast verrichten van andere werkzaamheden.' (CRvB 20 augustus 2003, TAR 2003, nr. 195.)

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep

4 november 2004

021803 MAW

Voorzitter: mr. H.A.A.G. Vermeulen; *leden:* mr. A. Beuker-Tilstra en mr. R. Kooper

Cursus Stafdienst onvoldoende

Een officier van de Koninklijke landmacht slaagde niet voor de cursus Stafdienst als gevolg van een onvoldoende eindwaardering voor de aspecten kennis en inzicht, analytische vaardigheid en schriftelijke uitdrukkingsvaardigheid. Na bezwaar werd de uitslag in stand gelaten. Zijn beroep bij de Rechtbank 's-Gravenhage werd ongegrond verklaard.

De Centrale Raad van Beroep bevestigt de aangevallen uitspraak. Hij overweegt dat het hier gaat om een beoordeling in brede zin op basis van (persoonlijke) waarnemingen van docenten gedurende alle onderwijsactiviteiten die deel uitmaken van de cursus. De Raad is van oordeel dat de rechterlijke toetsing in een dergelijke situatie terughoudend dient te zijn, in die zin dat de rechter; zich naast de overigens in aanmerking komende toetsing van het bestreden besluit aan regels van geschreven en ongeschreven recht en algemene rechtsbeginselen, dient te beperken tot de vraag of de in geding zijnde waardering op onvoldoende gronden berust. Naar het oordeel van de Raad zijn de kwalificaties 'onvoldoende' genoegzaam onderbouwd en voldoende geschikt om bij te dragen aan de eindwaardering per aspect.

Opleiding

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 bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 7 januari 2002. nr. AWB 01/01547 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 30 september 2004, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. H.C. Lenaerts, advocaat te Breda, en waar gedaagde zich heeft laten vertegenwoordigen door mr. A.E.P. van Zandbergen, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1.1. Voor een uitgebreidere weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden wordt verwezen naar 's Raads eerdere uitspraak van 8 maart 2001, nr. 98/281 AW, alsmede naar de aangevallen uitspraak. De Raad volstaat met het volgende.

1.2. Als gevolg van een onvoldoende eindwaardering voor de aspecten kennis en inzicht, analytische vaardigheid en schriftelijke uitdrukkingsvaardigheid is appellant niet geslaagd voor de cursus Stafdienst.

Deze onvoldoende waardering heeft tevens tot gevolg gehad dat op het beoordelingsformulier geen aanbeveling is gedaan voor het volgen van de studie Hogere Militaire Vorming (HMV).

1.3. De uitslag van de cursus is bij het door appelland bestreden besluit van 17 april 1996 in stand gelaten.

1.4. De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak het daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard.

2.1. Appelland heeft in hoger beroep aangevoerd, kort gezegd, dat onduidelijk en ondoorzichtig is op welke wijze en aan de hand van welke maatstaven de docenten tot hun onvoldoende waarderingen zijn gekomen. Daaraan heeft appelland toegevoegd dat hij gedurende de cursus geen inzage heeft gehad in de formulieren waarop per docent is vermeld op welke aspecten hij volgens hen voldoende of onvoldoende scoorde en in de toelichtingen die daarbij zijn gegeven. Hierdoor is hij niet goed in staat geweest om zich te verbeteren. Omdat zijn eindcijfers voor de hoofdvakken voldoende waren en hij naderhand de cursus Voortgezette Militaire Vorming wél met goed gevolg heeft afgesloten - waarbij dezelfde aspecten met een voldoende zijn gewaardeerd - meent hij dat hij normaal gesproken ook de cursus Stafdienst met een voldoende resultaat had moeten voltooien.

2.2. Gedaagde heeft de Raad verzocht de aangevallen uitspraak te bevestigen.

3. De Raad overweegt als volgt.

3.1. Bij de waardering van de aspecten die thans in geding zijn gaat het volgens artikel 6 van het hier toepasselijke Voorschrift Examens Stafdienst om een beoordeling in brede zin op basis van (persoonlijke) waarnemingen van docenten gedurende alle onderwijsactiviteiten die deel uitmaken van de cursus Stafdienst. De Raad is van oordeel dat de rechterlijke toetsing in een dergelijke situatie een terughoudende dient te zijn, in die zin dat de rechter zich, naast de overigens in aanmerking komende toetsing van het bestreden besluit aan regels van geschreven en ongeschreven recht en algemene rechtsbeginselen, dient te beperken tot de vraag of de in geding zijnde waardering op onvoldoende gronden berust.

3.2. Blijkens de gedingstukken zijn de onderhavige waarderingen gebaseerd op de door acht docenten afzonderlijk per aspect gegeven schriftelijke kwalificaties 'voldoende' of 'onvoldoende', waarbij deze kwalificaties één maal tussentijds en één maal na afsluiting van de opleidingsperiode zijn verzameld en geregistreerd. Daarbij zijn de onvoldoendes door de docenten schriftelijk toegelicht, bijvoorbeeld met de opmerking 'is niet in staat hoofd- en bijzaken van elkaar te scheiden' en 'is bijna niet in staat een goed gestructureerd schriftelijk document op te stellen'. Naar het oordeel van de Raad waren de kwalificaties 'onvoldoende' daarmee genoegzaam onderbouwd en voldoende geschikt om bij te dragen aan de eindwaardering per aspect.

3.3. Appelland heeft naar voren gebracht dat voor hem niet duidelijk is hoe de (individuele) docenten tot een onvoldoende waardering zijn gekomen. Zijns inzien ontbrak het aan objectieve en vooraf vastgestelde beoordelingsnormen. De Raad merkt daarover op dat in de Uitvoeringsbepalingen bij de Regeling Examens en Beoordeling ieder te waarderen aspect nader is geconcretiseerd en uitgewerkt. Appelland heeft weliswaar gesteld dat hij hiervan niet op de hoogte was, maar die omstandigheid moet voor zijn eigen rekening worden gelaten nu voldoende vast staat dat de Uitvoeringsbepalingen voor hem vrij toegankelijk waren. De Raad is niet gebleken dat de door de docenten gegeven kwalificaties niet in overeenstemming met die nadere concretisering tot stand zijn gekomen, terwijl er evenmin aanwijzingen zijn dat er een vooringenomenheid jegens appelland bestond.

3.4. Voorzover appelland meent dat hem geen eerlijke kans tot verbetering is gegeven overweegt de Raad dat de voorlopige resultaten na de eerste periode van de cursus door

de mentor met appellant zijn besproken en dat appellant daarbij in ieder geval in de gelegenheid is geweest het formulier waarop de gemiddelde waardering per aspect was vermeld in te zien en daarover vragen te stellen. Daarmee is voldoende inhoud gegeven aan hetgeen dienaangaande in artikel 5, vijfde lid, van het Voorschrift Examens Stafdienst is bepaald en uit een oogpunt van zorgvuldigheid was geboden.

3.5. De Raad overweegt ten slotte dat het feit dat appellant wel is geslaagd voor de cursus Voortgezette Militaire Vorming op zichzelf niet onverenigbaar is met het negatieve resultaat van de cursus Stafdienst. Daartoe neemt de Raad in aanmerking dat, ook al werden in beide cursussen dezelfde aspecten beoordeeld, de doelstellingen en daarmee ook de gestelde eisen van deze cursussen verschillend waren. De cursus Voortgezette Militaire Vorming leidde op tot (staf)functies waarin de werkzaamheden overwegend uitvoerend van aard zijn. De cursus Stafdienst had blijkens artikel 3 van de Regeling Examens en Beoordeling Stafdienst tot doel het geschikt maken van officieren voor het vervullen van staffuncties en het leggen van een grondslag voor het vervullen van commandofuncties in de rang van majoor en luitenant-kolonel. Tevens had deze cursus tot doel om de gelegenheid te verschaffen tot het beoordelen van de geschiktheid van de militair voor het volgen van de studie Hogere Militaire Vorming (HMV). Dat in de cursus Stafdienst meer aandacht werd besteed en hogere eisen werden gesteld aan de te waarden persoonlijke eigenschappen en aspecten, acht de Raad, gelet op de specifieke doelstellingen van deze cursus, aannemelijk en gerechtvaardigd. Dit is overigens ook in overeenstemming met artikel 7 van de Regeling Examens en Beoordeling Stafdienst waarin is bepaald dat vanuit de doelstelling van de cursus de eisen zijn afgeleid.

3.6. Het vorenstaande brengt de Raad tot de slotsom dat het bestreden besluit niet op onvoldoende gronden berust en dat het ook anderszins, gelet op de door appellant aangevoerde grieven, de rechterlijke toetsing kan doorstaan. Dit betekent dat de aangevallen uitspraak voor bevestiging in aanmerking komt.

4. De Raad acht 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 uitspraak.

Centrale Raad van Beroep

9 december 2004

0215888 MAW

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

De afgewezen adjudant

Een adjudant-onderofficier van de Koninklijke landmacht maakte zijn belangstelling kenbaar voor de functie van selectiemedewerker waaraan de rang van luitenant was verbonden. De BLS deelde hem daarop mee dat hij niet in aanmerking kwam voor de geam-bieerde functie omdat hij niet voldeed aan het vereiste van langdurig excellent functione-ren. De bezwaarprocedure en het beroep bij de Rechtbank S-Gravenhage leverden de adjudant niets op.

De Centrale Raad van Beroep heeft de uitspraak van de rechtbank bevestigd. De Raad is van oordeel dat de BLS in de gegeven situatie, waarbij geen van de kandidaten voldeed aan alle vereisten en vervulling van de functie dringend was, in redelijkheid heeft kunnen besluiten om in plaats van dispensatie te verlenen van de eis van langdurig excellent functioneren, dispensatie te verlenen van de specifieke ervaringseis voor de betrokken functie. Daarnaast verwierpt de Raad het beroep op het gelijkheidsbeginsel.

Funcietoewijzing. Gelijkheidsbeginsel

UITSpraak

in het geding tussen: [appellant], wonende te [woonplaats], appellant, en de Bevelhebber der Landstrijdkrachten, 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 24 september 2002, AWB 02/00884 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen. Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Namens appellant zijn nadere stukken ingezonden.

Het geding is behandeld ter zitting van 28 oktober 2004, waar appellant in persoon is verschenen met bijstand van mr. E.O. Hooning-Abbas, werkzaam bij de ACOM. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. C.E. Zalm, 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 is werkzaam in de functie van selectiemedewerker bij de Directie Personeel en Organisatie in de rang van adjudant-onderofficier. Door middel van een vacature-reactieformulier heeft hij zijn belangstelling kenbaar gemaakt voor de functie van selectiemedewerker/toegevoegd monitor selectie centrale functietoewijzing waaraan de rang van luitenant verbonden is.

1.2. Na advies te hebben ontvangen van de selectiecommissie, heeft gedaagde bij besluit van 29 juni 2001 aan appellant medegedeeld dat hij niet in aanmerking komt voor de

geambieerde functie. Appellant voldoet niet aan het aan die functie verbonden vereiste van langdurig excellerend functioneren.

1.3. Bij het bestreden besluit van 22 januari 2002 heeft gedaagde het besluit van 29 juni 2001 gehandhaafd. De rechtbank heeft het daartegen ingestelde beroep bij de aangevallen uitspraak ongegrond verklaard.

2.1. De Raad stelt voorop dat het beslissen over het al dan niet toewijzen van een geambieerde functie geschiedt met gebruikmaking van de bij en krachtens het Algemeen militair ambtenarenreglement en de Beleidsregel functietoewijzing en bevordering militairen Koninklijke Landmacht (BFBKL) toebedeelde discretionaire bevoegdheid. Dit brengt met zich mee dat de Raad zich dient te beperken tot de vraag of gedaagde, gelet op hetgeen appellant tegen het besluit heeft ingebracht, niet in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen, dan wel of dat besluit in strijd komt met een geschreven of ongeschreven rechtsregel dan wel algemeen rechtsbeginsel.

2.2. Om in aanmerking te komen voor toewijzing van de in geding zijnde functie moest worden voldaan aan de in de vacaturepublicatie vermelde ervarings- en opleidingseisen. Omdat het een functie betrof in de categorie BOT/UITLOOP was tevens van toepassing het algemeen bekend gestelde zogeheten loopbaanbeleid onderofficieren. Op grond van dit beleid komen voor het vervullen van functies als hier in geding alleen adjudanten in aanmerking die voldoen aan de vereiste kennis, vaardigheden en ervaring en het criterium "langdurig excellent functioneren". Om vast te stellen of een kandidaat aan dit laatste criterium voldoet is een matrix ontwikkeld. Bij de beoordeling of de militair voldoet aan de eis van langdurig excellent functioneren gelden de criteria vervulde functies (functies vervuld in meerdere ressorts of functiegebieden, waaronder tenminste één functie bij 1 (GE/NL) Corps), beoordelingsniveau (gemiddeld D of hoger, toekomstverwachting L 36 geschikt of zeer geschikt) en advies monitor. De in beschouwing te nemen periode bepaalt zich tot het midden (management) niveau met een maximum van 10 jaar. Blijkens de brief van 15 maart 2001 van de Directeur Personeel en Organisatie geldt in het functietoewijzingsproces het voldoen aan dit loopbaanbeleid onderofficieren, met name het voldoen aan de eisen van langdurig excellerend functioneren, als toelatingseis tot de verdere selectie, toegespitst op de desbetreffende functie. Daarbij is aangegeven dat bij toewijzing van een functie op een hoger niveau de betrokken militair in beginsel geschikt moet zijn voor het vervullen van meer functies op het desbetreffende functioneringsniveau.

2.3. Ten aanzien van appellant staat vast dat hij sinds 1983 geen legerkorpsfunctie heeft vervuld, zodat zijn monitor een negatief advies heeft uitgebracht ten aanzien van het vereiste langdurig excellent functioneren. Op de matrix ten aanzien van appellant is verder handgeschreven aangegeven dat recente ervaring bij IGNC van groot belang is. Gedaagde - van oordeel dat appellant daarmee in feite niet bevorderingsgeschikt is - heeft dit advies gevolgd. Aangezien uiteindelijk geen van de kandidaten aan alle vereisten voldeed, heeft gedaagde de functie toegewezen aan de enige kandidaat die wel voldeed aan de eis van langdurig excellent functioneren, ondanks het feit dat deze kandidaat niet voldeed aan de specifieke ervaringseis voor de in geding zijnde functie. Gedaagde is daartoe overgegaan omdat vervulling van de functie geen uitstel kon lijden.

3. Appellant heeft niet betwist dat hij niet voldeed aan het vereiste van langdurig excellent functioneren. Hij meent dat van dit vereiste dispensatie had moeten worden verleend in zijn geval. Hij heeft er op gewezen dat gedaagde vaker van dit vereiste afwijkt, waarbij hij een aantal concrete voorbeelden heeft genoemd. Appellant meent voorts dat voor het verlenen van dispensatie van dit vereiste eerder aanleiding bestaat dan voor het verlenen van dispensatie van de specifieke kennis- en ervaringseisen. Hij heeft tot slot nog opge-

merkt dat ook de benoemde kandidaat niet aan het vereiste van langdurig excellent functioneren voldeed, omdat een recente beoordeling waaruit een gemiddelde D-score blijkt ontbrak.

4. De Raad overweegt het volgende.

4.1. Gelet op de uiteenzetting in 2.2. en met in achtneming van de toetsingsmaatstaf als weergegeven in 2.1. is de Raad van oordeel dat gedaagde in de gegeven situatie, waarbij geen van de kandidaten voldeed aan alle vereisten en vervulling van de functie dringend was, in redelijkheid heeft kunnen besluiten om in plaats van dispensatie te verlenen van de eis van langdurig excellent functioneren, dispensatie te verlenen van de specifieke ervaringseis voor de betrokken functie. Gedaagde heeft naar het oordeel van de Raad genoegzaam uiteengezet dat aan laatstbedoelde eis minder gewicht mocht worden gehecht dan aan de eis van langdurig excellent functioneren, omdat deze laatste eis in feite ziet op het bevorderingsgeschikt zijn van de kandidaat in zijn algemeenheid. Dat in het selectieproces in tijd eerst wordt gezien of een kandidaat voldoet aan de specifieke eisen en daarna of ook aan de algemene eis van langdurig excellent functioneren wordt voldaan heeft, zo heeft gedaagde onweersproken gesteld, een praktische oorzaak: de beoordeling van laatstbedoelde eis door het invullen van de matrix vergt meer voorbereiding doordat daar diverse functionarissen bij zijn betrokken. Aan die volgorde kan dan ook niet, zoals appellant doet, de conclusie worden verbonden dat eerstgenoemde eisen zwaarder wegen.

4.2. Dat de benoemde geselecteerde kandidaat niet aan de eis van excellent functioneren zou voldoen, zoals appellant heeft gesteld, daarvan is de Raad niet overtuigd. Nog daargelaten of aanvaarding van deze stelling appellant de gewenste toewijzing zou opleveren nu er tenminste twee kandidaten waren die in dezelfde positie als appellant verkeerden, heeft gedaagde verklaard dat ten aanzien van bedoelde kandidaat reeds in het verleden was geconstateerd dat hij gemiddeld op D-niveau functioneerde en dat geen aanwijzingen bestonden dat daarin wijziging was gekomen. Het enkel ontbreken van een recente beoordeling was niet zo'n aanwijzing. De Raad kan deze verklaring van gedaagde volgen.

4.3. Ten aanzien van alle door appellant genoemde naar zijn mening gelijke gevallen heeft gedaagde naar het oordeel van de Raad in het bestreden besluit, in het verweerschrift en ter zitting genoegzaam aangetoond waarom de situatie van die individuele militairen moet worden onderscheiden van die van appellant. Het beroep op schending van het gelijkheidsbeginsel kan dan ook niet slagen.

5. Gelet op het vorenoverwogene komt de Raad tot de slotsom dat het bestreden besluit stand houdt. De aangevallen uitspraak moet derhalve worden bevestigd.

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

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

Centrale Raad van Beroep

10 maart 2005

0313692

Voorzitter: mr. J.C.F. Talman; leden: mr. G.L.M.J. Stevens en mr. K. Zeilmaker

Geen bevordering tot kolonel

Een luitenant-kolonel van de Koninklijke luchtmacht vervulde van 1996 tot 2001 de functie van Chief Manpower & Military Personnel Section bij SHAPE. Van 1998 tot 2001 verrichtte hij daarnaast aanvullende werkzaamheden als teamleider implementatie Long Term Study ACE Headquarters in de noordelijke regio. In mei 2001 werd hem over deze periode met toepassing van artikel 115 Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) een geldelijke vergoeding toegekend die een aanvulling gaf tot 100% van het salaris behorende bij de rang van kolonel. Vervolgens verzocht hij de Staatssecretaris van Defensie hem voor te dragen voor bevordering tot kolonel, subsidiair verzocht hij de aan hem toegekende vergoeding post-actief te laten doorwerken. Per 1 september 2001 werd hem eervol ontslag verleend. De Staatssecretaris wees het verzoek af: Het bezwaarschrift tegen dit besluit leverde de officier niets op. De rechtbank S-Gravenhage verklaarde vervolgens het ingestelde beroep ongegrond.

De Centrale Raad van Beroep heeft deze uitspraak bevestigd. Naar het oordeel van de Raad was voor bevordering tot kolonel terecht geen plaats nu het ging om tijdelijke extra werkzaamheden waarvoor geen organieke functie was gecreëerd. De Raad oordeelt daarnaast dat de Staatssecretaris redelijkerwijs tot de conclusie kon komen dat de toegekende vergoeding op grond van artikel 115 AMAR geen vast onderdeel van betrokkene S inkomen vormde; het ging om een vergoeding met een tijdelijk karakter:

Bevordering

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 bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 20 juni 2003, nr. AWB 02102631 MAWKLU, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Namens appellant is nog een nader stuk ingezonden.

Het geding is behandeld ter zitting van 27 januari 2005, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. H.J.M.G.M. van der Meijden, advocaat te Harderwijk, en waar gedaagde zich heeft laten vertegenwoordigen door mr. B.J. Platenburg, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. Voor een uitgebreidere weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. De Raad volstaat met het volgende.

1.1. Appellant heeft van 15 januari 1996 tot 1 september 2001 de functie van Chief

Manpower & Military Personnel Section bij SHAPE in België vervuld, aan welke functie de rang van luitenant-kolonel was verbonden.

1.2. Van 1 januari 1998 tot 1 september 2001 heeft hij daarnaast aanvullende werkzaamheden verricht als teamleider implementatie Long Term Study ACE headquarters in de noordelijke regio. Met ingang van 1 september 2001 is appelland eervol ontslag verleend uit de militaire dienst.

1.3. Bij brief van 31 januari 2001 heeft appelland de Bevelhebber der Luchtstrijdkrachten verzocht om hem een waarnemingstoelage toe te kennen als compensatie voor het vervullen van de onder 1.2. genoemde werkzaamheden om deze toelage post-actief te laten doorwerken.

1.4. In een schrijven aan appelland van 16 februari 2001 heeft de Bevelhebber der Luchtstrijdkrachten aangegeven dat appelland op grond van de aard en het niveau van de werkzaamheden die hij vanaf 1998 heeft vervuld een waarnemingstoelage toekomt tot het niveau van kolonel.

1.5. Bij besluit van 2 mei 2001 heeft gedaagde appelland, met toepassing van artikel 115 van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR), over de periode van 1 januari 1998 tot 1 september 2001 een geldelijke vergoeding toegekend die een aanvulling gaf tot 100% van het salaris behorend bij de naasthogere rang van kolonel. Daartoe is als motivering gegeven dat appelland sedert 1 januari 1998 een functie volledig waarneemt op het naasthogere niveau.

1.6. Bij brief van 24 juni 2001 heeft appelland gedaagde verzocht om hem voor te dragen voor bevordering tot de rang van kolonel, daartoe stellend dat hij vanaf 1998 werkzaamheden heeft verricht op het rangsniveau van kolonel en, als bevordering niet mogelijk mocht zijn, om de aan hem bij besluit van 2 mei 2001 toegekende vergoeding post-actief te laten doorwerken. Bij besluit van 5 oktober 2001 heeft gedaagde dat verzoek afgewezen.

1.7. Bij het bestreden besluit van 11 juni 2002 heeft gedaagde het bezwaar van appelland tegen dat besluit ongegrond verklaard. Gedaagde heeft geen aanleiding gezien appelland voor bevordering voor te dragen aangezien aan appelland geen functie op een hoger rangsniveau was toegewezen en hij een dergelijke functie evenmin volledig had waargenomen. Met betrekking tot het verzoek om de toegekende vergoeding op grond van artikel 115 AMAR aan te merken als een vast onderdeel van het inkomen als bedoeld in onderdeel k van artikel 2, aanhef en onder I, van het Besluit uitvoering Algemene militaire pensioenwet zoals dit inmiddels met terugwerkende kracht per 1 januari 1995 van kracht was geworden heeft gedaagde overwogen dat het hier gaat om een beloning voor tijdelijke werkzaamheden, welke beloning beëindigd zou worden zodra deze werkzaamheden zouden ophouden.

2. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het namens appelland tegen het bestreden besluit ingestelde beroep ongegrond verklaard.

3. De Raad overweegt naar aanleiding van hetgeen partijen hebben aangevoerd het volgende.

3.1. Naar het oordeel van de Raad heeft gedaagde terecht vastgesteld dat de opdracht aan appelland tot het verrichten van de extra werkzaamheden geen reguliere functietoewijzing in de rang van kolonel betrof, maar toewijzing van tijdelijke extra werkzaamheden die gekoppeld waren aan de persoon van appelland. Voorts kon appelland aan het verrichten van die extra werkzaamheden geen aanspraak ontlenen op een (voordracht tot) bevordering tot kolonel, reeds omdat het hier ging om tijdelijke extra werkzaamheden waarvoor geen organieke functie was gecreëerd.

3.2. Met betrekking tot de weigering van gedaagde om de aan appellant toegekende vergoeding op grond van artikel 115 AMAR aan te merken als een vast onderdeel van het inkomen, zodat deze vergoeding in de grondslagen van appellants uitkering en pensioen - als bedoeld in respectievelijk de Uitkeringswet gewezen militairen en het Pensioenreglement Stichting Pensioenfonds ABP - moet worden opgenomen, overweegt de Raad het volgende. Gedaagde heeft geconcludeerd dat de onderhavige vergoeding geen vast onderdeel van het inkomen van appellant vormde. De Raad oordeelt dat gedaagde redelijkerwijs tot die conclusie kon komen nu het hier een vergoeding met een tijdelijk karakter betrof.

3.3. Appellant heeft nog aangevoerd dat enkele door hem bij naam genoemde militairen wel zijn bevorderd zonder dat hen een functie met de desbetreffende rang was toegewezen. Voorts heeft appellant medegedeeld dat gedaagde in de praktijk geen consequent antwoord geeft op de vraag of een vergoeding of toelage, vanwege het op een hoger rangsniveau verrichten van extra werkzaamheden, als vast inkomensbestanddeel moet worden aangemerkt. De Raad merkt hierover op dat uit het eerder overwogene volgt dat gedaagde ten aanzien van appellant de regelgeving correct heeft toegepast. Dat gedaagde hiervan anders dan bij wijze van uitzondering is afgeweken is de Raad uit hetgeen appellant heeft aangevoerd niet gebleken of aannemelijk geworden. Daarvan uitgaande kan niet worden gezegd dat gedaagde niet in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen.

4. Uit het vorenstaande volgt dat de aangevallen uitspraak voor bevestiging in aanmerking komt.

5. De Raad acht 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 uitspraak.

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.

Geen hele woorden in kapitalen, zoals NASCHRIFT e.a. 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. A.J. Ruysendaal, Kolonel 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 Bestuursstaf:	Mr. J.J. Buirma, Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie; Mr. R. in het Veld, Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst, Hoofd Militair Juridische Dienst Krijgsmacht;
Prof. Dr. T.D. Gill	Bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam en Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht;
Mr. R. van den Heuvel.	Vice-president en voorzitter van de Militaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem;
Prof. Mr. Th. A. de Roos,	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Universiteit van Tilburg;
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. Root-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 E 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
troep uitgevers voor
wak en wetenschap

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie

Jaargang XCIX

mei 2006

Aflevering

5

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

De Nederlandse militair, waar ook ter wereld, en het beklagrecht ex art 12 Sv; door Mw mr drs I.E.W. Gonzales, Advocaat-generaal ressortsparket Arnhem.....	145
---	-----

Strafrechtspraak

Rb Zwolle 02.06.2005	Ontoerekenbaarheid wegens ziekelijke stoornis Omdat verdachte ten tijde van de feiten – (poging tot) moord – aan paranoïde schizofrenie leed, kunnen de feiten hem niet worden toegerekend. Met het oog op onverminderd groot recidivegevaar volgt terbeschikkingstelling met bevel tot verpleging.....	154
HR 11.10.05	Ferme jongens, stoere knapen Marinier wordt op wacht door slaap overmand: aan zijn schuld te wijten zijn dat hij een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid niet vervult, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade te duchten is voor de veiligheid. Nu verdachte het verwijt treft dat hij zich aan zijn taak als schildwacht heeft onttrokken, is hij niet als schildwacht opgetreden. Daarom geen 'omkering van de bewijslast' met betrekking tot evt. strafuitsluitingsgrond. (Naschrift M.M.D.).....	157

Wetgeving

Overzicht tot stand gekomen en aanhangige wetgeving; door mr. J.B. Miete.....	171
---	-----

Opmerkingen en mededelingen

Boeken en tijdschriften - boekbespreking.....	175
--	-----

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

BIJDAGEN

De Nederlandse militair, waar ook ter wereld, en het beklagrecht ex art 12 Sv

door

MW MR DRS I.E.W. GONZALES
ADVOCaat-GENERAAL RESSORTSPARKET ARNHEM

Inleiding

Per 1 januari 1991 is de Wet militaire strafrechtspraak in werking getreden. Hiermee is een einde gekomen aan een eeuwenlang bestaand stelsel waarbij de krijgsmacht zelf (binnen zekere grenzen) en niet het Openbaar Ministerie besliste of militairen wel of niet strafrechtelijk vervolgd zouden worden bij het begaan van strafbare feiten.¹⁾ Bovendien stond een militair die vervolgd zou worden dan terecht voor de krijgsraad. De Wet militaire strafrechtspraak bevat net als het Wetboek van Militair Strafrecht aanvullend recht. Het is op militairen (en enkele categorieën burgers) van toepassing naast en in aanvulling op het gewone strafrecht en strafvordering.

De combinatie van de territoriaal bepaalde rechtsmacht (artikel 2 Wetboek van Strafrecht) met het vlagbeginsel van artikel 4 Wetboek Militair Strafrecht brengt met zich mee dat het Nederlandse strafrecht op de militair van toepassing is, waar ter wereld hij zich ook bevindt.

Door de invoering van de Wet militaire strafrechtspraak is artikel 12 Wetboek van Strafvordering (art 12 Sv) ook in beeld gekomen voor de militair. Art 12 Sv is het beklag dat door een direct belanghebbende kan worden gedaan wanneer een strafbaar feit niet wordt vervolgd door het Openbaar Ministerie, of wanneer de vervolging niet wordt voortgezet.

Welke gevolgen kan het beklagrecht ex art 12 Sv hebben voor de Nederlandse militair, waar ter wereld hij zich ook bevindt?

Teneinde deze vraag van diverse kanten te kunnen belichten komen de volgende aspecten aan bod.

1) Eerst wordt een kort historisch overzicht geschetst van art 12 Sv. Daarin zal het drieliuk opportuniteitsbeginsel, sepot en beklag nader worden belicht. Tevens zal de definitie van de direct belanghebbende aan de orde komen.

2) Daarna wordt bezien in hoeverre art 12 Sv ook daadwerkelijk een rol speelt voor de Nederlandse militair. Welke rol speelt de combinatie van het territoriaal bepaalde rechtsmacht en het vlagbeginsel in het beklagrecht?

3) Vervolgens wordt een aantal praktische aspecten betreffende het beklagrecht ex art 12 Sv nader bekeken in relatie tot de Nederlandse militair op missie. Hierbij zal aandacht worden geschonken aan de taak van het Openbaar Ministerie bij een beklag ex 12 Sv; de rol van het proces-verbaal en de aangifte in deze; het informeren van de direct belanghebbende en de schadevergoeding.

¹⁾ Th.W. van den Bosch, Huidig en toekomstig militair strafprocesrecht, Zwolle: Tjeenk Willink, 1983, p 53 e.v. In de tweede helft van de 20^e eeuw maakt in deze feitelijk de auditeur-militair uit of een zaak wel of niet vervolgd zou gaan worden.

4) Ook wordt bezien aan welke vereisten Nederlandse justitiële onderzoeken naar eventuele wetsovertredingen door de Nederlandse militair (in internationale operaties) dienen te voldoen volgens het EHRM.

5) De beschouwing wordt afgesloten met enkele conclusies.

1) Historisch overzicht art 12 Sv

Wetboek van Strafvordering 1926

Met de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 wordt de basis gelegd voor de huidige beklagprocedure op grond van art 12 Sv. Hiermee wordt definitief een einde gemaakt aan de "action directe" van de burger. Voorheen kon de burger zich (onder invloed van het Franse Wetboek van Strafrecht en Strafvordering) rechtstreeks tot de rechter wenden met verzoek het Openbaar Ministerie de opdracht te geven een strafbaar feit te vervolgen. Deze toegang tot de rechter wordt in 1926 de burger ontnomen.

Tevens worden in het Wetboek van Strafvordering van 1926 de taken en bevoegdheden van het Openbaar Ministerie vastgelegd. Het vervolgingsmonopolie ligt uitsluitend en exclusief in handen van het Openbaar Ministerie. Het vastleggen bij wet van de rechten van de verdediging, de grondregels over de verdachte en die van de benadeelde partij moet bijdragen aan een belangenverdeling in het strafrecht.

Opportuniteitsbeginsel

Het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie wordt gekenmerkt door het opportuniteitsbeginsel, zoals is vastgelegd in art 167 Wetboek van Strafvordering. Het gedachtegoed zoals in 1926 vastgelegd heeft zich in de loop der jaren verder ontwikkeld. De vraag of het opportuniteitsbeginsel negatief moet worden toegepast – dat wil zeggen als uitzondering op een algemene plicht tot vervolging – dan wel of dit beginsel positief moet worden toegepast – dat wil zeggen als verplichting om slechts tot vervolging over te gaan als dat niet alleen formeel gegrond is op de wet maar daarnaast ook noodzakelijk is in het algemeen belang, is ten gunste van de "positieve" interpretatie uitgevallen²⁾.

Sepot

In de loop der jaren is het aantal zaken dat door het Openbaar Ministerie niet is vervolgd en buiten de strafrechter om is afgedaan toegenomen. Het seponeren van zaken is een direct uitvloeisel van het opportuniteitsbeginsel en de opvattingen omtrent het strafrecht.

Het sepot kent twee vormen. De eerste vorm van sepot is een technisch sepot. Hiervan is sprake wanneer de daartoe bevoegde autoriteiten menen dat er geen sprake is van een strafbaar feit; dan wel dat het feit strafrechtelijk niet te bewijzen is; of dat sprake is van een vervolgingsuitsluitingsgrond, zoals verjaring. De tweede vorm is een beleidssepot. De opsporing dan wel vervolging wordt niet opportuun geacht. De reden waarom wordt alleen duidelijk wanneer zichtbaar wordt gemaakt wat de motivering of de grond van dat sepot is.³⁾

Het sepot kan overigens voorwaardelijk worden opgelegd, met een proeftijd. Een voorwaarde kan zijn dat een transactie wordt betaald, of de schade die is toegebracht wordt ver-

²⁾ K.A.C. 't Hart, Strafrecht en beleid, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1983, blz 33

³⁾ Het Openbaar Ministerie kent een instructie sepotgronden uit 1999. Een en ander is opvraagbaar bij het Openbaar Ministerie.

goed, dan wel dat een bepaalde taakstraf wordt vervuld.

De transactie, zoals geregeld in artikel 74 Wetboek van Strafrecht, is een op zichzelf staande afdoening van een zaak door het Openbaar Ministerie buiten de rechter om. Hiertegen is door de direct belanghebbende eveneens beklag ex art 12 k Sv mogelijk.

Art 12 Sv als waarborg

Door de Hoge Raad⁴⁾ is medio jaren tachtig het beleidssepot als volwaardig sepot met het technisch sepot gelijk gesteld. De toename van beide vormen van sepot noopt de wetgever tot de wetwijziging van 1 november 2001⁵⁾ betreffende de waarborgen rondom de vervolging. In de memorie van toelichting nr 26-436⁶⁾ voorafgaand aan deze wetwijziging wordt opgemerkt dat de rechtspositie van de burger in de loop der tijd niet is versterkt. Het Openbaar Ministerie bepaalt welke zaken aan de strafrechter worden voorgelegd. Niet alleen de haalbaarheid van een zaak is de reden tot vervolging of sepot, maar ook de opportuniteit. Niet alleen de wettelijke mogelijkheid wordt daarbij in ogenschouw genomen, maar ook of vervolging in het algemeen belang noodzakelijk is. In de wetwijziging wordt derhalve voorgesteld de mogelijkheid van beklag van de burger bij het gerechtshof in ruimere mate open te stellen. De zwakkere rechtspositie van de burger zal alsdan versterkt worden. De wetgever ziet de mogelijkheid van beklag ex art 12 Sv nog altijd als de waarborg tegen het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie⁷⁾.

Begrip belanghebbende ex art 12 Sv

Wie mag nu als direct belanghebbende gezien worden, die zijn beklag kan doen bij het gerechtshof? Door de Hoge Raad⁸⁾ is uitgemaakt wie als direct belanghebbende kan worden beschouwd.

Als definitie geldt sindsdien: "iemand, die door het achterwege blijven van een strafvervolging getroffen is in een belang, dat hem bepaaldelijk aangaat". Hierbij heeft de Hoge Raad overwogen: "blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van het Sv als "belanghebbende" in de zin van art 12 Sv van dat wetboek moet worden beschouwd ieder die bij de instelling of de voortzetting van een vervolging een redelijk belang heeft, in dier voege dat het begrip "belanghebbende" het midden houdt tussen het te eng geoordeelde begrip "benadeelde" enerzijds en de als te ruim beschouwende begrip "belangstellende" en "een ieder" anderzijds; dat als "belanghebbende" in voormelde zin dan ook slechts kan worden beschouwd iemand, die door het achterwege blijven van een strafvervolging getroffen is in een belang, dat hem bepaaldelijk aangaat".

2) In hoeverre speelt het beklagrecht ex art 12 Sv een rol voor de Nederlandse militair?

De Wet militaire strafrechtspraak en de entree art 12 Sv

Door de invoering van de Wet militaire strafrechtspraak geldt het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie en het opportuniteitsbeleid zowel in commune als in militai-

⁴⁾ HR 26 juni 1984, NJ 198.5141

⁵⁾ Wet van 1 november 2001, Stb. 531, iwtr 1 mei 2002, Waarborgen rond de vervolging

⁶⁾ Kamerstukken II 1998-1999, nr 23-436, nr 3

⁷⁾ Zie reeds het proefschrift van Mr Gt.J.M. Cortens, waarborgen rondom het vervolgingsbeleid, IJmuiden: Vermande zonen en uitgevers, 1974

⁸⁾ HR 7 maart 1972, NJ 1973135

re strafzaken. Het seponeren van strafzaken en de mogelijkheid hiervan in beklag te gaan vormen een onlosmakelijk deel van het opportuniteitsbeleid. Het beklag ex 12 Sv in een strafzaak waarbij een militair betrokken is, kan worden gedaan bij het gerechtshof te Arnhem, zoals bepaald in art 68 Wet op de Rechterlijke Organisatie⁹⁾. Jaarlijks worden enkele van dergelijke klaagschriften bij het gerechtshof Arnhem ingediend. Van belang daarbij is dat beklagde, dat wil zeggen degene die naar de mening van klager vervolgd zou moeten worden, ten tijde van het delict militair is. De klacht kan zowel een "gewoon" strafdelict betreffen, bijvoorbeeld mishandeling op de slaapzaal tussen twee militairen, als een typisch militair delict, bijvoorbeeld een (burger)visser wiens boot getroffen is bij een militaire oefening¹⁰⁾. De plaats delict kan ergens in Nederland zijn, maar ook daar waar zich op dat moment Nederlandse militairen bevinden in het kader van een internationale operatie"). Tot op heden zijn de beklagzaken waarin geklaagd wordt over een zaak die zich in het buitenland heeft afgespeeld, ingediend door Nederlandse (ex) militairen.

Vlagbeginsel

De direct belanghebbende, de klager, behoeft evenwel geen Nederlander noch een militair te zijn. Wanneer klager als direct belanghebbende kan worden aangemerkt is dat gebaseerd op de aanname dat klager in zijn direct belang getroffen is door een persoon die naar de Nederlandse wet vervolgd kan worden.

Een Nederlandse burger die in het buitenland een wetsovertreding pleegt valt in principe geheel onder dat buitenlandse recht. Indien op welke grond dan ook die zaak niet strafrechtelijk wordt vervolgd zal de direct belanghebbende zich bij zijn eigen autoriteiten moeten beklagen, voor zover die buitenlandse wet die mogelijkheid biedt. Wanneer bij onze Nederlandse wet expliciet is bepaald dat het Nederlands Openbaar Ministerie een Nederlander die in het buitenland een misdrijf heeft gepleegd in Nederland kan vervolgen, zoals bijvoorbeeld voor seksueel misbruik van minderjarigen¹²⁾, dan kan de direct belanghebbende op grond van art 12 Sv beklag indienen bij het gerechtshof in Nederland").

Tegen de Nederlandse militair kan derhalve op grond van de combinatie van art 2 Wetboek van Strafvordering en van het vlagbeginsel zowel voor "gewone" strafzaken als voor typisch militaire strafzaken beklag ex 12 Sv bij het gerechtshof te Arnhem worden ingediend. De klager kan een medemilitair zijn, een ex militair, maar ook een burger van welke nationaliteit dan ook, voor zover klager als direct belanghebbende kan worden aangemerkt. Elk nadeel heeft zijn voordeel. Op basis van het vlagbeginsel zal de Nederlandse militair in Nederland vervolgd¹⁴⁾ kunnen worden, hetgeen menig Nederlandse burger die in een buitenlandse cel zucht zich zou toewensen.

⁹⁾ Prof mr G.L. Coolen, *militair straf- en strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 4^e druk 2004, blz 182/183

¹⁰⁾ Hof Arnhem, B 05.263; het beklag betreft al dan niet schending van artikel 135 Wetboek van Militair Strafrecht

¹¹⁾ Hof Arnhem, B 04.237, betreft een beklagzaak ex art 12 Sv tussen twee militairen in Bosnië; zie ook MRT 2006, p 21

¹²⁾ Zie artikel 5 Wetboek van Strafrecht

¹³⁾ Zie artikelen 2 tot en met 6 Wetboek van Strafvordering

¹⁴⁾ NB de rechtsmacht van het buitenland, wanneer aldaar een delict plaatsvindt, is hiermee niet uitgesloten

3) Enkele praktische aspecten van het beklagrecht ex art 12 Sv in relatie tot de Nederlandse militair

Taak Openbaar Ministerie bij beklagzaak

Wanneer een beklag wordt ingediend bij het gerechtshof te Arnhem zal het hof de advocaat-generaal (AG) verzoeken om advies. Bij een militaire strafzaak zal dit verzoek terecht komen bij de advocaat-generaal belast met militaire zaken. De AG beschikt evenwel niet over een dossier. Derhalve wordt een ambtsbericht gevraagd aan de hoofdofficier van justitie. De (zaaks)Officier van Justitie (OvJ) zal zijn ambtsbericht schrijven gerelateerd aan het proces-verbaal. Het spreekt voor zich dat een dergelijk proces-verbaal zo volledig mogelijk moet zijn. Wanneer bij nadere bestudering evenwel blijkt dat bepaald technisch onderzoek niet is gedaan, dan wel getuigen niet zijn gehoord, is de kans groot dat het ambtsbericht van de OvJ dan wel het advies van de AG luidt dat de klacht gegrond moet worden verklaard en nader onderzoek gerechtvaardigd is. Let wel, het ambtsbericht en het advies behoeven niet éénduidig te zijn. Bovendien is het uiteindelijk aan het hof om te bepalen of de klacht gegrond moet worden verklaard. Het staat de beklagkamer van het hof vrij een beklag gegrond te verklaren, alhoewel het ambtsbericht van de OvJ en het advies van de AG menen dat het beklag ongegrond verklaard zou moeten worden. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat wanneer de klacht gegrond wordt verklaard en nader onderzoek bevolen wordt, dit nog niet automatisch inhoudt dat strafvervolgning zal plaatsvinden. Het is mogelijk dat nader onderzoek geen of onvoldoende bewijs oplevert om de zaak voor de rechter te brengen. In dat geval zal het Openbaar Ministerie het gerechtshof om bewilling moeten vragen teneinde het Openbaar Ministerie alsnog te ontslaan van de eerdere opdracht te vervolgen.

De aangifte

In de meeste zaken is de aangifte de start van een proces-verbaal. Deze aangifte wordt meestal bij de politie gedaan, dan wel bij de KMAR. Direct aangifte doen bij het Openbaar Ministerie is evenwel ook mogelijk. De algemene lijn bij de beklagkamers van de gerechtshoven is dat een beklag niet-ontvankelijk zal worden verklaard wanneer geen aangifte is gedaan. De opsporende instanties moeten wel bekend zijn met het strafbare feit.

Een punt van aandacht is dat in principe een ieder aangifte kan doen. In dit opzicht moet de rol van de media niet worden vergeten. Met name de missies in het buitenland mogen zich op mediabelangstelling verheugen. Incidenten of hardnekkige geruchten over misdrijven kunnen aanleiding zijn voor nader onderzoek. Zo wordt nu de rol van het Franse leger bij de volkenmoord in Rwanda in 1994 nader onderzocht¹⁵⁾. Het Franse recht kent nog wel de "action directe", welk recht in Nederland de burger is ontzegd. In ons systeem kan alleen een direct belanghebbende een beklag ex art 12 Sv bij het gerechtshof te Arnhem indienen. De media kunnen hierin evenwel faciliteren. Een artikel als "De dood uit Nederland"¹⁶⁾ kan de opstap zijn voor een aangifte en bij mededeling sepot voor een beklag ex art 12 Sv.

¹⁵⁾ NRC 27 december 2005

¹⁶⁾ A. Karskens, De dood uit Nederland, Nieuwe Revu 2005, 13. Blz 16-19; "Nederlandse militairen hebben tijdens hun verblijf in Irak zes burgers doodgeschoten. Om deze fouten te verhullen legde het ministerie van Defensie verkeerde verklaringen af, is de rechtsgang in Irak gehinderd en is de Tweede Kamer onvoldelig ingelicht".

Informeren belanghebbende

Een direct belanghebbende kan alleen beklag instellen wanneer hij weet heeft van het feit dat de zaak geseponeerd is en hij op de hoogte is gesteld van de mogelijkheid van beklag bij het gerechtshof. Indien een zaak door het Openbaar Ministerie wordt geseponeerd dient het slachtoffer ook gewezen te worden op de mogelijkheid van beklag ex 12 Sv¹⁷⁾. Deze plicht is niet territoriaal begrensd. Waar mogelijk zal het Openbaar Ministerie ook de direct belanghebbende in het buitenland op de hoogte brengen, indien nodig via de plaatselijke politie aldaar. Dit gebeurt ook bij militaire zaken die zijn geseponeerd. Het gegeven dat tot op heden nog geen beklag ex 12 Sv bij het gerechtshof Arnhem is ingediend door een direct belanghebbende (niet Nederlander of niet militair) uit het buitenland alwaar de Nederlandse militair op missie is, kan zo maar voltooid verleden tijd zijn.

Schadevergoeding

De algemene lijn bij alle beklagkamers van de vijf gerechtshoven die Nederland rijk is, is dat een beklag ongegrond wordt verklaard wanneer klager alleen uit is op schadevergoeding. Indien een direct belanghebbende derhalve eerst aangifte doet van een strafbaar feit en vervolgens in beklag gaat na mededeling sepot, zal dit beklag weinig kans van slagen hebben wanneer uit het proces-verbaal blijkt hoe het feit heeft plaatsgevonden, welke vergoeding hiertegen over heeft gestaan en dat klager feitelijk alleen van mening is dat hij te weinig pecunia zou hebben gekregen.

De wet biedt evenwel de mogelijkheid om een beklag wel gegrond te verklaren wanneer het hof, al dan niet zodanig geadviseerd door het Openbaar Ministerie, van oordeel is dat de rechtsorde zodanig geschokt is dat een schadevergoeding geen recht doet aan de ernst van het strafbare feit. Afgelopen jaren is het een aantal keren voorgekomen dat het betalen van een transactie of een voorwaardelijk sepot, na betaling van een schadevergoeding, onvoldoende werd geacht door het desbetreffende gerechtshof. In die gevallen heeft het hof het Openbaar Ministerie gelast alsnog tot vervolging over te gaan.

4) Aan welke vereisten dienen justitiële onderzoeken naar eventuele wetsovertredingen door de Nederlandse militair (in internationale operaties) te voldoen volgens het EHRM?

Bevoegdheden en verantwoordelijkheden

De regels van het militair strafrecht worden in de praktijk getoetst bij het uitzenden van Nederlandse militairen en deelname aan internationale operaties. Het functioneel geweldgebruik is gebonden aan internationale verdragen, VN resoluties, Memorandum(s) of Understanding en daarmee samenhangende Rules of Engagement. Tegen deze achtergrond zal het optreden van de Nederlandse militair moeten worden beoordeeld. Zijn optreden in deze omstandigheden is niet te vergelijken met een oefening in NAVO verband of met het optreden van de politie.

Het vasthouden door Nederland als zendstaat aan de uitoefening van strafrechtsmacht over uitgezonden militairen¹⁸⁾ geeft niet alleen ruimte voor opsporingshandelingen te verrichten door de KMAR. Dit uitgangspunt biedt ook de basis voor het zekerstellen van het

¹⁷⁾ Schrijven van de procureurs-generaal 6/01/86; Staatscourant 17 februari 1986, nr 33

¹⁸⁾ Mr drs M.M. Dolman, Lkol mr drs P.A.L. Ducheine, prof dr T.D. Gill, mr G.F. Walgemoed; Functioneel geweldgebruik in internationale operaties, een spiegel van rechtspraak en praktijk, MRT2005 afl 10, blz 412

vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie alsmede de waarborg met betrekking tot dat vervolgingsmonopolie op grond van art 12 Sv. Het individueel optreden van de Nederlandse militair bij het plegen van een strafbaar feit alsmede de consequentie die het Openbaar Ministerie daaraan verbindt, staat in het kader van het beklagrecht ex art 12 Sv centraal.

Indien het optreden van een individuele militair een strafrechtelijk vergrijp betreft tegen een mede militair zal het recht zijn gewone loop hebben. Het Nederlandse strafrecht is van toepassing. Feiten en omstandigheden moeten uiteraard worden meegewogen. De strafzaak kan bijzondere aspecten hebben maar zal in het algemeen niet afwijken van andere strafzaken.

Het aantal beklagen ex art 12 Sv in strafzaken die militairen betreffen zijn numeriek gezien uiterst gering.")

Indien het optreden van een individuele militair een strafrechtelijk vergrijp betreft tegen een bewoner van het land waar de internationale operatie plaatsvindt lijken er meer haken en ogen aan de zaak te zitten. Het vergrijp hoeft niet direct een schietincident te zijn, maar kan ook een zedendelict betreffen of verduistering van gelden of goederen.

De bevelvoerend commandant kan de mening zijn toegedaan dat nader strafrechtelijk onderzoek operationeel niet goed uitkomt of dat een dergelijke onderzoek de onderlinge verhoudingen met de bewoners zal verstoren, wellicht zelfs zal leiden tot onrust met alle gevolgen van dien. Deze inschatting behoeft op zichzelf niet onjuist te zijn. Toch mogen deze omstandigheden er niet toe leiden dat een strafrechtelijk onderzoek achterwege blijft. dan wel niet conform de regels kan worden uitgevoerd.

De bevoegdheid voor het doen uitvoeren van een strafrechtelijk onderzoek ligt niet bij de bevelvoerend commandant, maar bij het Openbaar Ministerie. Deze wet van Meden en Perzen biedt praktisch niet altijd het nodige houvast wanneer in aanmerking wordt genomen dat de bevelvoerend commandant ter plekke is en de Officier van Justitie veilig ver weg.

Beide partijen, en de bevelvoerend commandanten het Openbaar Ministerie, zullen zich bewust moeten zijn van wederzijdse bevoegdheden en verantwoordelijkheden.

Bepalingen EVRM, Rechtspraak EHRM

Artikel 2 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden legt de Nederlandse staat een bijzondere verplichting op: bescherming van het recht op leven. Slechts twee overheidsorganen is toegestaan, onder omstandigheden, dit recht te schenden, de politie en de krijgsmacht.²⁰⁾ De achtergronden en omstandigheden waarin beiden optreden mogen divers en zelfs onvergelijkbaar zijn, de overeenkomst betreffende art 2 EVRM is significant. In dit kader is van belang op welke wijze de onderzoeksprocedure door het Nederlandse Openbaar Ministerie bij schending van art 2 EVRM geborgd is.

Een tweetal zaken waarin sprake is van overheidsgeweld heeft geleid tot twee beklagzaken ex art 12 Sv bij het gerechtshof te Amsterdam, waarbij geklaagd is over schending van art 2 EVRM door individuele politiemensen. Vervolgens heeft een zaak bij het Europees Hof voor de rechten van de mens inzake overheidsgeweld de criteria voor het doen van justitieel onderzoek bij overheidsgeweld aangescherpt.

In de eerste beklagzaak ex art 12 Sv is sprake van een persoon die dodelijk is getroffen

¹⁹⁾ In het algemeen is het aantal beklagzaken ex art 12 Sv per jaar niet groot. Het aantal neemt evenwel elk jaar toe. Dit geldt ook voor het aantal zaken betreffende militairen en militair strafrecht.

²⁰⁾ Zie art 15 lid 2 EVRM

door een kogel afgeschoten door een politieman. In de klacht wordt gewezen op het feit dat de Nederlandse staat inbreuk heeft gemaakt op art 2 EVRM. In deze zaak is geen gerechtelijk vooronderzoek door het Openbaar Ministerie gevorderd. Het Hof Amsterdam²¹⁾ merkt in deze zaak op dat het Europese Hof bij overheidsgeweld met dodelijke afloop eisen stelt aan een dergelijk onderzoek. In casu is daaraan naar de mening van het hof voldaan. Een instelling als de rijksrecherche en een onafhankelijk Openbaar Ministerie zijn afdoend. Toch meent het hof dat het noodzakelijk is dat de rechter-commissaris, een onafhankelijk functionaris bij uitstek, een reconstructie laat uitvoeren. Derhalve wordt het beklag gegrond verklaard.

In de tweede beklagzaak ex art 12 Sv is wederom sprake van een slachtoffer dat dodelijk is getroffen door een tweetal schoten van een politieman. In deze zaak heeft de officier van justitie wel een gerechtelijk vooronderzoek gevorderd en heeft in het kader daarvan een reconstructie plaatsgevonden. Naar aanleiding van het onderzoek is de Officier van Justitie voornemens de zaak niet verder te vervolgen. Hiertegen richt zich nu de klacht ex 12 Sv. Het Hof Amsterdam²²⁾ is van mening dat het niet aan het Openbaar Ministerie is in deze zaak als laatste rechterlijke instantie een oordeel te vellen. Naar de mening van het hof kunnen er nog te veel vragen worden gesteld en zijn te veel feiten en omstandigheden onduidelijk gebleven. Hierbij worden de moeilijke omstandigheden waaronder politiemensen moeten werken uitdrukkelijk meegewogen. Het hof acht de klacht gegrond en beveelt verdere vervolging.

Tenslotte heeft het Europese Hof voor de rechten van de mens²³⁾ zich onlangs uitgelaten over een zaak van overheidsgeweld in Nederland. Onder meer art 2 EVRM is aan de orde gesteld.

De procedure van art 12 Sv, met name dat dit een besloten karakter heeft ter zitting, kan het Europese Hof billijken. De wijze waarop het justitieel onderzoek is gedaan door de plaatselijke politie, dienstdoend bij hetzelfde bureau waar de politieman werkt die het dodelijk schot heeft gelost en door de OvJ die als districtsofficier nauwe banden heeft met het desbetreffende bureau, kan in de ogen van het Europese Hof niet door de beugel.²⁴⁾

Met de inwerkingtreding van de Wet militaire strafrechtspraak is in ruime mate voldaan aan de eis van een onafhankelijke vervolgende instantie, zoals door de recente uitspraak van het Europese Hof verwoord. De Officier van Justitie maakt geen deel uit van de krijgsmacht en heeft als zodanig de nodige distantie. De positie van de KMAR lijkt eveneens bij militaire delicten een ander dan die van de politie²⁵⁾. Voor het doen van onderzoek en het opmaken van het proces-verbaal bij wetsovertreding door militairen valt de KMAR immers onder de bevoegdheid van het Openbaar Ministerie en niet onder de bevoegdheid van de militaire commandant, waar ook ter wereld.

De werking van het EVRM lijkt bij schending van art 2 EVRM door de militair qua procedure geborgd op grond van de onafhankelijke positie van de KMAR en het Openbaar Ministerie.

²¹⁾ Hof Amsterdam, R 04.001112 Sv

²²⁾ Hof Amsterdam, R 03.135112 Sv

²³⁾ Europees Hof voor de rechten van de mens; case of Ramsahai and others; application no 52391/99; Judgment Strasbourg 10 november 2005

²⁴⁾ Het college procureurs-generaal is doende een nieuwe aanwijzing handelswijze bij geweldsaanwending (politie)ambtenaar op te stellen. Schrijven van procureurs-generaal 29/12/2005. T.z.t. opvraagbaar bij Openbaar Ministerie

²⁵⁾ Dit zal evenwel anders zijn als iemand van de KMAR zelf verdacht wordt van het overtreden van de strafwet.

De vraag²⁶⁾ is gerechtvaardigd of de bepalingen van het EVRM ook gelden bij operaties van Nederlandse eenheden buiten het koninkrijk. Een zekere spanning tussen optreden in oorlogstijd of zogenaamde vredesmissies en de universele gelding van de mensenrechten zal niet direct een helder antwoord geven op de vraag of art 2 EVRM geschonden is. Een en ander sluit evenwel de noodzaak van een justitieel onderzoek naar die vraag niet uit.

Het beklagrecht ex art 12 Sv zoals wij dat in onze rechtspraak kennen is namelijk in de laatste uitspraak van het Europese Hof fier overeind gebleven. Een beklag ex art 12 Sv bij het gerechtshof Arnhem inzake een militair delict zal ook getoetst worden aan de criteria zoals door het Europese Hof in de zaak Ramsahai gesteld. Onvoldoende onderzoek, vele vragen die onbeantwoord zijn of feiten en omstandigheden die onduidelijk zijn gebleven zullen leiden tot een gegrondverklaring van een beklag ex 12 Sv. De soms buitengewoon moeilijke positie van de militair op missie zal bij de behandeling van een dergelijk beklag worden meegenomen.

5) Conclusie

Het beklagrecht ex art 12 Sv is een waarborg met betrekking tot het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie. Dit vervolgingsmonopolie geldt sinds 1991 ook voor het militair strafprocesrecht. Het beklagrecht ex art 12 Sv betreft de direct belanghebbende die door het achterwege blijven van een strafvervolgning getroffen is in een belang dat hem bepaald aangaat. Gelet op de combinatie van de territoriaal bepaalde rechtsmacht met het vlagbeginsel zoals dat in het militair strafrecht geldt kan een beklagzaak ex art 12 Sv tot stand komen bij een niet vervolgen door het Openbaar Ministerie van een militair waar ook ter wereld. De toename van het aantal buitenlandse operaties waaraan de Nederlandse krijgsmacht deelneemt, met de daarmee samenhangende internationale regels en wetgeving vraagt kennis en situationeel bewustzijn van het Openbaar Ministerie. De internationale militaire operaties krijgen veel aandacht in de media. De aandacht die thans in Frankrijk is voor het optreden van het Franse leger in Rwanda is niet een op zichzelf staand voorbeeld. Het Openbaar Ministerie moet in staat worden gesteld op juiste gronden een afweging te kunnen maken of een militair strafrechtelijk wordt vervolgd of niet. Het Europese Hof heeft de procedurele lijnen aangegeven bij het justitiële onderzoek in geval sprake is van schending van art 2 EVRM. Het beklagrecht ex art 12 Sv kan ook bij internationale missies een opstap zijn voor een vervolgingsopdracht aan het Openbaar Ministerie. Een wettelijke bepaling waarover niet te licht mag worden geoordeeld.

²⁶⁾ Mr drs M.M. Dolman, Lkol mr drs P.A.L. Ducheine; prof dr T.D. Gill; mr G.F. Walgemoed: functioneel geweldgebruik in internationale operaties: een spiegel van rechtspraak en praktijk, MRT 2005 afl 10, blz 411.

STRAFRECHTSPRAAK

Arrondissementsrechtbank te Zwolle

Strafkamer

Vonnis van 2 juni 2005

Voorzitter: mr. G.P. Nieuwenhuis, *leden:* mrs. G. Blomsma en S. Kuypers.

Ontoerekenbaarheid wegens ziekelijke stoornis

Omdat verdachte ten tijde van de feiten – (poging tot) moord – aan paranoïde schizofrenie leed, kunnen de feiten hem niet worden toegerekend. Met het oog op onverminderd groot recidivegevaar volgt terbeschikkingstelling met hevel tot verpleging.

(Sr art. 39)

STRAFVONNIS

in de zaak van het openbaar ministerie tegen Th. H., geboren op [...], wonende te [...], gedetineerd in de Penitentiaire Inrichting Noord-Holland Noord, Huis van Bewaring Zwaag te Zwaag.

Het onderzoek ter terechtzitting heeft plaatsgevonden op 19 mei 2005. De verdachte is verschenen, bijgestaan door mr. K.D. Regter, advocaat te Lelystad.

De officier van justitie, mr. P.J.J.M. Berden, heeft ter terechtzitting ter zake het onder 1 en 2 ten laste gelegde gevorderd:

- verdachte wegens volledige ontoerekeningsvatbaarheid te ontslaan van alle rechtsvervolging;
- de maatregel van terbeschikkingstelling met dwangverpleging te gelasten;
- toewijzing van de vorderingen van de benadeelde partijen A.K. en L.M., alsmede oplegging van de maatregel als bedoeld in artikel 36f van het Wetboek van Strafrecht ten behoeve van de slachtoffers K. en M.

Tenlastelegging

De verdachte is ten laste gelegd dat:

"1. hij op of omstreeks 8 juni 2004 te Nagele, gemeente Noordoostpolder, opzettelijk en met voorbedachten rade J.M. van het leven heeft beroofd, immers heeft verdachte met dat opzet en na kalm beraad en rustig overleg, meermalen geschoten (met een vuurwapen) in het hoofd, in ieder geval in het lichaam van die M., ten gevolge waarvan voornoemde M. is overleden;

2. hij op of omstreeks 8 juni 2004 te Nagele, gemeente Noordoostpolder, ter uitvoering van het door verdachte voorgenomen misdrijf om opzettelijk en met voorbedachten rade A.K. (echtgenote van J.M.) van het leven te beroven, met dat opzet en na kalm beraad en rustig overleg, meermalen heeft geschoten (met een vuurwapen) in het gezicht, in ieder geval in het hoofd van die K. en/of meermalen heeft geschoten (met dat vuurwapen) in de richting van het lichaam van die K., terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid.

Bewijs

De rechtbank acht wettig en overtuigend bewezen hetgeen de verdachte onder 1 en 2 ten laste is gelegd, met dien verstande dat:

"1. hij op 8 juni 2004 te Nagele, gemeente Noordoostpolder, opzettelijk en met voorbe-

dachten rade J.M. van het leven heeft beroofd, immers heeft verdachte met dat opzet en na kalm beraad en rustig overleg, geschoten (met een vuurwapen) in het hoofd van die M., ten gevolge waarvan voornoemde M. is overleden;

2. hij op 08 juni 2004 te Nagele, gemeente Noordoostpolder, ter uitvoering van het door verdachte voorgenomen misdrijf om opzettelijk en met voorbedachten rade A.K. (echtgenote van J.M.) van het leven te beroven, met dat opzet en na kalm beraad en rustig overleg, heeft geschoten (met een vuurwapen) in het hoofd van die K. en/of meermalen heeft geschoten (met dat vuurwapen) in de richting van het lichaam van die K., terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid".

Van het onder 1 en 2 meer of anders ten laste gelegde zal de verdachte worden vrijgesproken, aangezien de rechtbank dat niet wettig en overtuigend bewezen acht.

Strafbaarheid

Het bewezene levert op:

Feit 1:

Moord, strafbaar gesteld bij artikel 289 van het Wetboek van Strafrecht.

Feit 2:

Poging tot moord, strafbaar gesteld bij artikel 289, juncto artikel 45 van het Wetboek van Strafrecht

Met betrekking tot de persoon en de strafbaarheid van verdachte heeft de rechtbank rekening gehouden met een rapport d.d. 17 mei 2005, uitgebracht door J.P.M. Hent, psycholoog, en J.M.J.F. Offermans, psychiater, beiden verbonden aan het Pieter Baan Centrum te Utrecht.

Het rapport van de deskundigen houdt als conclusie onder meer in dat verdachte ten tijde van het plegen van de hem ten laste gelegde feiten lijdende was aan een zodanige ziekelijke stoornis zijner geestvermogens, dat deze feiten – indien bewezen – hem niet kunnen worden toegerekend.

De rechtbank is van oordeel dat de deskundigen op goede gronden tot hun advies zijn gekomen en maakt het oordeel van de deskundigen tot het hare.

De rechtbank concludeert dat verdachte ten tijde van het plegen van de onder 1 en 2 ten laste gelegde en bewezen verklaarde feiten ontoerekeningsvatbaar was en dat derhalve deze feiten de verdachte niet kunnen worden toegerekend. De rechtbank acht verdachte derhalve niet strafbaar ter zake voornoemde feiten.

Oplegging van straf of maatregel

Gelet op de aard en de ernst van de bewezen verklaarde strafbare feiten, op de omstandigheden waaronder verdachte deze feiten heeft gepleegd en op de persoon van verdachte, zoals van een en ander uit het onderzoek ter terechtzitting is gebleken, acht de rechtbank de na te noemen beslissing passend.

De rechtbank zal de verdachte ontslaan van alle rechtsvervolgting ter zake het onder 1 en 2 ten laste gelegde, op de grond dat verdachte wegens volledige ontoerekeningsvatbaarheid niet strafbaar wordt geacht.

De deskundigen Hent en Offermans stellen in voornoemd rapport dat bij verdachte sprake is van een paranoïde vorm van schizofrenie met paranoïde wanen, betrekkingen- en grootheidswanen en akoestische hallucinaties.

Voorts wordt door beide deskundigen gesteld: "Ofschoon betrokkene vanuit zijn psychotische belevingswereld thans van mening is dat hij met het ten laste gelegde (zoon slachtoffer) en Dutchbat een enorme klap heeft toegediend, zal hem ongetwijfeld al snel blijken dat de door hem beoogde 'doelen', te weten een erkenning als telepaat en een schadevergoeding van de

Nederlandse Staat vanwege in zijn beleving gederfde inkomsten door het ontbreken van deze erkenning tot heden, met het ten laste gelegde niet bereikt zijn. Dit zal er dan ongetwijfeld toe leiden dat betrokkene opnieuw op zoek gaat naar middelen en mogelijkheden om genoemde doelen alsnog te bereiken, temeer daar het waarschijnlijk mag worden geacht dat de stemmen van en wanen over Dutchbat in zijn hoofd zullen aanhouden – ze zijn feitelijk nooit helemaal verdwenen – en hij opnieuw niet tot een 'akkoord' met deze stemmen zal komen.

Deze overwegingen maken dat het recidivegevaar voor feiten als de onderhavige ten laste gelegde als zeer groot moet worden geacht. Slechts een hernieuwde terbeschikkingstelling met bevel tot verpleging biedt voldoende garanties om betrokkene's ziekelijke stoornis adequaat te behandelen en te begeleiden en de risico's voor de samenleving op korte, middellange en lange termijn zo beperkt mogelijk te houden."

Op grond van voornoemd rapport is het de rechtbank voldoende aannemelijk geworden dat de algemene veiligheid van personen het opleggen van de maatregel van terbeschikkingstelling van verdachte, met bevel dat hij van overheidswege wordt verpleegd, eist.

De rechtbank is van oordeel dat het op de lijst van inbeslaggenomen voorwerpen vermelde vuurwapen en munitie dienen te worden onttrokken aan het verkeer, omdat het voorwerpen betreft met behulp van welke de feiten zijn begaan en van zodanige aard zijn dat het ongecontroleerde bezit daarvan in strijd is met de wet.

Bij haar beslissing heeft de rechtbank voorts rekening gehouden met een de verdachte betreffend uittreksel d.d. 28 april 2005 uit het algemeen documentatieregister van de justitiële documentatiedienst.

De rechtbank heeft, behalve op de reeds aangehaalde wettelijke voorschriften, gelet op de artikelen 36b, 36c, 36f, 37b en 57 van het Wetboek van Strafrecht.

Benadeelde partijen

De benadeelde partij A.K heeft zich voor aanvang van de terechtzitting als benadeelde partij in dit geding gevoegd en een vordering ingediend tot vergoeding van (materiële en immateriële) schade ten gevolge van het aan verdachte ten laste gelegde. De hoogte van die schade wordt door de benadeelde partij begroot op een bedrag van € 19.222,-.

Bij het onderzoek ter terechtzitting is komen vast te staan dat de benadeelde partij A.K. rechtstreeks schade heeft geleden ten gevolge van de bewezen verklaarde feiten. De hoogte van die schade is genoegzaam komen vast te staan tot een bedrag van € 19.222,-, vermeerderd met de kosten die – tot op heden – worden begroot op nihil.

De vordering van de benadeelde partij A.K., die in die vordering ontvankelijk is, is in dier voege toewijsbaar.

De vordering van de benadeelde partij L.M. is naar het oordeel van de rechtbank niet van zo eenvoudige aard dat deze zich leent voor behandeling in het strafgeding. De rechtbank zal derhalve bepalen dat de benadeelde partij in zijn vordering niet-ontvankelijk is en dat de vordering slechts bij de burgerlijke rechter kan worden aangebracht.

De rechtbank zal, gelet op het bepaalde in artikel 36f, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht en het feit dat verdachte ter zake de bewezen verklaarde feiten niet zal worden veroordeeld, maar zal worden ontslagen van rechtsvervolging, oplegging van de door de officier van justitie gevorderde maatregel als bedoeld in voornoemd artikel achterwege laten (Hoge Raad 25 januari 2005).

[Volgt: Ontslag van rechtsvervolging en terbeschikkingstelling met bevel tot verpleging; toewijzing van de vordering van een van de benadeelde partijen, niet-ontvankelijk-verklaring van de andere. - Red.]

Hoge Raad der Nederlanden

Strafkamer

Arrest van 11 oktober 2005

Voorzitter: mr. W.J.M. Davids, raadsheren: mrs. G.J.M. Corstens en J.W. IJssink

Ferme jongens, stoere knapen

Marinier wordt op wacht door slaap overmand: aan zijn schuld te wijten zijn dat hij een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid niet vervult, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade te duchten is voor de veiligheid. Nu verdachte het verwijt treft dat hij zich aan zijn taak als schildwacht heeft onttrokken, is hij niet als schildwacht opgetreden. Daarom geen 'omkering van de bewijslast' met betrekking tot evt. strafuitsluitingsgrond.

(WMSr artt. 69, 108 lid 1; WMSv art. 31 lid 2; Invoeringswet militair straf- en tuchtrecht art. 74; Sr art. 40-43)

ARREST

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Arnhem, Militaire Kamer, van 8 september 2004, nummer 21/001521-04, in de strafzaak tegen: [...], geboren te [...] op [...] 1984, wonende te [...].

1. De bestreden uitspraak

Het Hof heeft in hoger beroep – met vernietiging van een vonnis van de Militaire Kamer van de Rechtbank te Arnhem van 1 maart 2004 – de verdachte vrijgesproken van het hem bij inleidende dagvaarding primair tenlastegelegde feit en hem voorts ter zake van "als militair aan zijn schuld te wijten zijn dat hij een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid niet vervult, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade te duchten is voor de veiligheid" veroordeeld tot twee maanden militaire detentie, voorwaardelijk met een proeftijd van een jaar, alsmede tot een taakstraf bestaande uit een werkstraf voor de duur van zestig uren, subsidiair dertig dagen hechtenis.

2. Geding in cassatie

Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze heeft mr. G.G.J. Knoops, advocaat te Amsterdam, bij schriftuur middelen van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Advocaat-Generaal Knigge heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

3. Beoordeling van het eerste middel

3.1. Het middel is gericht tegen de verwerping van de op de terechtzitting gevoerde verweren en keert zich meer in het bijzonder tegen het oordeel van het Hof dat art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak alleen ziet op actief handelen van een schildwacht.

3.2. Het Hof heeft overeenkomstig de inleidende dagvaarding ten laste van de verdachte bewezenverklaard dat:

"hij als militair op 15 augustus 2003 te of nabij As Samaha in Irak, op een observatiepost (wachtpost 5 op 'Camp Smitty'), belast met het observeren van de bij die wachtpost 5 behorende sector, in ernstige mate nalatig een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid niet heeft vervuld, door daar en toen in ernstige mate nalatig

op die post in slaap te vallen, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade te duchten is geweest voor de veiligheid, hierin bestaande dat het bij voornoemde wachtpost behorende (bewakings)gebied niet voortdurend geobserveerd kon worden."

3.3. De tenlastelegging is toegesneden op art. 108, eerste lid, Wetboek van Militair Strafrecht. Dit artikel, dat is opgenomen in de titel 'Misdrijven waardoor de militair zich aan de vervulling van dienstverplichtingen onttrekt', luidt als volgt:

"Met gevangenisstraf of hechtenis van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie wordt gestraft de militair aan wiens schuld het is te wijten dat hij een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid niet vervult of niet in staat is te vervullen, indien als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade ontstaat aan of te duchten is voor de bestrijding van gemeen gevaar voor personen of goederen, de gereedheid tot het daadwerkelijk uitvoeren van een operatie of oefening van enig onderdeel van de krijgsmacht, dan wel de veiligheid."

3.4. Door de verdediging is op de terechtzitting onder meer aangevoerd dat de verdachte heeft gehandeld in een situatie van overmacht (art. 40 Sr) en dat hij heeft gehandeld naar aanleiding van een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel (art. 43 Sr). Daartoe is een beroep gedaan op art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak, dat als volgt luidt:

"De militair die zich beroept op een grond die overeenkomstig een van de artikelen 40-43 van het Wetboek van Strafrecht de strafbaarheid van een door hem als schildwacht gepleegd feit zou uitsluiten, wordt geacht rechtmatig te hebben gehandeld, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt."

3.5. De wetsgeschiedenis bij dit artikel houdt onder meer het volgende in:

"De voorgestelde bepaling in het tweede lid is ook gebaseerd op artikel 74 van de Invoeringswet Militair Straf- en Tucht recht, namelijk op het bepaalde onder 2°. De omkering van de bewijslast is voor de schildwacht gehandhaafd. De ratio is een oplossing te bieden voor de bijzondere positie van de schildwacht; men denke aan een ingrijpen door de schildwacht die alleen op post staat."

(Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1982-1983, 17804, nr. 5, p. 45)

3.6. Het hiervoor onder 3.5 aangeduide art. 74, aanhef en onder 2°, Invoeringswet Militair Straf- en Tucht recht is in de kern gelijklopend aan het hiervoor weergegeven art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak.

3.7. Art. 69 Wetboek van Militair Strafrecht luidt als volgt:

"Onder schildwacht wordt verstaan iedere militair, die met een door Onze Minister van Defensie vast te stellen wapen uitgerust of van een door Onze Minister van Defensie vast te stellen kenteken voorzien, op post of uitkijk is gesteld."

3.8. Het bestreden arrest houdt in dit verband het volgende in:

"De raadsman heeft ter terechtzitting aangevoerd dat er sprake is van overmacht dan wel afwezigheid van alle schuld.

De raadsman heeft in dit verband een beroep gedaan op het bepaalde in het tweede lid van artikel 31 van de Wet militaire strafrechtspraak. Deze stelling miskent dat die bepaling ziet op het actief handelen van een schildwacht bij de uitoefening van zijn taak en juist niet op het zich onttrekken aan die taak.

Het hof verwerpt de verweren. Het hof stelt daarbij voorop dat het onderkent dat verdachte onder moeilijke omstandigheden zijn wachtdienst heeft moeten verrichten, met name als gevolg van de hoge temperaturen ter plaatse, ook 's nachts, en de hoge frequentie waarin hij wachtdienst moest doen, waardoor van rusten en slapen niet veel terecht kwam. Aan de andere kant is verdachte een getrainde *marinier* die juist vanwege voornoemde omstandigheden maatregelen had moeten nemen om wakker te blijven. Door

op de rand van het dak te gaan zitten tegen het einde van zijn wachttijd, heeft hij zich in een situatie gebracht waarin het gevecht tegen zijn vermoeidheid werd bemoeilijkt. Naar het oordeel van het hof is het dan ook niet aannemelijk geworden dat er sprake is geweest van overmacht.

Nu verdachte naar het oordeel van het hof niet al het mogelijke heeft gedaan om te voorkomen dat hij in slaap zou vallen kan het beroep op afwezigheid van alle schuld evenmin slagen."

3.9. In het oordeel van het Hof ligt besloten dat aan de verdachte het verwijt wordt gemaakt dat hij zich heeft onttrokken aan zijn taak als schildwacht door in slaap te vallen op zijn wachtpost en dat hij dus niet als schildwacht in de zin van het Wetboek van Militair Strafrecht is opgetreden. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

Voorts heeft het Hof als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak uitsluitend betrekking heeft op de militair die als schildwacht een taak uitoefent en niet op de militair die zich aan zijn taak als schildwacht onttrekt en dat de verdachte dus geen beroep op dit artikel toekomt. Dat oordeel is juist.

3.10. Het middel faalt dus.

4. Beoordeling van de overige middelen

De middelen kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de middelen niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

[Volgt: Verwerping van het beroep. – *Red.*]

CASSATIESCHIFTUUR

[...]

MIDDELI

Het recht is geschonden en/of er zijn vormen verzuimd waarvan niet-naleving nietigheid medebrengt. In het bijzonder zijn de artikelen 31 lid 2 van de Wet Militaire Strafrechtspraak(WMS) juncto artikel 40-43 Wetboek van Strafrecht (Sr) geschonden, doordat het Gerechtshof op onjuiste gronden heeft verworpen het beroep van de zijde van requirant tot cassatie op het bestaan van overmacht dan wel afwezigheid van alle schuld, door aan te nemen dat deze bepaling alleen zou zien op het actief handelen van een schildwacht bij de uitoefening van zijn taak en niet zou zien op het zich beweerdelijk onttrekken van deze taak, terwijl daarenboven het Hof niets heeft vastgesteld omtrent het, aan artikel 31 lid 2 WMS ten grondslag liggende beginsel van de omkering van bewijslast, in de vorm van 'het tegendeel niet aannemelijk is gemaakt'.

Toelichting

1. Op pagina 3 van het bestreden arrest overweegt het Hof dat de raadsman ter zitting heeft aangevoerd dat sprake is van overmacht dan wel afwezigheid van alle schuld. En dat in dit verband een beroep is gedaan op het bepaalde in het tweede lid van artikel 31 van de Wet Militaire Strafrechtspraak.

2. Het Hof verwerpt deze verweren en overweegt *terzake* dat dit beroep op artikel 31 lid 2 van bedoelde wet zou miskennen "[...] dat die bepaling ziet op het actief handelen van een schildwacht bij de uitoefening van zijn taak en juist niet op het zich onttrekken aan die

taak". Deze overweging getuigt van een onjuiste rechtsopvatting en gezien het belang van deze overweging voor de beoordeling van de daarop gebaseerde strafuitsluitingsgronden die het Hof hierna afzonderlijk bespreekt, kan het arrest reeds niet in stand blijven. Alvorens deze overweging van het Hof nader te beschouwen, is het van belang te constateren dat het Hof in het bestreden arrest niet lijkt te weerspreken het in appel door de verdediging naar voren gebrachte argument dat requirant conform artikel 69 Wetboek van Militair Strafrecht als een schildwacht diende te worden aangemerkt.³⁾ Na dit te hebben vastgesteld, zal bezien moeten worden of 's Hofs redenering in dit kader een juiste is geweest. Op grond van de navolgende argumenten moet deze vraag ontkennend worden beantwoord.

3, Op de eerste plaats volgt de interpretatie van het Hof niet uit de wettekst, die immers luidt: De militair die zich beroept op een grond die overeenkomstig een van de artikelen 40-43 van het Wetboek van Strafrecht de strafbaarheid van een door hem als schildwacht gepleegd feit zou uitsluiten, wordt geacht rechtmatig te hebben gehandeld, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt.

4. Ook de wetsgeschiedenis van dit artikel biedt geen steun voor deze opvatting. In de Invoeringswet Militair Strafrecht en Tuchtrect wordt, in het kader van artikel 74, aanhef en onder 2 van die wet, gesproken over "de schildwacht die zich beroept op een grond welke overeenkomstig een der artikelen 40-43 van het Wetboek van Strafrecht de strafbaarheid van een door hem als zoodanig gepleegd feit zou uitsluiten, geacht wordt regelmatig te hebben gehandeld totdat het tegendeel aannemelijk is gemaakt".⁴⁾ Daarenboven, een andere opvatting zou ook in strijd komen met juist de ratio van dit artikel dat immers de bedoeling heeft "[...] uiteraard versterking van de positie van de schildwacht".⁵⁾ Hieruit volgt dat de stelling van het Hof dat bedoelde bepaling alleen zou zien op een actief handelen van een schildwacht en niet zou opgaan in een situatie van beweerdelijk onttrekken, in strijd komt met deze ratio.

5. Uit deze wetsgeschiedenis en ratio volgt juist dat ook indien de schildwacht/militair de belangen gemoeid met zijn (schildwacht)post uiteindelijk 'opoffert' in verband met een ander belang of zelfs met een bepaalde vorm van nalatigheid, zijn beroep op strafuitsluitingsgronden onaangetast blijft. Om het met de auteur Vermeer te zeggen: "Hij mag de belangen van zijn post opofferen, maar dan weet hij niet zo stellig hoe men achteraf zijn keuze zal beoordelen en wellicht veroordelen".⁴⁾

6. Deze uitleg van artikel 31 lid 2 Wet Militaire Strafrechtspraak vindt voorts steun in de speciale positie die de schildwacht inneemt binnen het stelsel van het Militaire Strafrecht. Blijkens de toelichting op bedoeld artikel 31 lid 2 WMS is de ratio hiervan nu juist mede gelegen in het creëren van een oplossing voor 'de bijzondere positie van de schildwacht'.⁵⁾ Ook hieraan kan geen steun worden ontleend voor de opvatting van het Hof dat een beroep op dit artikellid niet zou opgaan voor de militair die als schildwacht zich aan deze taak zou hebben onttrokken.

7. Op de tweede plaats en daargelaten de juistheid van de stelling dat requirant terzake zich zou hebben onttrokken aan bedoelde taak, geldt dat 's Hofs uitleg de ratio van bedoelde strafuitsluitingsgrond geweld aandoet nu immers ook in geval van het bestaan van een

Zie pagina 13 van het pleidooi in hoger beroep.

Zie hiervoor ook W.H. Vermeer, De strafuitsluitingsgrond van de schildwacht, p. 293-294.

²⁾ Zie hiervoor ook W.H. Vermeer, o.c., p. 293.

⁴⁾ Vermeer, o.c., p. 294.

⁵⁾ Zie hiervoor de losbladige toelichting Militair Straf- en Tuchtrect op art. 31 WMS, p. 7, aantekening 5.

verwijt dat een militair zich zou hebben onttrokken aan een taak als schildwacht, het bestaan en het invoeren van deze strafuitsluitingsgronden aan de orde kan zijn.

8. In zijn algemeenheid geldt dat alle strafuitsluitingsgronden opgenomen in het Wetboek van Strafrecht niet afhankelijk zijn van het omissie- of commissiekarakter van het betreffende delict. Anders gezegd, ook in het geval van een strafrechtelijk verwijt er in bestaande dat iemand op een passieve wijze betrokken zou zijn bij een strafbaar feit door middel van bijvoorbeeld het onttrekken aan een bepaalde rechtsverplichting of het op passieve wijze anderszins verzaken in een bepaalde rechtsverplichting, staat een beroep op de strafuitsluitingsgronden van artikel 40-43 Wetboek van Strafrecht open.

9. Bezieet men de dogmatische inbedding van de strafuitsluitingsgronden in het materiele strafrecht, hetgeen ook opgaat voor het militaire strafrecht, kan een koppeling worden geconstateerd van de gronden voor strafuitsluiting enerzijds met het strafrechtelijk beslissingmodel anderzijds, waarbij aansluiting wordt gezocht bij de structuur van het strafbare feit, te weten:

- a. de menselijke gedraging,
- b. de bestanddelen van een delictomschrijving,
- c. de wederrechtelijkheid daarvan,
- d. het verwijtbare karakter van deze gedraging of persoon.)

10. Hieruit volgt dat het bestaan van een strafuitsluitingsgrond enkel gekoppeld is aan de structuur van het strafbare feit zoals bedoeld onder ad b, zodat derhalve het stelsel van strafuitsluitingsgronden geenszins afhankelijk is van de actieve of passieve kant van het (mede) plegen van een bepaalde delict. Juist integendeel, strafuitsluitingsgronden zijn in wezen alleen gekoppeld aan bestanddelen van 'wederrechtelijkheid' en 'schuld'. Als gevolg van dit stelsel van strafuitsluitingsgronden en de positie van deze gronden binnen het strafrecht, kunnen ook de in artikel 40-43 Sr opgenomen gronden juist en met name worden ingeroepen ingeval van vermeende overtreding van delicten zoals opgenomen in artikel 108 van het Wetboek van Militair Strafrecht dat hier aan de orde is.

11. Artikel 108 Wetboek Militair Strafrecht bepaalt ondermeer dat "de militair aan wiens schuld het is te wijten dat hij een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid niet vervult of niet in staat is te vervullen, indien als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade ontstaat aan of te duchten is voor de bestrijding van gemeen gevaar voor personen of goederen, de gereedheid tot het daadwerkelijk uitvoeren van een operatie of oefening van enig onderdeel van de krijgsmacht, dan wel de veiligheid."

12. Het niet vervullen van een verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid door, zoals het Hof zelf bewezen heeft geacht, "in ernstige mate nalatig op die post in slaap te vallen" is juist en met name een delict dat valt binnen het bereik van het stelsel van strafuitsluitingsgronden en de positie van dit stelsel binnen het strafrechtelijke beslissingsmodel c..q. in de materieel strafrechtelijke dogmatiek.

13. Op de derde plaats, de ratio van artikel 40 Wetboek van Strafrecht in het bijzonder is nu juist mede gelegen in het creëren van straffeloosheid voor een persoon indien een bepaald delict is begaan onder dusdanig benarde omstandigheden, ingegeven door externe factoren die inwerken op de psyche van de verdachte, die maken dat van deze persoon in redelijkheid niet te vergen valt dat hij het feit nalaat. Ook in dit opzicht valt een beroep op (psychische) overmacht derhalve zeer wel te verenigen met de situatie waarin een verdachte zich beweerdelijk zou hebben onttrokken aan een bepaalde rechtsverplichting die

^{o)} Zie hiervoor ook Wemes in T&C Strafrecht, vierde druk, p. 240.

in casu verband houdt met een specifieke militaire taak zoals bedoeld in artikel 31 lid 2 WMS.

14. Concluderend kan dan ook worden gezegd dat, doordat het Hof op pagina 3 van het arrest de verwerping van het beroep op artikel 31 lid 2 WMS mede verwerpt op grond van de stelling dat deze bepaling niet zou zien op het niet vervullen van een bijzondere rechtsverplichting c.q. het zich daaraan onttrekken, 's Hof's arrest niet in stand kan blijven.

15. Requirant laat in dit verband nog daar dat aan de stukken van het geding niet kan worden ontleend dat in casu voldaan is aan het vereiste dat 'het tegendeel aannemelijk is gemaakt' ex artikel 31 lid 2 WMS. Ook dat is door het Hof op geen enkele wijze vastgesteld of gemotiveerd.

[...]

CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL KNIGGE

[...]

4. Korte uiteenzetting van de zaak

4.1. Waar gaat het hier om? De verdachten in de onderhavige en de samenhangende zaak zijn militairen die in het kader van de vredesmissie waaraan Nederland deelnam, waren uitgezonden naar Irak. Tijdens de nachtelijke uren van 15 augustus 2003 waren zij belast met het houden van de wacht. Hun wachtpost bestond uit een klein hokje op het dak van een loods. De rand van het dak van de loods werd gevormd door een muurtje dat ongeveer 30 tot 50 centimeter hoger was dan het dak. Op het dak lag ook een matras, dat daar door de Amerikanen zou zijn achtergelaten. Bij de aflossing van de wacht (tegen zes uur in de morgen) werden beide verdachten slapend op het matras aangetroffen.

4.2. De strafvervolgning is gebaseerd op de artt. 107 en 108 Wetboek van Militair Strafrecht. De eerste twee leden van art. 107 Wetboek van Militair strafrecht luiden als volgt:

"[1.] Met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie wordt gestraft de militair die zich opzettelijk aan een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid onttrekt of zich opzettelijk daarvoor ongeschikt maakt of laat maken, indien als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade ontstaat aan of te duchten is voor de bestrijding van gemeen gevaar voor personen of goederen, de gereedheid tot het daadwerkelijke uitvoeren van een operatie of oefening van enig onderdeel van de krijgsmacht, dan wel de veiligheid.

[2.] Indien het feit wordt gepleegd in tijd van oorlog wordt gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd."

De eerste twee leden van art. 108 Wetboek van Militair Strafrecht luiden als volgt:

"[1.] Met gevangenisstraf of hechtenis van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie wordt gestraft de militair aan wiens schuld het is te wijten dat hij een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid niet vervult of niet in staat is te vervullen, indien als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade ontstaat aan of te duchten is voor de bestrijding van gemeen gevaar voor personen of goederen, de gereedheid tot het daadwerkelijk uitvoeren van een operatie of oefening van enig onderdeel van de krijgsmacht, dan wel de veiligheid.

[2.] Indien het feit wordt gepleegd in tijd van oorlog wordt gevangenisstraf of hechtenis van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie opgelegd."

4.3. De verdachte werd primair tenlastegelegd dat hij het in art. 107 of art. 108 omschreven feit had gepleegd "in tijd van oorlog". Van dat primair tenlastegelegde sprak het hof vrij. Subsidiar werd (kort gezegd) tenlastegelegd dat de verdachte "opzettelijk, althans in

ernstige mate nalatig" zijn taak niet had vervuld. Het hof sprak vrij van de tenlastegelegde opzet. Het overwoog daartoe:

"Met name acht het hof niet bewezen dat de verdachte door tijdens zijn wachtdienst, terwijl hij en degene met wie hij de wachtpot bemande ernstig vermoeid waren, op de rand van het dak waarop zijn wachtpost was geplaatst, te gaan zitten zich willens en wetens aan de aanmerkelijke kans heeft blootgesteld dat hij in slaap zou vallen. Het hof gaat daarbij uit van de juistheid van de stelling van verdachte, dat hij op een muurtje aan de rand van het dak is gaan zitten en niet op de daarachter liggende matras."

4.4. Ten laste van de verdachte is bewezen verklaard dat:

"hij als militair op 15 augustus 2003 te of nabij As Samaha in Irak, op een observatiepost (wachtpost 5 op 'Camp Smitty'), belast met het observeren van de bij die wachtpost 5 behorende sector, in ernstige mate nalatig een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid niet heeft vervuld, door daar en toen in ernstige mate nalatig op die post in slaap te vallen, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade te duchten is geweest voor de veiligheid, hierin bestaande dat het bij voornoemde wachtpost behorende (bewakings)gebied niet voortdurend geobserveerd kon worden."

4.5. Ten aanzien van deze bewezenverklaring overwoog het hof:

"Het hof is van oordeel dat verdachte, nu hij en zijn medeverdachte die met hem de wachtpost bemande, vermoeid waren en vochten tegen de slaap, niet op de rand van het dak had moeten gaan zitten. Hij had actief moeten blijven teneinde zijn vermoeidheid de baas te blijven. Door dit na te laten en te gaan zitten heeft de verdachte niet al het mogelijke gedaan om te voorkomen dat hij in slaap zou vallen."

4.6. Het bewezenverklaarde werd door het hof onder aanhaling van art. 108 Wetboek van Militair Strafrecht gekwalificeerd als:

"Als militair aan zijn schuld te wijten zijn dat hij een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid niet vervult, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade te duchten is voor de veiligheid."

4.7. Ter terechtzitting van het hof zijn door de verdediging verschillende verweren gevoerd. Deze verweren werden in de ter zitting overgelegde pleitnota gekwalificeerd als een beroep op overmacht en als een beroep op onbevoegd gegeven ambtelijk bevel. In het kader van deze verweren werd een beroep gedaan op art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak. Aan het slot van het pleidooi werd een beroep gedaan op het beginsel 'geen straf zonder schuld' en werd bij wijze van samenvatting gesteld: "De verdediging vindt dat er voldoende gronden zijn om – in dit zeer specifieke geval – te komen tot een afwezigheid van alle schuld en derhalve tot een vrijspraak".

4.8. Het hof heeft de gevoerde verweren in de bestreden uitspraak onder het kopje "Strafbaarheid van de verdachte" als volgt samengevat en verworpen:

"De raadsman heeft ter terechtzitting aangevoerd dat er sprake is van overmacht dan wel afwezigheid van alle schuld.

De raadsman heeft in dit verband een beroep gedaan op het bepaalde in het tweede lid van artikel 31 van de Wet militaire strafrechtspraak. Deze stelling miskent dat die bepaling ziet op het actief handelen van een schildwacht bij de uitoefening van zijn taak en juist niet op het zich onttrekken aan die taak.

Het hof verwerpt de verweren. Het hof stelt daarbij voorop dat het onderkent dat verdachte onder moeilijke omstandigheden zijn wachtdienst heeft moeten verrichten, met name als gevolg van de hoge temperaturen ter plaatste, ook 's nachts, en de hoge frequentie waarin hij wachtdienst moest doen, waardoor van rusten en slapen niet veel terechtwam. Aan de andere kant is verdachte een getrainde marinier die juist vanwege

voornoemde omstandigheden maatregelen had moeten nemen om wakker te blijven. Door op de rand van het dak te gaan zitten tegen het einde van zijn wachttijd, heeft hij zich in een situatie gebracht waarin het gevecht tegen zijn vermoeidheid werd bemoeilijkt. Naar het oordeel van het hof is het dan ook niet aannemelijk geworden dat er sprake is geweest van overmacht.

Nu verdachte naar het oordeel van het hof niet al het mogelijke heeft gedaan om te voorkomen dat hij in slaap zou vallen kan het beroep op afwezigheid van alle schuld evenmin slagen."

[...]

5. Aan de bespreking van de middelen voorafgaande opmerkingen

5.1. Het hof is blijkens zijn hiervoor weergegeven overwegingen uitgegaan van de juistheid van de lezing van de verdachte dat hij in slaap is gevallen nadat hij op het muurtje langs de dakrand – en niet op het daarachter liggende matras – was gaan zitten. Die feitelijke vaststelling zal in cassatie geëerbiedigd moeten worden. Over de onbegrijpelijkheid van die vaststelling wordt in de cassatiemiddelen begrijpelijk genoeg niet geklaagd. Die vaststelling is met enige goede wil ook nog wel te verenigen met de bewijsmiddelen, waaruit blijkt dat beide militairen slapend op het matras zijn aangetroffen. Kennelijk is het hof ervan uitgegaan dat de verdachten een gelukkige hand van in slaap vallen hadden en dat zij niet voorover (naar beneden) zijn gevallen, maar achterover (precies op het aldaar gelegen matras).

5.2. Verdachte is veroordeeld wegens een culpoos delict. Ik ga ervan uit dat voor het bestanddeel 'schuld' in art. 108 Wetboek van Militair Strafrecht hetzelfde geldt als voor de overeenkomstige bestanddelen in andere culpose delicten, namelijk dat daarin de verwijtbaarheid van het tekortschieten van de verdachte ligt besloten. Dat betekent dat de ter zitting gevoerde verweren, hoewel gegoten in de vorm van een beroep op een strafuitsluitingsgrond, zich in wezen richten tegen de bewezenverklaring van het tenlastegelegde feit. Dat lijkt ook de verdediging te hebben beseft. Aan het slot van de in hoger beroep overgelegde pleitnota wordt immers geconcludeerd tot vrijspraak.

5.3. De vraag is of het hof dat ook zo heeft gezien. Het verwerpt de verweren immers na de bewezenverklaring en de kwalificatie onder het hoofd "Strafbaarheid van de verdachte". Dat wijst erop dat het hof de verwijtbaarheid niet in de tenlastelegging – en dus ook niet in de bewezenverklaring – heeft ingelezen. Ik merk in dit verband op dat in de tenlastelegging de wettelijke terminologie niet wordt aangehouden. In plaats van "schuld" wordt gesproken van "in ernstige mate nalatig". Met deze bewoordingen zou wellicht een uitleg van de tenlastelegging te verenigen zijn waarin de verwijtbaarheid niet in die tenlastelegging besloten ligt. De consequentie van die uitleg zou daarbij verstrekkend zijn. Omdat een uitleg van de tenlastelegging die met haar bewoordingen verenigbaar is, in beginsel in cassatie geëerbiedigd moet worden, zou de conclusie moeten zijn dat het hof het bewezenverklaarde ten onrechte als overtreding van art. 108 Wetboek van Militair Strafrecht heeft gekwalificeerd. Overigens zou, indien de bedoelde uitleg van de tenlastelegging in cassatie geen stand zou kunnen houden, eveneens sprake zijn van grondslagverlating, maar dan reeds bij de bewezenverklaring. Het hof zou dan immers minder hebben bewezenverklaard dan wel beschouwd is ten laste gelegd.

5.4. Niet gezegd is dat het hof de verwijtbaarheid niet in de tenlastelegging heeft ingelezen. Men kan in het feit dat het hof het bewezenverklaarde wèl als overtreding van genoemd art. 108 heeft gekwalificeerd, een aanwijzing zien dat het hof de schuld – inclusief de verwijtbaarheid – tenlastegelegd en bewezen achtte. Dat vindt steun in het feit dat

het hof de bewezenverklaring motiveerde met de overweging dat de verdachte niet al het mogelijke heeft gedaan om te voorkomen dat hij in slaap zou vallen. Met precies dezelfde overweging verwierp het hof het beroep op afwezigheid van alle schuld. Men kan dus zeggen dat de vraag naar de verwijtbaarheid door het hof reeds bij de bewezenverklaring onder ogen is gezien. De gemotiveerde verwerping van de verweren kan zogenoemd geduid worden als een verduidelijking van het al gegeven bewijsoordeel. Dat die verduidelijking onder het kopje "Strafbaarheid van de verdachte" werd gegeven, is dan niet meer dan een schoonheidsfoutje waardoor de verdachte niet is benadeeld.

5.5. Op dat laatste zou ik het willen houden. Ik merk daarbij op dat het voor de beoordeling van de verweren zelf allemaal niet zo vreselijk veel uitmaakt of zij bij de eerste dan wel bij de derde materiële vraag worden behandeld. De Hoge Raad lijkt bij de vraag naar de bewezenverklaring van de culpa een soort twee stappen-plan te hanteren. Eerst wordt bezien of de verdachte objectief gezien ernstig tekort is geschoten. In casu kan het in slaap vallen tijdens de wacht (of beter: het niet voorkomen daarvan) als zodanig worden aange merkt. De culpa is daarmee in beginsel gegeven. In beginsel, want exceptionele omstandigheden kunnen dat anders maken. Dergelijke omstandigheden moeten daarbij "zijn aangevoerd en aannemelijk zijn geworden". Het beroep daarop is eerst bevrijdend als door die omstandigheden de verwijtbaarheid is komen te ontbreken.) De beoordeling van een beroep op een dergelijke exceptionele omstandigheid verschilt dus maar weinig van die van een beroep op een schulduitsluitingsgrond.

5.6. Processueel is er nog dit verschil, dat de rechter bij de verwerping van verweren die tegen de bewezenverklaring van de culpa zijn gericht, is gebonden aan het bewijsrecht. De feiten waarop bij die verwerping een beroep wordt gedaan – en waarop dus de bewezenverklaring steunt – moeten zijn ontleend aan wettige bewijsmiddelen. Die bewijsmiddelen moeten – als de inhoud daarvan niet in het vonnis of arrest is opgenomen – in de nadere bewijsoverweging worden aangewezen of aangeduid." De vraag is of in casu aan die eis is voldaan. Het hof doet de verwerping van de verweren steunen op het feit dat de verdachte een 'getrainde marinier' is zonder aan te duiden aan welk bewijsmiddel het dat gegeven heeft ontleend. In de inhoud van de gebezigde bewijsmiddelen is dat gegeven niet direct terug te vinden. Misschien kan het daaruit indirect worden afgeleid. Ik laat dat punt hier verder rusten, nu in de cassatiemiddelen niet over dit eventuele motiveringsgebrek wordt geklaagd.

6. *Bespreking van het eerste cassatiemiddel*

6.1. Het eerste middel behelst de klacht dat het hof ten onrechte heeft aangenomen dat art. 31, tweede lid, Wet Militaire Strafrechtspraak alleen ziet op het actief handelen van een schildwacht bij de uitoefening van zijn taak en niet op het zich onttrekken aan deze taak.

6.2. Art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak luidt als volgt:

"De militair die zich beroept op een grond die overeenkomstig een van de artikelen 40-43 van het Wetboek van Strafrecht de strafbaarheid van een door hem als schildwacht gepleegd feit zou uitsluiten, wordt geacht rechtmatig te hebben gehandeld, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt."

6.3. De wetsgeschiedenis bij dit artikel houdt onder meer het volgende in (MvT, Kamer-

) Zie. met name HR 1 juni 2004, rov. 3.6, NJ 2005, 252 m.nt. Kn. Vgl. HR 14 november 2000, rov. 4.5, NJ 2001, 37, waarin werd geëist dat de dwaling waarop een beroep werd gedaan, verschoonbaar was.

⁸) Vgl. HR 24 juni 2003, rov. 4.2, NJ 2004, 165 m.nt J.R. en HR 23 september 2003, NJ 2004 166, rov. 3.6.

stukken II 1982-1983, 17804, nr. 5, blz. 45):

"De voorgestelde bepaling in het tweede lid is ook gebaseerd op artikel 74 van de Invoeringswet Militair Straf- en Tuchtrecht, namelijk op het bepaalde onder 2". De omkering van de bewijslast is voor de schildwacht gehandhaafd. De ratio is een oplossing te bieden voor de bijzondere positie van de schildwacht; men denke aan een ingrijpen door de schildwacht die alleen op post staat."

6.4. Art. 74, onder 2^o, Invoeringswet Militair Straf- en Tuchtrecht was, op (kleine) tekstuele verschillen na, gelijklopend aan het huidige art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak. De wetsgeschiedenis (memorie van toelichting) bij art. 74 Invoeringswet Militair Straf- en Tuchtrecht houdt onder meer in dat deze bepaling "onder de noodige vereenvoudiging" is overgenomen uit het Crimineel Wetboek voor het krijgsvolk te lande en het Crimineel Wetboek voor het krijgsvolk te water.) Art. 161 Crimineel Wetboek voor het krijgsvolk te water en art. 213 Crimineel Wetboek voor het krijgsvolk te lande luiden als volgt¹⁰⁾:

"Indien eene schildwacht iemand heeft geslagen, gekwetst of gedood, en beweert zulks te zijner verdediging te hebben gedaan, als op zijn post aangevallen en mishandeld zijnde, zal zijne beëdigde getuigenis, uit welke blijkt, dat hij zulks te zijner verdediging heeft gedaan, te zijner ontlasting genoeg zijn, zonder dat daarvan verder bewijs zal worden gevorderd; ten ware andere redenen en omstandigheden de geloofwaardigheid van zijn rapport merkkelijk mogten verzwakken, in welk geval hij zelfs niet tot den eed zal worden toegelaten."

6.5. Uit het voorgaande leid ik af dat de strekking van art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak gelijk is aan die van de art. 161 Crimineel Wetboek voor het krijgsvolk te water en 213 Crimineel Wetboek voor het krijgsvolk te lande.") Die strekking is dat de bewijslast wordt 'omgekeerd' als een schildwacht die in de uitoefening van zijn functie een strafbaar feit heeft begaan, een beroep doet op een strafuitsluitingsgrond.¹²⁾ Diens lezing van de feiten moet dan in beginsel voor juist worden gehouden. De schildwacht weet zich zo bij de vervulling van zijn plicht in de rug gedekt door het strafrecht.

6.6. Art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak heeft blijkens zijn bewoordingen betrekking op gronden die de strafbaarheid van het feit uitsluiten. Ik heb mij afgevraagd of het middel niet reeds daarop zou moeten stranden. Het gaat in casu immers niet om de strafbaarheid van feit en dader, maar om het bewijs van de schuld. Ik zou een dergelijke formele uitleg van het artikellid echter niet willen bepleiten, en het artikellid van overeenkomstige toepassing willen achten op verweren die zich proces technisch gezien richten tegen het bewijs van de culpa. Mijns inziens kan het artikellid dus, om een voorbeeld te geven, worden ingeroepen door de schildwacht die wegens dood door schuld wordt vervolgd omdat hij hoogst onoordeelkundig een waarschuwingsschot zou hebben gelost

⁹⁾ Vgl. Kempen, *Militair straf en tucht recht*, deel IV, 1922, blz. 176.

¹⁰⁾ Vgl. Huart, *De militaire wetten voor het krijgsvolk te water*, 1880, blz. 96 en Pols, *Het crimineel wetboek voor het krijgsvolk te lande*, 1866, blz. 488 t/m 489.

¹¹⁾ Vgl. Coolen, *Militair straf: en strafprocesrecht*, 4e, blz. 207-208.

¹²⁾ Men kan zich afvragen of er tegenwoordig nog veel aan bewijslast valt om te draaien. Pols stelt in zijn commentaar uit 1866 (a.w. blz. 489) dat – als geen bijzondere voorziening was getroffen – de schildwacht die conform zijn consigne geweld heeft gebruikt, "volgens de gewone regelen van strafrecht (zou) moeten bewijzen of althans aannemelijk maken de noodzakelijkheid van zoodanig geweld". Naar thans geldend recht rust op de verdachte die zich op een strafuitsluitingsgrond beroept, geen bewijslast. De verdachte behoeft niets te bewijzen of aannemelijk te maken. Voldoende is als de gestelde feiten aannemelijk zijn geworden. Of art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraaknog een grote toegevoegde waarde heeft, is zagezien de vraag. Ik laat die vraag hier rusten.

waardoor iemand dodelijk werd getroffen. Als die schildwacht zich zou beroepen op ondeugdelijke instructies, en daarmee op onbevoegd gegeven ambtelijk bevel, geniet hij het voordeel van de twijfel waarin genoemd artikellid voorziet. Ik teken daarbij wel aan dat het moet gaan om verweren die inhoudelijk, gelet op de daaraan ten grondslag gelegde feiten, grote overeenkomst vertonen met een beroep op een strafuitsluitingsgrond.

6.7. Art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak heeft naar de letter genomen alleen betrekking op beroepen op de artt. 40-43 Sr. Een beroep op afwezigheid van alle schuld valt ~~daar~~ niet onder. Toch zou ik het artikellid ook op dit punt niet beperkt willen uitleggen. De strekking zoals die uit de wetsgeschiedenis blijkt, laat een ruime uitleg toe. Daar komt bij dat de grenzen tussen de verschillende strafuitsluitingsgronden niet scherp zijn. Een beperkte uitleg van het artikellid zou dwingen tot betrekkelijk onvruchtbare discussies over de vraag waar bijvoorbeeld de overmacht ophoudt en de avas begint. Ik wijs erop dat in casu aan het beroep op overmacht dezelfde feiten ten grondslag zijn gelegd als aan het beroep op afwezigheid van alle schuld. Beide verweren vallen daardoor 'in feite' samen. Zie daarover ook hierna, onder 7.7 t/m 7.9.

6.8. Zoals uit de weergegeven wetsgeschiedenis blijkt beperkte de voorziening die de wetgever noodzakelijk achtte, zich aanvankelijk tot bepaalde, nauwkeurig omschreven gevallen van noodweer, tot gevallen waarin de schildwacht heeft gehandeld te zijner verdediging "als op zijn post aangevallen en mishandeld zijnde". Het ging dus uitsluitend om actief handelen. Later echter is de werking van de voorziening uitgebreid tot andere gevallen en werden ook andere strafuitsluitingsgronden onder haar bereik gebracht. Daardoor is het de vraag of nog steeds geldt dat het uitsluitend gaat om actief optreden. Zou een schildwacht die zich schuldig maakt aan strafbaar gesteld nalaten, nooit de bescherming van art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak verdienen?

6.9. Vermeer bespreekt in zijn ook in de cassatieschriftuur aangehaald artikel uit 1948 het "traditionele en door radio quiz-programma's en dergelijke graag gebruikte voorbeeld" van de schildwacht die op post staat en ziet en hoort dat op enige afstand een persoon te water is geraakt en om hulp roept.¹³⁾ De schildwacht die in dat geval zijn post niet verlaat – en zo zijn functie als schildwacht blijft vervullen – maakt zich, als de hulpbehoevende verdrinkt, schuldig aan overtreding van art. 450 Sr, en dus aan strafbaar nalaten. Volgens Vermeer is art. 74, onder 2^o, Invoeringswet Militair Straf- en Tucht recht – het tegenwoordige art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak – op dit geval van toepassing. Zijns inziens is de bedoeling van het artikel dat de schildwacht op zijn post blijft: "de post gaat voor". Vermeer stelt daarbij dat die bedoeling in de bewoordingen van het artikel niet goed tot uitdrukking komt. Of hij daarin gelijk heeft, kan voorshands onbesproken blijven. Goeddeels onbesproken kan ook blijven of Vermeer aan genoemd art. 74 niet een te ruime strekking toekent. In zijn visie is het artikel meer dan alleen een bewijsregel. De feiten staan in het gegeven voorbeeld immers niet ter discussie. De vraag die Vermeer behandelt, is hoe de conflicterende belangen moeten worden afgewogen. Of de strekking van het artikel is dat de post bij die afweging altijd voor gaat, lijkt mij nog maar de vraag. Dat neemt evenwel niet weg dat het mij niet volstrekt ondenkbaar voorkomt dat er gevallen zijn waarin de schildwacht, vervolgd wegens het strafbare nalaten van art. 450 Sr, art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak in kan roepen. Of de schildwacht de belangen juist heeft afgewogen, hangt namelijk af van de omstandigheden van het geval. Het kan zijn dat de schildwacht zich op bijzondere omstandigheden beroept, die maakten dat de post inderdaad voor de drenkeling moest gaan. Bij dat beroep op die bijzondere omstan-

¹³⁾ Vgl. Vermeer, 'De strafuitsluitingsgrond van de schildwacht', in: MRT 1948, blz. 293 e.v.

digheden zal de schildwacht in beginsel op zijn woord moeten worden geloofd.

6.10. De steller van het middel heeft dus wel een punt als hij opkomt tegen de opvatting van het hof dat art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak alleen ziet op actief handelen. Erg groot is dat punt echter niet. De klacht gaat namelijk langs de kern van de opvatting van het hof heen. Die kern is niet dat genoemd artikellid nimmer van toepassing kan zijn op strafbaar nalaten, maar dat het artikellid uitsluitend betrekking heeft op de schildwacht die zijn taak uitoefent, "en juist niet op het zich onttrekken aan die taak".

6.11. Die opvatting van het hof vindt steun in de literatuur waarop in de schriftuur een beroep wordt gedaan. De steller van het middel maakt van die literatuur een opmerkelijk selectief gebruik. Anders dan de toelichting op het middel wil doen geloven, meent de al genoemde Vermeer juist dat het in strijd is met de ratio van – toen nog – art. 74, onder 2°, Invoeringswet Militair Strafrecht en Tuchtrect dat de schildwacht die zijn post 'opoffert', een beroep toekomt op dat artikel. Vermeer ziet daarbij onder ogen dat het verlaten van de post een goede reden kan hebben (zoals het redden van een drenkeling). Als de schildwacht in zo'n geval zou worden vervolgd wegens plichtsverzaking (art. 129 [oud] Wetboek van Militair Strafrecht), komt hem volgens Vermeer een beroep op art. 40 Sr toe. Zijns inziens echter is genoemd art. 74 op dat beroep niet van toepassing (of zou daarop in elk geval niet van toepassing moeten zijn als afgegaan wordt op de strekking). Dat is het verband waarin de in de toelichting op het middel geciteerde zin moet worden geplaatst. "Hij mag de belangen van zijn post opofferen, maar dan weet hij niet zo stellig hoe men achteraf zijn keuze zal beoordelen en wellicht veroordelen". De zekerheid die genoemd art. 74 de schildwacht biedt, heeft hij dan namelijk volgens Vermeer niet.

6.12. Ook Coolen meent dat de strekking van art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak zich tegen toepassing op plichtsverzaking verzet. "Art. 31 lid 2 WMS spreekt van een 'door hem als schildwacht' gepleegd feit. Neemt men deze woorden letterlijk, dan zou ook een schildwacht, die eigendunkelijk zijn post verlaat en (dus) het misdrijf pleegt omschreven in art. 106 MSr, een beroep op de bepaling kunnen doen. Dit is echter, zoals uit de geschiedenis van totstandkoming van de bepaling blijkt, geenszins de bedoeling."¹⁴⁾

6.13. Bij deze op de ratio of de strekking van de bepaling gebaseerde opvatting zou ik me willen aansluiten. Die strekking is, zo schreef ik al onder 6.5, dat de bewijslast wordt omgekeerd als een schildwacht die in de uitoefening van zijn functie een strafbaar feit heeft begaan, een beroep doet op een strafuitsluitingsgrond. Op de schildwacht die zijn functie niet uitoefende (doordat hij zijn post verliet of naar dromenland vertrok), heeft de bepaling dus geen betrekking. Of een letterlijke lezing van de bepaling tot een andere conclusie leidt, zoals Coolen (vermoedelijk in navolging van Vermeer) meent, lijkt mij twijfelachtig. Coolen leest in "een door hem als schildwacht gepleegd feit" als ik het goed begrijp dat alle kwaliteitsdelicten (dat wil zeggen delicten waarbij optreden als militair is strafbaar gesteld), onder het bereik van de bepaling zijn gebracht. De keerzijde van die 'letterlijke' lezing lijkt mij te zijn dat de schildwacht die niet wegens een kwaliteitsdelict wordt vervolgd (maar bijvoorbeeld wegens doodslag), zich niet op de bepaling zou kunnen beroepen. Daarmee veroordeelt die lezing zich zelf. Ik zou "een door hem als schildwacht gepleegd feit" willen lezen als: een door hem in de uitoefening van zijn functie als schildwacht gepleegd feit. Die lezing lijkt mij grammaticaal goed te verdedigen. Belangrijker is dat zij recht doet aan de strekking van de bepaling. Die strekking dient in elk geval het zwaarst te wegen.

6.14. Art. 108 Wetboek Militair Strafrecht is – evenals het door Coolen genoemde art.

¹⁴⁾ Vgl. Coolen, a.w., blz. 207.

106 – geplaatst in Titel III van het Tweede Boek: "Misdrijven waardoor de militair zich aan de vervulling van dienstverplichtingen onttrekt". Op dergelijke misdrijven heeft art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak geen betrekking.

6.15. Het middel faalt.

[...]

NASCHRIFT

1. *Met de arresten waarvan er hierboven één is weergegeven¹⁵⁾ is eindigt deze geruchtmakende zaak in een anti-climax. Voor een uitvoerige uiteenzetting van de feiten – voor zover die uit de bewijsmiddelen blijken¹⁶⁾ – verwijs ik naar de conclusie van de Advocaat-Generaal Knigge; hier volstaat dat verdachte in de vroege morgen van 15 augustus 2003 slapend was aangetroffen op het dak van een gebouw waar hij een wachtpost bemande. De zaak trok de belangstelling doordat het OM hoog inzette: primair werd het delict omschreven in art. 107 WMSr (al of niet in tijd van oorlog) ten laste gelegd, subsidiair het delict omschreven in art. 108 WMSr (al of niet in tijd van oorlog). Uiteindelijk bleef van die beschuldigingen maar weinig over: waar de Rechtbank – die vrijsprak van het strafverzwarende bestanddeel "tijd van oorlog" – nog bewezen had verklaard dat bij verdachte (voorwaardelijk) opzet aanwezig was"), sprak het Hof ook daarvan vrij, en veroordeelde het ter zake van het delict omschreven in art. 108 lid I WMSr¹⁸⁾.*

2.1. *In cassatie stond nog slechts een min of meer perifere kwestie ter discussie, die vooral uit juridisch oogpunt interessant is: de toepasselijkheid van art. 31 lid 2 WMSv. Art. 31 WMSv voorziet in het bewijs van delicten waarvan veelal alleen de militair die het aangaat getuige is. Lid I bepaalt dat de verklaring van een (gewezen) meerdere volledig bewijs van schending van een dienstbevel, feitelijke insubordinatie of mouterij oplevert, lid 2 bepaalt dat de militair die zich beroept op een grond die overeenkomstig de artt. 40-43 Sr de strafbaarheid van het door als schildwacht gepleegde feit zou uitsluiten, geacht wordt rechtmatig te hebben gehandeld tenzij het tegendeel aannemelijk gemaakt wordt. Laatstgenoemde bepaling gunt de schildwacht het voordeel van de twijfel: 'in dubio pro reo'. Hij behoeft zijn beroep op een strafuitsluitingsgrond niet te staven, maar wordt in beginsel op zijn woord geloofd; het is aan de officier van justitie om zijn ongelijk aannemelijk te maken.*

2.2. *Verdaches raadsman – die namens hem een beroep op 'psychische' overmacht en afwezigheid van alle schuld deed'" – verwees ter terechtzitting in hoger beroep met zoveel woorden naar art. 31 lid 2 WMSv. Dat lag voor de hand, want verdachte was in slaap gevallen terwijl hij een wachtpost bemande. Toepasselijkheid van art. 31 lid 2 WMSv zou de positie van de verdediging aanmerkelijk verlichten.*

2.3. *Volgens het Hof – daartoe overwegende als in het arrest onder 3.8 is weergegeven – kon de bepaling in dit geval geen toepassing vinden. Tegen deze overwegingen is het eerste middel gericht: ten onrechte heeft het Hof aangenomen dat art. 31 lid 2 WMSv alleen*

¹⁵⁾ Verdachte liep samen met een ander wacht; het arrest betreffende die ander (nr. 03442104 M) is gelijkkluidend aan het hier gepubliceerde.

¹⁶⁾ Zie COM onder 5.1.

¹⁷⁾ Rb. Arnhem (militaire kamer) 1 maart 2004, L/JN AO4591.

¹⁸⁾ Hof Arnhem (militaire kamer), 8 september 2004, L/JN AQ9886.

¹⁹⁾ De A-G Knigge gaat onder 5.2-5.6 uitvoerig in op de vraag of het Hof de verweren – die het behandelde onder het kopje "Strafbaarheid van de verdachte" correct benoemd heeft; waar culpa bestanddeel van het delict is, is een verweer dat strekt tot betwisting van wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid een bewijsverweer. Ik maak aan deze kwestie verder geen woorden vuil omdat in cassatie niet over de motivering van de bewezenverklaring geklaagd werd.

ziet op actief handelen van de schildwacht.

Die stelling is inderdaad – zoals de A-G Knigge opmerkt – voor betwisting vatbaar: er zijn geen goede gronden om de schildwacht die vervolgd wordt ter zake van een omissiedelict een beroep op art. 31 lid 2 WMSv te onttrekken. Maar toepassing van die bepaling veronderstelt wèl – en hier gaat het middel aan de essentie van 's Hofs overwegingen voorbij – dat de verdachte als schildwacht optrad. Op deze premisse loopt het middel stuk. Volgens Hoge Raad – die verwijst naar art. 69 WMSr – ligt in 's Hofs overwegingen het oordeel besloten dat verdachte – aan wie immers verweten wordt dat hij zich onttrokken heeft aan zijn taak als schildwacht – niet als zodanig is opgetreden. Daarom komt hem geen beroep op art. 31 lid 2 WMSv toe.

Aan art. 69 WMSr kan m.i. geen argument voor deze uitleg worden ontleend. Dat artikel omschrijft 'schildwacht' immers als: iedere militair die op post of uitkijk is gesteld. Dàt was verdachte, zij het ook dat hij sliep. Maar de verwijzing naar art. 69 WMSr draagt het oordeel van de Hoge Raad niet: beslissend is dat verdachte niet in functie was. Art. 31 lid 2 WMSv is geschreven voor strafbare feiten die een schildwacht als zodanig begaat en daarvan was in dit geval geen sprake. Integendeel, hij onttrok zich aan de uitoefening van zijn taak.

3.1. Nu de Hoge Raad art. 31 lid 2 WMSv niet van toepassing acht, komt hij niet toe aan bespreking van het bereik van die bepaling, waaraan ik niettemin een enkel woord wil wijden. In de eerste plaats rijst de vraag op welke verweren zij ziet. Als de zinsnede "een grond die overeenkomstig een van de artikelen 40 van het Wetboek van Strafrecht de strafbaarheid van een door hem als schildwacht gepleegd feit zou uitsluiten" letterlijk wordt opgevat heeft zij geen betrekking op verweren die gericht zijn tegen het bewijs van culpa, zoals de verweren die namens verdachte gevoerd werden. Met de A-G Knigge zou ik in dit verband geen doorslaggevende betekenis willen toekennen aan de benoeming van een verweer, c.q. aan de procesrechtelijke consequenties van honorering ervan. Op een verweer waarvan de strekking is dat het feit niet wederrechtelijk is of de dader geen verwijt treft behoort de rechter gemotiveerd te antwoorden, ook als aanvaarding van het verweer tot vrijspraak leidt. Volledigheidshalve merk ik op dat zulks zowel voor 'rechtvaardigingsgronden' geldt – waartoe art. 31 lid 2 WMSv naar de letter beperkt is – als voor 'schulduitsluitingsgronden'.

3.2. In de tweede plaats noemt art. 31 lid 2 WMSv alleen de strafuitsluitingsgronden omschreven in de artt. 40-43 Sr. 'Ajwezigheid van alle schuld' en 'ontbreken van materiële wederrechtelijkheid' ontbreken. De ratio van art. 31 lid 2 WMSv eist echter dat een beroep op een ongeschreven strafuitsluitingsgrond onder dezelfde voorwaarden wordt beoordeeld als een beroep op een geschreven strafuitsluitingsgrond, te meer waar de grenzen tussen strafuitsluitingsgronden niet scherp zijn. Dat een discussie daaromtrent – zoals de A-G Knigge stelt – "betrekkelijk onvruchtbaar" is weerspreek ik, maar die discussie betreft de vraag wanneer de ene of de andere strafuitsluitingsgrond aanwezig is, niet de vraag aan welke eisen een beroep op een strafuitsluitingsgrond moet voldoen.

M.M.D.

WETGEVING

door

MR. J.B. MIETE

Wijziging van de Wet luchtvaart: Regelgeving burgerluchthavens en militaire luchthavens

Sinds 10 februari 2006 is bij de Tweede Kamer aanhangig een voorstel van wet gehe-ten "Wijziging van de Wet luchtvaart inzake vernieuwing van de regelgeving voor bur-gerluchthavens en militaire luchthavens en de decentralisatie van bevoegdheden voor bur-gerluchthavens naar het provinciaal bestuur (Regelgeving burgerluchthavens en militaire luchthavens)" (Kamerstukken II 2005-2006, 30 452, nrs 1-3).

Het wetsvoorstel past in de reeks in de afgelopen jaren tot stand gebrachte wetten die ertoe strekken de in de Luchtvaartwet voorziene regelgeving geleidelijk te moderniseren en over te brengen naar de Wet luchtvaart. Thans is de regelgeving met betrekking tot luchthavens (in de Luchtvaartwet nog luchtvaartterreinen geheten) aan de beurt. Een eer-ste stap daartoe werd enige jaren geleden gezet bij het totstandkomen van de wetgeving voor de luchthaven Schiphol, die een plaats vond in hoofdstuk 8 van de Wet luchtvaart. Nu volgen de overige burgerluchthavens, die eveneens in hoofdstuk 8 terecht komen, en de militaire luchthavens, die worden ondergebracht in het specifiek op de militaire lucht-vaart betrekking hebbende hoofdstuk 10 van de Wet luchtvaart.

Het wetsvoorstel betreft kort samengevat met betrekking tot *burgerluchthavens*:

- decentralisatie van de bevoegdheden met betrekking tot regionale luchthavens naar de provincie;
- invoering ook voor andere burgerluchthavens (naast Schiphol) van de nieuwe dosis-maat voor geluid (Lden);
- scheiding van verantwoordelijkheden met betrekking tot de luchthaven: grotere ver-antwoordelijkheid van de exploitant binnen door de (decentrale) overheid te stellen rand-voorwaarden;
- snellere en eenvoudiger besluitvormingsprocedures met betrekking tot de aanleg van luchthavens, waarbij de nu bestaande "aanwijzing" wordt vervangen door een zogenaamd luchthavenbesluit.

Hieronder wordt kort op deze uitgangspunten ingegaan.

Voor alle burgerluchthavens – met uitzondering van Schiphol – worden de provincies het bevoegde gezag, hetgeen inhoudt dat het provinciaal bestuur bepaalt waar een nieuwe luchthaven zal komen en of een burgerluchthaven kan groeien of niet. Deze keuze vloeit voort uit de visie van het kabinet op de bevoegdheidsverdeling tussen de diverse overhe-den: decentraal wat kan, centraal wat moet. Waar de lusten en lasten van luchthavens van regionale betekenis hun effect hebben in de regio, zal de afweging van belangen moeten plaatsvinden op regionaal niveau.

Naar aanleiding van de EU-richtlijn omgevingslawaai worden voor de burgerluchtvaart de huidige maten voor de geluidsbelasting (Ke voor grote luchtvaart en de Bkl voor klei-ne luchtvaart) vervangen door één maat, de Lden. Aldus wordt de geluidsbelasting van al het vliegverkeer op burgerluchthavens in één geluidsmaat weergegeven. Deze maat wordt overigens ook gebruikt voor het in kaart brengen van de geluidbelasting bij wegen en spoorwegen.

Voorts worden met het wetsvoorstel de rollen van overheid en luchtvaartsector duide-

lijker gescheiden, waarbij uitgangspunt is de eigen verantwoordelijkheid van de luchtvaartsector. De exploitant kan de luchthaven naar eigen inzichten exploiteren binnen door de overheid gestelde randvoorwaarden. De exploitant stelt zelf de tarieven vast; voorafgaande goedkeuring door de overheid vervalt. Ook is het de verantwoordelijkheid van de exploitant om in overleg met zijn omgeving tot een goed gebruik van de luchthaven te komen.

De procedures om tot aanleg of wijziging van een burgerluchthaven te komen worden in die zin gewijzigd dat de onder de Luchtvaartwet vereiste aanwijzingsbesluiten komen te vervallen, alsmede de daaraan ten grondslag liggende planologische kernbeslissing. In de praktijk was met die procedures veel tijd gemoeid, terwijl er tevens sprake was van dubbelures in de procedure. In het voorgestelde systeem wordt het besluit voor een luchthaven rechtstreeks op basis van de Wet luchtvaart vastgesteld. Aangezien een luchthavenbesluit voornamelijk algemeen verbindende voorschriften bevat, wordt, in navolging van de voor Schiphol ingezette lijn, beroep op de bestuursrechter uitgesloten.

Met betrekking tot *militaire* luchthavens bevat het wetsvoorstel de volgende hoofdlijnen:

- snellere en eenvoudiger besluitvormingsprocedures met betrekking tot de aanleg van luchthavens, waarbij evenals hiervoor met betrekking tot burgerluchthavens is geschetst, de nu bestaande "aanwijzing" wordt vervangen door een luchthavenbesluit;

- verbetering van het instrumentarium op basis waarvan burgermedegebruik van militaire luchthavens gestalte kan krijgen, waaronder het creëren van de mogelijkheid om binnen één geluidszone een afzonderlijke geluidsruimte voor burgermedegebruik vast te stellen (naast de voor militair luchtverkeer geldende geluidsruimte);

- mogelijk maken om milieuraanvoorwaarden vast te stellen voor helikopterlandingsplaatsen, waarbij het in het bijzonder gaat om het beperken van hinder voor de omgeving door het vastleggen van een maximum aantal vliegbewegingen, van tijdstippen waarop wordt gevlogen en van naderings- en vertrekroutes.

Anders dan bij de burgerluchthavens decentralisatie naar de provincies van bevoegdheden met betrekking tot militaire luchthavens niet aan de orde. De militaire luchthavens blijven een verantwoordelijkheid van de rijksoverheid. Uiteraard worden de lagere overheden wel via bestuurlijk overleg betrokken bij de aanleg of wijziging van een militaire luchthaven. Ook stapt Defensie vooralsnog niet over op de dosismaat Lden zoals die voor burgerluchthavens voor de geluidbelasting gaat worden gehanteerd. Reden hiervoor is dat de Lden-systematiek (nog) niet toepasbaar is op de militaire luchtvaart. Dit betekent dat voor de militaire luchtvaart de thans geldende – en op zich adequate – Ke-systematiek wordt voortgezet.

Het wetsvoorstel onderscheidt twee categorieën militaire luchthavens:

- militaire luchthavens die bij luchthavenbesluit (een algemene maatregel van bestuur) gestalte krijgen, te weten de huidige op een aanwijzing berustende luchtvaartterreinen;

- militaire luchthavens waarvoor door de minister van Defensie een luchthavenregeling wordt vastgesteld; dit betreft in het bijzonder helikopterlandingsplaatsen, die nu hun basis vinden in artikel 14 van de Luchtvaartwet.

In het luchthavenbesluit worden het luchthavengebied en het daaromheen liggende beperkingengebied vastgelegd. Het luchthavenbesluit bevat een grenswaarde voor geluidsbelasting alsmede regels over de maximaal toelaatbare hoogte van objecten. Voorts kan het een grenswaarde voor externe veiligheid en een grenswaarde voor lokale luchtverontreiniging bevatten. Het beperkingengebied is het samenstel van gebieden die beho-

ren bij de geluidszone, het obstakelbeheergebied en de eventuele externe veiligheidszone.

Burgermedegebruik zoals dat zich thans op de aangewezen luchtvaartterreinen afspeelt, zal onder het nieuwe stelsel van militaire luchthavens met een luchthavenbesluit langs een drietal wegen gestalte kunnen krijgen:

- voor omvangrijk burgermedegebruik van structurele aard wordt voorzien in een medegebruikvergunning;
- voor incidentele vluchten wordt het thans bestaande ontheffingsinstrument gehandhaafd;
- voor vluchten uit oogpunt van algemeen maatschappelijk belang (donorvluchten bijvoorbeeld) wordt voorzien in een vrijstelling.

Vindt op de militaire luchthaven omvangrijk structureel burgermedegebruik plaats – op basis van de hiervoor genoemde medegebruikvergunning – dan worden in het luchthavenbesluit afzonderlijke grenswaarden vastgelegd voor het militaire luchtverkeer en voor het structurele burgerluchtverkeer. Aldus ontstaat voor het burgerluchtverkeer – naast een militaire geluidsruimte – een aparte burgergeluidsruimte, die als maatstaf geldt voor het op de luchthaven vergunde burgermedegebruik. Een dergelijke afzonderlijke geluidsruimte is uitsluitend van belang voor de handhaving van het burgerluchtverkeer en werkt niet door naar bestemmingsplannen. Wat betreft de geluidsbelasting door burgerluchtverkeer kan deze grenswaarde ook worden vastgelegd in de vorm van een maximum aantal vliegtuigbewegingen.

Op de houder van de medegebruikvergunning rust een zorgplicht om qua geluidsbelasting binnen de verleende geluidsruimte of het maximum aantal vliegtuigbewegingen te blijven. Bij overschrijding daarvan kan de minister van Defensie maatregelen voorschrijven om de geluidsbelasting terug te dringen. In het uiterste geval zou dat een verbod om te vliegen in kunnen houden.

Naar aanleiding van de opmerking van de Raad van State over het wetsvoorstel dat in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel nader moet worden aangegeven waarom de nieuwe dosismaat Lden niet kan worden gebruikt voor het militaire luchtverkeer en of dit in de toekomst wel mogelijk zal worden, is in de memorie van toelichting aangegeven dat voor het hanteren van de dosismaat Lden op militaire luchthavens nog geen rekenvoorschrift beschikbaar is. Het voorschrift voor burgerluchthavens is niet toepasbaar en leidt tot onbetrouwbare waarden van de geluidsbelasting. Voorts wordt aangegeven dat de komende jaren nodig zullen zijn om een berekeningsvoorschrift voor de militaire luchthavens op te stellen en dat zodra toepasbare contouren kunnen worden berekend, voor de militaire luchthavens de beoordelingsmaat Kosteneenheid zal worden vervangen door Lden. Uitgangspunt daarbij zal zijn een gelijkwaardige overgang, die geen nadelige consequenties heeft voor de militaire operaties, noch voor de omgeving.

Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten

Op 3 maart 2006 is bij de Tweede Kamer ingediend het voorstel van wet houdende Regels over de informatie-uitwisseling betreffende ondergrondse netten, met als citeertitel "Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten" (kamerstukken II, 2005-2006, 30 475, nrs 1-3). Verantwoordelijke ministers zijn de Minister van Economische Zaken en de Minister van VROM. Het wetsvoorstel strekt ertoe het aantal incidenten met kabels en leidingen te verminderen. In de Nederlandse grond liggen duizenden kilometers aan kabels en leidingen die vitaal zijn voor de Nederlandse samenleving. Bij graafwerkzaamheden ontstaat in 20 % van de gevallen, ondanks het bestaan van een Kabels en Leidingen Informatie Centrum, schade aan kabels en leidingen, met economische gevolgen en vei-

ligheidsrisico's. Het wetsvoorstel verplicht tot informatie-uitwisseling over de ligging van netten tussen enerzijds de kabel- en leidingbeheerder en anderzijds de grondroerders. Met de term "grondroerder"- die op het eerste gezicht ontsnapt lijkt te zijn uit één van de verhalen over Heer Bommel - wordt degene bedoeld onder wiens verantwoordelijkheid of leiding graafwerkzaamheden worden verricht. Het begrip "net" heeft een ruime betekenis: een ondergrondse kabel of leiding, daaronder mede begrepen lege buizen, ondergrondse ondersteuningswerken en beschermingswerken, bestemd voor transport van vaste, vloeibare of gasvormige stoffen, van energie of van informatie. Voorafgaand aan graafwerkzaamheden moeten grondroerders de liggingsgegevens opvragen. Kabel- en leidingbeheerders hebben de verantwoordelijkheid om tijdig volledige en nauwkeurige informatie over de ligging van kabels en leidingen op de graaflocatie aan te leveren. Het faciliteren van de informatie-uitwisseling wordt ondergebracht bij het Kadaster. Ook anderen dan diegenen die graafwerkzaamheden uitvoeren, kunnen toegang krijgen tot het informatie-uitwisselingssysteem. Te denken valt aan (lagere) overheden, projectontwikkelaars, brandweer, storingsdiensten en – met het oog op calamiteiten – het Nationaal Coördinatiecentrum. De informatieverstrekking zal langs geautomatiseerde elektronische weg plaats vinden. Artikel 12 van het wetsvoorstel voorziet in een uitzondering in geval van graafwerkzaamheden op grond die in beheer is bij de Minister van Defensie. Het is immers niet de bedoeling dat liggingsgegevens van – deels geheime – kabels en leidingen in beheer bij Defensie, via het geautomatiseerde systeem openbaar worden. De Minister van Defensie verstrekt terzake geen informatie aan het Kadaster. Het Kadaster verstrekt de daar bekende gebiedsinformatie aan de Minister van Defensie. Daarmee beschikt die minister over voldoende informatie om werkzaamheden uit te (laten) voeren. Kabels en leidingen in beheer bij Defensie, doch gelegen in grond die niet bij Defensie in beheer is, vallen niet onder de werking van artikel 12. Dit houdt verband met de grotere kans op schade door graafwerkzaamheden bij die kabels en leidingen.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Boeken en tijdschriften

Boekbespreking

Martin Zwanenburg - Accountability of Peace Support Operations, Martinus Nijhoff (2005) ISBN 90 04 143505

Inleiding

Het proefschrift van Martin Zwanenburg behandelt een belangrijk onderwerp dat tot kort geleden relatief weinig aandacht heeft gekregen; de kwestie van de volkenrechtelijke aansprakelijkheid van internationale organisaties voor schendingen van het internationaal humanitair recht in het kader van vredesoperaties. Het is duidelijk dat de kwestie van aansprakelijkheid voor schendingen van het internationaal humanitair recht (ook bekend als het humanitair oorlogsrecht of HOR) nauw verbonden is aan de vraag in hoeverre het HOR toepasselijk is tijdens vredesoperaties, die veel meer aandacht in de literatuur heeft gekregen. In wezen gaat het hier om twee kanten van dezelfde medaille; doch heeft de kwestie van aansprakelijkheid tot nog toe veel minder aandacht gekregen dan de primaire vraag die daaraan vooraf gaat betreffende de toepasselijkheid van het humanitair recht tijdens vredesoperaties. Dit is de reden dat er behoefte was aan een studie, die voornamelijk gericht was op de toerekenbaarheid van schendingen van het internationaal humanitair recht tijdens vredesoperaties aan internationale organisaties en de juridische consequenties die daaruit voortvloeien. Zoals Zwanenburg stelt, is dit relevant omdat het antwoord op deze vraag van groot belang is voor de slachtoffers van zulke schendingen. Zonder duidelijkheid hierover zal het voor de landen en individuen onmogelijk zijn om enige vorm van genoegdoening of compensatie te verhalen op de verantwoordelijke organisaties. Daarnaast heeft deze kwestie een bredere betekenis. Aangezien internationale organisaties bepaalde rechten en bevoegdheden hebben om vredesoperaties op te zetten en uit te voeren, is het vanzelfsprekend dat deze rechten en bevoegdheden gepaard gaan met plichten en verantwoordelijkheden, indien de belangen en rechten van andere volkenrechtssubjecten geschaad worden, als gevolg van zulke vredesoperaties. Een rechtssysteem dat de naam waard is moet een redelijk sluitende doctrine en instrumentarium bevatten waarbij rechten en bevoegdheden gekoppeld worden aan elkaar of het risico lopen dat het niet serieus wordt genomen en legitimiteit ernstig verlies lijdt. Dit is de voornaamste reden waarom de hele kwestie van de mate waarin internationale organisaties gebonden zijn aan volkenrechtelijke verplichtingen in het kader van hun optreden, en de consequenties hiervan en de remedies die beschikbaar zijn voor andere volkenrechtssubjecten indien de juridische grenzen worden overtreden, een sterk toegenomen politieke en academische aandacht in het laatste decennium heeft gekregen. Zolang het VN collectief veiligheidsstelsel en het instrument van vredesoperaties een beperkte rol in de internationale verhoudingen speelden, kon deze kwestie worden vermeden. Maar in de jaren sinds het einde van de Koude Oorlog is dit niet langer acceptabel. Met het sterk toegenomen optreden van zowel de VN als van regionale organisaties in het toepassen van dwangmaatregelen en de proliferatie en transformatie van vredesoperaties van traditionele vredesbewarende acties tot interventie en crisisbeheersingsoperaties, waarbij dwang kan worden toegepast en de VN en andere organen soms zelfs als besturende autoriteit voor kortere of langere tijd optreden, is de vraag gerezen of – en in hoeverre – zulk optreden überhaupt gebonden is aan

volkenrechtelijke beperkingen.

Het volkenrecht kent al lang een redelijk ontwikkeld systeem van regels en procedures voor het geval dat een staat tekort schiet bij het nakomen van zijn verplichtingen tegenover een andere staat. Daarnaast is er, vooral in de laatste jaren, aandacht geweest voor de vraag in hoeverre individuen ter verantwoording kunnen worden geroepen voor schendingen van het internationaal (humanitair) recht in termen van internationaal strafrechtelijke aansprakelijkheid, welk o.a. geresulteerd heeft in de oprichting van diverse internationale straftribunalen, waaronder het Internationaal Strafhof. Maar de kwestie van de volkenrechtelijke aansprakelijkheid van internationale organisaties voor misbruik van hun bevoegdheden en andere schendingen is nog steeds een onderontwikkeld onderdeel van het internationaal publiekrecht. Het proefschrift van Zwanenburg is bedoeld om aan een specifiek deel van dit probleem aandacht te besteden en zomogelijk als een stimulans in de discussie en rechtsontwikkeling hieromtrent te fungeren. In die zin is dit proefschrift een belangrijke, originele en enigszins gewaagde onderneming, die alleen daarom de moeite waard is om te bestuderen.

Structuur en *afbakening* van *het* werk

Het boek is onderverdeeld in drie delen. Het eerste deel is primair gewijd aan de kwestie van toerekening van optreden tijdens vredesoperaties aan de internationale organisatie die de operatie heeft opgezet en uitgevoerd en wordt ingeleid met een korte geschiedenis van de evolutie en ontwikkeling van vredesoperaties en met een discussie van de definities van verschillende soorten van vredesoperaties. In het tweede deel wordt de omvang van de toepasselijkheid van de regels en principes van het internationaal humanitair recht aan internationale organisaties en het kader van vredesoperaties bediscussieerd. Het derde deel bevat ten eerste een analyse van de bestaande mogelijkheden voor het inroepen van aansprakelijkheid als gevolg van schendingen van het internationaal humanitair recht en wordt gevolgd door een aantal voorstellen voor het verbeteren en verduidelijken van het systeem van remedies voor zulke schendingen. Het geheel wordt afgesloten met een samenvatting en enige algemene conclusies.

Deze opbouw is logisch en het boek volgt de aangegeven structuur over het algemeen zonder al te veel overlappingsen en afdwalingen, al is enige mate van herhaling, opsomming van algemene volkenrechtelijke leerstukken en weergave van feiten in een boek van deze omvang haast onvermijdelijk. Omdat het boek ruime aandacht besteedt aan het vraagstuk van de aansprakelijkheid van internationale organisaties onder het algemeen volkenrecht, is er vrij veel ruimte gewijd aan een weergave en bespreking van de regels en procedures voor staatsaansprakelijkheid zoals deze zijn uitgewerkt in het kader van het werk van de Internationale Rechtscommissie (International Law Commission of ILC) van de Verenigde Naties, maar het is moeilijk in te schatten, hoe dit vermeden kon worden in een studie als deze, gezien het belang van dit werk voor de kwestie van de leer van aansprakelijkheid in het internationaal publiekrecht, waarvan het humanitair oorlogsrecht deel uitmaakt. Naast het werk van de ILC maakt de auteur veel gebruik van aanbevelingen van niet-gouvernementele organisaties, zoals de International Law Association (ILA), het Institut de Droit Internationale (IDI) en Amnesty International en er is de nodige aandacht voor de relatief schaarse jurisprudentie op het gebied van de aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid van internationale organisaties in het algemeen en op het terrein van de toepassing van het humanitair recht en de rechten van de mens meer in het bijzonder. Zoals de titel aangeeft, is het boek gericht op vredesoperaties die opgezet en uitgevoerd worden door de Verenigde Naties (VN) en de Noord-Atlantische Verdragsorganisatie (NAVO). Gezien het belang van deze twee organisaties op dit gebied, is dit een voor de hand liggende afbakening.

Voornaamste conclusies van de auteur

In het eerste deel van het boek besteedt de auteur aandacht aan de complexe relatie tussen aan de ene kant de landen die troepen beschikbaar stellen aan een organisatie voor de uitvoering van een vredesmissie en aan de andere kant de volkenrechtelijke organisatie onder wiens gezag de operatie wordt opgezet en uitgevoerd (bijvoorbeeld de VN of de NAVO). Deze relatie wordt gekenmerkt door een latente spanning voor wat betreft de invulling en interpretatie van het mandaat en de kwestie van "command and control" over de diverse nationale contingenten waaruit de vredesmacht in de regel bestaat. Zoals de auteur duidelijk maakt aan de hand van zijn analyse en voorbeelden, geeft de formele overdracht van "command authority" geen compleet antwoord op de vraag welke entiteit verantwoordelijkheid draagt voor het naleven van de toepasselijke regels van het internationaal (humanitair) recht. De auteur geeft met een aantal redenen aan waarom er in feite sprake is van een gedeelde en hoofdelijke verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid aan de hand van een combinatie van juridische redenering, praktijkvoorbeelden en enige jurisprudentie. Zijn voornaamste conclusie is dat de kwestie van het toerekenen van handelingen van (onderdelen van) de vredesmacht moet worden gedaan op een manier die volledig rekening houdt met de specifieke omstandigheden.

In het tweede deel haalt de auteur twee discussies aan die centraal zijn voor de beantwoording van de vraag in hoeverre volkenrechtelijke organisaties verantwoordelijkheid dragen voor het schenden van het humanitaire oorlogsrecht en daarvoor aansprakelijk kunnen worden gesteld. De eerste daarvan is niet nieuw en betreft de kwestie van de primaire toepasselijkheid van het humanitair recht op vredesoperaties, met name operaties opgezet en uitgevoerd door de VN of onder de auspiciën van de VN. Er heerste enige tijd onzekerheid of de VN als organisatie gebonden was aan de regels en beperkingen van het humanitair oorlogsrecht en over de vraag of het humanitair recht toepasselijk was op vredesoperaties vanwege hun andere uitgangspunten en kenmerken ten opzichte van gevechtsoperaties in het kader van een gewapend conflict tussen twee of meer (groepen van) staten. Deze controverse is al lang beslecht in de laatste decennia en thans is er een grote mate van consensus binnen de VN zelf als organisatie en bij de troepenleverende landen, binnen gezaghebbende niet-gouvernementele organisaties zoals het Internationale Rode Kruis en het Institut de Droit Internationale, en binnen de volkenrechtelijke literatuur; dat het humanitair oorlogsrecht toepasselijk is op vredesoperaties voor zover er sprake is van meer dan incidenteel geweldgebruik tussen VN-troepen in de uitvoering van hun mandaat, en redelijk georganiseerde gewapende groepen. Deze conclusie wordt door de auteur gedeeld, al meent hij dat nog niet alle vragen over de omvang van toepasselijkheid van het humanitair recht duidelijk zijn beantwoord.

De tweede controverse is veel recenter, al heeft die zijn wortels in de onderhandelingen ten tijde van de oprichting van de VN in 1945, en betreft de vraag in hoeverre de VN (vooral de VN Veiligheidsraad optredend op grond van Hoofdstuk VII van het Handvest aangaande de toepassing van dwangmaatregelen) gebonden is aan de regels en beginselen van het volkenrecht; inclusief het humanitair recht, bij de uitvoering van zijn taken en verantwoordelijkheden om de internationale vrede en veiligheid te bewaren en waar nodig te (doen) herstellen. Deze controverse is (opnieuw) opgelaaid sinds het einde van de Koude Oorlog en de (partiële) reveille van het VN collectief veiligheidsstelsel in de laatste anderhalve decennia; en heeft tot een heftige discussie binnen de volkenrechtelijke literatuur en in diverse uitspraken van internationale tribunalen geleid, waarover nog steeds geen algehele overeenstemming bestaat.

De auteur neemt een voorzichtig en nogal behoudend standpunt in aangaande deze

vraag, die de sporen draagt van een nogal sterk positivistische rechtsopvatting. Aan de ene kant is hij het eens met de stelling dat de VN (en andere volkenrechtelijke organisaties zoals de NAVO) gebonden zijn aan de normen van het algemene volkenrecht, bestaande uit onder andere het internationaal gewoonterecht en de algemene rechtsbeginselen in de uitvoering van hun taken en bevoegdheden. Hiertoe behoren ook grote delen (maar niet alle regels) van het humanitair recht en de rechten van de mens. De auteur deelt eveneens de algemene mening dat de VN gebonden is aan het constituerende instrument van de Verenigde Naties (het VN Handvest) waarin de taken, bevoegdheden en doelstellingen van deze Organisatie uiteen zijn gezet en waarin de reikwijdte in omvang van deze bevoegdheden, en daarmee de (impliciete) beperkingen daarop, zijn opgenomen.

Hierin zit de kern van deze controverse. Het VN Handvest geeft de VN Veiligheidsraad een grote mate van discretie in het beoordelen van situaties die de internationale vrede en veiligheid bedreigen en vergaande bevoegdheden om de nodige maatregelen te treffen, gericht op het bewaren of het (doen) herstellen van de vrede – inclusief de bevoegdheid om maatregelen te treffen die de rechten van de staten (en andere volkenrechtsobjecten) beperken, die zij onder internationale verdragen en onder het algemene volkenrecht genieten. Dit is eenmaal eigen aan het instrument van dwangmaatregelen waarover de Veiligheidsraad beschikt en is expliciet opgenomen in diverse bepalingen van het Handvest (o.a. Artikelen 1, 2(7), 24, 25, 39-42 en 103 HV). Dit wordt verder geïllustreerd aan de hand van de onderhandelingsgeschiedenis van de Verenigde Naties, waarin diverse voorstellen om het optreden van de Veiligheidsraad in de toepassing van dwangmaatregelen te onderwerpen aan de beperkingen van het volkenrecht zijn verworpen. De auteur verwijst naar deze onderhandelingsgeschiedenis en komt tot de conclusie dat de Veiligheidsraad bevoegd is, als het op grond van Hoofdstuk VII (waarin het instrument van dwangmaatregelen is opgenomen) optreedt, om van bepaalde principes van het volkenrecht af te wijken. Dit is zonder meer een logische en juiste conclusie in het licht van deze onderhandelingsgeschiedenis, de doelstellingen van de organisatie en het hele systeem van het Handvest, dat een centrale plaats geeft aan de Veiligheidsraad als orgaan primair belast met het hanteren van het collectieve veiligheidsstelsel van de VN.

Aan de andere kant, de constatering dat de Veiligheidsraad bevoegd is van bepaalde principes (m.i. was het woord "regels" in plaats van "principes" beter op zijn plaats hier, maar dit terzijde) van het volkenrecht af te wijken, laat veel ruimte voor controverse open en een aantal belangrijke vragen onbeantwoord. Welke principes (of regels) mogen worden opgeschort en welke zijn altijd bindend? Tenzij de Veiligheidsraad in beginsel vrij is om alle regels en principes van het volkenrecht terzijde te schuiven bij de toepassing van dwangmaatregelen, moet er in ieder geval een kern van principes en regels zijn, waaraan de Veiligheidsraad altijd gehouden is bij het hanteren van zijn bevoegdheden en het toepassen van dwangmaatregelen.

Een indicatie van welke regels en principes dit zijn, is te vinden in Artikel 24 HV waarin inter *alia* wordt bepaald dat bij de uitvoering van zijn verplichtingen en bevoegdheden in het kader van de handhaving en het herstel van internationale vrede en veiligheid, de Veiligheidsraad gebonden is aan de beginselen en doelstellingen van de Organisatie. Deze zijn op hun beurt (gedeeltelijk) terug te vinden in Artikelen 1 en 2 van het Handvest; waarin o.a. respect voor fundamentele mensenrechten, het principe van gelijke rechten en zelfbeschikking van alle volkeren en de politieke onafhankelijkheid territoriale integriteit van alle lidstaten worden neergelegd. Zoals de auteur opmerkt, hebben vele schrijvers (waaronder deze) beargumenteerd dat deze verwijzing naar de beginselen en doelstellingen van de organisatie o.a. de dwingende normen van het volkenrecht (*ius cogens* regels) omvat op het

gebied van de rechten van de mens en het humanitair recht. Hij lijkt echter een nogal afstandelijke, zometer enigszins afwijzende positie in te nemen ten aanzien van dit standpunt door te stellen dat het begrip *ius cogens* wellicht onbekend was ten tijde van de oprichting van het Handvest en dat er in ieder geval geen verwijzing is naar dwingende normen en regels van volkenrecht in Artikel 1(1) van het Handvest, waarin de primaire doelstelling van de handhaving van internationale vrede en veiligheid is neergelegd. De auteur merkt verder op dat de juridische consequenties (behalve in relatie tot het verdragenrecht) van de vaststelling dat een gegeven regel de status van *ius cogens* heeft, onduidelijk zijn, en dat het bovendien onduidelijk is welke regels van het internationaal recht – inclusief het humanitair oorlogsrecht – het karakter van *ius cogens* hebben. Dit brengt hem tot de conclusie dat de stelling, dat de Veiligheidsraad gebonden is aan regels van *ius cogens*, twijfelachtig is. Zijn positie is dat de Veiligheidsraad wel gebonden is aan (alle) principes van het volkenrecht als deze buiten het kader van Hoofdstuk VII opereert en eveneens daaraan gebonden is bij optreden op grond van Hoofdstuk VII voorzover er niet van specifieke regels is afgeweken. Deze redenering lijkt de weg te openen voor de mogelijkheid dat de Veiligheidsraad zou kunnen overgaan tot een besluit waarbij fundamentele regels met een *ius cogens* karakter opgeschort worden bij het hanteren van dwangmaatregelen (bijv. de autorisatie van militaire actie op grond van "alle noodzakelijke maatregelen" opgenomen wordt binnen het mandaat), zolang dit duidelijk uit de intentie en inhoud van het besluit van de Veiligheidsraad blijkt. Tot zulke regels en principes met een *ius cogens* karakter behoren in ieder geval vele (maar lang niet alle) regels van het humanitair recht en de rechten van de mens.

Met alle respect, deze conclusie lijkt mij onhoudbaar en verwerpelijk op een aantal gronden. De constatering van de auteur dat het weinig waarschijnlijk is dat de Veiligheidsraad zou beslissen tot afwijking van fundamentele normen van humanitair recht in het kader van een vredesmissie, hoewel op zich aannemelijk, maakt in juridische zin niets uit. Volgens de redenering van de auteur zou de Veiligheidsraad *mogen* beslissen tot afwijking van zulke regels en dat lijkt mij principieel onjuist.

Los van de historische vraag of *ius cogens* een bekend verschijnsel was ten tijde van de oprichting van de VN, en de meer filosofische vraag of fundamentele normen "uitgevonden" konden worden door de ILC in het kader van hun werk betreffende het verdragenrecht, in plaats van slechts te constateren dat zulke fundamentele dwingende normen bestonden, (iets waar vele juristen en rechtsfilosofen al decennia, zo niet eeuwen lang naar verwezen hebben) is het op zijn minst moeilijk in te zien hoe de oprichters van de VN het vermogen zouden hebben gehad om de organisatie meer bevoegdheden te verlenen dan zij zelf bezaten of zelfs pretendeerden te hebben. De Geallieerde Mogendheden in 1945 hadden zelf niet de bevoegdheid om fundamentele regels van het volkenrecht te negeren of opzij te zetten bij het voeren van oorlog, of bij de behandeling van de overwonnen toenmalige "vijandige staten"; noch hebben zij zich destijds op een dergelijk recht ooit beroepen. Als oprichters van de VN konden zij niet meer rechten aan de organisatie verlenen dan die waarover zij zelf beschikten.

Dit geldt des te meer bij de oprichting van een organisatie die in de Preambule van zijn Handvest zich o.a. tot doel stelde "to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person ... and respect for the obligations arising under treaties and other sources of international law..."; welke doelstellingen nadien zijn uitgewerkt elders in het Handvest, en expliciet zijn genoemd als richtlijnen en grenzen aan het optreden van de Veiligheidsraad in Artikel 24 van het Handvest. Bovendien heeft de Veiligheidsraad zich nimmer beroepen op een bevoegdheid om van fundamentele regels en principes van het volkenrecht, in het bijzonder het humanitair oorlogsrecht en de rechten van de mens, af te wijken. Het voorbeeld dat de auteur aandraagt met verwijzing naar

het bezettingsregiem in Irak is niet een indicatie van het tegenovergestelde. Het betrof hier weliswaar een derogatie van sommige bepalingen van het bezettingsrecht, doch geen die normaliter tot het *ius cogens* worden gerekend. Als (hypothetisch) de Veiligheidsraad had bepaald op grond van een Hoofdstuk VII resolutie, dat bijvoorbeeld fundamentele waarborgen voor de behandeling van krijgsgevangenen, of de minimum garanties voor een eerlijk proces voor verdachten van internationale misdrijven, gepleegd door leden van de voormalige Irakese regering, niet in acht hoefden te worden genomen, zouden we te maken hebben gehad met derogatie van *ius cogens* normen. De gevolgen van een dergelijk besluit laten zich raden en zouden in juridische zin nietig ab *initio* geweest zijn.

Het is, zoals de auteur terecht opmerkt, niet helemaal duidelijk welke regels van het internationaal (humanitair) recht de status van *ius cogens* hebben (al is er wellicht meer duidelijkheid in dit opzicht dan hij doet voorkomen) en wellicht is er evenmin helemaal duidelijkheid en overeenstemming over alle mogelijke juridische consequenties voor het schenden van zulke regels, doch zijn dat geen redenen om aan te nemen dat de Veiligheidsraad in beginsel bevoegd is om van zulke regels af te wijken. Voor velen is bijvoorbeeld de behandeling van de gedetineerden in Guantánamo en elders door de regering van de Verenigde Staten in strijd met een aantal *ius cogens* regels van het humanitair recht en de mensenrechten. Het zou niet rechtmatiger of acceptabeler zijn als deze behandeling geschiedde op grond van een Hoofdstuk VII resolutie van de Veiligheidsraad, hoe onwaarschijnlijk de kansen zijn dat een dergelijke resolutie zou worden aangenomen.

Het is zonder meer juist dat de Veiligheidsraad vergaande bevoegdheden bezit in het kader van Hoofdstuk VII en dat dit inhoudt dat bepaalde regels van het volkenrecht opgeschort kunnen worden als de Veiligheidsraad daartoe besluit. Hieronder vallen ook sommige regels (maar niet principes) van het humanitair oorlogsrecht en de rechten van de mens. Maar hoewel er nog geen volledige overeenstemming bestaat over de inhoud en reikwijdte van het *ius cogens*, lijken er geen overtuigende redenen aanwezig zijn om deze als niet behorende tot de kernprincipes en doelstellingen van de VN te rekenen en derhalve als niet *per sé* bindend op het optreden van de VN, in welke soort militaire operatie dan ook, die onder zijn gezag of autorisatie wordt uitgevoerd. Het is te betreuren dat de auteur vanwege het gebrek aan duidelijkheid en overeenstemming betreffende alle aspecten van deze kwestie lijkt te hebben gekozen voor een nogal behoudende en statische positie inzake deze kwestie.

Het laatste deel van het proefschrift is stellig in de conclusie dat de huidige mogelijkheden tot inroepen van aansprakelijkheid van internationale organisaties onvoldoende zijn en duidelijk te wensen over laten, en is voortvarend met het aandragen van een aantal interessante suggesties voor verbetering. Dit deel, hoewel grotendeels *de lege ferenda* is interessant, kritisch en soms innovatief en geeft een goede afronding aan het werk.

Afrondende opmerkingen

Het proefschrift van dr. Martin Zwanenburg is een belangrijke bijdrage op het gebied van het volkenrecht dat tot nog toe onvoldoende aandacht heeft gekregen. Het werk is degelijk, zit goed in elkaar, en is duidelijk gebaseerd op grondig onderzoek. Op een aantal punten is er ruimte voor kritiek en niet alle lezers zullen het eens zijn met al zijn conclusies. Dit neemt niet weg dat het boek een waardevolle bijdrage vormt in de wetenschappelijke discussie en zeer nuttige informatie bevat betreffende diverse aspecten van vredesoperaties. Als zodanig is het zonder meer aanbevelingswaardig.

Prof. dr. T.D. Gill

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.

Geen hele woorden in kapitalen, zoals NASCHRIFT e.a. 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. A.J. Ruysendaal, Kolonel 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 Bestuursstaf:	Mr. J.J. Buirma, Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie; Mr. R. in het Veld, Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst, Hoofd Militair Juridische Dienst Krijgsmacht;
Prof. Dr. T.D. Gill	Bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam en Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht;
Mr. R. van den Heuvel,	Vice-president en voorzitter van de Militaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem;
Prof. Mr. Th. A. de Roos,	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Universiteit van Tilburg;
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-Mufthijssen, wetenschappelijk medewerker verbonden aan het Nederlands Instituut voor Internationale Betrekkingen 'Clingendael'.

WIZE 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 Klautenservice Uitgevers, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. tel.: 070-378 0880, 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 Klautenservice, 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 Uitgever?. 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"


Vedersgids
uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie

Jaargang XCIX

juni 2006

Aflevering

6

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

Speech van de Directeur Juridische zaken, dr. S.B. Ybema, in het kader van de oprichting van de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht op 10 april 2006.....	181
Voordracht ter Gelegenheid van de Oprichting van de Gezamenlijke Militaire Juridische Dienst; door Prof.dr. T.D. Gill.....	184
Voordracht Hoofd Militair Juridische Dienst Krijgsmacht, Brigadegeneraal mr. R. in het Veld, in het kader van de oprichtingsceremonie van de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht d.d. 10 april 2006.....	188
De Militair Juridische Dienst Krijgsmacht; door Mr. drs. M. Nooijen.....	189

Strafrechtspraak

Ah 09.05.05	De bevoegdheid bij feiten begaan door militairen met niet-militairen Indien een militair verdacht wordt van samen met een of meer niet-militairen een strafbaar feit te hebben begaan is de commune strafrechter 'bij voorkeur' bevoegd. Er is echter een aantal gevallen waarin de rechter in militaire strafzaken uitsluitend bevoegd blijft over de militair te oordelen. (Naschrift J.R.G.J.).....	193
Ah 06.06.05	Openlijk geweld Openlijke geweldpleging. Van schoppen tegen het lichaam maar niet tegen het gezicht/hoofd kan niet worden gezegd dat dit maatschappelijk gezien gericht is op het doden van het slachtoffer.....	197
HR 28.01.03 Hof L'warden 31.08.05 en 21.11.05	Hoe blauw is groen? Een drietal uitspraken waarin de vraag aan de orde is wanneer de Koninklijke marechaussee tot en opsporing bevoegd is; onderscheid tussen 'militaire feiten', taakgerelateerde feiten en toevallig geconstateerde feiten. Complicatie bij onderzoek van uitgeademde lucht. (Naschrift M.M.D.).....	201

Opmerkingen en mededelingen

De dood van Overste Mussert, Weerwoord op een reactie van Prof. Mr. G.L. Coolen; door Majoor b.d. H. Kleingeld.....	216
Een reactie op een artikel; door Majoor b.d. H. Kleingeld.....	220
Een reactie op de reactie van Majoor b.d. H. Kleingeld; door Prof. Mr. G.L. Coolen.....	223

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

BIJDAGEN

Speech van de Directeur Juridische zaken, dr. S.B. Ybema, in het kader van de oprichting van de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht op 10 april 2006

Dames en Heren,

Op deze bijeenkomst in het kader van de oprichting van de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht, heet ik U allen van harte welkom.

Het zal U allen niet zijn ontgaan dat de organisatie van de krijgsmacht aan grote veranderingen onderhevig is. Recent is een nieuw besturingsmodel vastgesteld. Deze ontwikkelingen zijn mede terug te voeren tot de veranderingen in de omgeving waarin de krijgsmacht opereert. Heden ten dagen vindt militair optreden voornamelijk plaats in het kader van crisisbeheersings- en vredesondersteunende operaties.

Ik meen dan ook dat de juridische functie in dit kader aan een heroriëntatie toe is. Gelet op het toenemende belang van het militaire en humanitaire oorlogsrecht is de tijd rijp voor versterking van de juridische discipline binnen de krijgsmacht.

In het nieuwe besturingsmodel is er daarom voor gekozen dat de Directeur Juridische Zaken de rol gaat vervullen van *concernjurist*. Aan de rol van concernjurist wordt op dit moment nader invulling gegeven in overleg met de leden van de bestuursstaf en andere directies binnen het departement. Vaststaat echter dat er voor de juridische functie krijgsmachtbreed een functioneel vakgebied zal worden ingericht.

Door de opbouw van een functioneel vakgebied zullen aspecten als kwaliteitsborging, *unité de doctrine* en kennismanagement wezenlijke bestanddelen vormen en dienen te worden geborgd binnen dit netwerk. Dit alles, overigens, om de militaire juristen te velde, en de commandanten die zij van advies voorzien, zo goed mogelijk in staat te stellen hun taak te vervullen. Een wezenlijk element van dit proces betreft de vorming van een Militair Juridische Dienst Krijgsmacht (MJDK). Het Hoofd van de staf MJDK, de Brigadegeneraal in het Veld, sinds 12 september 2005 werkzaam bij DJZ, was belast met de uitwerking en inrichting van deze dienst. Zoals U ongetwijfeld reeds heeft gemerkt, heeft Generaal in het Veld zijn werkzaamheden voortvarend opgepakt. De MJDK vormt de derde zijde van de driehoek die mede gevormd wordt door de Nederlandse Defensie Academie en de leerstoel militair recht aan de Universiteit van Amsterdam.

Binnen de Nederlandse Defensieacademie, NLDA genoemd, is in de Faculteit Militaire Wetenschappen een Sectie Militair Recht ondergebracht onder leiding van Professor Dr. Terry Gill. Naast het verzorgen van onderwijs zal deze sectie belast worden met onderzoek. Een onderzoekopdracht is reeds vastgesteld. De bedoeling is dat er gewerkt wordt aan een Leerboek voor de Bachelor bij de NLDA. Een leerboek Military Operational Law op Master niveau binnen de NLDA en een Handboek Operationeel Recht voor commandanten en hun militair juridische adviseurs. Deze sectie militair recht zal naast het uitvoeren van onderzoek het onderwijs gaan verzorgen aan alle leergangen binnen de

Nederlandse Defensie Academie.

Reeds vele jaren bestaat aan de Universiteit van Amsterdam de leerstoel militair recht. Tot vijf jaar geleden was deze leerstoel vooral georiënteerd op het Militair straf- en tucht-recht en het bestuursrecht. Door het curatorium is besloten de leerstoel te verbreden, met de focus op het recht tijdens vredesoperaties. Aan deze uitbreiding is door professor Gill in de afgelopen jaren op voortreffelijke wijze invulling gegeven.

Aan de Universiteit van Amsterdam is ook een postacademische specialisatie militair recht opgezet. Het deelnemen aan de cursussen van deze specialisatie is onderdeel van de opleiding in het kader van een loopbaanpatroon voor civiele juristen en militairen die worden omgevormd tot militair jurist.

Zulks uiteraard passend binnen het door de Hoofddirectie Personeel ontwikkelde c.q. nog te ontwikkelen beleid in het kader van het Flexibel Personeelssysteem.

Militair juristen gaan na het volgen van de voor hen geijkte opleiding functies vervullen binnen de krijgsmacht. Ongeacht bij welk onderdeel zij zullen worden geplaatst maken zij deel uit van het dienstvak van de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht. Een geformaliseerd en gestructureerd netwerk onder leiding van het Hoofd van de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht. Om te komen tot kwaliteitsborging, bevordering van *unité* de doctrine op militair juridisch gebied en eenheid van rechtsopvatting wordt gecommuniceerd via een functionele keten. Wezenlijke aspecten van deze keten zijn dat de zelfstandigheid en de verantwoordelijkheden van commandanten ten aanzien van door hen genomen besluiten op geen enkele wijze worden aangetast. Door een goede functionele communicatie in de lijn van juridische adviseurs wordt er voor zorg gedragen dat adviezen van hoge kwaliteit zijn en elkaar niet tegenspreken. "Lessons learned" van operaties van de krijgsmacht worden als onderdeel van de kenniskringloop ingepast in de beleidsontwikkeling. Een wezenlijk onderdeel in die kringloop vormen de onderwijsinstellingen zoals de zojuist genoemde Nederlandse Defensie Academie, maar ook de opleidings- en trainingscentra van de krijgsmachtdelen.

Van belang is overigens dat de functionele keten een duidelijke koppeling legt tussen de juridische advisering op het niveau van de bestuursstaf en de juridische advisering op het niveau van operationele commando's. Het gaat erom met elkaar samen te werken binnen de keten. Dat vereist een attitude die, indachtig een van de speerpunten in het beleid van de Commandant der Strijdkrachten door hem als volgt is verwoord: "het defensiebelang gaat boven het operationele commando". Van U wordt verwacht dat U werkt als een team, saamhorigheid uitstraalt en bruggen bouwt. Voor velen van U is dat gelukkig al een vanzelfsprekendheid. Uw samenwerking in de operaties in onder meer Bosnië, Irak en Afghanistan geeft aan dat U over die attitude beschikt. U kijkt naar wat U bindt, niet wat U scheidt.

Er wordt echter nog meer van U verwacht. Als militair jurist moet U, om een waardevolle bijdrage te leveren aan de juridische keten, een brede opleiding en ervaring inbrengen. U dient niet alleen over juridische kennis te beschikken maar ook de organisatie goed te kennen en inzicht te ontwikkelen in bestuurlijke verhoudingen. Bovendien dient U, indachtig de internationale samenwerking tijdens crisisbeheersings- en vredesoperaties,

een gevoel te hebben voor culturele verschillen en kennis te hebben van meerdere rechtssystemen.

Wat betreft dit laatste wil ik graag Uw aandacht vestigen op de International Society for Military Law and the Law of War – ook wel de Société genoemd – waarvan ik de eer heb het presidentschap te vervullen. De Société heeft ongeveer 1.300 leden, verspreid over bijna 100 verschillende landen en kent als doel de studie van het militaire recht en het humanitair oorlogsrecht. Te dien einde wordt onder meer onderzoek verricht naar de harmonisatie van nationale systemen van militair recht. Ook wordt elke drie jaar een internationaal congres gehouden zodat de leden de kans hebben in persoon met elkaar van gedachten te wisselen. In het verleden hebben dergelijke congressen plaats gevonden in bijvoorbeeld Rome, Athene en Wenen. Het volgende congres van de Société vindt in mei van dit jaar plaats in het Kurhaus te Scheveningen. Dit jaar zal het thema zijn “The Rule of Law in Peace-operations” waarbij aandacht wordt besteed aan vele relevante onderwerpen in het kader van vredesoperaties zoals “the application of human rights obligations in peace-operations” en “the status of detainees in peace-operations”. Dergelijke congressen bieden een uitstekende gelegenheid voor de militair jurist om zijn horizon te verbreden en *externe* contacten te leggen.

Het leggen van contacten *intern* Defensie begint met het aspect bereikbaarheid. Reden waarom U in het bezit bent gesteld van een telefoongids waarin juristen werkzaam bij het Ministerie van Defensie, zowel burger als militair, zijn opgenomen. Maar daar zal het niet bij blijven. Immers de militair jurist werkt in een omgeving die wordt gekenmerkt door een kennisintensief karakter. Aanvullende functioneel technische kaders vanuit de bestuursstaf en een goed functionerende keten van militair juridische kennis en kunde zullen er aan moeten bijdragen dat de kwaliteit van juridische advisering wordt gewaarborgd. In de nabije toekomst zal een interactief netwerk worden opgebouwd waarop de mogelijkheid wordt gecreëerd juristen werkzaam binnen de krijgsmacht met elkaar van gedachten te laten wisselen.

Dames en heren, er is nog veel te doen en ik vertrouw op Uw aller medewerking om het gestelde doel te bereiken.

Thans verzoek ik Brigadegeneraal In het Veld naar voor te komen en de Aanwijzing van de Secretaris Generaal inzake de Militair Juridische Dienst krijgsmacht in ontvangst te nemen.

Generaal, met het overhandigen van deze Aanwijzing benoem ik U tot het Hoofd van de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht. Ik wens U veel geluk met deze eervolle benoeming en wens U en de - met deze overhandiging nieuw opgerichte - Militair Juridische Dienst Krijgsmacht veel succes en wijsheid, onder het meegeven van de volgende opdracht en wapenspreuk: “Leges juraque serva”. Bewaar of wellicht in uw geval meer gepast, “bewaak”, de wetten en het recht.

Voordracht ter gelegenheid van de oprichting van de Gezamenlijke Militaire Juridische Dienst

door

PROF. DR. T.D. GILL

Opening

Generaals, Admiraals (b.d.), Mijnheer de Directeur, Officieren van de Juridische Dienst, Vrienden en Collega's; het is mij een eer en een voorrecht om U allen te mogen begroeten bij deze gelegenheid – de opening van de Gezamenlijke Juridische Dienst van de Nederlandse Strijdkrachten. Vandaag heeft voor mij een bijzondere betekenis, omdat ik het genoegen heb om velen van U persoonlijk te kennen en met U samen te werken. Deze samenwerking is voor mij altijd een bron van plezier en voldoening geweest in persoonlijk en professioneel opzicht. Het is ook een uitdaging voor mij om het werk dat U doet zo goed mogelijk te ondersteunen door een bijdrage vanuit de leerstoel in Amsterdam en Breda te leveren aan de juridische vorming van de krijgsmacht, en in het bijzonder, aan de juristen en aspirant juristen van de krijgsmachtdelen die thans zijn samengebundeld in de Gezamenlijke Militaire Juridische Dienst. Ik kijk met plezier terug op deze samenwerking in de afgelopen jaren en ik zie vol verwachting uit naar de voortzetting hiervan in de komende jaren.

Ik ben gevraagd om vanmiddag een voordracht te houden over "de Rol van de (Militair) Juridisch Adviseur bij Uitzending". Aan de ene kant is dit voor mij een bijzondere opgave, omdat ik noch een militair juridisch adviseur ben, noch ooit op uitzending ben geweest, dus ik kan uiteraard niet uit ervaring spreken, en ik heb geen pretentie om U te vertellen wat U allemaal meemaakt (of zult meemaken) bij een uitzending, en nog minder – op welke wijze U Uw werk onder zulke omstandigheden moet verrichten.

Aan de andere kant heb ik wel inzicht in de soort juridische problemen en dilemma's waarmee U kunt worden geconfronteerd tijdens een uitzending, en een redelijke voorstelling van de taak die U wordt opgedragen in de hoedanigheid van juridisch adviseur: Ik zal in het komende half uur een aantal van deze dilemma's de revue laten passeren en bespreken, voordat we naar het volgende onderdeel van het programma van vanmiddag overgaan.

De Rol van de Juridisch Adviseur bij Uitzendingen

Het militair recht als rechtsgebied

Allereerst moet worden opgemerkt, dat het militair recht een hybride is. Als U ooit gevraagd bent om uit te leggen wat het is; zal U – net zoals ik – gemerkt hebben dat het verschijnsel "militair recht" zich er niet gemakkelijk toe leent om in één zin te worden uitgelegd – behalve misschien in de zin van "alle onderdelen van het recht die betrekking hebben op de militair en op het militair bedrijf": Dit is weliswaar een antwoord, maar één dat de vraagsteller waarschijnlijk evenzeer in onwetendheid zal laten na het te hebben gehoord, als hij/zij was, voor het stellen van de vraag. Dit is omdat het militair recht een combinatie is van verschillende rechtsgebieden (volkenrecht, strafrecht, staatsrecht, bestuursrecht) die toegesneden en toepasselijk zijn op de status van de militair en, waar we het vandaag over zullen hebben, op uiteenlopende militaire operaties. Ondanks het feit

dat het verschijnsel militair recht moeilijk onder woorden te brengen is, is het een rechtsgebied met een ontegenzeggelijk eigen karakter – en voor de historisch ingestelden onder U – een rechtsgebied waarvan men de wortels tot vele eeuwen terug kan traceren.

Men kan bijvoorbeeld verschillende referenties naar militair juridische aangelegenheden, zoals de persoonlijke juridische status van militairen, de regels ter handhaving van discipline en bestraffing van (militaire) delicten, het ontslag- en pensioenrecht, het persoons- en familierecht van militairen, de constitutionelerol en bestuurstaken van het leger binnen het Staatsbestel en de regels aangaande het voeren van oorlog, terugvinden in diverse Romeinse literaire en juridische bronnen.

Dat is een aardige leeftijd voor welk rechtsgebied dan ook.

Dit gezegd, is er ondanks deze historische "pedigree" altijd een zekere mate van verbazing bij velen (militair en burger) over de belangrijke positie die het recht inneemt bij de regulering van de militaire organisatie, de militair als staatsambtenaar, als individu en bij militaire optredens zelf. Dit leidt soms tot een zekere scepsis over de rol van het militair recht en het belang van de militaire jurist. Clemenceau zou ooit hebben gezegd, een opmerking die is overgenomen door de Amerikaanse komiek, Groucho Marx – dat het militair recht zich verhoudt tot het recht zoals de militaire muziek zich tot de muziek verhoudt. Deze opmerking, hoewel wellicht goed voor een glimlach, doet geen "recht" aan de complexiteit en het wezenlijk belang van dit rechtsgebied en van de militair jurist zelf.

Dit brengt ons tot het beroep van militair jurist. Mede vanwege de complexiteit en hybride aard van het militair recht, is de taak van de militair jurist eveneens gekenmerkt door zijn complexiteit en hybride karakter. De militair jurist moet de kwaliteit en vaardigheden combineren van militair, van jurist en adviseur, en soms zelfs die van manager, diplomaat, wetenschapper, advocaat of rechter. Bovendien moet hij of zij deze diverse hoedanigheden en kwaliteiten steeds in de juiste relatie en in evenwicht tot elkaar houden en weten wanneer de ene rol moet worden benadrukt en wanneer juist de andere de bovenaan moet krijgen. Over het algemeen geen geringe opgave – met alle respect (voor) aan Clemenceau en de goede Groucho. U hebt niet voor een gemakkelijk beroep gekozen, maar dat hoeft ik U niet uit te leggen.

Juridische problemen en dilemma's bij uitzendingen

Nu we hebben geconstateerd met welk verschijnsel we te maken hebben is het tijd om stil te staan bij de rol van de militair jurist bij operaties en bij een aantal van de soort juridische problemen en dilemma's waarmee de militair jurist geconfronteerd kan worden bij een uitzending. Bij alle operaties die hun rechtsbasis hebben in een mandaat van de VN Veiligheidsraad – (ongeacht) of deze als vredesoperatie, humanitaire operatie, crisisbeheersingsoperaties, of als vredesafdwingende operatie worden gekenmerkt – zal een juiste interpretatie en invulling van het mandaat een centrale plaats innemen. Vanzelfsprekend is dit niet louter een taak van de militair jurist. Op het niveau van de positie die de regering inneemt ten overstaande van de kwestie van het al of niet meedoen aan de operatie en het eventueel formuleren van voorwaarden en voorbehouden, (de zogenaamde "national caveats") zal deze interpretatie en dit beleidsadvies zich op het niveau van de betrokken internationale organisatie, de regering en de betrokken departementen, ver buiten het gezichtsveld van de gemiddelde militair jurist afspelen. Maar dit verandert – als het mandaat eenmaal in hoofdlijnen is aangenomen en door de Nederlandse regering is aanvaard. Dan begint de operationele planningsfase, gevolgd door de implementatie van het mandaat in diverse (inter-)nationale rechts- en beleidsinstrumentendie aan de ene kant de internationale rechtsbasis, verwoord in het mandaat, moeten weerspiegelen en aan de andere kant

rekening moeten houden met de operationele en (nationale) beleidsmatige mogelijkheden en wensen waarbinnen de operatie moet worden uitgevoerd. Dit proces resulteert normaliter in een hele reeks van instrumenten waarin deze beleidsmatige juridische en operationele overwegingen worden neergelegd, die samen een sturingsinstrument vormen voor de implementatie en uitvoering van de operatie. Deze instrumenten (MOU's, SOFA's, Operationele Orders en Aanwijzingen, ROE's- geweldsinstructies etc.) hebben diverse namen en functies binnen dit systeem, maar vormen samen een onmisbaar onderdeel van iedere militaire operatie waaraan de Nederlandse krijgsmacht deelneemt. Voorzover deze instrumenten gebaseerd zijn op een mandaat van de VN (of andere volkenrechtelijke organisatie) zullen een goed begrip en goede interpretatie van het mandaat en van andere relevante overwegingen vereist zijn. Het is de taak van onder meer de militair jurist om in samenspel met andere betrokken actoren (bewindslieden, beleidsambtenaren en departementale juristen, stafleden van het hoofd van de missie, en niet in het minst – operationele commandanten) ervoor te zorgen dat de interpretatie en implementatie van het mandaat en de daarmee samenhangende instrumenten en richtlijnen optimaal geschieden.

Eenmaal ontplooid in het kader van de missie zal de NL contingentscommandant een voortdurend beroep moeten doen op zijn juridisch adviseur(s) voor advies over de juiste interpretatie van de daaraan afgeleide instrumenten. Dit advies zal uiteraard diverse vormen aannemen, afhankelijk van de soort missie in kwestie, het mandaat zelf en niet in het minst van de feitelijke omstandigheden waarin deze moeten worden uitgevoerd.

Een aantal voorbeelden van de soort kwesties waarmee de juridisch adviseur geconfronteerd kan worden kunnen illustratief werken:

Hoe moet worden geadviseerd over de relatie ROE/zelfverdediging in het geval een deel van het contingent direct bedreigd wordt en/of onder vuur wordt genomen bij het uitvoeren van zijn missie?

Als zelfverdediging relevant is welke vorm van zelfverdediging is dan van toepassing? Betreft het een geval van persoonlijk noodweer (met als referentiekader het Nederlands (militair) strafrecht), "unit self-defense", "extended self-defense", of het VN concept van zelfverdediging (integriteit van de missie en het mandaat) of zelfs nationale zelfverdediging (met als referentiekaders de ROE, het mandaat, NAVO doctrine en aanwijzingen of het jus ad bellum) en wat zijn de scheidslijnen tussen deze vormen van optreden?

Als het om een vredesmissie gaat zal in de regel het HOR niet toepasselijk zijn. Maar bij redelijk aanhoudend en structureel geweld gericht tegen de uitvoering van het mandaat, is het HOR – althans de algemene beginselen en fundamentele regels – van toepassing. Wanneer is er sprake van een dergelijke situatie en welke fundamentele regels en beginselen zijn van toepassing op de situatie en dienen dan in acht te worden genomen?

Wanneer is er sprake van een acute bedreiging van fundamentele mensenrechten door (semi) georganiseerde groepen? Het huidige uitgangspunt van de VN – zoals verwoord in onder andere het "Brahimi Rapport" – is dat in zulke situaties de vredesmacht (binnen het eigen vermogen) moet optreden om te proberen zulke schendingen tegen te gaan. Wanneer is er sprake van een dergelijke situatie en in hoeverre kan en mag men optreden zonder een duidelijke en specifieke aanwijzing in de ROE of in het mandaat zelf?

Hoe om te gaan met grootschalige ordeverstoringen en vormen van georganiseerde/criminele activiteit (plundering, wapensmokkel, piraterij, etc.) die een (potentiële) dreiging vormen voor de veiligheid en de integriteit van de vredesmacht of de missie zelf?

Hoe om te gaan met aangehouden, gevangengenomen en gedetineerde strijders of individuen, als gevolg van een of meer van deze genoemde situaties? Welk rechtsregiem is op hen van toepassing: de lokale wetgeving, het HOR of de regels van het EVRM (of een

combinatie hiervan)? Wat zijn de verplichtingen die op NL en individuele NL militairen (en commandanten) rusten tijdens eventuele detentie, en/of bij (eventuele) overdracht aan de autoriteiten van een andere Staat (bijv. de Staat waar de NL troepen opereren of een eventuele derde Staat)?

Wat zijn de gevolgen binnen de nationale NL rechtsorde van de soort handelingen die zonet zijn geschetst? Wanneer is er sprake van toepassing van het NL (militair) strafrecht als er ogenschijnlijk fout is gehandeld – hetzij op grond van een foutieve inschatting of feitelijke beoordeling – hetzij op grond van duidelijke roekeloosheid of plichtsverzuim? Zijn aan de andere kant acties die hun rechtsbasis hebben in het mandaat of in een ander daarvan afgeleid instrument, zoals de ROE, adequaat afgedekt in termen van het NL (militair) strafrecht?

Deze lijst van mogelijke problemen is zeker niet limitatief, er kunnen en zullen andere voorkomen, maar het is redelijk representatief voor een aantal van de soort vragen waarmee een militair jurist tijdens een uitzending geconfronteerd kan worden. Als sommige van deze vragen in eerste instantie nogal abstract overkomen, is dat deels te wijten aan mijn eigen beroepsperspectief (en mogelijk anderszins deformatie) als academicus werkzaam op dit terrein. Maar ik ga ervan uit dat U op grond van enige verbeeldingskracht, in staat zult zijn om waar nodig de link met de praktijk te maken.

Dat is de voornaamste reden waarom ik onze relatie als complementair zou karakteriseren. Ik zie het als mijn taak als academicus (en houder van de leerstoel), om de belangrijkste rechtsvragen en problemen en toepasselijke rechtsregimes tijdens uitzendregel te identificeren om de best mogelijke antwoorden en analyses tijdens het onderwijs en in de publicaties, die de leerstoel verricht, aan U voor te leggen. Ik zie uw taak binnen deze relatie als die van kritische afnemers van wat mijn collega's en ik in Amsterdam, Breda en Den Helder aan U presenteren, en door middel van "feedback" en communicatie over en weer, aan de hand van uw eigen ervaringen, analyse en inzichten, onze gezamenlijke output optimaal te maken.

Aan de hand van de eerder genoemde rechtsvragen en aangedragen voorbeelden is het duidelijk dat het militair recht (in brede zin) en de rol die de militaire jurist hierbij speelt, van wezenlijke betekenis zijn voor de succesvolle uitvoering van de soort operaties waaraan de NL krijgsmacht vandaag de dag deelneemt.

Als ik uw taak vergelijk met die van uw voorgangers enige tijd geleden – is het zeker niet gemakkelijker geworden. Dit is grotendeels het gevolg van de veranderde (en steeds veranderende) rol van de krijgsmacht als beleidsinstrument en als belangrijk deel van de "zwaarmacht" van de overheid. Vergeleken met de rol van de krijgsmacht tijdens de Koude Oorlog, is die ontegenzeggelijk veel complexer geworden en sterk geïnternationaliseerd. De "expeditionaire" taakstelling van de huidige NL krijgsmacht betekent voor U als militair juristen een sterke verruimd werkteerterrein, zowel in geografisch opzicht als in termen van uw benodigde rechtskennis en militair inzicht om adequaat te kunnen functioneren. Alsof dit bij elkaar niet genoeg zou zijn, is er nog een factor die uw beroep en uw beroepsuitoefening verder voor een uitdaging stelt. Het aanzien van de NL krijgsmacht, zowel in buiten- als binnenland, en het politieke en maatschappelijke draagvlak voor militaire operaties, worden niet in de laatste plaats bepaald door de perceptie en overtuigingen dat de operaties in overeenstemming met de rechtsregels worden uitgevoerd.

Uw taak als militair juristen is om - in samenspel met anderen – erop toe te zien dat als de NL krijgsmacht wordt ingezet, voor welke soort missie dan ook, dat geschiedt volgens

de regels.

Er zijn verschillende redenen waarom optreden binnen de regels van wezenlijk belang is. Deze zijn deels pragmatisch, deels politiek, en zelfs deels diplomatiek van aard. Maar uiteindelijk is de belangrijkste reden hiervoor, dat "it is the right thing to do". Een organisatie als de NL krijgsmacht, waarvan U, dames en heren, deel uitmaakt, verdient niet minder. Ik geloof dat de Gezamenlijke Militair Juridische Dienst van de krijgsmacht een rol van grote betekenis heeft bij het nakomen van deze taak.

Ik wens U allen veel sterkte en veel succes bij deze taak.

Dank U wel.

**Voordracht Hoofd Militair Juridische Dienst Krijgsmacht, Brigadegeneraal
mr. R. in het Veld in het kader van de oprichtingsceremonie van de
Militair Juridische Dienst Krijgsmacht d.d. 10 april 2006**

Professor Gill.

Hartelijk dank voor Uw zeer interessante voordracht. Een voordracht gerelateerd aan de praktijk van alledag te weten het operationeel optreden. In het bijzonder heeft U belicht de dilemma's waar militair juristen in hun optreden als adviseur van een operationele commandant mee worden geconfronteerd. Staat U mij toe nog enige woorden te wijden aan het begrip militair jurist.

In mijn visie dienen we in de toekomst nog meer nadruk te leggen op het zijn van militair jurist. Dat betekent dat juristen van de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht naast inzicht in de ons bekende rechtsgebieden zoals militair bestuursrecht militair straf- en tuchtrecht etcetera, kennis moeten dragen van en participeren in het operationeel planings- en besluitvormingsproces op zowel strategisch, operationeel en tactisch niveau. Ik zal die niveaus even kort voor U aanstippen. Ik gebruik daarbij veelal de Engelstalige terminologie. Ook die zullen we ons eigen moeten maken.

Eerst het strategische niveau. Militair juristen leveren een bijdrage aan de opstelling van het politiek militaire 'assessment' benodigd voor de besluitvorming inzake al dan niet Nederlandse deelname in een operatie. Een 'assessment' dat ten behoeve van de politieke leiding door de Stuurgroep Militaire Operaties, een overlegorgaan van topfunctionarissen van het Ministerie van Buitenlandse Zaken en het Ministerie van Defensie wordt opge maakt. Op grond van dit 'assessment' wordt door de politieke leiding tot eventuele voortzetting van de planning tot Nederlandse deelname aan een operatie beslist. Onze juristen werkzaam binnen de Directie Operaties in de staf van de Commandant der Strijdkrachten leveren tezamen met de juristen werkzaam binnen de DJZ een bijdrage aan de opstelling van een dergelijk 'assessment'.

Indien, de politieke leiding besluit tot voortzetting van de planning en een 'initiating directive' uitgeeft komen militaire juristen wederom in beeld. Zij maken deel uit van de 'Operational Planning Group' op strategisch/operationeel niveau onder leiding van de J5 van de Directie Operatiën. Zij leveren hun bijdrage aan de 'mission analysis', participeren in de 'factfinding mission' en ondersteunen bij de opstelling van de 'planning guidance' voor de verdere planning, veelal parallel, op het tactische niveau. Denkt U daarbij aan de

'taskforcecommander' maar ook in het kader van de gereedstelling aan de operationele commando's. Ook bij die commandanten zijn militair juristen ingedeeld om er zorg voor te dragen dat in de 'forceplanning en preparation' eenheden zo optimaal mogelijk worden voorbereid.

In geval van daadwerkelijke inzet, nationaal of internationaal, adviseren de bij de 'task-forces' ingedeelde militair juristen hun commandanten en participeren ook op dat niveau in het cyclische plannings- en besluitvormingsproces.

Dat betekent enerzijds dat we goed opgeleide militaire juristen nodig hebben. Het betekent ook dat we commandanten moeten hebben die zich bewust zijn van het feit dat 'optreden namens een rechtstaat' betekent dat voor het 'eigen optreden' de binnen de rechtstaat gekoesterde beginselen uitgangspunt dienen te zijn. Dat begint uiteraard met de ruimte die een commandant geeft aan de werking van die beginselen in zijn of haar plannings- en besluitvormingsproces. Reden voor mij om op 20 en 21 september een seminar te organiseren dat juist dit onderwerp als hoofdthema heeft.

Zowel militair juristen als commandanten moeten vanuit die gedachte worden opgeleid en gevormd. De fundamenten daarvoor zijn gelegd. Ik ben zeer trots op het feit dat recentelijk binnen de Faculteit Militaire Wetenschappen van de Nederlandse Defensie Academie een sectie militair recht is opgericht onder leiding van professor Gill. Daarmee is de basis gelegd voor kwalitatief hoogstaand onderzoek en onderwijs aan commandanten en militair juristen die allen in de toekomst aan de Nederlandse Defensie Academie worden opgeleid. Dr. Ybema memoreerde het reeds. Ik ben ook zeer verheugd met het mastertraject militair recht verzorgd door de leerstoel militair recht aan de Universiteit van Amsterdam. Naast professor Gill vuren kanonnen als Ger Walgemoed, Paul Ducheine en tal van gastdocenten hun kennis op onder meer de militair jurist af. Ik hoop dat de Rules of Engagement van de leerlingen robuust genoeg zijn.

Ik feliciteer U militair juristen van dit onvolprezen dienstvak met de oprichting ervan.

De Militair Juridische Dienst Krijgsmacht

door

MR. DRS. M. NOOIJEN

Op 10 april jl. vond er op de Prinses Juliana Kazerne een bijzondere ceremonie plaats. In aanwezigheid van actiefdienende militair juristen, representanten van reserveofficieren militair jurist en autoriteiten overhandigde dr. S.B. Ybema als Directeur Juridische Zaken namens de Secretaris-Generaal aan de Brigade-generaal mr. R. in het Veld een Aanwijzing SG aangaande de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht. Deze overhandiging symboliseerde de oprichting van de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht.

Aan de oprichting van deze dienst ging een heel traject van ambtelijke voorbereiding vooraf. Het begon met de opdracht aan de Directeur Juridische Zaken om de consequenties te onderzoeken van het nieuwe besturingsmodel voor het juridisch functiegebied. De

uitwerking van deze opdracht is beschreven in de Blauwdruk Juridisch functiegebied (Blauwdruk), welke op 25 mei 2005 werd goedgekeurd en vastgesteld door de Secretaris-Generaal.

In deze Blauwdruk is onder meer neergelegd dat de Directeur Juridische Zaken als con-cernjurist een functionele verantwoordelijkheid heeft voor het juridisch vakgebied, in het bijzonder ten aanzien van de militair juridische functie. Om deze verantwoordelijkheid te kunnen invullen dient hij in staat te zijn om juridisch-technische kaders te stellen en de juridische kwaliteit binnen de operationele commando's te borgen. Ook is hierbij de nood-zaak onderkend dat de directeur over een hulpstructuur, de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht, dient te beschikken. Door middel van deze structuur kan de Directeur zich richten op taken met betrekking tot kwaliteitsborging, de bevordering van "unité de doc-trine" op militair-juridisch gebied en het ontwikkelen van beleid op het gebied van mili-tair juridische opleidingen.

Om de directeur te ondersteunen in bovengenoemde taken werd er binnen de Directie Juridische Zaken een staf Militair Juridische Dienst Krijgsmacht opgenomen. Het hoofd van deze staf, een opperofficier in de rang van commandeur/brigade-generaal/commodo-re, kreeg onder meer tot taak de vormgeving van de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht uit te werken. Op 12 september 2005 ging het eerste hoofd staf Militair Juridische Dienst Krijgsmacht, de Brigade-generaal mr. Rogé in het Veld, samen met zijn staf voortvarend aan de slag. Hierbij werd nauw samengewerkt met de hoofden juridische zaken van Koninklijke Marine, Koninklijke Landmacht en Koninklijke Luchtmacht. Tijdens dit proces werd regelmatig teruggekoppeld op de opdrachtgever en getoetst of de vormgeving paste binnen de bestaande kaders, waaronder het besturingsmodel.

Gelet op het besturingsmodel en indachtig de informatie-uitwisseling tijdens het besluitvormingsproces met betrekking tot de blauwdruk Juridisch Functiegebied is de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht niet gestructureerd als een zelfstandig dienstonder-deel, maar als een geformaliseerd en gestructureerd dienstvak van militair juristen. Tot dit netwerk behoren alle militair juristen die geplaatst zijn op militair juridische functies of die gelet op hun competenties daarop geplaatst kunnen worden. Met betrekking tot deze militair juristen zijn geen PIOFAH-bevoegdheden en middelen overgeheveld naar de Directeur Juridische Zaken. Echter met het oog op het verzekeren van de eenheid van rechtsopvatting, de kwaliteit van juridische advisering en een optimale informatievoorzie-ning zijn aan de Directeur Juridische Zaken naast de bevoegdheid tot het geven van rich-tinggevende kaders een aantal functietechnische bevoegdheden met betrekking tot perso-neel behorende bij de Militair Juridische Dienst toegekend. Het betreft hier onder meer het adviseren over plaatsingen en uitzendingen van militair juristen en het stellen van kwa-liteits- en opleidingseisen aan militair juristen. Bovenstaande bevoegdheden worden namens de Directeur Juridische Zaken uitgeoefend door de HMJDK, die hiertoe geman-dateerd is door de directeur.

Bij de vormgeving van de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht werd al snel duidelijk dat harmonisatie op het gebied van personeels-, uitzendbeleid en opleidingsbeleid met betrekking tot militair juristen van de diverse krijgsmachtdelen leidde tot meer doelma-tigheid en kwaliteitsverbetering in de militair juridische dienstverlening. In de door HMJDK ontwikkelde bundel 'Richtinggevende kaders Militair Juridische Dienst

Krijgsmacht' is op diverse gebieden het beleid vastgelegd. Ook is hierbij bij de diverse processen aangegeven wat de rol van is van de Hoofden Juridische Zaken van de krijgsmacht, de rol van het Hoofd Militair Juridische Zaken Krijgsmacht en eventuele andere autoriteiten. Beschrijving van alle onderwerpen die in deze bundel staan zou in het kader van dit artikel te veel omvattend zijn. Daarom wordt om een indruk te geven op welke terreinen er beleid is gemaakt volstaan met het op hoofdlijnen weergeven van de belangrijkste onderwerpen die in de bundel zijn beschreven.

In het eerste hoofdstuk is de omgeving, de missie en de visie aangaande Militaire Juridische Dienst Krijgsmacht beschreven. Daarnaast wordt beschreven welke voorwaarden vervuld dienen te zijn om de visie te realiseren, zoals toegang tot juridische ondersteuning, de competenties waarover een militair jurist dient te beschikken, enz. Ten slotte wordt beschreven wie tot de MJDK behoren en in welke documenten de bevoegdheden en verantwoordelijkheden met betrekking tot de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht zijn vastgelegd.

In het tweede hoofdstuk is generieke informatie opgenomen. In de eerste paragraaf wordt de MJDK als hulpstructuur uitgebreid beschreven. Waarbij ook wordt ingegaan als begrippen als 'technical legal chain' en 'gelaagd netwerk van militair juristen'. In de tweede paragraaf wordt een schets gegeven van het generieke loopbaanpatroon van de militair jurist, zoals deze na invoering van het Flexibel Personeels Systeem (FPS) er uit gaat zien. Zoals bekend verdwijnt het onderscheid tussen Beroeps Onbepaalde Tijd en Beroeps Bepaalde Tijd en krijgt eenieder een aanstelling tot in beginsel 35 jaar. Zij die dit knipmoment 'overleven' mogen vervolgens hun loopbaan vervolgen tot aan een einddatum die ergens ligt tussen hun 60^e en 65^e levensjaar. De instroom van militair juristen zal ook in de toekomst grofweg bestaan uit twee categorieën. De eerste categorie betreft personen die reeds voor indiensttreding bij de krijgsmacht hun masterdegree in het recht hebben gehaald. Deze militaire jurist zal zijn carrière starten met een tweejarige opleiding aan de Nederlandse Defensieacademie. Tijdens deze tweejarige opleiding volgt de aspirant-officier de algemene luitenantopleiding, delen van de differentiatie krijgswetenschappen, loopt stage en rondt de specialisatierichting militair recht af aan de Universiteit van Amsterdam. Daarna volgen plaatsingen als militair jurist. De tweede categorie betreft officieren die na hun VWO c.q. HBO-opleiding op de Nederlandse Defensie Academie (NLDA) zijn opgeleid voor niet-juridische functies, zoals functies bij de zeedienst, infanterie of grondoperatiën. Op een later tijdstip tijdens hun loopbaan hebben zij ook een 'masterdegree' gehaald in het recht, waardoor zij ook geschikt zijn om juridische functies te vervullen. Grote verandering voor deze categorie is dat zij de masteropleiding recht grotendeels in eigen tijd zullen moeten doen en nog slechts in beperkte mate zullen worden vrijgesteld om als dagstudent de opleiding af te ronden.

Het generiek loopbaanpatroon wordt in het hoofdstuk 4 (Personeelsbeleid) en in hoofdstuk 5 (opleidingsbeleid) verder uitgediept en beschreven. onderwerpen met betrekking tot Personeelsbeleid zijn instroom-, doorstroom- en uitstroombeleid. Daarnaast wordt ook ingegaan op het uitzendbeleid, Management Developmentbeleid en speciale trajecten zoals benoeming tot universitair (hoofd)docent en lid van de militaire kamer van de Rechtbank Arnhem. Onderwerpen met betrekking tot opleidingsbeleid zijn initiële opleiding, vervolgopleiding, de paarse brevetopleiding Militair Juridische Vorming en de opleidingen die behoren bij de hiervoor genoemde speciale trajecten.

In hoofdstuk 3 wordt verder ingegaan op de kwaliteitsborging, kennismanagement en informatie-uitwisseling.

Uiteraard is met de totstandkoming van de bundel 'Richtinggevende kaders Militair Juridische Dienst Krijgsmacht' het werk niet voltooid. Het komt vooral aan op de uitvoering van het beleid. De uitvoering van dit beleid vindt plaats in goed overleg tussen het Hoofd van de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht, de hoofden van de Juridische Zaken van de Krijgsmachtdelen en CDC en andere entiteiten zoals de sectie militair recht binnen de faculteit Militaire Wetenschappen van de Nederlandse Defensie Academie(NLDA). Deze samenwerking heeft al diverse concrete producten opgeleverd. Zo is er een telefoongids uitgegeven waarin alle militair juristen van alle krijgsmachtdelen zijn opgenomen, is er een uitzendplan 2006-2007 gemaakt en zijn er vergevorderde plannen met betrekking tot een krijgsmachtbrede brevetopleiding Militair Juridische Vorming inclusief insigne. Verder zijn er met de sectie militair recht van de NLDA afspraken gemaakt over de ontwikkeling van handboeken afgestemd op de verschillende onderwijsniveau's binnen de NLDA en daarbuiten. Bij dit laatste kan worden gedacht aan boekwerken voor militair juristen en operationele commandanten of het actueel houden van het hoofdstuk Militair Recht van het Handboek Militair.

Naast facetten die continue aandacht vergen, zoals het adequaat gevuld houden van de organisatie met goed opgeleide militair juristen, zal er de komende jaren nog de nodige energie gestoken moeten worden in facetten, zoals kwaliteitsborging, informatie-uitwisseling en kennismanagement. Kortom allerlei activiteiten die een bijdrage leveren aan de missie van de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht, te weten:

Commandanten/diensthooften en hun medewerkers zodanig te adviseren en te assisteren en juridisch bewust te maken dat zij in staat zijn op juridische verantwoorde wijze hun taak uit te voeren, beslissingen te nemen, bevoegdheden en middelen aan te wenden en feitelijke handelingen te verrichten.

STRAFRECHTSPRAAK

Rechtbank Arnhem

Sector strafrecht

Militaire Kamer

Vonnissen van 9 mei 2005

Voorzitter: mr. L.G.J.M. van Ekert; *lid:* mr. E.G. Smedema; *militair lid:* kapitein ter zee van administratie mr. P.J. Schreuder.

De bevoegdheid bij feiten begaan door militairen met niet-militairen

Indien een militair verdacht wordt van samen met een of meer niet-militairen een strafbaar feit te hebben begaan is de commune strafrechter 'bij voorkeur' bevoegd.

Er is echter een aantal gevallen waarin de rechter in militaire strafzaken uitsluitend bevoegd blijft over de militair te oordelen.

(art. 4 WMSR)

VERKORT VONNIS

In de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen [verdachte], geboren op [datum] te [plaats], wonende [adres] te [plaats].

Raadsman: mr. P. Reitsma, advocaat te Harderwijk.

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd dat.

1. hij op een of meer tijdstippen gelegen in of omstreeks de periode van 22 december 2003 tot en met 1 juli 2004, althans in of omstreeks het jaar 2004 te Rotterdam en/of te Zoetermeer, althans in Nederland, tezamen en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen, meermalen, althans eenmaal, (telkens) opzettelijk aan A. en/of B. en/of C. en/of D. en/of een of meer andere personen, heeft verkocht en/of afgeleverd en/of verstrekt en/of vervoerd, in elk geval (telkens) opzettelijk aanwezig heeft gehad een hoeveelheid XTC-pillen, zijnde een materiaal bevattende MDM-A en/of MDE en/of MDA en/of een hoeveelheid SPEED, zijnde een materiaal bevattende amfetamine, en/of een hoeveelheid LSD, zijnde een materiaal bevattende psilocybine, zijnde MDMA en/of MDE en/of MDA en/of amfetamine en/of psilocybine (telkens) een middel als bedoeld in de bij de Opiumwet behorende lijst I, dan wel aangewezen krachtens het vijfde lid van artikel 3a van die wet;

2. hij op of omstreeks 02 juli 2004 te Rotterdam tezamen en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen, opzettelijk aanwezig heeft gehad ongeveer 26,5 gram SPEED, in elk geval een hoeveelheid van een materiaal bevattende amfetamine en/of ongeveer 17, althans een hoeveelheid xtc-pillen, bevattende MDA, MDMA en/of MDE, zijnde amfetamine en/of MDMA en/of MDA en/of MDE (telkens) een middel als bedoeld in de bij de Opiumwet behorende lijst I, dan wel aangewezen krachtens het vijfde lid van artikel 3a van die wet;

2a. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is op 25 april 2005 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr. P. Reitsma, advocaat te Harderwijk.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het onder 1 en 2 tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van twaalf (12) maanden, waarvan vier (4) maanden voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren met aftrek van de tijd in verzekering doorgebracht.

Verdachte en zijn raadsman hebben het woord ter verdediging gevoerd.

2b. De bevoegdheid van de militaire kamer

De raadsman van verdachte heeft aangevoerd dat de militaire kamer onbevoegd is om kennis te nemen van onderhavige zaak. Volgens de raadsman van verdachte stellen de artikelen 2, 3 en 4 van de Wet van militaire strafrechtspraak dat, indien er sprake is van zowel militaire- als niet-militaire verdachten bij eenzelfde feitencomplex, de zaak behandeld dient te worden door de rechter die kennis neemt van de zaken tegen de niet-militaire medeverdachten. De exclusieve bevoegdheid van de militaire kamer zou derhalve komen te vervallen.

De militaire kamer verwerpt dit verweer. In artikel 4 van de Wet militaire strafrechtspraak is zakelijk samengevat - bepaald dat, indien verschillende personen, waaronder een of meer militairen, in deelneming een strafbaar feit plegen, de vervolging "bij voorkeur" (zie lid 2 van dit artikel) zal geschieden voor de commune strafrechter die tot kennisneming van de door de deelnemer begane feiten bevoegd is. Uit deze algemene regel vloeit dus niet zonder meer voort dat de militaire kamer onbevoegd is tot kennisneming van de onderhavige strafzaak. De algemene regel lijdt bovendien uitzondering als tegen de (niet-militaire) deelnemer geen vervolging wordt ingesteld of van verdere vervolging wordt afgezien (zie lid 2 aanhef en onder b van artikel 4). Uit het dossier en het onderzoek ter terechtzitting is niet gebleken van enige daad van vervolging tegen de (niet-militaire) deelnemers). Van een inbreuk op het uitgangspunt dat deelnemers aan hetzelfde feit voor dezelfde rechter worden berecht is geen sprake. De militaire kamer acht zich derhalve bevoegd kennis te nemen van onderhavige zaak.

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 op tijdstippen gelegen in de periode van 22 december 2003 tot en met 1 juli 2004, te Rotterdam en/of te Zoetermeer, althans in Nederland, tezamen en in vereniging met een ander of anderen, meermalen, telkens opzettelijk aan A. en/of B. en/of D. en/of een of meer andere personen, heeft verkocht en/of afgeleverd en/of verstrekt en/of vervoerd, een hoeveelheid XTC-pillen, zijnde een materiaal bevattende MDMA en/of MDE en/of MDA en/of een hoeveelheid SPEED, zijnde een materiaal bevattende amfetamine, zijnde MDMA en MDE en MDA en amfetamine telkens een middel als bedoeld in de bij de Opiumwet behorende lijst I;

2. hij op 02 juli 2004 te Rotterdam tezamen en in vereniging met anderen opzettelijk aanwezig heeft gehad ongeveer 26,5 gram SPEED, bevattende amfetamine en ongeveer 17 xtc-pillen, bevattende MDA, MDMA en/of MDE, zijnde amfetamine en MDMA en MDA en MDE telkens een middel als bedoeld in de bij de Opiumwet behorende lijst I.

Hetgeen verdachte onder 1 en 2 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 fei-

ten 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.

4a. De kwalificatie van het bewezenverklaarde

Het bewezenverklaarde levert op:

ten aanzien van het onder 1 tenlastegelegde:

"medeplegen van opzettelijk handelen in strijd met een in artikel 2, aanhef en onder B, van de Opiumwet gegeven verbod",

MEERMALEN GEPLEEGD,

ten aanzien van het onder 2 tenlastegelegde:

"medeplegen van opzettelijk handelen in strijd met een in artikel 2, aanhef en onder C, van de Opiumwet gegeven verbod",

MEERMALEN GEPLEEGD.

De feiten zijn strafbaar.

5. De strafbaarheid van verdachte

Er is geen omstandigheid of feit aannemelijk geworden waar oor 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 1 april 2005;

. een voorlichtingsrapportage van de (stichting) Reclassering Nederland, gedateerd 19 augustus 2004, betreffende verdachte.

De militaire kamer overweegt in het bijzonder het navolgende.

Verdachte heeft zich gedurende een aanzienlijke periode schuldig gemaakt aan de handel in harddrugs en voorts aan het voorhanden hebben van deze middelen. De door verdachte gepleegde feiten zijn ernstig. Het is een feit van algemene bekendheid dat harddrugs maatschappelijk gezien veel schade veroorzaken. De gezondheidsbelangen van anderen worden immers op het spel gezet. De mensen die afhankelijk zijn van deze drugs veroorzaken veel overlast om deze drugs te kunnen bekostigen. Verdachte heeft door zijn handelen direct hieraan meegewerkt.

De door verdachte aangevoerde traumatische ervaringen opgedaan tijdens zijn uitzending naar Irak, worden door de rechtbank niet aangemerkt als strafverminderende omstandigheden. Deze ervaringen staan namelijk in een dusdanig ver verwijderd verband tot de tenlastegelegde feiten dat deze feiten niet mede uit deze omstandigheden kunnen worden verklaard. Bovendien mocht van verdachte, als een door Defensie op het gebied van drugs voorgelichte militair, worden verwacht dat hij de strafbaarheid van zijn handelen in zou zien. Het verweer van verdachte dat hij vanuit sociale motieven het drugsgebruik van zijn

vrienden faciliteerde wordt door de militaire kamer eveneens verworpen.

De militaire kamer heeft voorts rekening gehouden met het feit dat het gaat om relatief kleinschalige drugshandel en het feit dat verdachte niet eerder in aanraking is geweest met justitie.

Gezien deze omstandigheden en het feit dat verdachte inmiddels een nieuwe baan met toekomstperspectieven heeft, acht de militaire kamer, anders dan de officier van justitie, een onvoorwaardelijke gevangenisstraf thans niet geïndiceerd. Zij zal daarom een geheel voorwaardelijke gevangenisstraf opleggen in combinatie met een werkstraf, beiden van na te noemen duur.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is gegrond op de artikelen 10, 14a, 14b, 14c, 22c, 22d, 27, 47, 57 en 91 van het Wetboek van Strafrecht en de artikelen 2, 10 en 13 van de Opiumwet.

8. De beslissing

[Volgt veroordeling tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van drie maanden met een proeftijd van twee jaren en een werkstraf van 180 uren subsidiair 90 dagen hechtenis verminderd met 12 uren wegens 6 dagen ondergane hechtenis].

NASCHRIFT

In deze zaak wordt de bevoegdheid van de rechter in militaire strafzaken door de raadsman aan de orde gesteld nu er (kennelijk) ook andere personen bij betrokken waren die niet onder de rechtsmacht van de rechter in militaire strafzaken vielen. Die anderen zullen verder in dit naschrift worden aangeduid met niet-militairen.

De relatieve bevoegdheid is voor een dergelijk geval geregeld in art. 4 WMSR.

In art. 4, tweede lid, WMSR wordt gesproken over het 'bij voorkeur' aanbrengen van een zaak waarbij een militair samen met een niet-militair het feit heeft begaan bij de rechter die met betrekking tot die niet-militair bevoegd is (de commune strafrechter).

Dat tweede lid ontleemt door het gebruik van de uitdrukking 'bij voorkeur' de rechter in militaire strafzaken dus niet zijn bevoegdheid. De keuze om de zaak bij elkaar te houden en in zijn geheel (militair en niet-militair) bij de commune strafrechter aan te brengen of de militair voor de rechter in militaire strafzaken en de niet-militair voor de commune strafrechter te dagvaarden, ligt in handen van de officier van justitie, aangezien hij de enige is die een dagvaarding kan doen uitgaan. Kiest de officier van justitie voor het splitsen van de zaak en brengt hij alleen de militair voor de rechter in militaire strafzaken dan kan deze rechter niets anders doen dan de zaak behandelen, want hij is bevoegd en de wet kent niet de mogelijkheid om de zaak alsnog te verwijzen naar de commune strafrechter:

Art. 4, tweede lid, WMSR noemt ook een aantal gevallen waarin de commune strafrechter niet bevoegd wordt over de militair te oordelen en waarbij ondanks het feit dat een militair samen met een niet-militair een strafbaar feit zou hebben begaan, met betrekking tot de militair slechts de rechter in militaire strafzaken bevoegd is. Dat is het geval als het een strafbaar feit betreft uit het Wetboek van Militair Strafrecht, of als er ten aanzien van de niet-militair geen vervolging wordt ingesteld of van verdere vervolging wordt afgezien, of als de niet-militair door de kinderrechter wordt berecht.

Art. 6 Sv wordt in art. 4, tweede lid, onder a, WMSR niet van toepassing verklaard als het een feit betreft uit het Wetboek van Militair Strafrecht omdat als dat niet zou gebeuren dat tot gevolg zou hebben dat de rechter in militaire strafzaken ook bevoegd zou worden over de niet-militair te oordelen.

Een feit begaan door een militair samen met een onbekend gebleven persoon zal niet de commune strafrechter (ook)bevoegd maken, ook niet als vaststaat dat die onbekende een niet-militair was, nu ten aanzien van die onbekende persoon geen vervolging kan worden ingesteld (het geval bedoeld in art. 4, tweede lid, onder b, WMSR).

J.R.G.J.

Rechtbank Arnhem
Sector strafrecht
Militaire Kamer
Vonnis van 6 juni 2005

Voorzitter: mr. P. Verkade, lid: mr. E.G. Smedema, militair lid: kolonel mr. J.B.J. Driessen

Openlijk geweld

Openlijke geweldpleging. Van schoppen tegen het lichaam maar niet tegen het gezicht/hoofd kan niet worden gezegd dat dit maatschappelijk gezien gericht is op het doden van het slachtoffer.

(art. 141,302 Sr)

VERKORT VONNIS

in de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen [verdachte], geboren op [datum te [plaats] wonende [adres] te [plaats].

Raadslieden: mr. R.P.L.G.M. Verbunt en mr. E.W. van den Heuvel, beiden advocaat te Utrecht.

I. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd dat:

1. hij op of omstreeks 16 juni 2004 te Den Helder, ter uitvoering van het voornemen en het misdrijf om opzettelijk X. van het leven te beroven, opzettelijk die X. met kracht en/of met geschoeide voet, terwijl die X. op de grond lag/zat, althans aan het vallen was, tegen diens hoofd, althans lichaam heeft geschopt, 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 16 juni 2004 te Den Helder, ter uitvoering van het voornemen en het misdrijf om aan X. opzettelijk zwaar lichamelijk letsel toe te brengen, opzettelijk die X. met kracht en/of met geschoeide voet, terwijl die X. op de grond lag/zat, althans aan het vallen was, tegen diens hoofd, althans lichaam heeft geschopt, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

2. hij op of omstreeks 16 juni 2004 te Den Helder met een ander of anderen, op of aan de openbare weg, de Koningstraat, in elk geval op of aan een openbare weg, openlijk in vereniging geweld heeft gepleegd tegen X. en/of Y. en/of Z. en/of een of meer andere personen, welk geweld bestond uit het (met kracht) schoppen en/of slaan en/of duwen en/of trekken van genoemde personen;

2. *Het onderzoek ter terechtzitting*

De zaak is op 23 mei 2005 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr. R.P.L.G.M. Verbunt en mr. E.W. van den Heuvel, beiden advocaat te Utrecht.

Als benadeelde partij heeft zich schriftelijk in het geding gevoegd:

- X.,wonende [adres] te [plaats].

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 twaalf (12) maanden, waarvan drie (3) maanden voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren met aftrek van de tijd in verzekering doorgebracht.

De officier van justitie heeft voorts verzocht dat de vordering van de benadeelde partij X. wonende [adres] te [plaats], tot een bedrag van € 2.110.72 hoofdelijk wordt toegewezen en heeft gevorderd 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 42 dagen hechtenis. Voor het overige heeft de officier van justitie verzocht dat de benadeelde partij niet-ontvankelijk zal worden verklaard in de vordering.

Verdachte en zijn raadslieden 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 ten aanzien van het onder 1 primair tenlastegelegde niet onomstotelijk bewezen dat het slachtoffer door de trap van verdachte aan het hoofd is geraakt. Wel acht de militaire kamer bewezen dat verdachte tegen het lichaam van X. heeft geschopt. Uit de bewijsmiddelen kan naar het oordeel van de militaire kamer niet worden geconcludeerd dat verdachte de intentie had het slachtoffer opzettelijk van het leven te beroven. Van de intentie van het bewezen gedrag - de schop tegen het lichaam, maar niet tegen het gezicht - kan niet worden aangenomen dat dit maatschappelijk gezien, gericht is op het doden van het slachtoffer. Derhalve is er naar het oordeel van de militaire kamer ten aanzien van het onder 1 primair tenlastegelegde ook geen sprake van voorwaardelijk opzet. De militaire kamer acht derhalve niet wettig en overtuigend bewezen hetgeen verdachte onder 1 primair is tenlastegelegd en zal verdachte daarvan vrijspreken.

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

1. hij op 16 juni 2004 te Den Helder, ter uitvoering van het voornemen en het misdrijf om aan X. opzettelijk zwaar lichamelijk letsel toe te brengen, opzettelijk die X. met kracht en met geschoeide voet, terwijl die X. op de grond lag tegen diens lichaam heeft geschopt, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

2. hij op 16 juni 2004 te Den Helder met anderen, op de openbare weg, de Koningstraat, openlijk in vereniging geweld heeft gepleegd tegen X. en Y. en Z. welk geweld bestond uit het (met kracht) schoppen en/of slaan en/of duwen van genoemde personen;

Hetgeen verdachte onder 1 subsidiair en 2 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 kwalificatie van het bewezenverklaarde

Het bewezenverklaarde levert op:

ten aanzien van het onder 1 subsidiair tenlastegelegde:

"poging tot zware mishandeling"

ten aanzien van het onder 2 tenlastegelegde:

"openlijk in vereniging geweld plegen tegen personen".

De feiten zijn strafbaar.

5. De strafbaarheid van verdachte

De verdediging van verdachte heeft aangevoerd dat verdachte heeft gehandeld in een noodweer- dan wel noodweerexces-situatie. Deze verweren worden door de militaire kamer verworpen. Op basis van het dossier is vast komen te staan dat verdachte aanvankelijk zelf het slachtoffer is geworden van mishandeling door meerdere personen. Uit het dossier en met name uit de hierin opgenomen videobeelden, is de militaire kamer evenwel ook gebleken dat er een zeker tijdsverloop is geweest tussen deze tegen verdachte gerichte wederrechtelijke aanranding en het door verdachte zelf toegepaste geweld. Verdachte verkeerde op het moment van zijn handelen niet meer in een situatie waarin geweld ter afwending van een onmiddellijk tegen hem gerichte wederrechtelijke aanranding geboden was. Verdachte had zich kunnen onttrekken aan de vechtpartij, maar in plaats daarvan heeft hij de bedreigende situatie weer opgezocht. Van een noodweersituatie kan derhalve geen sprake zijn. Evenmin was er alstoen nog sprake van een hevige gemoedsbeweging die verdachte tot zijn handelen bracht.

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 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 documentatieregisterbetreffende verdachte, gedateerd 10 mei 2005.

De militaire kamer overweegt in het bijzonder het navolgende.

Verdachte heeft zich schuldig gemaakt aan een poging tot zware mishandeling. Daarnaast heeft verdachte zich samen met anderen schuldig gemaakt aan openlijke geweldpleging, door deel te nemen aan een vechtpartij op straat. Dit zijn ernstige feiten. Door de poging tot zware mishandeling is het slachtoffer gewond geraakt. De militaire kamer acht het handelen van verdachte- gezien verdachtes militaire opleiding en toenmalige functie binnen het Korps Mariniers - extra kwalijk. Verdachte heeft door zijn handelen de integriteit van de krijgsmacht schade berokkend.

De militaire kamer heeft echter meegewogen dat de uiteindelijke gevolgen voor het slachtoffer relatief meegevallen zijn. Voorts heeft de militaire kamer bij haar oordeel rekening gehouden met het gegeven dat de feiten hebben plaatsgevonden in de context van een

- inmiddels een jaar geleden voorgevallen - vechtpartij, waarbij verdachte eerst zelf mishandeld is. Verdachte is voorts niet eerder met justitie in aanraking geweest en heeft (mede) door zijn handelen zijn baan binnen Defensie niet voort kunnen zetten. Dit alles maakt het op zichzelf buitensporig gewelddadig handelen van verdachte echter niet minder ernstig.

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 voorwaardelijke gevangenisstraf in combinatie met een forse werkstraf. Deze straf is lager dan geëist door de officier van justitie, nu de militaire kamer het onder 1 primair tenlastegelegde niet bewezen heeft verklaard.

6a. De beoordeling van de civiele vordering, 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 militaire kamer zal de civiele vordering van X., wonende [adres] te [plaats], tot een bedrag van E 2.360,72 aan materiële en immateriële schade hoofdelijk toewijzen, waarbij de omvang van de schade door de militaire kamer op basis van de overgelegde stukken naar redelijkheid en billijkheid op dat bedrag is begroot/vastgesteld.

De militaire kamer zal de benadeelde partij niet-ontvankelijk verklaren in het overige deel van de vordering ter zake vergoeding van materiële schade omdat dit deel van de vordering onvoldoende met stukken is onderbouwd en daarmee niet van zo eenvoudige aard is dat het zich leent voor behandeling in het strafgeding.

De verdachte is niet meer tot vergoeding gehouden indien en voorzover het gevorderde door zijn mededaders is of wordt voldaan.

Voor de toewijsbare delen van de vorderingen 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 partij.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is gegrond op de artikelen 10, 14a, 14b, 14c, 22c, 22d, 27, 36f, 45, 57, 141 en 302 van het Wetboek van Strafrecht.

8. De beslissing

[Volgt vrijspraak van het feit onder 1 primair en veroordeling t.a.v. de feiten onder 1 subsidiair en 2 tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van 4 maanden met een proeftijd van 2 jaren en een werkstraf van 240 uren subsidiair 120 dagen hechtenis.

Toewijzing van de vordering van de benadeelde partij tot een bedrag van E 2.360,72 en oplegging van de schadevergoedingsmaatregel voor dit zelfde bedrag subsidiair 47 dagen hechtenis].

Hoge Raad der Nederlanden

Strafkamer

Arrest van 28 januari 2003

Voorzitter: mr. W.J.M. Davids, raadsheren: mrs. A.M.J. van Buchem-Spapens, J.P. Balkema. B.C. de Savornin Lohman en E.J. Numann.

Hoe blauw is groen?

Een drietal uitspraken waarin de vraag aan de orde is wanneer de Koninklijke marechaussee tot opsporing bevoegd is; onderscheid tussen 'militaire feiten', taakgerelateerde feiten en toevallig geconstateerde feiten. Complicatie bij onderzoek van uitgeademde lucht.

(Sv artt. 141, 152; WWV 1994, art. 8 lid 2, aanhef en onder a, 58, aanhef en onder a, 163 lid 1 en 2; Besluit alcoholonderzoeken art. 7; WAHV art. 3 lid 1; BABW 1994 art. 2 lid 1, aanhef en onder c; Politiewet 1993 art. 6 lid 1, aanhef en onder b-f, en 4; Aanwijzingsbeschikking opsporingsambtenaren koninklijke marechaussee art. 1)

ARREST

op het beroep in cassatie tegen een bij verstek gewezen arrest van het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch van 2 mei 2000, nummer 20/000309-99, in de strafzaak tegen: [...], geboren te [...] op [...] 1959, wonende te [...].

1. De bestreden uitspraak

Het Hof heeft in hoger beroep – met vernietiging van een vonnis van de Politierechter in de Arrondissementsrechtbank te Maastricht van 30 maart 1998 – de verdachte vrijgesproken van het hem bij inleidende dagvaarding primair tenlastegelegde en hem voorts ter zake van "overtreding van artikel 8, eerste lid, van de Wegenverkeerswet 1994" veroordeeld tot een geldboete van f 1750,-, subsidiair dertig dagen hechtenis. Voorts heeft het Hof de vordering tot tenuitvoerlegging van een voorwaardelijke opgelegde straf afgewezen.

2. Geding in cassatie

Het beroep is ingesteld door de plaatsvervangend Hoofdadvocaat-Generaal bij het Hof. Deze heeft bij schriftuur een middel van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Advocaat-Generaal Machielse heeft geconcludeerd dat de Hoge Raad het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk zal verklaren in zijn cassatieberoep.

3. Beoordeling van de ontvankelijkheid van het cassatieberoep

3.1. Nu het beroep is gericht tegen een vrijspraak moet de Hoge Raad, gezien het eerste lid van art. 430 (oud) Sv, allereerst beoordelen of de plaatsvervangend Hoofdadvocaat-Generaal bij het Hof in dat beroep kan worden ontvangen. Daartoe dient te worden onderzocht of de gegeven vrijspraak een andere is dan die bedoeld in deze wetsbepaling. Dit brengt mee dat voor het onderhavige geval eerst de vraag moet worden beantwoord of het Hof, door te overwegen en te beslissen als in dit arrest is weergegeven, de grondslag van de tenlastelegging heeft verlaten en van iets anders heeft vrijgesproken dan was tenlastegelegd.

3.2. Bij inleidende dagvaarding is aan de verdachte primair tenlastegelegd dat hij:

"op of omstreeks 22 augustus 1997 in de gemeente Kerkrade als bestuurder van een voertuig, (personenauto) dit voertuig heeft bestuurd, na zodanig gebruik van alcoholhoudende drank, dat het alcoholgehalte van zijn adem bij een onderzoek als bedoeld in artikel 8, tweede lid, aanhef en onder a, van de Wegenverkeerswet 1994, 860 microgram, in elk geval hoger dan 220 microgram, alcohol per liter uitgeademde lucht bleek te zijn."

3.3.1. Het Hof heeft de verdachte van het primair tenlastegelegde vrijgesproken. De bestreden uitspraak houdt dienaangaande onder het hoofd "De bijzondere overwegingen omtrent het bewijs" het volgende in:

"Met betrekking tot de vrijspraak van hetgeen aan verdachte primair is telastegelegd overweegt het hof het volgende.

Op 22 augustus 1997, omstreeks 00.50 uur bevonden – blijkens het betreffende proces-verbaal van de Koninklijke marechaussee, nummer P 39041'97 – de wachtmeesters van de Koninklijke marechaussee S. en R., die belast waren met de taak genoemd in artikel 6, lid 1, onder b en lid 4 van de Politiewet 1993 zich op de Holskuilenstraat te Kerkrade. Beide verbalisanten zagen de bestuurder van een auto de Holskuilenstraat inrijden, terwijl de uitlaat een hard knetterend geluid produceerde. De bestuurder parkeerde zijn voertuig op het trottoir van de Holskuilenstraat. De verbalisanten stelden vervolgens een onderzoek in naar de staat van de uitlaat, waarbij de verdenking ontstond van een gedraging in strijd met artikel 8 van de Wegenverkeerswet 1994.

Op 22 augustus 1997 is de verdachte met de verbalisanten meegegaan naar de brigade van de Koninklijke marechaussee te Heerlen, waar men om 01.15 uur arriveerde. Op 22 augustus 1997 heeft de derde verbalisant, de wachtmeester der eerste klasse van de Koninklijke marechaussee M., verdachte bevolen mee te werken aan een onderzoek als bedoeld in artikel 8, tweede lid, onder a, van de Wegenverkeerswet 1994. Blijkens het aanvullend ambtsedig proces-verbaal, nr. P 16361'97, op 24 maart 1999 opgemaakt door R. voornoemd, was de derde verbalisant M. ten tijde van het afnemen van de hiervoor bedoelde blaasproef als wachtcommandant belast met het vervullen van politiedienst.

Ingevolge artikel 159, aanhef en sub a, van de Wegenverkeerswet 1994 zijn met de opsporing van de feiten, strafbaar gesteld bij of krachtens de Wegenverkeerswet 1994, belast (voor zover hier van belang) de in artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering bedoelde personen. Tot die personen behoren de bij laatst genoemd artikel sub c bedoelde officieren en onderofficieren van de Koninklijke marechaussee, mits zulks door de Minister van Justitie in overeenstemming met de Minister van Defensie is bepaald. In artikel 1 van de Aanwijzingsbeschikking opsporingsambtenaren Koninklijke marechaussee is bepaald, dat (voor zover hier van belang) de officieren en onderofficieren van de Koninklijke marechaussee met de opsporing van strafbare feiten zijn belast in alle gevallen waarin zij werkzaam zijn in de uitoefening van de taken die hun zijn opgedragen bij artikel 6 van de Politiewet 1993. In zoverre kwam aan de hierboven genoemde onderofficieren S., R. en M., die allen de rang van wachtmeester van de Koninklijke marechaussee hebben, in beginsel algemene opsporingsbevoegdheid toe. Ingevolge artikel 6, vierde lid, van de Politiewet 1993 wordt deze opsporingsbevoegdheid van een militair van de Koninklijke marechaussee echter beperkt tot die gevallen waarin hij bij de uitoefening van zijn politietaken stuit op strafbare feiten. In de onderhavige zaak is de verdachte, niet zijnde een militair, nadat hij op straat door daartoe bevoegde opsporingsambtenaren van de Koninklijke marechaussee was aangehouden, overgebracht naar de brigade van de Koninklijke marechaussee te Heerlen. Aldaar is hem door de daar aanwezige, doch niet bij de aanhouding betrokken, wachtmeester eerste klasse der Koninklijke marechaussee M., bevolen zijn medewerking te verlenen aan de ademanalyse.

Het hof is van oordeel dat – niettegenstaande het feit dat genoemde M. in beginsel bevoegd was op te treden als opsporingsambtenaar jegens verdachte – in casu op grond van de beperkende werking van genoemd artikel 6, vierde lid, van de Politiewet 1993, niet is voldaan aan de in genoemde wettelijke regelingen genoemde bevoegdheidsvoorwaarden, nu immers M. bij de uitoefening van zijn politietaak niet is gestuit op een strafbaar feit, zodat deze ambtenaar niet is aan te merken als bevoegde opsporingsambtenaar in de zin van artikel 159, aanhef en sub a, van de Wegenverkeerswet 1994 en daarmee evenmin is aan te duiden als een opsporingsambtenaar in de zin van artikel 163, tweede lid, van de Wegenverkeerswet 1994.

Het hof neemt daarbij nog in aanmerking dat de strekking van de genoemde regelingen is, dat aan de Koninklijke marechaussee de uitvoering van politietaken is opgedragen ten behoeve van de Nederlandse en andere strijdkrachten, op welke hoofdtaak in de regelingen slechts nauw omschreven uitzonderingen worden gemaakt.

Het hof is op grond van het vorenstaande van oordeel dat de verdachte, nadat hij door twee wachtmeesters van de Koninklijke marechaussee was aangehouden en nadat was gebleken dat de verdachte geen militair was, aan de reguliere politie te Heerlen bad moeten worden overgedragen en dat hem door een daartoe bevoegde opsporingsambtenaar van de reguliere politie het bevel tot medewerking aan een onderzoek van uitgedemde lucht had moeten worden gegeven.

Nu M. geen opsporingsambtenaar was in de zin van artikel 163, tweede lid, van de Wegenverkeerswet 1994, heeft de ademanalyse op onrechtmatige wijze plaatsgevonden en dient verdachte derhalve van het primair telastegelegde te worden vrijgesproken."

3.3.2. In 's Hof's overwegingen ligt besloten dat de verdachte is vrijgesproken van het hem tenlastegelegde omdat niet bewezen is geacht dat sprake is geweest van een onderzoek als bedoeld in art. 8, tweede lid aanhef en onder a, van de Wegenverkeerswet 1994.

3.4. Voor de beoordeling van het cassatieberoep zijn onder meer de volgende bepalingen van belang.

(i) **Art. 163, eerste lid, WVV 1994** luidt:

"Bij verdenking dat de bestuurder van een voertuig heeft gehandeld in strijd met artikel 8, kan de opsporingsambtenaar hem bevelen zijn medewerking te verlenen aan een onderzoek als bedoeld in artikel 8, tweede lid, onderdeel a."

(ii) **Art. 159 WVV 1994** luidt:

"Met de opsporing van de feiten, strafbaar gesteld bij of krachtens deze wet, zijn belast: a. de in de artikelen 141 en 142 van het Wetboek van Strafvordering bedoelde personen; [...]"

(iii) **Art. 141 Sv, voorzover hier van belang, luidt:**

"Met de opsporing van strafbare feiten zijn belast: [...]"

c. voor de door Onze Minister van Justitie in overeenstemming met Onze Minister van Defensie te bepalen gevallen: de officieren en onderofficieren van de Koninklijke marechaussee en de door Onze voornoemde Ministers aangewezen andere militairen van dat wapen."

(iv) **Art. 1 van de Aanwijzingsbeschikking opsporingsambtenaren Koninklijke marechaussee, een regeling van de Ministers van Justitie en van Defensie van 29 maart 1994 (Stcrt. 1994, 70), luidt:**

"De officieren, de onderofficieren en de in artikel 2 genoemde andere militairen der Koninklijke marechaussee zijn met de opsporing van strafbare feiten belast in alle gevallen waarin zij werkzaam zijn in de uitoefening van de taken welke hun zijn opgedragen bij

artikel 6 Politiewet 1993 of andere wetten."

(v) Art. 6 van de Politiewet 1993 luidt:

"1. Aan de Koninklijke marechaussee zijn, onverminderd het bepaalde bij of krachtens andere wetten, de volgende politietaken opgedragen:

[...]

b. de uitvoering van de politietaak ten behoeve van Nederlandse en andere strijdkrachten, alsmede internationale militaire hoofdkwartieren, en ten aanzien van tot die strijdkrachten en hoofdkwartieren behorende personen;

[...]

4. De militair van de Koninklijke marechaussee die krachtens artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering opsporingsbevoegdheid heeft, is, indien hij bij de uitoefening van zijn politietaken stuit op strafbare feiten, bevoegd tot optreden."

3.5. Op grond van art. 1 van de Aanwijzingsbeschikking opsporingsambtenaren Koninklijke marechaussee (Stcrt. 1994, 70) is aan de daar genoemde militairen opsporingsbevoegdheid toegekend voor de gevallen waarin zij de limitatief in het eerste lid van art. 6 Politiewet 1993 opgesomde taken uitoefenen.

3.6. In de onderhavige zaak gaat het om het delict, strafbaar gesteld bij art. 8, tweede lid onder a, WVV 1994, tot welk delict als bestanddeel behoort dat de hoeveelheid alcohol per liter uitgeademde lucht wordt vastgesteld bij een onderzoek als in die wettelijke bepaling bedoeld en nader geregeld bij het Besluit alcoholonderzoeken en de Regeling ademanalyse. Hieruit volgt dat het verrichten van dit onderzoek zozeer is verweven met en voortbouwt op de ontdekking van het strafbare feit, dat aangenomen moet worden dat in het geval bij een tot opsporing bevoegde militair van de Koninklijke marechaussee bij de uitoefening van politietaken de verdenking ontstaat dat een niet-militair zich schuldig maakt aan het misdrijf van art. 8, tweede lid onder a, WVV 1994, het tot de bevoegdheid van die militair behoort om te bewerkstelligen dat bij deze verdachte een ademanalyse-onderzoek plaatsvindt.

3.7. Volgens art. 7 van het Besluit alcoholonderzoeken wordt het ademanalyse-apparaat bediend "door een opsporingsambtenaar als bedoeld in art. 141 van het Wetboek van Strafvordering, die daartoe door de betrokken corpschef, bedoeld in art. 24, onderscheidenlijk 38 van de Politiewet 1993, of de betrokken brigadecommandant van de Koninklijke marechaussee is aangewezen".

Dit brengt mee dat de militair van de Koninklijke marechaussee als bedoeld in art. 6, vierde lid, Politiewet 1993 niet zonder meer bevoegd is om het ademanalyse-apparaat te bedienen. In samenhang met het hiervoor onder 3.6 overwogene en in het licht van een doelmatige opsporing moet het er daarom voor worden gehouden dat deze militair bevoegd is om een ademanalyse te doen uitvoeren door de opsporingsambtenaar die daartoe overeenkomstig art. 7 Besluit alcoholonderzoeken door de brigadecommandant van de Koninklijke marechaussee is aangewezen en dat ook deze daartoe aangewezen opsporingsambtenaar op het strafbare feit is gestuit als bedoeld in art. 6, vierde lid, Politiewet 1993.

3.8. Uit het vorenoverwogene volgt dat het Hof in zijn hiervoor onder 3.3.1 weergegeven overwegingen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent art. 6, vierde lid, Politiewet 1993 en aldus de verdachte heeft vrijgesproken van iets anders dan is tenlastegelegd.

Dit brengt mee dat de plaatsvervangend Hoofdadvocaat-Generaal in het beroep kan worden ontvangen.

[Volgt: Vernietiging met verwijzing naar het Gerechtshof te Arnhem. – *Red.*]

CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL MACHIELSE

1. Het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch heeft verdachte op 2 mei 2000 vrijgesproken van het primair tenlastegelegde misdrijf van art. 8 lid 2 onder a WVV 1994 en voor het subsidiair tenlastegelegde misdrijf van art. 8 lid 1 WVV 1994 veroordeeld tot een geldboete van f 1750,-. Tevens heeft het hof de vordering tot tenuitvoerlegging van een eerder voorwaardelijk opgelegde straf afgewezen.

2. De plaatsvervangend hoofdadvocaat-generaal bij het Gerechtshof heeft cassatie ingesteld en een schriftuur aan de Hoge Raad doen toekomen, houdende één middel van cassatie. Het middel keert zich tegen de vrijspraak van het primair tenlastegelegde die als volgt is gemotiveerd:

"De bijzondere overwegingen omtrent het bewijs

Met betrekking tot de vrijspraak van hetgeen aan verdachte primair is telastegelegd overweegt het hof het volgende.

Op 22 augustus 1997, omstreeks 00.50 uur bevonden – blijkens het betreffende proces-verbaal van de Koninklijke marechaussee, nummer P 39041'97 – de wachtmeesters van de Koninklijke marechaussee S. en R., die belast waren met de taak genoemd in artikel 6, lid 1, onder b en lid 4 van de Politiewet 1993 zich op de Holskuijenstraat te Kerkrade. Beide verbalisanten zagen de bestuurder van een auto de Holskuijenstraat inrijden, terwijl de uitlaat een hard knetterend geluid produceerde. De bestuurder parkeerde zijn voertuig op het trottoir van de Holskuijenstraat. De verbalisanten stelden vervolgens een onderzoek in naar de staat van de uitlaat, waarbij de verdenking ontstond van een gedraging in strijd met artikel 8 van de Wegenverkeerswet 1994.

Op 22 augustus 1997 is de verdachte met de verbalisanten meegegaan naar de brigade van de Koninklijke marechaussee te Heerlen, waar men om 01.15 uur arriveerde. Op 22 augustus 1997 heeft de derde verbalisant, de wachtmeester der eerste klasse van de Koninklijke marechaussee M., verdachte bevolen mee te werken aan een onderzoek als bedoeld in artikel 8, tweede lid, onder a, van de Wegenverkeerswet 1994. Blijkens het aanvullend ambtsedig proces-verbaal, nr. P 16361'97, op 24 maart 1999 opgemaakt door R. voornoemd, was de derde verbalisant M. ten tijde van het afnemen van de hiervoor bedoelde blaasproef als wachtcommandant belast met het vervullen van politiedienst.

Ingevolge artikel 159, aanhef en sub a, van de Wegenverkeerswet 1994 zijn met de opsporing van de feiten, strafbaar gesteld bij of krachtens de Wegenverkeerswet 1994, belast (voorzover hier van belang) de in artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering bedoelde personen. Tot die personen behoren de bij laatst genoemd artikel sub c bedoelde officieren en onderofficieren van de Koninklijke marechaussee, mits zulks door de Minister van Justitie in overeenstemming met de Minister van Defensie is bepaald. In artikel 1 van de Aanwijzingsbeschikking opsporingsambtenaren Koninklijke marechaussee is bepaald, dat (voorzover hier van belang) de officieren en onderofficieren van de Koninklijke marechaussee met de opsporing van strafbare feiten zijn belast in alle gevallen waarin zij werkzaam zijn in de uitoefening van de taken die hun zijn opgedragen bij artikel 6 van de Politiewet 1993. In zoverre kwam aan de hierboven genoemde onderofficieren S., R. en M., die allen de rang van wachtmeester van de koninklijke marechaussee hebben, in beginsel algemene opsporingsbevoegdheid toe. Ingevolge artikel 6, vierde lid, van de Politiewet 1993 wordt deze opsporingsbevoegdheid van een militair van de Koninklijke marechaussee echter beperkt tot die gevallen waarin hij bij de uitoefening van zijn politietaken stuit op strafbare feiten. In de onderhavige zaak is de verdachte, niet zijnde een

militair, nadat hij op straat door daartoe bevoegde opsporingsambtenaren van de Koninklijke marechaussee was aangehouden, overgebracht naar de brigade van de Koninklijke marechaussee te Heerlen. Aldaar is hem door de daar aanwezige, doch niet bij de aanhouding betrokken, wachtmeester eerste klasse der Koninklijke marechaussee M., bevolen zijn medewerking te verlenen aan de ademanalyse.

Het hof is van oordeel dat – niettegenstaande het feit dat genoemde M. in beginsel bevoegd was op te treden als opsporingsambtenaar jegens verdachte – in casu op grond van de beperkende werking van genoemd artikel 6, vierde lid, van de Politiewet 1993, niet is voldaan aan de in genoemde wettelijke regelingen genoemde bevoegdheidsvoorwaarden, nu immers M. bij de uitoefening van zijn politietaken niet is gestuit op een strafbaar feit, zodat deze ambtenaar niet is aan te merken als bevoegde opsporingsambtenaar in de zin van artikel 159, aanhef en sub a, van de Wegenverkeerswet 1994 en daarmee evenmin is aan te duiden als een opsporingsambtenaar in de zin van artikel 163, tweede lid, van de Wegenverkeerswet 1994.

Het hof neemt daarbij nog in aanmerking dat de strekking van de genoemde regelingen is, dat aan de Koninklijke marechaussee de uitvoering van politietaken is opgedragen ten behoeve van de Nederlandse en andere strijdkrachten, op welke hoofdtaak in de regelingen slechts nauw omschreven uitzonderingen worden gemaakt.

Het hof is op grond van het vorenstaande van oordeel dat de verdachte, nadat hij door twee wachtmeesters van de Koninklijke marechaussee was aangehouden en nadat was gebleken dat de verdachte geen militair was, aan de reguliere politie te Heerlen had moeten worden overgedragen en dat hem door een daartoe bevoegde opsporingsambtenaar van de reguliere politie het bevel tot medewerking aan een onderzoek van uitgeademde lucht had moeten worden gegeven.

Nu M. geen opsporingsambtenaar was in de zin van artikel 163, tweede lid, van de Wegenverkeerswet 1994, heeft de ademanalyse op onrechtmatige wijze plaatsgevonden en dient verdachte derhalve van het primair telastegelegde te worden vrijgesproken."

Deze vrijspraak zou onzuiver zijn omdat zij blijkt geeft van een verkeerde uitleg van art. 6 lid 4 Politiewet 1993. Deze verkeerde uitleg heeft er volgens het middel in bestaan dat volgens het hof de wachtmeester der eerste klasse van de Koninklijke marechaussee M. niet bevoegd was de verdachte te bevelen mede te werken aan een ademanalyse. Door deze verkeerde uitleg heeft het hof, zo interpreteer ik de schriftuur, aan de woorden "bij een onderzoek als bedoeld in artikel 8, tweede lid, aanhef en onder a, van de Wegenverkeerswet 1994" een onjuiste betekenis gegeven, hetgeen in de vrijspraak is uitgemond. Volgens de steller van het middel is er wel sprake geweest van een bevoegd gegeven bevel.

3.1. Artikel 6 Politiewet 1993 luidt, voorzover hier van belang, als volgt:

1. Aan de Koninklijke marechaussee zijn, onverminderd het bepaalde bij of krachtens andere wetten, de volgende politietaken opgedragen:

a. [...]

b de uitvoering van de politietaken ten behoeve van Nederlandse en andere strijdkrachten, alsmede internationale militaire hoofdkwartieren, en ten aanzien van tot die strijdkrachten en hoofdkwartieren behorende personen;

c [...]

4. De militair van de Koninklijke marechaussee die krachtens artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering opsporingsbevoegdheid heeft, is, indien hij bij de uitoefening van zijn politietaken stuit op strafbare feiten, bevoegd tot optreden.

3.2. Uit het arrest valt op te maken dat volgens het hof de wachtmeesters van de Koninklijke marechaussee S. en R. in ieder geval bevoegde opsporingsambtenaren waren

en ook bevoegd waren tot opsporingsonderzoek in verband met de verdenking dat verdachte zich schuldig had gemaakt aan het misdrijf van art. 8 WvW 1994. Het hof noemt art. 6 lid 1 onder b en lid 4 Politiewet 1993 als grondslag voor hun optreden. Dat betekent dat beide wachtmeesters in de visie van het hof bezig waren met de uitoefening van hun taak van art. 6 lid 1 onder b en toen zijn gestuit op een strafbaar feit. De vrijspraak baseert het hof erop dat M. – die, naar ik aanneem, volgens het hof wel belast was met de uitvoering van een aan de marechaussee opgedragen politietaak – niet zelf op het strafbaar feit is gestuit, maar dat a.h.w. kreeg aangereikt door beide andere wachtmeesters. Daaruit volgt dat het hof art. 6 lid 4 Politiewet 1993 aldus uitlegt dat de marechaussee *alleen* maar op grondslag van het vierde lid van art. 6 mag opsporen als die ambtenaar van de marechaussee *zélf* het strafbaar feit constateert. De vraag is of die uitleg van art. 6 lid 4 Politiewet 1993 correct is.

3.3. Artikel 6 lid 4 Politiewet 1993 is volgens de memorie van toelichting¹⁾ vergelijkbaar met art. 3 lid 3 Aanwijzingsbeschikking opsporingsambtenaren politie en marechaussee 1982, welke bepaling de volgende inhoud had:

Art. 3. 1. De officieren, de onderofficieren en de in artikel 4 genoemde andere militairen der Koninklijke marechaussee zijn met de opsporing van strafbare feiten belast in alle gevallen waarin:

a. zij werkzaam zijn in de uitoefening van de taken welke hun zijn opgedragen bij het Koninklijk besluit van 6 februari 1954, Stb. 45;

b. zij stuiten op feiten, welke jegens de Koninklijke marechaussee worden begaan terzake van de uitoefening van die taken;

c. zij op of nabij een doorlaatpost aan de land- of zee grens, dan wel op een doorlaatpost, gevestigd in een luchthaven, werkzaam zijn;

d. zij, op aanwijzing van de Ministers van Defensie en van Justitie na overleg met de Minister van Binnenlandse Zaken, in samenwerking met de rijkspolitie of de gemeentepolitie optreden ter opsporing van strafbare feiten.

2. Zij zijn voorts met de opsporing belast:

a. in de gevallen, waarin zij tijdens de uitoefening van de hun opgedragen taken op het gebied van de grensbewaking of het toezicht op vreemdelingen toevalligerwijze op strafbare feiten stuiten;

b. van strafbare feiten, gepleegd door personen behorende tot een internationaal militair hoofdkwartier, als bedoeld in het op 28 augustus

3. Zij zijn buiten de gevallen, genoemd in de voorgaande leden, met de opsporing belast in de gevallen, waarin noodzaak tot optreden bestaat wegens onmiddellijk dreigend gevaar voor eigen of een anders lijf, eerbaarheid of goed.

Elzinga c.s. schrijven dat art. 6 lid 4 Politiewet 1993 niets toevoegt aan art. 1 van de nieuwe Aanwijzingsbeschikking opsporingsambtenaren Koninklijke marechaussee (Regeling van 29 maart 1994. Stcrt. 53), dat als volgt luidt:

De officieren, de onderofficieren en de in artikel 2 genoemde andere militairen der Koninklijke marechaussee zijn met de opsporing van strafbare feiten belast in alle gevallen waarin zij werkzaam zijn in de uitoefening van de taken welke hun zijn opgedragen bij artikel 6 Politiewet 1993 of andere wetten.

Deze auteurs menen dat art. 6 lid 4 nu juist *niét* vergelijkbaar is met art. 3 lid 3 van de vroegere Aanwijzingsbeschikking. De laatste bepaling gaf iets extra's bij een onmiddellijk dreigend gevaar dat op het pad van de marechaussee kwam bij de uitoefening van haar

¹⁾ Kamerstukken II 1991/92, 22562, nr. 3, p. 22.

taken, maar art. 6 lid 4 herhaalt enkel iets wat al in art. 6 staat, te weten dat de marechaussee bevoegd is tot opsporen indien zij tijdens de uitoefening van haar taken op een strafbaar feit stuit. De bedoeling van de auteurs is kennelijk dat de marechaussee bepaalde politietaken heeft, bij de uitvoering van die politietaken op strafbare feiten kan stuiten die verband houden met die taken en dat dan bepaaldelijk aangewezen dienaren van het Wapen ten aanzien van die feiten opsporingshandelingen kunnen verrichten, zoals het verhoren van een verdachte en het opnemen van diens verklaring in een proces-verbaal.²⁾ Michiels c.s. sluiten zich bij deze schrijvers aan en leggen art. 6 lid 4 aldus uit dat het beklemt toont dat de opsporingsbevoegdheid beperkt is tot de gevallen in het kader van de uitvoering van de politietaken, die limitatief in art. 6 zijn opgesomd.³⁾ Ik vrees echter dat de mening van deze auteurs ook nog onduidelijkheid laat bestaan. Mogen bijvoorbeeld ambtenaren der marechaussee die bij een controle van een vreemdeling 10 kilo cocaïne vinden vervolgens opsporingshandelingen verrichten, zoals het aanhouden van de vreemdeling, het in beslag nemen van de substantie en het testen van de stof? Mogen zij bij de beveiliging van het koninklijk paleis een daar aangetroffen dronken bestuurder een voorlopige ademtest afnemen?

3.4. Omdat uit de wetsgeschiedenis van de Politiewet 1993 niet valt af te leiden dat de wetgever wilde breken met het stelsel van politietaken zoals dat was neergelegd in de Aanwijzingsbeschikking opsporingsambtenaren politie en marechaussee 1982 lijkt het zinvol de blik even op deze beschikking te werpen. Indien het de bedoeling van de schepers van de Aanwijzingsbeschikking 1982 was geweest om de marechaussee bevoegd te maken tot opsporing van alle strafbare feiten waarmee zij op enigerlei wijze te maken krijgen tijdens hun taakuitoefening zou zo een ingewikkeld samenstel van bepalingen als in art. 3 Aanwijzingsbeschikking 1982 neergelegd niet nodig zijn geweest. Dan had het voor de hand gelegen de marechaussee een algemene opsporingsbevoegdheid te geven tijdens de uitoefening van haar taken. Artikel 3 Aanwijzingsbeschikking doet iets anders vermoeden, meer bepaald doordat het in zijn tweede lid onder a expliciet opsporingsbevoegdheid geeft aan bepaalde leden van de marechaussee wanneer zij, tijdens de uitoefening van taken op het gebied van grensbewakingen toezicht op vreemdelingen, toevalligerwijze op strafbare feiten stuiten. Artikel 3 lid 1 onder b en lid 3 geven dat vermoeden vastere grond. Een ruime toekenning van opsporingsbevoegdheden aan de marechaussee maakt zulke toedelingen van bevoegdheid immers overbodig. Indien de marechaussee opsporingsbevoegd zou zijn t.a.v. alle verdenkingen die zij tijdens haar taakuitoefening op haar pad zou vinden zou zij eigenlijk met de reguliere politie gelijkgesteld zijn. De leden van de marechaussee zouden in wezen dan volledige bevoegdheid hebben verdenkingen van strafbare feiten af te handelen als zo een verdenking bij hen opkomt.

Het huidige art. 6 lid 1 onder f Politiewet 1993 bevat ook een indicatie tegen zo een ruime uitleg. Dit onderdeel luidt als volgt:

1. Aan de Koninklijke marechaussee zijn, onverminderd het bepaalde bij of krachtens andere wetten, de volgende politietaken opgedragen:

[...]

f. de uitvoering van de bij of krachtens de Vreemdelingenwet 2000 opgedragen taken, waaronder begrepen de bediening van de daartoe door Onze Minister van Justitie aangewezen doorlaatposten en het, voor zover in dat verband noodzakelijk, uitvoeren van de politietaak op en nabij deze doorlaatposten, alsmede het verlenen van medewerking bij de

²⁾ Elzinga/Van Rest/De Valk, Het Nederlandse Politierecht, 1995, p. 64.

³⁾ Michiels/Naeyé/Blomberg/Boek, Artikelsgewijs commentaar Politiewet 1993, 1997, p. 57/58.

aanhouding of voorgeleiding van een verdachte of veroordeelde.

De zinsnede "voor zover in dat verband noodzakelijk" houdt een beperking in die niet past in een ruime uitleg. De woorden wijzen naar mijn mening op de eis van een zekere subsidiariteit die ik niet anders kan uitleggen dan in deze zin dat de reguliere politie hier het voortouw moet worden gegund.

3.5. Het komt mij voor dat een zinnige uitleg van art. 6 deze is, dat er moet worden onderscheiden tussen een onbeperkte opsporingsbevoegdheid, de bevoegdheid tot opsporing van taakgerelateerde strafbare feiten en die tot opsporing van andere feiten. Waar de marechaussee politietaken vervult heeft zij opsporingsbevoegdheid die algemeen en hetzij personeel hetzij territoriaal is bepaald, bijvoorbeeld op luchthavens en defensie terreinen resp. ten aanzien van personen met – kort gezegd – een militaire status. De politietaken op doorlaatposten zijn al aan een restrictie onderhevig.

Daarnaast is de marechaussee bevoegd op te treden wanneer zij dóór het uitvoeren van een taak als de beveiliging van leden van het Koninklijk Huis of het uitoefenen van controle ingevolge de Vreemdelingenwet 2000 op het spoor komt van een strafbaar feit. Als de marechaussee die het koninklijk paleis beveiligt een aanslag verijdelt, mag zij ook de aanslagpleger aanhouden, opsluiten, verhoren, zijn wapens in beslag nemen en verder opsporen. De marechaussee die een vrachtwagen de grens ziet passeren mag op grond van art. 51 lid 1 Vreemdelingenwet 2000 die vrachtwagen controleren. Indien dan inderdaad blijkt dat in de vrachtwagen illegale vreemdelingen verborgen zitten mag de marechaussee, die de chauffeur verdenkt van het misdrijf van art. 197a Sr, proces-verbaal opmaken, de chauffeur aanhouden, de vrachtwagen in beslag nemen en de zaak verder trachten op te helderen. Dat lijkt mij besloten te liggen in art. 1 Aanwijzingsbeschikking opsporingsambtenaren Koninklijke marechaussee.

Wanneer evenwel de marechaussee bij de uitoefening van een van haar taken een strafbaar feit op het spoor komt dat geen verband houdt met die taak maar een toevalstreffer vormt – de ambtenaar van de marechaussee die in de trein met controle op grond van de Vreemdelingenwet 2000 is belast ziet dat iemand een laptop steelt; de marechaussee die politietaken op een legerbasis uitvoert ziet dat buiten de basis een auto wordt gestolen – mag hij direct optreden, maar dient hij wel zo spoedig mogelijk de afhandeling van de zaak aan de commune politie over te geven. Hij stuit dan op een strafbaar feit en is dan bevoegd tot optreden, maar niet onbeperkt. Dat lijkt mij een redelijke zin te zijn van art. 6 lid 4 Politiewet 1993. Dat is ook in lijn met de bedoeling van de wetgever om de marechaussee geen onbeperkte opsporingsbevoegdheid te geven buiten bepaaldelijk genoemde plaatsen en ten aanzien van burgers zonder militaire status en haar qua bevoegdheid van de commune politie te onderscheiden

Dat brengt met zich dat soms de marechaussee onbeperkte opsporingsbevoegdheden bezit, vergelijkbaar met die van de commune politie, dat zij soms complete opsporingsbevoegdheden bezit maar alleen betreffende bepaalde delicten, te weten wanneer zij op het spoor komt van 'taakgerelateerde' strafbare feiten, en dat zij soms noodbevoegdheden heeft die ondergeschikt zijn aan die van de commune politie. Dat zou weer in lijn zijn met de bewering van de minister dat art. 6 lid 4 Politiewet 1993 vergelijkbaar is met art. 3 lid 3 Aanwijzingsbeschikking 1982, dat bij wijze van uitzondering opsporingsbevoegdheid gaf aan de marechaussee in geval er noodzaak tot optreden bestond wegens onmiddellijk dreigend gevaar voor eigen of een anders lijf, eerbaarheid of goed. Uit de tekst van deze laatste bepaling spreekt een grote terughoudendheid om de marechaussee opsporingsbevoegd te maken voor alles wat op haar pad komt.

3.6. Het bovenstaande brengt mij tot het oordeel dat de twee aanhoudende ambtenaren

een toevalstreffer scoorden die door de civiele politie diende te worden afgehandeld. De wachmeester der eerste klasse van de Koninklijke marechaussee M. was niet bevoegd de ademanalyse af te nemen nu de bestuurder geen militaire status had en het delict niet op een plaats is gepleegd waar de marechaussee algemeen opsporingsbevoegd is. Dat leidt er weer toe dat de in het primair tenlastegelegde opgenomen woorden "bij een onderzoek als bedoeld in artikel 8, tweede lid, aanhef en onder a, van de Wegenverkeerswet 1994" niet kunnen worden bewezenverklaard. Naar mijn mening heeft het hof verdachte terecht van het primair tenlastegelegde vrijgesproken.

Omdat het hof niet van een onjuiste uitleg van art. 8 VVW 1994 is uitgegaan is de vrij-spraak in cassatie onaantastbaar is het cassatieberoep niet ontvankelijk.

4. Deze conclusie strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van het beroep.

Gerechtshof te Leeuwarden

Strafkamer

Arrest van 31 augustus 2005

Voorzitter: mr. Weenink.

ARREST

op het hoger beroep van de beslissing van de kantonrechter van de rechtbank te Roermond van 26 april 2005 betreffende: [...], wonende te [...].

1. De beslissing van de kantonrechter

De kantonrechter heeft het beroep van de betrokkene tegen de beslissing van de officier van justitie in het arrondissement Roermond ongegrond verklaard. De beslissing van de kantonrechter is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

2. Het procesverloop

De gemachtigde van de betrokkene heeft tegen de beslissing van de kantonrechter hoger beroep ingesteld. De advocaat-generaal is in de gelegenheid gesteld een verweerschrift in te dienen, maar heeft van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt.

3. Beoordeling

3.1. Aan de betrokkene is bij inleidende beschikking een administratieve sanctie van € 140,- opgelegd ter zake van "als bestuurder tijdens het rijden een mobiele telefoon vasthouden", welke gedraging zou zijn verricht op 7 september 2004 om 13:40 uur op de Klagenfurtlaan in de gemeente Venlo.

[...]

3.4. Voor zover de gemachtigde zich in hoger beroep op het standpunt stelt dat de verbalisanten niet bevoegd waren tot het opleggen van de onderhavige administratieve sanctie, overweegt het hof als volgt.

3.5. Artikel 3, eerste lid, WAHV bepaalt dat met het toezicht op de naleving van de in artikel 2, eerste lid, WAHV bedoelde voorschriften zijn belast de bij algemene maatregel van bestuur aangewezen ambtenaren.

3.6. Blijkens het zaakoverzicht van het CJIB heeft de verbalisant S. onder meer het volgende verklaard: "Ik, verbalisant, was belast met de uitoefening van de ingevolge artikel 6 van de Politiewet genoemde grensbewakingstaak/mobiel toezicht van vreemdelingen."

3.7. Artikel 2, eerste lid, onder c, van het Besluit administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften 1994 (BABW 1994) bepaalt dat met het toezicht op de naleving, bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de wet zijn belast de militairen van de Koninklijke Marechaussee, bedoeld in artikel 141, aanhef en onder c, van het wetboek van Strafvordering, voor de gevallen, waarin deze militairen zijn belast met de uitvoering van de politietaken, bedoeld in artikel 6, eerste lid onder b, c, d, e en f, van de Politiewet 1993.

3.8. Artikel 6, eerste lid, onder f, Politiewet 1993 bepaalt dat aan de Koninklijke Marechaussee, onverminderd het bepaalde bij of krachtens andere wetten, de volgende politietaak is opgedragen: de uitvoering van bij of krachtens de Vreemdelingenwet 2000 opgedragen taken, waaronder de bediening van de daartoe door Onze Minister van Justitie aangewezen doorlaatposten en het, voor zover in dat verband noodzakelijk, uitvoeren van de politietaak op en nabij deze posten, alsmede het verlenen van medewerking bij de aanhouding voorgeleiding van een verdachte of veroordeelde.

3.9. Uit de overwegingen onder 3.5. tot en met 3.8. volgt dat de verbalisant S. bevoegd was tot het opleggen van de administratieve sanctie.

[...]

[Volgt: Bevestiging van de bestreden beslissing. - *Red.*]

Gerechtshof te Leeuwarden

Strafkamer

Arrest van 21 november 2005

Voorzitter: mr. Kalsbeek, **raadsheren:** mrs. Van der Herberg en Aalders.

ARREST

van 21 november 2005 van het gerechtshof te Leeuwarden, meervoudige strafkamer, op het hoger beroep tegen het vonnis van de politierechter in de rechtbank te Leeuwarden van 20 december 2004 in de strafzaak tegen:

[...],

geboren op [...] te [...],

wonende te [...], [...],

verschenen in persoon, bijgestaan door zijn raadsman mr. T. van der Goot, advocaat te Leeuwarden.

Het vonnis waarvan beroep

De politierechter in de rechtbank te Leeuwarden heeft de verdachte bij het vonnis vrijgesproken van het ten laste gelegde.

Gebruik van het rechtsmiddel

De officier van justitie is op de voorgeschreven wijze en tijdig in hoger beroep gekomen. Hij heeft dit hoger beroep aan verdachte doen betekenen.

Het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep

Dit arrest is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting in hoger beroep, alsmede het onderzoek op de terechtzitting in eerste aanleg.

Tenlastelegging

Aan dit arrest is gehecht een fotokopie van de inleidende dagvaarding. De inhoud van de tenlastelegging wordt geacht hier te zijn overgenomen.

De vordering van de advocaat-generaal

De advocaat-generaal heeft gevorderd dat het hof verdachte veroordeelt tot een geldboete van € 370,-, bij niet betalen te vervangen door zeven dagen hechtenis, alsmede tot een ontzegging van de rijbevoegdheid voor de duur van zes maanden, waarvan drie maanden voorwaardelijk.

Vrijspraak

Het hof acht niet bewezen hetgeen aan verdachte is ten laste gelegd, zodat hij daarvan moet worden vrijgesproken.

Het hof overweegt met betrekking tot deze vrijspraak het volgende. In deze zaak is proces-verbaal opgemaakt door leden van de Koninklijke marechaussee. De militairen van de Koninklijke marechaussee, bedoeld in artikel 141, aanhef en onder c, van het Wetboek van Strafvordering, zijn bevoegd tot het verrichten van opsporingshandelingen in de gevallen, genoemd in artikel 6, eerste lid, van de Politiewet.

Bij de Aanwijzingsbeschikking opsporingsambtenaren Koninklijke marechaussee (Regeling van 29 maart 1994, Stcrt 70) zijn als zodanig aangewezen: de officieren, de onderofficieren en beroepsmarechaussees der eerste klasse, aangesteld voor onbepaalde tijd, op wier akte van aanstelling hun bevoegdheid door of namens de commandant der Koninklijke marechaussee is aangetekend.

Artikel 6, eerste lid, aanhef en onder b Politiewet 1993 luidt:

"Aan de Koninklijke marechaussee zijn, onverminderd het bepaalde bij of krachtens andere wetten, de volgende politietaken opgedragen:

b. de uitvoering van de politietaak ten behoeve van Nederlandse en andere strijdkrachten, alsmede internationale militaire hoofdkwartieren en ten aanzien van tot die strijdkrachten en hoofdkwartieren behorende personen."

In het (aanvullend) proces-verbaal van 3 januari 2005, opgemaakt door betreffende leden van de Koninklijke marechaussee zijn de navolgende zinnen opgenomen: "Wij, verbalisanten, waren belast met de uitvoering van de politietaak ten behoeve van de Nederlandse en andere strijdkrachten, als genoemd in artikel 6 van de Politiewet. Deze taak wordt vierentwintig uur per dag uitgevoerd door personeel van de brigade Koninklijke Marechaussee te Leeuwarden in de gehele provincie Friesland. Op datum en tijd voornoemd waren wij, verbalisanten, belast met de toezichthoudende taak ten behoeve van de militaire justitiabelen."

De advocaat-generaal stelt zich op het standpunt, dat de betreffende leden van de Koninklijke marechaussee – conform artikel 6, lid 4, Politiewet – (ook) beschikten over een opsporingsbevoegdheid ten aanzien van niet-militairen, nu zij bij de uitoefening van de hiervoor omschreven taak zijn gestuit op een strafbaar feit.

Naar het oordeel van het hof dient laatstgenoemde bepaling evenwel beperkt te worden verstaan, in die zin dat opsporingsambtenaren van de Koninklijke marechaussee bevoegd zijn tot opsporing, indien verdachte een militair is of wanneer er een redelijk vermoeden bestaat dat een strafbaar feit is begaan en dat de opsporing van dat feit geschiedt ten behoeve van de Nederlandse strijdkrachten.

Een uitleg, zoals door de advocaat-generaal voorgestaan, brengt naar het oordeel van het hof mee dat aan de beperking van bevoegdheden van leden van de Koninklijke mare-

chaussee, zoals die besloten ligt in de regeling als boven aangegeven, (bijna) geen betekenis meer wordt gegeven.

Nu in de onderhavige zaak verdachte geen militair is en de ten aanzien van verdachte verrichte opsporingshandelingen in geen verband met enig de strijdkrachten dienend belang staan, zijn deze opsporingshandelingen naar het oordeel van het hof onbevoegd verricht. De resultaten daarvan kunnen daarom niet voor het bewijs worden gebruikt. Omdat het overige voorhanden zijnde bewijsmateriaal naar 's Hofs oordeel onvoldoende is om het tenlastegelegde bewezen te verklaren, zal het hof verdachte vrijspreken van het hem tenlastegelegde.

[Volgt: Vrijspraak. – Red.]

NASCHRIFT

1. In elk van de hiervoor weergegeven uitspraken is de vraag aan de orde wanneer de Koninklijke marechaussee (KMar) tot 'opsporing'⁴⁾ bevoegd is, c.q. tot welke feiten haar bevoegdheden zich uitstrekken. Art. 141 Sv bepaalt dat aangewezen militairen van de KMar met de opsporing van strafbare feiten zijn belast; bedoelde aanwijzing heeft plaatsgevonden in de Aanwijzingsbeschikking opsporingsambtenaren Koninklijke marechaussee, waarvan art. 1 de bevoegdheid van militairen van de KMar beperkt tot gevallen waarin zij werkzaam zijn in de uitoefening van taken die hun in de Politiewet of in andere wetten zijn opgedragen. Art. 6 lid 1 Politiewet 1993 draagt de KMar de politietaken op ten behoeve van de Nederlandse en andere strijdkrachten, internationale militaire hoofdkwartieren en ten aanzien van tot die strijdkrachten en hoofdkwartieren behorende personen.

Aldus is de opsporingsbevoegdheid van de KMar beperkt tot strafbare feiten waarop zij in de uitoefening van haar militaire politietaken stuit. Art. 6 lid 4 Politiewet 1993 lijkt dit ten overvloede te herhalen, want dat bepaalt dat de militair van de KMar die krachtens art. 141 Sv opsporingsbevoegdheid heeft, bevoegd is op te treden indien hij bij de uitoefening op strafbare feiten stuit. Of houdt art. 6 lid 4 Politiewet 1993 een uitbreiding van de bevoegdheden van de KMar in, doordat haar een voorwaardelijke maar onbeperkte opsporingsbevoegdheid wordt toegekend? M.a.w. is de KMar ook bevoegd tot opsporing van strafbare feiten waarop zij in de uitoefening van haar politietaken stuit, maar die daaraan niet gerelateerd zijn? Hoe te oordelen over gevallen waarin de KMar toevallig stuit op feiten waarvan de opsporing niet in haar politietaken besloten ligt? Die vraag moest in de hiervoor weergegeven uitspraken beantwoord worden.

2. Het arrest van de Hoge Raad betreft een vermoedelijke overtreding van art. 8 lid 2 VWW 1994 (rijden onder invloed). De aandacht van twee marechaussees was getrokken door het lawaai dat (de uitlaat van) de door verdachte bestuurde auto produceerde; toen

⁴⁾ Het arrest van het Hof Leeuwarden van 31 augustus 2005 betreft een zgn. Mulder-feit. Nu verboden gedragingen waarvan de afdoening door de WAHV wordt beheerst geen strafbare feiten zijn, kan ten aanzien daarvan niet van 'opsporing' worden gesproken; vgl. art. 132a Sv. De bevoegdheid van de KMar ter zake is dan ook afzonderlijk geregeld, in het BABW. Kortheidshalve - en omdat de uitspraken in essentie dezelfde problematiek betreffen - gebruik ik niettemin het woord 'opsporing'.

⁵⁾ Hoe die verdenking ontstond blijkt uit arrest noch conclusie, maar - naar ik aanneem - wel uit het desbetreffende proces-verbaal. A-G noch HR valt nl. over 's Hofs overweging dat de verdenking van rijden onder invloed ontstond bij een onderzoek naar de staat van de uitlaat. Dat lijkt mij sterk: uit de staat van het voertuig kunnen geen conclusies getrokken worden met betrekking tot de staat waarin de bestuurder verkeerde.

zij een onderzoek instelden ontstond bij hen de verdenking van overtreding van art. 8 lid 2 WVV 1994.⁵⁾ De marechaussees brachten de verdachte over naar de brigade Heerlen, waar een derde marechaussee bij hem een onderzoek van uitgedemde lucht afnam. Dat bevestigde de verdenking: bij verdachte werd een ademalcoholgehalte van 860 µg geconstateerd.

Het Hof sprak verdachte echter vrij, op de grond dat het bewijs tegen hem onrechtmatig verkregen was: omdat de wachtcommandant die de ademanalyse had afgenomen niet kon gelden als opsporingsambtenaar in de zin van art. 159, aanhef en onder a WVV 1994, was hij op grond van art. 163 WVV 1993 niet bevoegd verdachte te bevelen zijn medewerking aan het onderzoek te verlenen. Derhalve was geen sprake van een onderzoek als bedoeld in art. 8 lid 2 WVV 1994. Daartoe overwoog het Hof dat art. 6 lid 4 Politiewet 1993 de opsporingsbevoegdheid van militairen van de KMar beperkt tot gevallen waarin zij bij de uitoefening van hun politietaken – die hun ten behoeve van de Nederlandse en andere strijdkrachten zijn opgedragen – op strafbare feiten stuiten. Van zo'n geval was echter geen sprake, want verdachte was geen militair: De marechaussees bij wie de verdenking van rijden onder invloed ontstaan was, hadden hem aan de reguliere politie moeten overdragen, opdat een bevoegde functionaris een ademanalyse kon afnemen.

Volgens de A-G Machielse had het Hof aldus overwegende de grondslag van de tenlastelegging niet verlaten.⁶⁾ Gezien (de redactie van) art. 6 Politiewet 1993, bezien in samenhang met (de voorgeschiedenis van) de Aanwijzingsbeschikking, moet worden onderscheiden tussen onbeperkte opsporingsbevoegdheid, de bevoegdheid tot opsporing van feiten gerelateerd aan de politietaken van de KMar en de bevoegdheid tot opsporing van andere feiten. Onbeperkt – althans, wat de opgespoorde feiten betreft – is de opsporingsbevoegdheid van de KMar alleen waar zij haar militaire politietaak uitoefent. Daarnaast is zij bevoegd tot opsporing van strafbare feiten waarop zij in de uitoefening van haar beveiligings- en controletaken stuit. Buiten die gevallen – bij 'toevalstreffers' – mag de KMar wel optreden, maar moet zij de zaak zo spoedig mogelijk aan de reguliere politie overdragen. Zo'n geval deed zich hier voor:

De Hoge Raad volgt de A-G niet. Evenals het Hof onderscheidt de Hoge Raad tussen de bevoegdheid van de marechaussees bij wie de verdenking was gerezen en de bevoegdheid van de wachtcommandant die de ademanalyse afnam, maar met een andere uitkomst. De aard van het feit waarop de verdenking betrekking had is in dit verband van bijzonder belang: verdenking en ademanalyse zijn zo zeer verweven, dat de marechaussee bij wie de verdenking gerezen is bevoegd is te bewerkstelligen dat ademanalyse plaatsvindt. En omwille van de doelmatigheid van de opsporing mag zo'n onderzoek ook door een daartoe aangewezen militair worden verricht.

3. Het eerste hiervoor weergegeven arrest van het Hof Leeuwarden betreft de vraag of een militair van de KMar bevoegd was tot oplegging van een administratieve sanctie op grond van de WAHV. Toen de desbetreffende militair – die met grensbewaking belast was – in zijn dienstvoertuig een personenauto passeerde, had hij gezien dat de bestuurder daarvan een mobiele telefoon aan zijn oor gedrukt hield. Het betreft een – in de woorden van de A-G Machielse – 'toevalstreffer'. Maar dergelijke toevalstreffers zijn door de wetgever ondervangen. Art. 2 lid 1, aanhef en onder c BABW – waarnaar art. 3 lid 1 WAHV verwijst – draagt het toezicht op de naleving van de in art. 2 lid 1 WAHV bedoelde voorschriften nl. op aan militairen van de KMar belast met de uitvoering van de politietaken

⁵⁾ I.c. gold art. 430 (oud) Sv nog, dat cassatie van vrijspraken uitsloot. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad zag deze bepaling echter niet op zgn. onzuivere vrijspraken, als was vrijgesproken van iets anders dan ten laste gelegd was.

bedoeld in art. 6 lid 1, aanhef en onder b-f Politiewet 1993. Dat zijn alle politietaken van de KMar, met uitzondering van de beveiliging van leden van het Koninklijk Huis en beveiligingswerkzaamheden ten behoeve van De Nederlandsche Bank; alleen in de uitoefening van die taken zijn militairen van de KMar niet bevoegd op naleving van de verkeersregels toe te zien.

4. De bevoegdheid van de KMar tot toezicht op naleving van de voorschriften bedoeld in art. 2 lid 1 WAHV is dus ruimer dan haar bevoegdheid tot opsporing van strafbare feiten. Maar laatstbedoelde bevoegdheid lijkt nu ook weer niet zo beperkt opgevat te moeten als het Hof Leeuwarden in zijn tweede hiervoor weergegeven arrest doet. Uit het arrest blijkt niet onder welke omstandigheden verbalisanten op het ten laste gelegde feit – rijden onder invloed – gestuit waren, maar die lijken voor het Hof ook niet ter zake te doen. Het Hof overweegt kortweg dat militairen van de KMar slechts opsporingsbevoegd zijn als de verdachte militair is, dan wel de opsporing geschiedt ten behoeve van de Nederlandse strijdkrachten. Deze overweging is niet alleen in strijd met de letter van art. 6 lid 1, aanhef en onder b Politiewet 1993 – dat het Hof nota bene citeert – zij lijkt bovendien voorbij te gaan aan het hiervoor weergegeven arrest van de Hoge Raad. De KMar moge dan niet in de eerste plaats belast zijn met toezicht op naleving van voorschriften gesteld bij of krachtens de Wegenverkeerswet, c.q. met opsporing van overtredingen daarvan, als zij in de uitoefening van haar politietaken op een – al of niet daaraan gerelateerd – strafbaar feit stuit, kan zij niet doen alsof haar neus bloedt. Dat verschil van mening mogelijk is met betrekking tot de vraag hoe ver haar bevoegdheden dan reiken – ik verwijs naar de conclusie van A-G Machielse – doet daaraan niet af.

5. Te vrezen is dat de hiervoor weergegeven rechtspraak illustratief is voor de verwarring die vooralsnog bestaat met betrekking tot de opsporingsbevoegdheid van de KMar. Verdachten varen daar – niet altijd ten onrechte – wel bij, maar voor de handhavingspraktijk is deze verwarring fnuikend. De marechaussee die de taken die hem door de wetgever zijn opgedragen naar eer en geweten uitvoert moet erop kunnen vertrouwen dat de rechter zijn proces-verbaal niet als onbevoegdlijk opgemaakt ter zijde zal stellen. De middelen die aan onnodige processen verspild worden kunnen nuttiger worden besteed. Wetswijziging – waaraan naar verluidt gewerkt wordt – is dan ook dringend gewenst.

M.M.D.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

De dood van Overste Mussert

Weerwoord op een reactie van Prof. Mr. G. L. Coolen

door

MAJOOR B.D. H. KLEINGELD

Prof. Mr. Coolen publiceerde onlangs (begin 2006) in het Militair Rechtelijk Tijdschrift een bijdrage als reactie op het door mij geschreven boekje 'De dood van overste Mussert', een reconstructie.¹⁾

Voor mijn boekje heb ik grondig onderzoek verricht en naar eer en geweten daarvan verslag gedaan. Ik heb daarom tegen de reactie van prof. Coolen een aantal primaire bezwaren.

1. De bijdrage van prof. Coolen wordt door mij ervaren als een slag onder de gordel wanneer hij bij herhaling stelt dat in mijn boekje - brochure zoals hij het noemt - weloverwogen, enige saillante bijzonderheden zijn weggelaten, zodat daardoor een vertekend beeld van de werkelijkheid zou zijn gegeven.

2. Nergens in mijn publicatie heb ik beweerd dat ik verraad door overste Mussert bewezen acht. Mijn woorden zijn zorgvuldig gekozen en ik dring er op aan bij historici van naam, hun beweringen met betrekking tot deze zaak te nuanceren. (zie hoofdstuk VII - EPILOOG, van mijn boekje). Het staat prof. Coolen natuurlijk vrij met mij van mening te verschillen maar ik zie niet in waarom hij daar een zo venijnige en insinuerende schrijftrant voor nodig heeft.

Dat prof. Coolen ook inhoudelijk op onjuiste gronden argumenteert, zal ik hieronder aantonen.

Warhoofdigheid van Mussert

Prof. Coolen voert een uitspraak van kolonel M. C. H. Calmeyer aan, wanneer deze voor de Enquête Commissie Regeringsbeleid 1940-1945 een verklaring aflegt over de 'warhoofdigheid' van overste Mussert. Prof. Coolen heeft dit aspect naar zijn zeggen in mijn boekje gemist en noemt dit "een opvallende leemte".

Prof. Coolen richt zijn kritiek uitsluitend op de hoofdstukken III en IV zodat het hem misschien is ontgaan dat in hoofdstuk II deze omstandigheid en de achtergrond van de geestelijke gesteldheid van overste Mussert uitvoerig is behandeld.

Het Vriesebrug incident

Prof. Coolen noemt het niet opnemen van verklaringen van Thomson - in de meidagen chef-staf van de Vesting Holland - voor de Enquête Commissie Regeringsbeleid, "weloverwogen".

De verklaring van Thomson was weinig overtuigend en dat liet de voorzitter van de subcommissie ook duidelijk merken. Getuige Thomson was in de meidagen v er verwijderd en niet betrokken bij het strijdtoneel in Dordrecht. Hij verklaarde - nota bene ruim acht jaar

¹⁾ De dood van overste Mussert, een reconstructie (2004). In eigen beheer uitgegeven, H. Kleingeld Haelen.

na dato - dat hij zich enerzijds niet kon voorstellen dat Mussert verraad heeft gepleegd en anderzijds zich héél goed kon voorstellen dat Mussert had bevolen niet te schieten op de tanks.....

De voorzitter van de subcommissie van de ECR zei in dit verband tegen Thomson: 'Ik kan mij voorstellen, dat hij (Mussert) zoiets gezegd heeft, als hij ze (de tanks) niet in actie heeft gezien. Maar één der getuigen heeft verklaard, dat hij er zelf bij stond en zag, dat die tanks in het offensief waren en dat hij toen nóg die opmerking maakte.' (om niet te schieten)

Hierop antwoordde Thomson: "Ik weet dat niet; ik heb dat niet gehoord, maar met getuigenverklaringen onder die omstandigheden ben ik altijd voorzichtig."

Thomsons verklaring is oppervlakkig en weinig expliciet. Hij wist niets zeker en kon dat ook niet, hij was er onvoldoende bij betrokken en had "alles van horen zeggen". Hij vond zijn eigen ontwijkende uitspraak over 'getuigenverklaringen' blijkbaar waardevoller dan de eensluidende verklaringen van een aantal getuigen van zeer korte tijd na dato.

Verder zei Thomson nog dat overste Mussert over "heel beperkte geestvermogens" zou beschikken. Deze opmerking komt ook nogal vreemd over. Overste Mussert volgde op de Koninklijke Militaire Academie de zware opleiding tot officier der artillerie en had al vele functies bekleed. Hij was zeker een nerveuze persoonlijkheid en waarschijnlijk volkomen onbekwaam voor de functie onder de gegeven omstandigheden, maar hij was bepaald niet dom. De zwakke verklaring van deze getuige tast de integriteit van het verhaal in mijn boekje niet aan.

In dit verband breng ik nóg een uitspraak van Calmeyer voor de Enquête Commissie onder de aandacht. Deze officier - die in mei 1940 in nauw contact met de troepen in Dordrecht heeft gestaan - verrichtte dadelijk na de capitulatie onderzoek naar de gang van zaken op het Eiland van Dordrecht.

Hij verklaarde o.m. dat Mussert, na het bevel van Commandant Vesting Holland, de stad te ontruimen, aanvankelijk weigerde de troepen van het garnizoen Dordrecht toestemming te verlenen de stad te verlaten.

In plaats daarvan gaf Mussert opdracht tot de laatste man stand te houden en wenste in Dordrecht te blijven. Zijn stafofficieren wisten hem ten langen leste ervan te overtuigen dat het beter was om mee te gaan naar Papendrecht!

Ondanks het feit dat Calmeyer in 1940 naar zijn zeggen geen positief bewijs van verraad door Mussert had aangetroffen, zei hij in dit verband tegen de voorzitter van subcommissie II: ...

"Op het laatste moment ging hij tóch mee naar Papendrecht. Wanneer hij nu helemáál gebleven was, dan zou men kunnen zeggen: 'hij wilde niet ontruimen ten einde in Duitse handen te vallen', maar dat heeft hij niet gedaan, hij is als allerlaatste overgestoken. Ik hui-
ver om te zeggen dat hij verraad heeft gepleegd."")

Uit deze laatste zin en de context waarin hij werd uitgesproken blijkt dat Calmeyer een beschuldiging van verraad dicht genaderd was.

²⁾ ECR 40-45, pag. 311-10049

Het K-rollen incident

Mussert gaf de bezetting van de Joh. De Wittbrug opdracht deze hindernis voor tanks (K-rollen) te verwijderen. Ook nu draagt Prof. Coolen een verklaring van Thomson aan, waarin deze stelt dat er een omstandigheid was die misschien een ander gezichtspunt kon opleveren, namelijk dat de K-rollen het vervoer van gewonden en de verplaatsing van eigen troepen mogelijk zou verhinderen. Dit laatste als rechtvaardiging voor de opdracht deze rollen te verwijderen.

Prof. Coolen ziet over het hoofd dat deze verklaring niet volgde op een vraag van de voorzitter van de subcommissie. Het antwoord van Thomson was veeleer een manoeuvre om te vermijden rechtstreeks in te gaan op wat de voorzitter hem juist had voorgelezen.

Wat was er tijdens het verhoor aan de hand?

De voorzitter van de subcommissie, kennelijk ontevreden over de ontwijkende uitspraken van de getuige m.b.t. het optreden van Mussert bij het Vriesebrug incident, confronteerde hem met uitspraken die Calmeyer eerder voor de commissie had afgelegd. Ik citeer de voorzitter³):

"Ter nadere precisering van hetgeen wij zojuist besproken hebben, zal ik u (Thomson) nog voorlezen wat kolonel Calmeyer in antwoord op een onzer vragen heeft gezegd over Mussert:

"Ja, want hij heeft zich ten opzichte, van (...) wat zich later in Dordrecht heeft afgespeeld, zeer vreemd gedragen. Hij heeft o.a. tijdens de vechtwagenaanval op Dordrecht herhaaldelijk bevolen niet te schieten, omdat het Franse pantserwagens zouden zijn, terwijl het Duitse waren. Een zoon van overste Boots, ik weet niet of ik goed doe, om dat te vertellen, is ook gesneuveld, eigenlijk door zijn ingrijpen. Er is een aanval gedaan (...) op een van de bruggen van Dordrecht, die verdedigd werd o.a. door de reserve luitenant Boots. Daar was een dekking gemaakt van stenen en dergelijke dingen. Die vechtwagens kwamen daar aan en de overste Mussert, die op dat punt stond, zei tegen luitenant Boots: 'Niet schieten, het zijn Franse pantserwagens. Kijk maar.' Toen richtte de luitenant Boots zich achter die dekking op, om er naar te kijken en op het zelfde moment gaf die pantserwagen een vuurstraal en hij viel dood neer."

De voorzitter: Toen wist de overste dan toch wel, dat het blijkbaar Duitsers waren, na dat schot!

Calmeyer: Ja, maar desondanks heeft hij toen daarna nog opdracht gegeven om de K-rollen, dat waren van die rollen draad, die men zo kon uitrollen, om de wegen te versperren - om die op te rollen, om doorgangen te laten voor het eigen verkeer.

De voorzitter: Daarna?

Calmeyer: Ja. Dat heeft vooral, ook bij de wielrijders, zeer veel kwaad bloed gezet. De voorzitter: Dat lijkt mij toch ook wel een zeer positieve aanuiding voor een ver-radsmentaliteit."

Thomson krijgt nu het woord en vermijdt in zijn antwoord rechtstreeks commentaar op hetgeen zojuist door de voorzitter is voorgelezen en komt met een ander gezichtspunt. Thomson: "Er is een omstandigheid, die misschien een ander gezichtspunt oplevert. Men had in Dordrecht het vervoer van de gewonden die uit de buitenrand van Dordrecht kwamen en naar de verschillende hospitalen en ziekeninrichtingen in Dordrecht moesten wor-

³) ECR 40-45, pag. 542-17706

den vervoerd, wanneer men de K-rollen had uitgelegd, zouden de wegen absoluut zijn versperd, zodat het vervoer van de gewonden en de verplaatsing van de eigen troepen niet had kunnen plaats vinden.....”.

De voorzitter (die het verhaal kennelijk weinig overtuigend vond) hield er maar mee op en zei: "Er worden blijkbaar verschillende conclusies aan vastgeknoopt". En ging over op een ander onderwerp.

Situatie aan de Joh. De Wittbrug

De troepen aan het front hadden na de tankaanval hun verdediging weer op orde gebracht, met het oog op een mogelijk herhaalde aanval van tanks. Mussert gaf opdracht de K-rollen te verwijderen, nota bene het enige middel dat de troepen hadden. Deze opdracht was, gegeven de tactische situatie, geheel misplaatst en volkomen onbegrijpelijk. Aangezien het bevel over de troepen berustte bij overste Mijsberg, was deze opdracht bovendien onbevoegd gegeven.

De opmerking van Thomson, die zoals gezegd niet betrokken, noch ooggetuige bij het incident was, is ongeloofwaardig.

Voor alle verdedigde bruggen in de Dordtse binnenstad waren al Duitse tanks in actie geweest. Verkeer door dit front, op dat moment, was uiteraard volkomen ondenkbaar. De tanks hadden, mede door toedoen van overste Mussert al vele slachtoffers geëist. Een enkel citaat van de sergeant-majoor J.H. Goedmakers: "De overste riep: Doe die K-rollen weg, het zijn vrienden. Waarop ik riep: Misschien van u, maar niet van ons! Overste Mussert kon net zo goed als ik aan het grote zwarte kruis zien dat het Duitse tanks waren". Had Mussert misschien een geheel andere motivatie?

Merkwaardig dat prof. Coolen de ongeloofwaardige inbreng van Thomson over het K-rollen incident in mijn publicatie node heeft gemist.

Stuiptrekkend achtergelaten?

Als bewijs voor zijn stelling, dat in mijn boekje "onmiskenaar weloverwogen" bepaalde informatie werd weggelaten, voert prof. Coolen aan dat overste Mussert, stuiptrekkend zou zijn achtergelaten. Hij suggereert daarmee een zeer verwijtbaar handelen van Bom en Kruijthof en baseert zich op het HHO van overste Mijsberg, Regimentscommandant van 2RW, van 14 mei 1940.

Prof. Coolen kan zijn kwalificatie "onmiskenaar weloverwogen" niet waar maken. Hij legt bovendien een onterechte verdachtmaking tegen Bom en Kruijthof op tafel en heeft waarschijnlijk het HHO verkeerd geïnterpreteerd.

Onderstaand bewijs ik dat prof. Coolen ongelijk heeft.

Direct nadat Mussert getroffen was neergevallen, werden alle aanwezigen door kapitein Bom naar buiten gecommandeerd. Na ontwapend te zijn kregen Den Boer en Van der Mark gelegenheid hun helm op te halen. Terug in de vergadering zag Den Boer - die letterlijk over Mussert moest heen stappen - de overste nog stuiptrekken. Den Boer heeft daar echter niet dadelijk melding van gemaakt. Dit gebeurde pas veel later die dag, tijdens het HHO. Van der Mark, die aan de andere kant van de tafel moest zijn, zag geen teken van leven bij Mussert. Dat blijkt ook wel uit zijn uitspraak, toen de heren voor verhoor werden afgevoerd: "Het is wel jammer, maar er is een grote zorg van mij afgenomen". Van

der Mark ging er kennelijk vanuit dat Mussert al dood was.

Het HHO laat er geen twijfel over bestaan dat zowel Bom als Kruithof er voetstoots van uit zijn gegaan dat de schoten een onmiddellijk einde aan het leven van Mussert hadden gemaakt.

- Bom verklaarde o.m.: "...Ogenblikkelijk hierop schoot de Lt Kruithof met 4 schoten den overste Mussert dood. (...) De overste viel neer en was kort daarna dood"....

- Kruithof verklaarde o.m.: "...Hierop draaide de overste zich naar mij toe en zegt: "Schiet dan als je het lef hebt" en onmiddellijk daarop grijpt hij naar zijn revolver. (...) Ik heb hem met 4 schoten neergelegd." ...

- Agent van politie Van Roon verklaarde op 21 juni 1940 dat hij nadat de anderen uit de vergaderkamer vertrokken waren, in opdracht van kapitein Bom het pistool uit Musserts tas haalde en vervolgt met: "De overste gaf geen teekenen van leven meer".

De prioriteit voor Bom en Kruithof kwam daardoor vanzelfsprekend, te liggen bij de afhandeling van de gearresteerde officieren.

Wat voor Prof. Coolen kennelijk een veelzeggend voorval is, dat naar hij stelt opzettelijk werd weggelaten, is niet meer dan een stukje informatie dat weinig toevoegt aan het verhaal. Het werpt er zeker geen ander licht op. Misschien is Prof. Coolen bereid hierover na te denken.

De prikkelende vraag of Mussert verraad pleegde blijft nog onbeantwoord. De verdenking tegen hem was echter begrijpelijk en gerechtvaardigd. Alle dingen overziende kan naar mijn mening niet worden uitgesloten dat de overste het Duitse leger niet al te zeer afbreuk wilde doen en gelijktijdig zijn eer als Nederlands officier niet wilde verliezen.

Een reactie op een artikel

door

MAJOR B.D. H. KLEINGELD

In het MRT van 2004, Afl. 5 schreef prof. G. L. Coolen een artikel met de titel "Een geval van feitelijke insubordinatie", waarin hij ingaat op de zaak tegen Bom en Kruithof, naar aanleiding van de dood van overste Mussert, in de meidagen van 1940. Op 14 mei wilden deze twee officieren der Wielrijders, de van verraad verdachte overste arresteren teneinde te voorkomen dat deze overste opnieuw een niet gewenste invloed op de operatie zou krijgen. De arrestatiepoging liep uit de hand. Luitenant Kruithof loste de schoten die aan het leven van overste Mussert een einde maakten.

In zijn publicatie van 2004, "Een geval van feitelijke insubordinatie" wordt door prof. Coolen voornamelijk ingegaan op de rechtsgang van de zaak Bom/Kruithof. Dit proces kan niet worden losgezien van de geschiedenis in ruimere zin met overste Mussert in de meidagen. Dat blijkt ook uit het feit dat prof. Coolen kennelijk geïnspireerd was commentaar te leveren (2006) op mijn publicatie "De dood van overste Mussert", een reconstructie.

Als niet (militair) jurist zij het mij veroorloofd toch enige kritische kanttekeningen te maken.

De feiten zijn door prof. Coolen grotendeels correct weer gegeven. Waar dit naar mijn mening niet geheel correct geschiedt, "verkleurt" de waarheid. Onderstaand toon ik dat aan.

Ik ben het met prof. Coolen eens dat de zaak Bom/Kruithof voor de bevoegde rechter moest worden gebracht. Dat had in dit geval de Nederlandse Krijgsraad moeten zijn, aangezien deze eind 1940 werd opgeheven kon dat niet meer. De zaak bleef liggen, tot begin 1942. Het op last van de bezetter opgerichte Vrederechtshof bracht begrijpelijkerwijs naast een personele verschuiving ook een verandering in de opvattingen over het recht. Deze connotatie geeft prof. Coolen helaas niet. Integendeel er klinkt geen enkele kritische noot door over dit Vrederechtshof. Het blijft in tact als een 'edelachtbaar' college. In zijn verdere betoog citeert prof. Coolen herhaaldelijk zinsneden uit het arrest van dit college, zónder deze uitspraken te toetsen aan iets wat ik zou willen omschrijven als 'een bepaalde wáárde of een beoordeling achteraf van hoe wij hier over zouden moeten denken'.

Dit laat prof. Coolen achterwege. De lezer kan de indruk krijgen dat hij wel kan instemmen met de door het Vrederechtshof gegeven overwegingen. Dat is jammer want het Vrederechtshof wás uiteraard géén 'edelachtbaar' college, zoals onderstaand blijkt.

- President - Dr. J. Carp, de partijjurist van de NSB;
- Procureur-generaal - Prof. Mr. Dr. R. Van Genechten, een vooraanstaand lid van de NSB, hij was in België na W.O. I wegens landverraad ter dood veroordeeld, maar had asiel gekregen in ons land.
- Rechter Commissaris - Mr. P.M.C.J. Hamer, lid NSB, werd tijdens de bezetting benoemd tot Hoofdcommissaris van politie in Den Haag;
- Militair lid van het Hof - Luitenant generaal b.d. H. Seyffardt, voormalig bevelhebber, was oprichter/organisator van de Nederlandse SS Divisie.

Bovenstaande personen werden tijdens de Bijzondere Rechtspleging in 1945 gestraft voor hun daden. Dr. Carp kreeg wegens het voeren van landsverraderlijke processen 12 jaar gevangenisstraf. Hij heeft zijn straf uitgezeten.

Prof. Van Genechten stond op 3 oktober 1945 terecht. Onder punt twee van de tenlastellegging had Mr. J. Zaaier gesteld: "Het opzettelijk, en op partijdige wijze, in een geest tegengesteld aan die van het tegen Duitsland oorlogvoerende Nederland, optreden als procureur-generaal bij de behandeling van de strafzaak tegen Bom en Kruithof in verband met de dood van overste Mussert." Van Genechten werd op 17 oktober 1945 ter dood veroordeeld, maar pleegde op 13 december van dat jaar zelfmoord.

Mr. Hamer werd veroordeeld tot 10 jaar gevangenisstraf en zijn pensioen werd hem ontnomen.

Lt. Generaal Seyffardt, werd in 1943 door 'het verzet' voor zijn huisdeur geliquideerd.

Misschien was een connotatie van prof. Coolen op zijn plaats geweest?

Prof. Coolen wekt de indruk dat het eindoordeel van het Vrederechtshof wel in overeenstemming zou zijn met de aard van de gepleegde feiten en de personen van de daders. Ook dat de daders misschien wel van geluk mochten spreken toen zij bij de bevrijding van

ons land, dadelijk in vrijheid werden gesteld. Als niet-jurist meet ik mij geen oordeel aan, ik stel echter vast dat de rechters van de Bijzondere Rechtspleging daar kennelijk heel anders over dachten, (zie boven).

De wijze waarop prof. Coolen de toedracht van de gebeurtenissen in de meidagen in Dordrecht schildert is enigszins tendentius. Zo schrijft hij over "merkwaardige beslissingen van Mussert die in het geheel niet worden begrepen". Bedoelt de professor dat die beslissingen mogelijk wel goed bedoeld waren? Of wellicht door niet zo slimme Nederlandse militairen beter begrepen hadden moeten worden?

Even verder in zijn betoog schrijft prof. Coolen dat "in de nacht van 13 op 14 mei generaal van Andel besluit de stad (Dordrecht) prijs te geven". Dit is geheel onjuist. Het bevel tot de terugtocht uit Dordrecht bereikte de troepen in elk geval niet later dan op 13 mei te ca 15.00 uur.

Prof. Coolen schrijft verder: "Overste Mussert vertrekt in de nacht van 13 op 14 mei naar Sliedrecht". Dat laatste is wel juist maar hij vertelt er niet bij dat Mussert de middag van de 13e mei niet wenste terug te trekken. Dat M. aanvankelijk de kantonnementstroepen geen toestemming gaf voor de terugtocht. Dat hij dit uiteindelijk wél deed, na aandringen van twee van zijn compagniescommandanten, en dat de helft van zijn compagnieën toen al uit eigen beweging met de eenheden van de Lichte Divisie waren vertrokken. Desondanks wilde Mussert zelf op zijn post blijven. Toen het bijna te laat was konden zijn stafofficieren hem overtuigen toch mee te gaan.¹⁾ Als allerlaatste ging hij met de veerpont over naar Papendrecht.²⁾ Hierna werden de ponten tot zinken gebracht.

Prof. Coolen gebruikt enkele voor de ECR 40-45 afgelegde verklaringen om de juistheid van het oordeel van het Vrederechtshof te adstrueren. Sommige verklaringen zijn echter uit hun context geraakt, en in een andere volgorde geplaatst, waardoor wellicht onbedoeld een niet correcte duiding ontstaat.

Zo citeert prof. Coolen niet precies, maar geeft Calmeyers uitspraken voor de ECR in eigen bewoordingen weer. Ik citeer prof. Coolen:

"Dan snijdt de voorzitter (van de subcommissie ECR) de arrestatie van overste M. aan. Hij merkt op: "In de middag van 14 mei hebben een tweetal officieren (...) Mussert willen arresteren. Toen is er geschoten. U kunt zich toch wel voorstellen, dat alles wat er gebeurd was, voor deze officieren voldoende aanleiding was om tot die arrestatie over te gaan? Kolonel Calmeyer antwoordt dat hij zich dit, gelet op het soms vreemde gedrag van overste M, wel kan voorstellen. Hij noemt nog als voorbeeld de door M gegeven opdracht om ter plaatse aangebrachte wegversperringen (K-rollen) weg te halen. Als de voorzitter reageert met de opmerking dat dit hem toch wel "een zeer positieve aanduiding van een verraadsmentaliteit lijkt, wuift Calmeyer deze gedachte echter weg. Hij wijst nogmaals op de buitengewone warhoofdigheid van Mussert, met de toevoeging: "Ik huiver om te zeggen dat hij verraad heeft gepleegd".

Een interessante collage van prof. Coolen. Onderstaand citeer ik wat er in het verhoorverslag van de ECR letterlijk staat.

Calmeyer over het Vriesebrug incident:

"...Hij heeft o.a. tijdens de vechtwagenaanval op Dordrecht herhaaldelijk bevolen niet te schieten, omdat het Franse pantserwagens zouden zijn, terwijl het Duitse waren. Een

¹⁾ Zie verklaringen van o.a. majoor Den Boer, stafofficier van Mussert

²⁾ Zie o.a. verklaring van Calmeyer voor de ECR 40-45, pag. 542-17706

zoon van overste Boots, ik weet niet of ik goed doe, om dat te vertellen, is ook gesneuveld, eigenlijk door zijn ingrijpen. Er is een aanval gedaan (...) op een van de bruggen van Dordrecht, die verdedigd werd o.a. door de reserve luitenant Boots. Daar was een dekking gemaakt van stenen en dergelijke dingen. Die vechtwagens kwamen daar aan en de overste Mussert, die op dat punt stond, zei tegen luitenant Boots: 'Niet schieten, het zijn Franse pantserwagens. Kijk maar.' Toen richtte de luitenant Boots zich achter die dekking op, om er naar te kijken en op het zelfde moment gaf die pantserwagen een vuurstraal en hij viel dood neer."

De voorzitter: Toen wist de overste dan toch wel, dat het blijkbaar Duitsers waren, na dat schot!

Calmeyer: Ja, maar desondanks heeft hij toen daarna nog opdracht gegeven om de Krollen, dat waren van die rollen draad, die men zo kon uitrollen, om de wegen te versperren - om die op te rollen, om doorgangen te laten voor het eigen verkeer.

De voorzitter: Daarna?

Calmeyer: Ja. Dat heeft vooral, ook bij de wielrijders, zeer veel kwaad bloed gezet. De voorzitter: Dat lijkt mij toch ook wel een zeer positieve aanduiding voor een verraadsmentaliteit."

Over de terugtocht uit Dordrecht:

Ondanks het feit dat Calmeyer in 1940 naar zijn zeggen geen positief bewijs van verraad door Mussert had aangetroffen, zei hij in het verband van de terugtocht uit Dordrecht, tegen de voorzitter van subcommissie II: ...

"Op het laatste moment ging hij tóch mee naar Papendrecht. Wanneer hij nu helemaal gebleven was, dan zou men kunnen zeggen: 'hij wilde niet ontruimen ten einde in Duitse handen te vallen', maar dat heeft hij niet gedaan, hij is als allerlaatste overgestoken. Ik huiver om te zeggen dat hij verraad heeft gepleegd."

Hieruit valt niet te lezen dat Calmeyer een eventueel verraad door Mussert weg wuift, zoals prof. Coolen zegt, maar bijna het tegendeel. Calmeyer zit er duidelijk mee in de maag. Hij durft het nét niet aan om uit te spreken dat Mussert verraad heeft gepleegd. Dat is naar mijn mening in deze context de betekenis van "Ik huiver om..".

De suggestie van prof. Coolen dat Mussert creperend op de vloer liggend, opzettelijk aan zijn lot werd overgelaten door Bom en Kruithof, heb ik in mijn weerwoord op zijn reactie al afdoende weerlegd.

³⁾ ECR 40-45, pag. 311-10049

Een reactie op de reactie van majoor b.d. H. Kleingeld

Om het leesbaar te houden beperk ik me in deze *reactie* op *een reactie* tot twee punten.

1. Majoor b.d. H. Kleingeld schrijft in zijn reactie op mijn eerste artikel: 'In zijn publicatie van 2004, *Een geval van feitelijke insubordinatie*, wordt door prof. Coolen voornamelijk ingegaan op de rechtsgang van de zaak Bom/Kruithof.' Aan bedoelde rechtsgang besteed ik echter slechts één pagina, van de acht. Ook stelt Kleingeld dat er in mijn arti-

kel 'geen enkele kritische noot doorklinkt over het Vrederechtshof'. Ik vermeld inderdaad slechts dat het Vrederechtshof op last van de bezetter is ingesteld. Ik ging ervan uit dat dit de lezer voldoende duidelijkheid zou bieden. Niet waar is dat ik, zoals Kleingeld schrijft, enkele van de voor de Enquêtecommissie Regeringsbeleid 1940-1945 afgelegde verklaringen gebruik om de juistheid van het oordeel van het Vrederechtshof te adstrueren. Ik laat me in mijn artikel in het geheel niet over de juistheid of onjuistheid van het oordeel van het Vrederechtshof uit.

2. In zijn reactie op mijn tweede artikel schrijft majoor b.d. Kleingeld dat hij niet inziet dat ik - om aan te geven dat ik met hem van menig verschil - een zo venijnige en insinuerende schrijfrant nodig heb. Als ik te venijnig ben geweest, spijt me dat. Wel schokte de inhoud van het boekje van majoor b.d. Kleingeld me. Het boekje beoogt, zoals de titel zegt, een reconstructie te geven van de dood van overste Mussert. En wat zien we? Alle gebeurtenissen rond de dood worden tot in details vermeld, tot het moment waarop Mussert, door luitenant Kruithof neergeschoten, in zijn werkkamer ineenzakt. Weggelaten wordt dat, na de schoten, niemand zich meer om Mussert bekommert. Evenmin wordt vermeld dat twee officieren nog even in de werkkamer terugkeren en dat één van hen vaststelt dat overste Mussert niet dood is. Beiden verlaten echter de kamer zonder iets te ondernemen, waarna overste Mussert, zwaar gewond en hevig bloedend, geheel alleen achterblijft. Totdat Inspecteur van Politie Tienstra (die poolshoogte komt nemen) zich over hem ontfermt en (eindelijk) een arts waarschuwt. Deze arts (Folmer) laat Mussert vervolgens naar het ziekenhuis overbrengen, waar hij - na een spoedoperatie - in de late avonden overlijdt. De doodstrijd van overste Mussert, die acht uur duurde, blijft in het boekje van majoor b.d. Kleingeld geheel buiten beeld. En waarom? Omdat, zoals Kleingeld schrijft, het 'niet meer dan een stukje informatie is dat weinig toevoegt aan het verhaal' en 'er zeker geen ander licht op werpt'. Ik deel dit standpunt geenszins. Dat - na het ineenzakken van overste Mussert - zelfs niet de moeite werd genomen om te kijken of hij wel of niet dood was, staat toch ten minste op gespannen voet met de stelling van luitenant Kruithof dat hij handelde uit zelfverdediging.

Ook wordt in het boekje niets gezegd over de door de directeur van het G.E.B. tegenover inspecteur Tienstra afgelegde verklaring dat één van de twee officieren die 's middags het G.E.B.-gebouw binnendrongen, in de namiddag terugkeerde en, toen hij hoorde dat overste Mussert naar het ziekenhuis was overgebracht, zich hierover zeer ontevreden toonde en opmerkte: 'De overste had moeten worden gefouilleers.') Deze verklaring schreeuwt toch om een reactie.

G.L. Coolen

¹⁾ In het verslag, dat vele tikfouten bevat, staat inderdaad: 'gefouilleers'.

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.

Geen hele woorden in kapitalen, zoals NASCHRIFT e.a. 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.E. Stinissen , Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst;
Leden:	
voor de Koninklijke Landmacht:	Mr. A.J. Ruysendaal , Kolonel van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke Luchtmacht:	Mr. P.T. Hebly , Kolonel van de Koninklijke Luchtmacht;
voor de Koninklijke Marine:	Mr. WE. Louwerse , Kapitein ter zee;
voor de Koninklijke Marechaussee:	Mr. C.P.C. Kuijs , Kolonel der Koninklijke Marechaussee;
voor de Bestuursstaf:	Mr. J.J. Buirma , Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie; Mr. R. in het Veld , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst, Hoofd Militair Juridische Dienst Krijgsmacht;
Prof. Dr. T.D. Gill	Bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam en Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht;
Mr. R. van den Heuvel,	Vice-president en voorzitter van de Militaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem;
Prof. Mr. Th. A. de Roos,	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Universiteit van Tilburg;
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 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 hij 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"


Nederlands
uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie

Jaargang XCIX

juli/augustus 2006

Aflevering

7

INHOUD

Bijdragen

Zeeroof: door LTZA1 mr. M.D. Fink.....	225
Opmerkelijke zaken (6) – De overval op het waterfort; door prof. mr. G.L. Coolen.....	234

Strafrechtspraak

Ah 01.11.04	Voor bedreiging met woorden moet wel opzet tot bedreiging aanwezig zijn; omstandigheden die kunnen meewegen bij de bepaling van de straf Woorden geuit door iemand die wordt gewekt en nog half slapend is, worden in deze zaak niet als bedreiging gezien nu de term 'bedreiging' opzet inhoudt en daarvan is in dit geval geen sprake. Meewegen van de omstandigheden waaronder het feit werd begaan als ook het meewegen van de gevolgen (o.a. ontslag) die later voor de verdachte zijn ingetreden naar aanleiding van het feit. (Naschrift J.R.G.J.).....	239
Ah 24.12.04	Vorbereidingshandelingen voor toekomstige drugtransporten.....	242
Ah 09.05.05	Getraumatiseerd militair In zijn jeugd seksueel misbruikte militair verbeeldt zich 13-jarig meisje tegen aanranding te moeten beschermen. Opzet op zwaar lichamelijk letsel. Geen noodweer(exces) of (putatieve) overmacht, wel verminderde toerekeningsvatbaarheid. (Naschrift M.M.D.).....	244

Tuchtrechtspraak

Ah 06.12.04	a. Een beschuldiging moet de feiten inhouden en niet een kwalificatie Bij uitschelden, bespotten dienen de verweten woorden in de beschuldiging te staan. b. Wanneer mag worden afgezien van het horen van de beschuldigde in de beklagprocedure? Afzien van gehoord te worden op beklag moet door de beschuldigde ondubbelzinnig aan de beklagmeerdere zijn meegedeeld. c. Het belang van vastlegging van alle gegevens op de formulieren De militaire kamer heeft voor het vaststellen of de termijnen correct zijn de gegevens nodig van het straffenformulier of van het beklagformulier. d. Een kleine maand is niet meer 'onverwijld'. (Naschrift J.R.G.J.).....	254
-------------	---	-----

Bestuursrechtspraak

CRvB 26.05.05	Aansprakelijkheid voor verkeersongeval in Bosnië Soldaat lijdt schade ten gevolge van een door een lokale chauffeur veroorzaakt ongeluk in Bosnië. Raad: Staatssecretaris van Defensie is niet gehouden om op grond van goed werkgeverschap of billijkheid schadevergoeding toe te kennen. Van risicoaansprakelijkheid is géén sprake. Beroepongegrond.....	261
CRvB 23.06.05	Schadevergoeding voor parachutist Marinier lijdt schade ten gevolge van een ongeval tijdens parachutespringen. Raad: Staatssecretaris van Defensie is niet aansprakelijk voor de schade omdat hij aan zijn zorgplicht als werkgever heeft voldaan. Beroep ongegrond. (Naschrift F.K.O.).....	264

Opmerkingen en mededelingen

Paul Reuter Prijs voor dr. Marten Zwanenburg.....	268
---	-----

BIJDRAGEN

Zeeroof

door

LTZA1 MR M.D. FINK¹⁾

In juni 2002 wordt een koopvaardijship onder Cypriotische vlag overvallen in de territoriale zee van Somalië. De opvarenden worden gevangengenomen en de overvallers eisen een flink bedrag aan dollars voor hun vrijlating. Even buiten de territoriale wateren van Somalië vaart een Duits oorlogsschip dat deelneemt aan een internationale operatie. De commandant van het Duitse fregat krijgt van zowel Duitsland als Somalië geen toestemming om in te grijpen in wat lijkt op een daad van piraterij in de buurt van zijn schip. Waarom niet? Was hier sprake van piraterij? Wat had de commandant van het Duitse fregat kunnen doen? Had het uitgemaakt als er een Nederlands fregat aanwezig was geweest?

Deze bijdrage bevat een korte uiteenzetting van het internationale en nationale recht betreffende piraterij en van de bevoegdheden van commandanten van Nederlandse oorlogsschepen om daartegen op te treden. Tot slot haal ik enkele onderwerpen aan die adequate bestrijding van piraterij door oorlogsschepen in de weg kunnen staan.

Internationaal recht

Pirata est hostis humani generis is een adagium dat reeds eeuwen geldt. Piraterij is dan ook een misdrijf dat onder universele jurisdictie valt²⁾. Iedere staat mag daarmee optreden tegen piraterij en de daders aanhouden, arresteren en berechten. Het VN-Zeerechtverdrag bevat in de artikelen 100 t/m 107 bepalingen omtrent piraterij. Wat volgens het internationale recht precies onder piraterij dient te worden verstaan, vermeldt art. 101 VN-Zeerechtverdrag:

Piraterij is een der hiernavolgende handelingen:

a. iedere onwettige daad van geweld of aanhouding, alsmede iedere daad van plundering die door de bemanning of de passagiers van een particulier schip of een particulier luchtvaartuig voor persoonlijke doeleinden wordt gepleegd en die is gericht

(i) in volle zee, tegen een ander schip of luchtvaartuig of tegen personen of eigendommen aan boord van een zodanig schip of luchtvaartuig;

(ii) tegen een schip, een luchtvaartuig, of personen die buiten de rechtsmacht van een staat vallen.

b. iedere vrijwillige deelneming aan de exploitatie van een schip of luchtvaartuig met kennis van de feiten die het schip of luchtvaartuig tot piratenschip of piratenluchtvaartuig maken;

c. iedere opruiing tot of opzettelijke vergemakkelijking van een in letter a of b omschre-

¹⁾ Auteur is momenteel werkzaam als jurist bij de *Netherlands Maritime Force (NLMARFOR)*.

²⁾ Art. 105 VN-Zeerechtverdrag. De Engelse benaming van dit verdrag luidt: *United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS III)* overeengekomen in Montego-Bay, 1982 (Trb. 1984, 55) en in werking getreden in november 1994.

ven handeling.

Het artikel ziet op twee categorieën. Ten eerste de strafbaarstelling van de onwettige daad van geweld (onder a) mits aan bepaalde bestanddelen is voldaan. Ten tweede een categorie waar de dader centraal staat die op enigerlei wijze deelneemt aan piraterij (onder b en c). De eerste categorie spreekt het meest tot de verbeelding wanneer er over piraterij wordt gesproken. Hoofdbestanddelen die uit deze definitie kunnen worden gedestilleerd en aldus kenmerkend zijn voor het misdrijf piraterij zijn de volgende. Ten eerste dient de handeling plaats te vinden in volle zee, althans in een zone waarover de kuststaat geen soevereiniteit bezit. Ten tweede dient de handeling tegen een ander schip plaats te vinden en tenslotte moet de daad voor persoonlijke doeleinden zijn uitgevoerd. Over het eerste en derde bestanddeel hieronder enkele opmerkingen.

Volle zee

Daden die in volle zee plaatsvinden vallen juridisch gezien onder piraterij. Artikel 86 VN-Zeerechtverdrag bepaalt dat onder volle zee dient te worden verstaan: alle delen van de zee die niet zijn inbegrepen in de exclusieve economische zone (EEZ), in de territoriale zee of in de binnenwateren van een staat, of in de archipelwateren van een archipelstaat. Art 58 lid 2 VN-Zeerechtverdrag bepaalt voorts dat de artikelen betreffende piraterij ook van toepassing zijn in de EEZ voor zover dit niet onverenigbaar is met de bepalingen aangaande de EEZ. Concreet wil dit zeggen dat in beginsel buiten de 12 mijlszone van een kuststaat daden als piraterij kunnen worden aangemerkt.

Wanneer een daad plaatsvindt in de maritieme zones waarover de soevereiniteit van de kuststaat zich uitstrekt, de binnenwateren, territoriale zee en archipelwateren, kan er strikt genomen geen sprake zijn van piraterij. De territoriale zee is een maritieme zone die zich maximaal 12 zeemijl³⁾ uitstrekt vanaf de basislijn van de kust⁴⁾. De binnenwateren bevinden zich aan de landzijde van deze basislijn⁵⁾. Over het algemeen wordt in gevallen waarin een incident plaatsvindt in de territoriale zee van een kuststaat ook wel gesproken van *armed robbery at sea* in plaats van piraterij. De daden kunnen uiteraard wel bestraft worden onder de strafwet van de betreffende kuststaat. Gill merkt in commentaar op een eerdere versie van dit artikel op dat dit niet in de weg staat om in de nationale wetgeving dergelijke daden toch als piraterij aan te duiden en als zodanig te berechten. Desondanks is het maken van onderscheid tussen piraterij in nationale en internationale wetgeving relevant nu alleen met betrekking tot het laatste universele jurisdictie bestaat. Hier kom ik later in deze bijdrage op terug.

De definitie van piraterij brengt met betrekking tot het hierboven geschetste onderscheid tussen daden die binnen of buiten de territoriale zee van een staat plaatsvinden nog een extra dimensie aan: in de gevallen waar een daad buiten de rechtsmacht van een staat plaatsvindt kan deze tevens als piraterij worden aangemerkt. Een voorbeeld hiervan zou kunnen zijn wanneer de daad in de territoriale zee plaatsvindt van een staat die als *failed state* wordt aangemerkt.

Het bestanddeel volle zee levert een beperking op voor de inzet van oorlogsschepen tegen piraterij, nu in de praktijk het vaak voorkomt dat daden van piraterij (of beter: gewapende roofovervallen op zee) zich in de territoriale zee voordoen⁶⁾. Hoewel (ook) een oor-

³⁾ 1 zeemijl staat gelijk aan 1852 meter.

⁴⁾ Art. 3 VN-Zeerechtverdrag.

⁵⁾ Art. 8 VN-Zeerechtverdrag.

⁶⁾ S.P. Menefee, 'Foreign Naval intervention in cases of piracy: Problems and strategies', in *International Journal of marine and coastal law*, vol. 14 nr. 3 (augustus, 1999), 353-370, 353; R.R. Churchill, A.V. Lowe, *The Law of the Sea* (Manchester, 1999), 210.

logsschip het recht van onschuldige doorvaart in de territoriale zee van een andere kuststaat kan uitoefenen, mag het geen activiteiten ondernemen die de kuststaat op enigerlei wijze zou kunnen bestempelen als vallende onder art. 19 VN-Zeerechtverdrag. Dit betekent kort gezegd dat een oorlogsschip geen activiteiten kan ondernemen die gevaar opleveren voor de vrede, orde en veiligheid van de kuststaat wanneer het door de territoriale zee van die staat vaart. Het gebruik van enigerlei soort van wapensysteem of het gebruik van de boordhelikopter om achter een piraat aan te gaan zijn voorbeelden van niet toegestane activiteiten.

Persoonlijke doeleinden

Een ander bestanddeel van piraterij is dat de daad voor persoonlijke doeleinden dient te worden ondernomen. Dat betekent dat daden die gepleegd zijn met bijvoorbeeld politieke of terroristische motieven geen piraterij zijn. Klassieke voorbeelden van daden met politieke motieven die in dit verband vaak worden aangehaald zijn de overvallen op de *Santa Maria* in 1961 en de *Achille Lauro* in 1985. Het Portugese cruiseschip de *Santa Maria* werd gekaapt door de Portugese politiek activist Henri Galvao nadat het de haven van Willemstad verliet. Galvao probeerde vervolgens met het gekaapte schip koers te zetten naar Angola⁷⁾. Het Italiaanse cruiseschip *Achille Lauro* werd gekaapt in de Middellandse Zee door leden van een factie van de *Palestine Liberation Organisation* (PLO) teneinde druk te zetten om 50 Palestijnse gevangenen vrij te krijgen⁸⁾. Beide daden vielen bij gebrek aan persoonlijke doeleinden niet onder piraterij. Daarnaast voldeed het niet aan de definitie nu er telkens slechts één schip betrokken was. Terwijl het voor velen duidelijk was dat het incident met de *Achille Lauro* (alsook de *Santa Maria*) geen zeeroof betrof en werd bestempeld als een daad van terrorisme, waren er anderen die, voornamelijk om politieke redenen, dit toch onder piraterij trachtten te scharen⁹⁾. Hoewel maritiem terrorisme ook wel *modern piracy* wordt genoemd, is dit rechtens een verkeerde opvatting indien daaraan de conclusie wordt verbonden dat met betrekking tot de aanpak van maritiem terrorisme eveneens universele jurisdictie zou bestaan¹⁰⁾). Uiteraard kan het voorkomen dat de publieke of persoonlijk motieven minder duidelijk uit elkaar zijn te houden en maritiem terrorisme en piraterij elkaar in sommige instanties niet uitsluiten¹¹⁾. Het gaat verder buiten het bestek van deze bijdrage om uitgebreid op maritiem terrorisme in te gaan. Ik verwijs hier derhalve naar enkele in de voetnoot opgenomen bijdragen¹²⁾.

⁷⁾ Zie hierover o.m. G. Teitler, 'Zeeroof? Nederland en de zaak van de Santa Maria, januari 1961', in *Marineblad* (oktober 1994), 320-325; S.W.P.C. Braunius, 'Op de grens van volkenrecht en (internationaal) strafrecht. De zaak Santa Maria', in *Marineblad* (maart 1995), 90-92; L. van Hofwijk, *De dertien dagen van de Santa Maria* (Utrecht, geen jaar).

⁸⁾ Zie hierover A. Cassese, *Terrorism, Politics and Law. The Achille Lauro affair* (1989).

⁹⁾ Cassese, 69; B.H. Brittin, *International law for seagoing officers* (naval institute press, 1981) 101 e.v.

¹⁰⁾ A. Cassese, 69 e.v.

¹¹⁾ Zie hierover bijvoorbeeld de opmerkingen van Ko Colijn opgenomen in M.D. Fink, 'De strijd tegen piraterij. Juridische beperkingen in het internationale recht', in *Marineblad* (maart 2005), 78-87, 84 e.v. Zie voor een andere mening bijvoorbeeld A. Young, 'Local Pirate gangs, strategic waterways', in *International Institute for Asian Studies Newsletter* nr. 36 (maart 2005), 11.

¹²⁾ T.Garmon, 'International law of the sea: reconciling the law of piracy and terrorism in the wake of September 11', in *Tulane Maritime Law Journal*, vol. 27 nr. 1 (winter 2002), 257-275; M. Mejia, 'Maritime Gerrymandering: Dilemmas in defining piracy, terrorism and other acts of Violence', in *Journal of international commercial law*, vol 2(2)(2003) 153-175; R. Herbert-Burns, 'Drawing the line between piracy and maritime terrorism', in *Jane's Intelligence Review* (september 2004), 30-33.

Nederlands recht

Binnen het Nederlands recht wordt piraterij aangeduid met de term zeeroof. Zeeroof is strafbaar gesteld in de artikelen 381 tot en met 385 van het Wetboek van Strafrecht (Sr). Strafbaar onder de artikelen van zeeroof is de persoon die dienst neemt op een schip wetende dat het bestemd is om in open zee daden van geweld te plegen tegen andere vaartuigen of tegen zich daarop bevindende personen of goederen, zonder daartoe gemachtigd te zijn¹³), dan wel een schip voor die bestemming uitrust¹⁴) of een schip daarvoor verhuurt¹⁵) of in de macht brengt van zeeroovers¹⁶). Waar in het VN-Zeerechtverdrag piraterij gecategoriseerd is naar de daad en de dader, richt de Nederlandse strafwet zich alleen tegen handelingen van een dader en stelt de onwettige daad van geweld zelf niet sui *generis* strafbaar. De daad kan uiteraard wel onder andere strafbepalingen worden ondergebracht. Nu de artikelen 381-385 Sr niet zoals het internationale recht verwijzen naar een (eerder) gepleegde daad, lijkt het dan ook volgens de Nederlandse strafwet niet noodzakelijk dat de daad ook daadwerkelijk moet zijn gepleegd. Zelfs hoeft zeeroof niet op enige plek in zee plaats te vinden. 'Eerder de samenspanning tot het plegen van zeeroof is strafbaar gesteld', meent Noyon dan ook hierover¹⁷). Aangezien de verwijzing naar een onwettige daad van geweld niet is opgenomen zou de Nederlandse strafwet daarmee wellicht een ruimere opvatting kunnen hebben van wat onder zeeroof dient te worden verstaan dan het internationale recht.

Artikel 4 aanhef en onder 5° Sr bepaalt onder meer dat de Nederlandse strafwet tevens toepasbaar is op (*een*)ieder die zich buiten Nederland schuldig maakt aan de strafbaarstellingen omschreven in de artikelen 381-385 Sr. Daarmee is voor Nederland de universele jurisdictie vastgesteld ten aanzien van zeeroof zoals dit in nationale wetgeving is opgenomen. Zoals gezegd zijn de definities van piraterij *iure gentium* en van zeeroof niet gelijk aan elkaar. Gelet op wat onder het nationale recht onder zeeroof kan worden verstaan, zou dit bijvoorbeeld betekenen dat een Nederlands oorlogsschip de bemanning die heeft dienstgenomen op een schip al kan aanhouden wanneer er een verdenking bestaat dat het schip bestemd is om zeeroof te plegen zonder dat er een daadwerkelijke daad van zeeroof heeft plaatsgevonden. Sterker, een Fransman die zijn boot in de haven van Aden verkoopt aan een Tunesier die daarmee zeeroof zou willen plegen kan door Nederland, wanneer het daartoe de mogelijkheid zou worden gelaten, worden aangehouden en berecht. Hoewel de Nederlandse strafwet voor het delict zeeroof bepaalt dat dit ook buiten het territorium en ten aanzien van een ieder kan worden uitgeoefend, zal daadwerkelijk optreden slechts kunnen voor zover het volkenrecht dit toelaat. Met andere woorden, wanneer de nationale definitie ruimer is dan wat onder het volkenrecht onder piraterij wordt verstaan, kan uitoefening van jurisdictie niet zonder de toestemming van betrokken staten gebeuren. Slechts met betrekking tot datgene wat volkenrechtelijk onder piraterij valt bestaat universele jurisdictie. Jennings en Watts menen dan ook dat een staat weliswaar de term piraterij ruimer kan interpreteren in het nationale recht, maar dat deze slechts kan worden gehandhaafd ten aanzien van eigen onderdanen¹⁸).

¹³) Art. 381 Sr. Dit laatste bestanddeel ziet naast oorlogsschepen toe op de obsoleete praktijk van het uitgeven van kaperbrieven. Vanwege deze obsoleete praktijk zijn op 1 februari 2006 de historische overblijfselen hiervan, primair opgenomen in de artt. 388 en 389 Sr, uit het Wetboek van Strafrecht gehaald (Stb. 2006, 11 en Stb. 2006, 23).

¹⁴) Art. 383 Sr.

¹⁵) Art. 384 Sr.

¹⁶) Art. 385 Sr.

¹⁷) Zie T.J. Noyon, *Het wetboek van strafrecht*, deel III (Arnhem, 1949), 347 e.v.

¹⁸) R. Jennings, A. Watts (ed.), *Oppenheim's International Law* (9th edition, New York, 1996), 754.

Bevoegdheden van commandanten¹⁹⁾)

Het VN-Zeerechtverdrag bepaalt dat slechts oorlogsschepen of andere schepen waarvan duidelijk is dat deze in dienst zijn van de staat en daartoe gemachtigd zijn om in te grijpen, mogen optreden tegen piraterij²⁰⁾).

Teneinde commandanten van Nederlandse oorlogsbodems bevoegdheden te verlenen tot het opsporen van daden van zeeroof, wordt onder titel VI A (strafvordering buiten het rechtsgebied van een rechtbank) in art. 539d Sv bepaald dat commandanten van oorlogsschepen kunnen worden belast met de opsporing van bepaalde feiten. Die aanwijzing voor onder meer het misdrijf zeeroof heeft plaatsgevonden in de Aanwijzing van commandanten tot opsporingsambtenaar van bepaalde *strafbare feiten*²¹⁾) (hierna: Aanwijzing). De Aanwijzing dient ervoor om ten aanzien van bepaalde strafbare feiten bevoegdheden toe te kennen die een commandant anders niet zou hebben. Deze Aanwijzing is echter in januari 2005 ingetrokken²²⁾). Deze intrekking is gedaan, zoals blijkt uit de toelichting, als onderdeel om de regeldruk te verminderen en omdat dit regelingen betroffen die hun betekenis zouden hebben verloren. Het huidig tijdsgewricht laat echter wat betreft zeeroof toch een andere realiteit zien. De intrekking zou betekenen dat commandanten niet meer op voorhand de bevoegdheden bezitten voor wat betreft de opsporing van zeeroof, maar ingevolge art. 539b Sv pas toegekend krijgen na aanwijzingen van de officier van justitie, tenzij zodanige aanwijzingen niet kunnen worden afgewacht. Mocht één van deze twee gevallen plaatshebben, dan kan ingevolge art. 539a Sv de commandant buiten het rechtsgebied van een rechtbank dwangmiddelen toepassen die aan een gewoon opsporingsambtenaar toekomen, totdat de aangehoudene of het inbeslaggenomen voorwerp is overgeleverd aan de (hulp)officier van justitie. De vraag is, nu de Aanwijzing is ingetrokken, of de tweede afdeling van titel VI A (artt. 539g t/m 539t Sv) aangaande de toepassing van bijzondere dwangmiddelen enig verband houdt met art. 539d Sv, zodat deze slechts kunnen worden toegepast wanneer er sprake is van een eerdere aanwijzing. De tweede afdeling van onderhavige titel geeft een verruiming van bevoegdheden aan commandanten aangezien art. 539g Sv bepaalt dat de bevoegdheid omschreven in art. 52 Sv tevens toekomt aan commandanten. Voorts verwijst art. 539h lid 3 Sv naar art. 435 lid 4 Sv. Beide verwijzingen betreffen het staande houden teneinde iemands identiteitsgegevens kenbaar te laten maken. Had de wetgever de systematiek voor ogen zoals hierboven geschetst, waardoor er geen bijzondere opsporingsbevoegdheden door commandanten mogen worden uitgevoerd anders dan na een aanwijzing, dan lijkt het antwoord op deze vraag helder.

Hoewel in het nationale recht de opsporingsbevoegdheid in eerste instantie alleen aan opsporingsambtenaren toekomt, kan een vergelijking met het internationaal recht van de

¹⁹⁾ Onder commandant dient ingevolge art 136a lid 4 Sv de bevelhebber van een Nederlands oorlogsschip of een Nederlands militair luchtvaartuig te worden verstaan.

²⁰⁾ Art. 107 VN-Zeerechtverdrag. Duitsland heeft, aansluitend bij het incident uit de inleiding, binnen de nationale wetgeving bepaald dat het bestrijden van piraterij een politietaak betreft en geen taak voor oorlogsschepen. Duitse commandanten van oorlogsschepen kunnen dan ook in beginsel niet optreden tegen piraterij. Zie hierover *Kommandanten-Handbuch. Rechtsgrundlagen für den Einsatz von Seestreitkräften* (1999), 99 e.v. Het Duitse handboek benadrukt in dit verband dat een achterdeur hieromtrent kan worden geopend door art. 98 VN-Zeerechtverdrag, waarin wordt bepaald dat hulp dient te worden verleend aan iedereen die op zee in levensgevaar verkeert.

²¹⁾ Stcr. 1968, 133. Gewijzigd bij beschikking van 24 juli 1974, Stcr. 1974, 148.

²²⁾ Justitie-intrekkingsregeling van 6 december 2004, nr. 532126510416 in Stcr. 31 december 2004, 254.

zee niet uitblijven. Op volle zee hebben oorlogsschepen het *droit d'enquete* (verificatierecht), hetgeen regel van gewoonterecht is²³). Dit verificatierecht kan tevens gevonden worden in art. 110 VN-zeerechtverdrag, op grond waarvan oorlogsschepen visitaties kunnen uitoefenen op andere schepen wanneer deze verdacht worden van het niet of verkeerde vlag (lees: nationaliteit) voeren. De praktische kant van de bevoegdheden die voortvloeien uit art. 110 VN-zeerechtverdrag, namelijk het visiteren ter verificatie van de nationaliteit (door middel van een onderzoek aan de scheepspapieren), vertoont enige gelijkennis met de bevoegdheden die een opsporingsambtenaar zou uitoefenen. Vanuit deze optiek beschouwd zou men kunnen zeggen dat een commandant daartoe niet aangewezen hoeft te worden zodat de tweede afdeling niet onder de Aanwijzing valt. Anders dan de artikelen 539g en 539h lid 3 Sv zijn de artikelen in de rest van de afdeling namelijk bevoegdheden die volgen uit de aanhouding en voornamelijk plaatsvinden onder leiding van de officier van justitie. De commandant kan in deze gezien worden als de verlengde arm van Justitie. Voor het uitoefenen van de bevoegdheden die voortvloeien uit de eerste afdeling is duidelijk dat deze niet anders dan via de Aanwijzing kunnen plaatsvinden. Hoewel deze opzet een lans probeert te breken voor de conclusie dat de eerste afdeling wel onder 539d Sv valt en de tweede afdeling niet, lijkt het mij dat de meest heldere manier om de bevoegdheden vast te stellen voor commandanten met behulp van een aanwijzing ex 539d Sv dient te zijn. Op die manier bestaat er geen onduidelijkheid over wat een commandant wel en niet zou kunnen ondernemen. Overigens zou deze conclusie wel tot een hernieuwde aanwijzing nopen.

Vijandelijke macht

Tot slot met betrekking tot het Nederlands recht een korte opmerking die verband houdt met zeeroof en een artikel uit het Wetboek van Militair Strafrecht (MSr) dat tegenwoordig vaker de aandacht heeft²⁴). Art. 71 MSr bepaalt als tweede mogelijkheid dat zodra een gedeelte der krijgsmacht is aangewezen ter bestrijding van een vijandelijke macht, wordt ten aanzien van dat gedeelte, totdat die taak is geëindigd, tijd van oorlog aanwezig geacht, en, ten aanzien van datzelfde gedeelte, de personen tegenover wie het geweld der wapenen wordt of kan worden aangewend, worden gelijkgesteld met de vijand. Volgens de wetshistorie van het Wetboek van Militair Strafrecht blijkt dat Van der Hoeven met vijandelijke macht zeeroovers en kapers heeft bedoeld²⁵). Hoewel dit in eerste instantie een achterhaalde optie lijkt, heeft deze mogelijkheid toch enige actuele relevantie. Momenteel²⁶) vindt rondom het Arabisch Schiereiland het maritieme gedeelte van operatie *Enduring Freedom* (OEF) plaats. Op de Nederlandse eenheden die aan deze operatie deelnemen is het zeeoorlogsrecht van toepassing aangezien het optreden plaatsvindt in een gewapend conflict. In het operatiegebied van *Task Force* (TF) 150²⁷), worden de eenheden, die onder Nederlands commando staan, niet zelden geconfronteerd met daden van pirateerij. Het toepassen van art. 71 MSr zou in deze context wellicht enige waarde hebben, nu in dit geval wellicht ook een beroep op art. 38 MSr kan worden gedaan. De vraag is ech-

²³) Jennings en Watts, *Oppenheim's International Law*, 736. Francois spreekt zelfs van een recht van aanhouding. J.P.A. Francois, *Grondlijnen van het Volkenrecht* (Zwolle, 1954), 675.

²⁴) Zie bijv. recent hierover, N. Huisman, 'Tijd van oorlog in Afghanistan', in: *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, januari 2006, jrg. XCIX, afl. 1, 1-12.

²⁵) H. van der Hoeven, *Militair straf- en tuchtrecht. Eerste deel. Geschiedenis van het Wetboek van Militair Strafrecht* (Leiden, 1903), 554.

²⁶) 2 maart 2006.

²⁷) TF 150 is een internationaal verband dat opereert in een afgebakend operatiegebied dat reikt van de Rode Zee tot en met de Straat van Hormuz, en waarin operaties in het kader van OEF plaatsvinden.

ter in hoeverre deze twee juridische grondslagen voor het maritieme optreden -deelname aan een gewapend conflict en het optreden dat plaatsvindt op grond van het strafrecht-weliswaar uitgevoerd binnen het kader van een en dezelfde operatie, op deze manier met elkaar gecombineerd kunnen worden. Nu met een aanwijzing ex art. 71 MSr. een piraat met de vijand wordt gelijkgesteld, heeft dat er alle schijn van.

Andere overwegingen bij het bestrijden van piraterij

Hiervoor is aangegeven dat ingevolge de definitie zoals opgenomen in het internationale recht niet alle incidenten van geweld in zee kunnen worden gekwalificeerd als piraterij. Bij de inzet van oorlogsschepen tegen zeeroof zijn er ook nog andere juridische overwegingen waarmee rekening dient te worden gehouden.

Rechtsmacht in maritieme zones

Zoals duidelijk is geworden houdt de kwestie wat al dan niet in het internationale recht als piraterij bestempeld kan worden nauw verband met de verschillende maritieme zones. Over waar de maritieme zonegrenzen van staten zouden moeten liggen is niet elke staat het eens. Enkele landen erkennen bijvoorbeeld niet dat de territoriale zee zich maximaal tot 12 zeemijl mag uitstrekken en claimen ook daarbuiten jurisdictie. Een voorbeeld van een land dat weliswaar de maximale breedte van 12 zeemijl erkent, maar door een andere dan toegestane basislijn aan te houden, de 12 mijlszone verder in zee legt zodat tevens de rechtsmacht zich verder in zee zou uitstrekken, is Iran. Andere kwesties van dezelfde orde zijn betwiste gebieden waarover meerdere staten jurisdictie claimen²⁸). Deze kwesties kunnen ertoe nopen dat de aanwezigheid en activiteiten van oorlogsschepen van bepaalde naties ongewenst zijn en in deze gebieden beperkt dienen te blijven tot het hoogst noodzakelijke. Andersom kan er sprake zijn van te weinig rechtsmacht in een maritieme zone. Zoals hiervoor reeds aangehaald kan daarvan sprake zijn bij een *failed state* in wiens territoriale zee een daad plaatsvindt. Het verkrijgen van toestemming van de kuststaat is dan bijvoorbeeld om diverse redenen een bijkomende moeilijkheid. Dit zou bijvoorbeeld een extra complicatie kunnen vormen met betrekking tot het incident uit de inleiding waarbij het de vraag is of het verkrijgen van toestemming van Somalië om de territoriale zee te betreden überhaupt tot de mogelijkheden behoort. Door deze problematiek kan het effectief bestrijden van piraterij verhinderd worden.

Ook als maritieme zones of de rechtsmacht daarin niet betwist worden, bestaan er juridische beperkingen ten aanzien van het optreden in maritieme zones van andere kuststaten. Elke maritieme zone heeft immers zijn eigen juridisch regime. Wanneer de daad in volle zee wordt gepleegd, kan een piratenschip bijvoorbeeld niet zonder toestemming van de kuststaat worden gevolgd in de territoriale zee van een andere staat. Een omgekeerde versie van *hot pursuit*²⁹) kent het internationale recht niet. De Verenigde Staten betogen

²⁸) Dit komt voornamelijk voor in het Aziatische deel van de wereld, zoals in de Chinese zee, waar talloze eilanden verspreid liggen. Voorbeelden zijn de Spratley eilanden en Tiaoyu/Senkoku eilanden die een onenigheid tussen China en Japan veroorzaken. Zie hierover o.m. J. Mo, 'Options to combat maritime piracy in the South east Asia', in *Ocean development and international law*, vol. 34 (2002), 343-358, 350 e.v.; S. Wei Su, 'The territorial dispute over the Tiaoyu/Senkoku Islands: an update', in *Ocean development and international law*, vol. 36 (2005), 45-61.

²⁹) Wanneer een (vreemd) schip de wetten en voorschriften van een kuststaat heeft overtreden in een zone waarover de kuststaat ten aanzien van de overtreden wetten en voorschriften rechtsmacht heeft, kan deze de achtervolging tot in volle zee voortzetten. Zie art. 111 VN-Zeerechtverdrag.

met betrekking tot het spanningsveld tussen de rechten van de kuststaat en de bestrijding van piraterij overigens dat wanneer het gevaar levensbedreigend is en de toestemming van de kuststaat niet kan worden afgewacht, de achtervolging wel kan plaatsvinden tot in de territoriale zee"). Een recent Nederlands voorbeeld dat met de materie van rechtsmacht in diverse maritieme zones verband hield, speelde in 2005. In januari van dat jaar was de inzet van oorlogsschepen tegen piraterij onderwerp van kamervragen toen in november 2004 een Nederlands koopvaardijship in de Straat van Malakka slachtoffer was geworden van piraterij"). De vraag of Nederlandse oorlogsschepen daar iets aan konden doen werd ontkennend beantwoord, mede vanwege het complex van juridische zeeregimes³²⁾ in die regio zodat de minister zich zeer terughoudend opstelde ten aanzien van mogelijke inzet van oorlogsschepen tegen zeeroof in dat gebied.

Aut dedere aut judicare

Elke staat kan een aangehouden zeeroof in eigen land onder eigen wetten berechten. Om verschillende redenen kan de berechting ook door een andere staat worden gevraagd die er meer belang bij heeft om tot berechting over te gaan. Andersom kan Nederland tevens besluiten geen rechtsmacht te willen uitoefenen in een bepaalde zaak³³⁾. Aan de mogelijke uitlevering van een zeeroof aan een andere staat kleven echter weer andere juridische beperkingen. Voor Nederland geldt dat geen uitlevering plaatsvindt aan staten die de doodstraf zouden kunnen opleggen. Nu zeeroof een zeer ernstig vergrijp is, is het niet uitgesloten dat andere landen de doodstraf op een dergelijk vergrijp hebben staan en deze ook daadwerkelijk zullen uitvoeren³⁴⁾.

Tot slot

Het incident uit de inleiding vond plaats in de territoriale zee van Somalië. Of dit geval als piraterij kan worden beschouwd en of een commandant van een oorlogsschip kan ingrijpen hangt af van factoren die zowel het internationale als het nationale recht raken. Factoren zoals de definitie van piraterij onder internationaal en nationaal recht, de mate van soevereiniteit van een staat over een maritieme zone en de inbedding in het nationale recht van de bevoegdheden van een commandant houden alle verband met dit vraagstuk.

De overweging om al dan niet in te grijpen dient daarnaast ook nog te worden afgezet tegen de meer praktische overwegingen, zoals het beschikken over middelen om potenti-

³⁰⁾ Zie hierover par. 3.5.3.2 van het Amerikaanse *Commander's handbook on the law of naval operations*. In A.R. Thomas, J.C. Duncan (ed.), *International law studies* vol. 73 (Naval War College, 1999). Recente ervaringen in TF 150 laten overigens zien dat de maritieme eenheden van de Verenigde Staten deze visie zeer terughoudend in de praktijk brengen. Een visie die mijns inziens niet meer in het huidige tijdsgewricht past vinden we bij Smith: '...*naval officers need not hesitate to pursue the pirate within territorial waters or even attack him on shore*', in H.A. Smith, *The law and custom of the sea* (London, 1950), 51.

³¹⁾ Antwoorden op de kamervragen over piraterij in de Straat van Malakka, 17 januari 2005. www.mindef.nl/nieuws/parlement/kamervragen/20050117_piraterij.html, geraadpleegd 26 december 2005.

³²⁾ In de omgeving van de Straat van Malakka, krijgt men te maken met o.m. het zeestratenregime en archipelregime.

³³⁾ Volgens Orië en Sjöcrona is Nederland over het algemeen terughoudend in het aannemen van universele jurisdictie. Zie J.M. Orië, A.M.M. Sjöcrona, *Internationaal strafrecht vanuit Nederlands perspectief* (Deventer 2002), 69 e.v.

³⁴⁾ China veroordeelde in 2000 zeeroovers ter dood voor de dodelijke overval op het schip de Cheung Son. In: Mo, 'Options to combat maritime piracy in the South East Asia', 349.

eel zwaar bewapende zeerovers succesvol te kunnen overheersen. Voorts dient de overweging gemaakt te worden of het ingrijpen niet in conflict treedt met de uitvoering van de operatie waaraan het oorlogsschip deelneemt.

Uiteraard zijn er nog andere juridische invalshoeken van waaruit het bestrijden van piraterij kan worden benaderd waarvan enkele terloops zijn genoemd. In het kader van een korte algemene uiteenzetting van piraterij in het nationale en internationale recht, zijn deze hier verder niet aan de orde gekomen³⁵). Het genoemde voorbeeld in de inleiding is zeker niet het enige en opzichzelfstaande incident dat zich heeft afgespeeld rondom de Somalische wateren³⁶). Incidenten van piraterij komen veelvuldig voor in verschillende gebieden van de wereld, waarbij het niet uitgesloten is dat Nederlandse oorlogschepen, zoals we hebben gezien in de deelname aan TF 150, vaker in aanraking komen met deze materie. Reden te meer om nog eens aandacht aan dit onderwerp te besteden.

³⁵) Zoals de vraag in hoeverre zelfverdediging of de verplichting tot het verlenen van hulp in zee (art. 98 VN-zeerechthverdrag) in het licht van bestrijding van piraterij als effectief middel kan worden ingezet.

³⁶) Een recent geval betrof een Taiwanees schip dat in januari 2006 werd overvallen door Somalische piraten voor de Somalische kust. Nadat het losgeld was betaald kwamen de gekaapte bemanningsleden weer vrij. Zij werden vervolgens opgevangen door Nederland

OPMERKELIJKE ZAKEN (6)

De overval op het waterfort

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

Hoe een gebeurtenis die alom voor onmogelijk wordt gehouden, toch plaatsvindt en leidt tot een strafzaak die uitmondt in een veroordeling tot een gevangenisstraf van één dag.¹⁾

Het Waterfort

Het *Waterfort*: een te Willemstad op het eiland Curaçao gelegen vestingwerk, omgeven door een zware stenen muur met slechts één opening, een houten poort die uitkomt op een plein, het Gouvernementsplein.²⁾ Het fort ligt aan de monding van de St. Annabaai, die toegang geeft tot het Schottegat, de natuurlijke binnenhaven van Willemstad. Het fort is zo gebouwd dat - wie eenmaal de houten toegangspoort is gepasseerd - zich vrijelijk binnen de muren van het vestingwerk kan bewegen. Ook de achter in het fort gelegen wapen- en munitiebergplaatsen zijn eenvoudig bereikbaar.³⁾

Het is het jaar 1929. In het *Waterfort* zijn de op Curaçao gestationeerde Nederlandse troepen gelegerd, in totaal ongeveer 150 man. De troepen zijn niet alleen belast met de verdediging van de kolonie tegen aanvallen van buiten, maar ook met de handhaving, intern, van de openbare orde, met politiediensten dus.⁴⁾ Het garnizoen staat onder bevel van kapitein A.F. Borren, die - als een van de weinigen - niet op het terrein van het fort woont. Hij heeft, tegen de zin in van de Gouverneur, een woning betrokken op *Plantersrust*, aan overzijde van de St. Annabaai.

Nederlandse oorlogsschepen zijn niet in het gebied gestationeerd. Hiervan is weloverwogen afgezien.⁵⁾

De overval

Op zaterdagavond, 8 juni 1929, zit fuselier Nellen op een bank vóór het binnen de muren van het *Waterfort* gelegen wachtgebouw.⁶⁾ Hij kijkt uit op de houten poort die, zoals gebruikelijk, geheel openstaat. De poort wordt niet bewaakt. De planton - die avond brigadier Tamboer - heeft zich met toestemming van de wachtcommandant van zijn post verwijderd. Plotseling komen twee trucks vanaf het Gouvernementsplein in volle vaart de poort binnengereden. Nellen schrikt op en roept met luide stem *Poco, poco*, maar het helpt

¹⁾ De namen in deze bijdrage zijn niet verzonnen.

²⁾ De naam Curaçao werd destijds niet alleen gebruikt ter aanduiding van het eiland, maar ook ter aanduiding van de gehele (zes eilanden omvattende) kolonie. In 1948 is voor (alleen) de kolonie de naam Curaçao vervangen door: de Nederlandse Antillen.

³⁾ Het Waterfort is in 1955 afgebroken. Op het terrein van het fort staat thans een hotel.

⁴⁾ Zie hieromtrent J.P.E.G. Smeets, *Het Korps Politietroepen 1919-1940*, proefschrift RU Leiden 1997; zie met name hoofdstuk 5, Militaire politietroepen op de Antillen.

⁵⁾ Ph.M. Bosscher, *De Koninklijke Marine in de Tweede Wereldoorlog*, deel I, blz. 74. Overigens spreekt Bosscher, als hij de overval aansnijdt, niet van het *Waterfort*, maar van het fort *Amsterdam* (dat naast het *Waterfort* is gelegen).

⁶⁾ Het in deze paragraaf vermelde is ontleend aan de getuigenverklaringen, weergegeven in de in noot 18 genoemde sententie.

niet. De trucks rijden met grote snelheid door en stoppen binnen de muren van het fort. Uit de voorste truck springt een man die onmiddellijk enkele schoten afvuurt in de richting van het wachtgebouw. Anderen volgen. Zij springen schreeuwend van de trucks, de wapens in de hand, overwegend machetas, sommigen dragen een geweer. De gehele groep telt naar schatting 40 tot 50 man. Het zijn Venezolanen.

Fuselier Nellen rent het wachtgebouw binnen en trekt zijn klewang. In het gebouw zijn aanwezig de brigade-commandant, sergeant-majoor Vaas, en fuselier Narain. Beiden hebben een revolver in de hand. Het is echter te laat. Gedrieën worden zij door een groep binnenstormende Venezolanen overmeesterd en weggevoerd.⁷⁾

Andere Venezolanen rennen schietend en schreeuwend in de richting van de achter in het fort gelegen wapen- en munitiebergplaatsen. Met veel geweld worden de deuren ingeslagen. Enkele worden opengemaakt met sleutels, weggehaald uit het wachtgebouw. Alles wat in de bergplaatsen ligt opgeslagen, wordt buitgemaakt. Van verzet van Nederlandse zijde is nauwelijks sprake. Het is zaterdagavond. De meeste militairen hebben het fort verlaten en bevinden zich in de stad.⁸⁾

Eerste-luitenant Berger, die zich in de binnen de muren van het fort gelegen woning van eerste-luitenant Hulst bevindt, hoort het schieten en het geschreeuw. Als hij naar buiten gaat, ziet hij brigadier Van Drongelen, die op de muur van het fort is geklommen. Hij is gewond en roept tegen Berger: 'De Venezolanen zijn in het fort; alles wordt afgeslacht.' Berger gaat geschrokken naar binnen en belt onmiddellijk kapitein Borren, die thuis is. Zijn boodschap is kort: 'Kapitein, de Venezolanen vallen het fort aan.' Ook waarschuwt Berger de Gouverneur.

Kapitein Borren veronderstelt dat het om een zaterdagavondrelletje gaat en stapt zonder nadere vragen te stellen in de auto en rijdt met hoge snelheid rechtstreeks naar het *Waterfort*. Als hij de poort binnenrijdt, wordt op de auto geschoten. Een Venezolaan met een mes in de hand springt op de treeplank, maar verdwijnt weer als kapitein Borren zijn revolver trekt en een schot lost. Als de auto even later stopt en Borren uitstapt, wordt hij door een groep gewapende Venezolanen ingesloten en overmeesterd. Hij wordt naar het wachtgebouw gebracht en voorgeleid voor een man die hij kent: de Venezolaan Rafael Simón Urbina, een revolutionair die tijdens een eerder verblijf op het eiland enkele weken in het *Waterfort* gevangen heeft gezeten. Urbina is, samen met enkele geestverwanten, de avond vóór de overval op Curaçao aangekomen en heeft ter plaatse de opstandige Venezolanen gerekruteerd.⁹⁾ Hij treedt op als hun aanvoerder.

Urbina gelast kapitein Borren naar de Gouverneur te gaan en hem te zeggen dat hij en zijn medestrijders onmiddellijk in de gelegenheid dienen te worden gesteld om met het in de St. Annabaai liggende Amerikaanse stoomschip *Maracaibo* naar Venezuela te vertrekken, met medeneming van de door hen buitgemaakte wapens en munitie. Zo niet, dan zal de stad worden geplunderd en de *Isla*, de ter plaatse gevestigde olieraffinaderij van Shell, in brand worden gestoken.¹⁰⁾

⁷⁾ Volgens een officieel communiqué van het Ministerie van Koloniën, geplaatst in het avondblad van De Telegraaf van maandag, 10 juni 1929, werd sergeant-majoor J. Vaas hierbij gedood. Het communiqué spreekt eveneens van twee zwaar gewonden en enkele licht gewonden. De Telegraaf zelf spreekt van twee doden en verscheidene gewonden. Smeets (t.a.p., blz. 56) maakt melding van twee gesneuvelden (sergeant-majoor Vaas en sergeant Marcuse) en twee gewonden.

⁸⁾ Volgens Smeets (t.a.p. blz. 54) verbleven op de avond van de overval slechts 35 militairen binnen de muren van het fort.

⁹⁾ Op Curaçao woonden destijds, in het kamp *Rio Canario*, enige duizenden Venezolanen, onder wie vele woelige elementen en revolutionairen.

¹⁰⁾ Urbina stond de omverwerping van het dictatoriale bewind van de Venezolaanse president Juan Vicente Gómez (1908-1935) voor ogen.

Borren doet wat hem wordt opgedragen en brengt de eis van Urbina over aan de Gouverneur, ir. L.A. Fruytier, die zich in zijn ambtswoning bevindt.¹¹⁾ Met het *Waterfort* bezet en de wapen- en munitiebergplaatsengeplunderd zit er weinig anders op dan aan de eis toe te geven. De *Maracaïbo* wordt voor vertrek in gereedheid gebracht en, zodra het schip klaar is, wordt de buit ingeladen, waarna Urbina en zijn mannen zich aan boord begeven. Zij dwingen de Gouverneur en kapitein Borren hen te volgen.

In de nachtelijke uren verlaat de *Maracaïbo* de St. Annabaai en steekt over naar Venezuela. In de buurt van de stad *Coro* worden de opstandelingen aan land gezet, waarna de Gouverneur en kapitein Borren toestemming krijgen met het schip terug te keren naar Curaçao.¹²⁾ Op zondagochtend, 9 juni 1929, meert de *Maracaïbo* af in de haven van Willemstad.

De gevolgen

In Nederland wordt geschokt op de gebeurtenissen gereageerd. Men is verbijsterd. In allerijl worden twee oorlogsschepen, Hr. Ms. *Kortenaer* en Hr. Ms. *Hertog Hendrik*, naar het Caraïbisch gebied gezonden, beide met een detachement mariniers aan boord. Aan de bemanningen wordt de bekendmaking gedaan, bedoeld in artikel 71 van het Wetboek van Militair Strafrecht. Dit betekent dat voor beide schepen tijd van oorlog aanwezig wordt geacht.¹³⁾ Intussen is op Curaçao door de Gouverneur de staat van beleg afgekondigd.¹⁴⁾

Kapitein Borren wordt gelast zich schriftelijk - door het indienen van een 'gedetailleerd militair rapport' - bij de Minister van Defensie te verantwoorden. Ook wordt een commissie benoemd, onder voorzitterschap van A. Hoorweg, oud-hoofd van de Algemene Politie in Nederlandsch-Indië, die de opdracht krijgt een administratief-technisch onderzoek naar de gebeurtenissen in te stellen.

Begin augustus 1929 dient kapitein Borren het van hem verlangde militaire rapport in. Korte tijd later volgt het rapport van de *commissie-Hoorweg*.

In die dagen gold de *justificatieprocedure*. Deze procedure, neergelegd in de (per 1 januari 1991 vervallen) *Provisionele Instructie voor het Hoog Militair Gerechtshof*, hield in dat de militaire rapporten, die commandanten in geval van het verlies van een post (of van een oorlogsschip) gehouden waren in te dienen, na ontvangst moesten worden doorgezonden naar het Hoog Militair Gerechtshof teneinde door het Hof te worden *geëxamineerd*. Dit *examen* kon tot twee beslissingen leiden. Het Hof kon het verlies *gejustificeerd* verklaren en vervolgens ten gunste van de commandant een *dispositie tot décharge* uitgeven. Het Hof kon ook *justificatie* en het uitgeven van een *dispositie tot décharge* weigeren. In dit laatste geval moesten de stukken in handen worden gesteld van de advocaat-fiscaal 'teneinde daarin zodanig te handelen, als hij ambtshalve zal vermenen te behoren'.¹⁵⁾

Ook het militaire rapport, ingediend door van kapitein Borren, wordt - in het kader van

¹¹⁾ De Telegraaf van 10 juni 1929, het in het blad geplaatste communiqué van het Ministerie van Koloniën en Smeets geven ieder een andere lezing. Geen van deze lezingen strookt echter met de verklaring door de Gouverneur zelf op 2 oktober 1930 tegenover het HMG afgelegd

¹²⁾ De door Urbina en zijn mannen ondernomen poging de stad *Coro* in handen te krijgen liep uit op een mislukking.

¹³⁾ Zie MRT deel XXV, blz. 193-195. Op 8 juli 1929 wordt aan de bemanningen van beide schepen bekend gemaakt dat de uitzonderingstoestand van artikel 71 een einde heeft genomen.

¹⁴⁾ Per 8 juli 1929 wordt de staat van beleg weer opgeheven. Zie MRT deel XXV, Mededelingen van de Redactie, blz. 192-195.

¹⁵⁾ Zie artikel 65 e.v. PI HMG.

de *justificatieprocedure* - naar het Hoog Militair Gerechtshof doorgezonden. Later stelt de Minister van Defensie eveneens het rapport van de *commissie-Hoorweg* ter beschikking van het Hof. Nog net vóór het einde van het jaar, op 31 december 1929, neemt het Hof een beslissing: de val van het *Waterfort* wordt niet *gejustificeerd* verklaard hetgeen betekent dat ten behoeve van kapitein Borren geen *dispositie tot décharge* kan worden uitgegeven. Als de stukken vervolgens in handen worden gesteld van de advocaat-fiscaal, zendt deze het gehele dossier door naar de Gouverneur van Curaçao, die - mede op advies van Hof van Justitie van Curaçao - kapitein Borren bij beschikking van 16 april 1930 naar liet Hoog Militair Gerechtshof verwijst.¹⁶⁾

Kapitein Borren is dan al enige maanden geen commandant meer van het *Waterfort*. Hij is bij beschikking van de Minister van Koloniën van 20 november 1929 van zijn commando ontheven en, na terugkeer in Nederland, door de Minister van Defensie geplaatst bij het 14de Regiment Infanterie, gelegerd te Middelburg. Ook Fruytier is niet meer in functie als Gouverneur van Curaçao. Enige maanden na de overval is hij vervangen door B.W.T. van Slobbe.

Het proces

Na kennisneming van de beschikking tot verwijzing besluit het Hoog Militair Gerechtshof dat, gelet op de omvang van de zaak, *precedente informatiën* zullen worden gehouden. Anders gezegd: er zal een gerechtelijk vooronderzoek worden ingesteld. Omdat ook enkele in Curaçao en in Suriname verblijvende getuigen dienen te worden gehoord, neemt het vooronderzoek geruime tijd in beslag. Uiteindelijk wordt de openbare terechtzitting bepaald op 2 oktober 1930. Kapitein Borren wordt gedagvaard, waarbij hem ten laste wordt gelegd:

'dat hij, als bevelvoerend militair - immers als militair Commandant van de te Willemstad op Curaçao gelegerde en in garnizoen zijnde militaire troepen, zoomede van het aldaar aan de monding van de St. Annabaai gelegen militair bezette *Waterfort* - en als zoodanig verantwoordelijk voor de veiligheid van dat fort en de aldaar gelegerde militairen verzuimd heeft doeltreffende maatregelen te treffen ter behoorlijke militaire bewaking en verdediging van gemeld fort en van bedoelde militairen, tengevolge van welke ernstige nalatigheid het fort in den avond van 8 Juni 1929 volstrekt onvoldoende bewaakt is geweest en geheel open en onverdedigd heeft gelegen voor een onverhoedschen vijandelijken overval;

en het aldus aan zijne schuld is te wijten geweest, dat te omstreeks 9 ure van dien avond een groot aantal in twee trucks vervoerd wordende opstandelingen, onder wie zekere Urbina als aanvoerder fungeerde, met groote driestheid in snelle vaart de militair onbewaakte openstaande poort, welke vanuit het Gouvernementsplein toegang tot het *Waterfort* verleent, is kunnen binnenrijden, vervolgens de in dat fort aanwezige momentaneel nagevoeg onbewapende (...) militairen heeft kunnen overvallen, met geweld van wapenen heeft kunnen uiteenjagen en gedeeltelijk heeft kunnen overmeesteren en zich van het fort heeft kunnen meester maken, al hetwelk ook inderdaad heeft plaatsgehad.'

De terechtzitting duurt twee dagen. Op de eerste dag worden de beklaagde (kapitein Borren) en de getuigen gehoord. De tweede dag komen de advocaat-fiscaal en de raadsman aan het woord. De advocaat-fiscaal acht hetgeen beklaagde ten laste is gelegd wettig en overtuigend bewezen. Vanwege de aanwezigheid van enkele zwaarwegende verzachtende omstandigheden, vordert hij echter slechts oplegging van een gevangenisstaf van

¹⁶⁾ Zie J. Tuinstra, Het strafproces tegen den kapitein Borren, MRT deel XXVII, blz. 103-114.

vijf dagen. De raadsman, mr. J.H. Rolandus, advocaat en procureur te 's-Gravenhage, ziet vrijwel alles anders en concludeert tot vrijspraak.

Op 14 oktober 1930 doet het Hoog Militair Gerechtshof uitspraak. Het verklaart beklaagde schuldig aan hetgeen hem ten laste is gelegd en kwalificeert het bewezen verklaarde feit als:

'het als bevelvoerend militair aan zijn schuld te wijten hebben dat eenige bezette plaats door den vijand wordt overvallen, strafbaar gesteld bij artikel 74 van het Wetboek van Militair Strafrecht voor de kolonie Curaçao, in verband met de artikelen 1 van dat Wetboek en 90 van het Wetboek van Strafrecht voor die kolonie'.") Vervolgens veroordeelt het Hof beklaagde tot een gevangenisstraf voor de tijd van één dag."')

Ter verklaring van de zeer lichte straf wijst het Hof in de eerste plaats op de goede staat van dienst van beklaagde en op de uiterst moeilijke omstandigheden waaronder hij op Curaçao zijn taak moest uitoefenen. In de tweede plaats legt het Hof onomwonden een deel van de schuld bij de Nederlandse regering die, aldus het Hof, 'in het openbaar en ook in geschrifte tegenover den Gouverneur van Curaçao, opperbevelhebber van de aldaar aanwezige krijgsmacht, de politietaak der troepen steeds op den voorgrond heeft geschoven en aan hare zuiver militaire functie nagenoeg geen aandacht heeft gewijd'. En het Hof vervolgt: 'Waar beklaagde dit hem van hoogerhand gegeven voorbeeld heeft gevolgd, mogen daarvoor inderdaad verzachtende omstandigheden gelden.'

Met de sententie van het Hoog Militair Gerechtshof is de zaak nog niet ten einde. Er heeft zich een comité gevormd dat beoogt 'een gezamenlijk verzoek tot het bekomen van gratie voor den kapitein Borren bij Hare Majesteit de Koningin in te dienen'. Tweemaal wordt een verzoek om gratie ingediend, voorzien van een groot aantal handtekeningen en vergezeld van vele adhesiebetuigingen. Beide keren wordt het verzoek door de Kroon afgewezen.¹⁹⁾

Uiteindelijk wordt kapitein Borren op 9 februari 1931 opgesloten in de strafgevangenis van Breda. De volgende dag, op 10 februari, wordt hij weer vrijgelaten.

Nog één keer komt de zaak Borren in het Militair Rechtelijk Tijdschrift aan de orde; in een brief van ritmeester L.A.A.H. Weytlandt, die stelt dat de overvallers destijds ten onrechte als opstandelingen zijn aangemerkt. Ter ondersteuning van deze stelling voert Weytlandt aan: 'Vóór den overval waren er geen opstandelingen. Er was slechts een groep Venezuelanen onder leiding van Urbina. Het Waterfort kon dus ook niet door opstandelingen worden overvallen. Eerst door den overval werd Urbina opstandeling.'

De redactie spreekt in haar naschrift van 'een ongetwijfeld scherpzinnige gedachte' die echter 'niet vrij is van een zekere spitsvondigheid'. En de redactie vervolgt: 'Op het oogblik van den overval werden Urbina en zijn troep opstandelingen (vijand). De wet eischt niet dat zij dit reeds langer of korter tijd te voren waren.'"')

¹⁷⁾ Zie thans artikel 95 WvMS.

¹⁸⁾ HMG 14 oktober 1930, MRT deel XXVI, blz. 329 e.v..

¹⁹⁾ Zie MRT deel XXVII, blz. 113.

²⁰⁾ MRT deel XXVII, blz. 315-316.

STRAFRECHTSPRAAK

Rechtbank Arnhem

Militaire Kamer

Vonnissen van 1 november 2004

Voorzitter: mr.E.G. Smedema, *rechter:* mr. M.C.G.J.van Well, *militair lid:* Kolonel mr. J.B.J. Driesen

Voor bedreiging met woorden moet wel opzet tot bedreiging aanwezig zijn; omstandigheden die kunnen meewegen bij de bepaling van de straf

Woorden geuit door iemand die wordt gewekt en nog half slapend is, worden in deze zaak niet als bedreiging gezien nu de term 'bedreiging' opzet inhoudt en daarvan is in dit geval geen sprake.

Meewegen van de omstandigheden waaronder het feit werd begaan als ook het meewegen van de gevolgen (o.a. ontslag) die later voor de verdachte zijn ingetreden naar aanleiding van het feit.

(art. 285 Sr)

VERKORT VONNIS

(tegenspraak)

In de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen [verdachte], geboren op [datum] te [plaats], wonende [adres] te [plaats].

Raadsman: mr. E.D. Breuning Ten Cate, advocaat te Almelo.

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd dat:

1. "hij op of omstreeks 29 februari 2004, te of nabij Novi Travnik, althans in Bosnië-Herzegovina, X. heeft bedreigd met enig misdrijf tegen het leven gericht, althans met zware mishandeling, door toen aldaar opzettelijk dreigend, op voor die X. (duidelijk) zichtbare wijze, een schietwapen (Diemaco) te pakken en/of (vervolgens) dat wapen te spannen/door te laden en/of dat wapen te richten en/of gericht te houden op voornoemde X., althans de loop van dat wapen in de richting van die X. te houden"

2. "hij op of omstreeks 29 februari 2004, te of nabij Novi Travnik, althans in Bosnië-Herzegovina, Y. heeft bedreigd met enig misdrijf tegen het leven gericht, althans met zware mishandeling, hierin bestaande dat verdachte voornoemde Y. dreigend de woorden heeft toegevoegd: "Jij gaat (ook) om", althans woorden van soortgelijke dreigende aard en/of strekking, welke woorden verdachte uitsprak nadat hij eerder die nacht een andere militair (te weten X.) met een schietwapen (Diemaco) had bedreigd en van welke (eerdere) bedreiging die Y. op de hoogte was.

althans, indien het vorenstaande onder 2 niet tot een veroordeling leidt:

"hij als militair op of omstreeks 29 februari 2004, te of nabij Novi Travnik, in elk geval in Bosnië-Herzegovina, opzettelijk Y., die toen militair was, althans die bij of ten behoeve van de krijgsmacht werkzaam was, feitelijk heeft bedreigd met geweld door toen aldaar opzettelijk voornoemde Y. de woorden "Jij gaat (ook) om", althans woorden van soortgelijke aard en/of strekking, toe te voegen, welke woorden verdachte uitsprak nadat hij eerder die nacht een andere militair (te weten X.) met een schietwapen (Diemaco) had

bedreigd en van welke (eerdere) bedreiging die Y. op de hoogte was.

2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is laatstelijk op 18 oktober 2004 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. De militaire kamer heeft het verstek vervallen verklaard.

Verdachte is bijgestaan door mr. E.D. Breuning Ten Cate, advocaat te Almelo.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het onder 1 en 2 primair tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 3 maanden, geheel voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren, en voorts tot het verrichten van 200 uren werkstraf, subsidiair 100 dagen 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 is van oordeel dat verdachte ten aanzien van het onder 2 primair en subsidiair tenlastegelegde geen opzet kan worden verweten. Weliswaar vormt opzet geen expliciet genoemd bestanddeel van de delictsomschrijving ten aanzien van "bedreiging", maar ligt de opzet-eis wel besloten in de term. Uit het dossier en hetgeen ter terechtzitting door verdachte is verklaard blijkt dat verdachte zich nimmer bewust is geweest van het feit dat hij zijn collega Y. heeft bedreigd. Verdachte was in diepe slaap en werd door Y. gewekt. Hierbij uitte hij in schijnbaar half slapende toestand de bedreiging, welke hij zich niet kan herinneren.

De militaire kamer acht derhalve niet wettig en overtuigend bewezen hetgeen verdachte onder 2 primair en subsidiair is tenlastegelegd en zal hem daarvan vrijspreken.

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

1. hij op 29 februari 2004, te Novi Travnik, X. heeft bedreigd met enig misdrijf tegen het leven gericht,

door toen aldaar opzettelijk dreigend, op voor die X. zichtbare wijze, een schietwapen (Diemaco) te pakken en vervolgens dat wapen te spannen/door te laden en de loop van dat wapen in de richting van die X. te houden;

Hetgeen verdachte onder I 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.

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:

"bedreiging met enig misdrijf tegen het leven gericht".

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 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 21 september 2004;
 - een voorlichtingsrapportage van de (stichting) Reclassering Nederland, Unit Almelo, gedateerd 28 juli 2004, betreffende verdachte.

De militaire kamer overweegt in het bijzonder het navolgende.

Verdachte heeft zich schuldig gemaakt aan het bedreigen van een collega met een vuurwapen. Dit is een ernstig feit. Het handelen van verdachte heeft onder invloed van alcohol plaatsgevonden in Bosnië, waar verdachte was ter uitvoering van een taak in het kader van een vredesmissie van de krijgsmacht. Verdachte had dus een grote verantwoordelijkheid op zich rusten waar hij op kwalijke wijze mee is omgegaan. Door het handelen van verdachte is een zeer gevaarlijke situatie ontstaan voor de direct betrokkenen. De militaire kamer neemt hierbij in aanmerking dat verdachte het wapen heeft doorgeladen, niet op "safe" heeft gezet en het wapen vervolgens in de richting van zijn collega X. heeft gehouden. Verdachte mag derhalve van geluk spreken dat de gevolgen beperkt zijn gebleven tot dit gevaar. De militaire kamer heeft bij haar oordeel de oprecht schuldbevuste houding van verdachte meegewogen evenals het feit dat hij door dit voorval zijn baan bij Defensie is kwijtgeraakt. De militaire kamer acht strafoplegging echter onafwendbaar, mede in het kader van de generale preventie die ervan dient uit te gaan naar andere militairen die de beschikking hebben over wapens.

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 voorwaardelijke 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 en 285 van het Wetboek van Strafrecht.

8. De beslissing

[Volgt t.a.v. feit 1 een veroordeling tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van één maand met een proeftijd van twee jaren en een werkstraf van 200 uren subsidiair 100 dagen hechtenis en vrij spraak voor feit 2]

NASCHRIFT

Niet alles wat gezegd wordt, kan als bedreiging worden aangemerkt ook al klinken de woorden letterlijk wel zo. In deze zaak zouden woorden geuit zijn als 'Jij gaat ook om' maar dat gebeurde toen iemand wakker werd gemaakt en de rechtbank ziet in deze woorden door iemand die nog half in slaap is geen opzet op bedreiging.

De uitzending in het kader van een vredesmissie legt een grote verantwoordelijkheid op en het feit dat een militair onder invloed van alcohol zijn wapen richt op een collega, het doorlaadt en niet op 'safe' heeft staan, neemt de rechtbank hoog op.

Daartegenover weegt de rechtbank mee dat de verdachte nu oprecht schuld toont en ondertussen zijn baan bij Defensie heeft verloren.

De rechtbank geeft aan hier een signaal te willen geven aan andere militairen (generale preventie) zich bewust te zijn van hun verantwoordelijkheid bij het omgaan met wapens.

J.R.G.J.

—

Rechtbank Arnhem

Militaire Kamer

Vonnissen van 24 december 2004

Voorzitter: mr. E.G. Smedema, rechter: mr. M. Wesselink, militair lid: kolonel mr. A.M. van Gorp

Vorbereidingshandelingen voor toekomstige drugstransporten

(art. 10, 10a en 13 Opiumwet)

VERKORT VONNIS

In de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen naam [verdachte], geboren op [datum] te [plaats], wonende [adres].

Raadvrouw: mr. J. Haijemaïje, advocaat te Druten.

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd dat:

"hij op of omstreeks 03 maart 2004 te Rotterdam tezamen, en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen, om een feit, bedoeld in het derde of vierde lid van artikel 10 van de Opiumwet, te weten het opzettelijk bereiden, bewerken, verwerken, verkopen, afleveren, verstrekken, vervoeren en/of binnen of buiten het grondgebied van Nederland brengen van een of meer hoeveelheden van een materiaal bevattende cocaïne en/of heroïne, zijnde cocaïne en/of heroïne (een) middel(len) vermeld op de bij de Opiumwet behorende lijst I voor te bereiden en/of te bevorderen, zich en/of een of meer anderen gelegenheid, middelen en/of inlichtingen tot het plegen van dat/die feit(en) heeft getracht te verschaffen, hebbende verdachte en/of (een of meer van) verdachtes mededader(s), naar de (slinger)kiel, althans de onderzijde gedoken van een schip, te weten de EWL Central America, en/of (vervolgens) de breedte en/of dikte, althans de maten van die (slinger)kiel (ten behoeve van toekomstige bevestiging van (een) pakketten) en/of torpedo/container, althans een voor de opslag/transport van cocaïne/heroïne geschikte voorziening) opgemeten.

2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is op 13 december 2004 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr. J. Haijemaïje, advocaat te Druten.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 24 maanden, waarvan 6 maanden voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren met aftrek van de tijd in verzekering en voorlopige hechtenis doorgebracht.

Verdachte en zijn raadvrouw hebben het woord ter verdediging gevoerd.

3. De beslissing inzake het bewijs

Voor zover er in de tenlastelegging kennelijke taal- edof 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 tenlastegelegde heeft begaan, met dien verstande dat bewezen wordt geacht dat:

hij op 03 maart 2004 te Rotterdam om een feit, bedoeld in het vierde lid van artikel 10 van de Opiumwet, te weten het opzettelijk vervoeren en binnen of buiten het grondgebied van Nederland brengen van hoeveelheden van een materiaal bevattende cocaine en/of heroïne, zijnde cocaine en/ of heroïne middelen vermeld op de bij de Opiumwet behorende lijst I voor te bereiden en/of te bevorderen, inlichtingen tot het plegen van die feiten heeft getracht te verschaffen, hebbende verdachte naar de (slinger)kiel, gedoken van een schip, te weten de EWL Central America, en vervolgens de breedte en dikte van die (slinger)kiel (ten behoeve van toekomstige bevestiging van (een) pakketten) en/of torpedo container, althans een voor de opslag/transport van cocainelheroïne geschikte voorziening) opgemeten;

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:

"een feit, bedoeld in het vierde lid van artikel 10, voorbereiden of bevorderen, door een ander inlichtingen tot het plegen van dat feit trachten te verschaffen".

Het feit is strafbaar.

5. De strafbaarheid van verdachte

Er is geen omstandigheid of feit aannemelijk geworden waardoor de strafbaarheid van verdachte wordt opgeheven of uitgesloten. Verdachte is dus strafbaar.

6. De motivering van de sanctie(s)

Bij de beslissing over de straf heeft de rechtbank rekening gehouden met:

- de aard en de ernst van het bewezenverklaarde en de omstandigheden waaronder dit is begaan;

- de persoon en de persoonlijke omstandigheden van verdachte, waarbij onder meer is gelet op:

. het uittreksel uit het algemeen documentatieregister betreffende verdachte, gedateerd 20 augustus 2004;

De militaire kamer overweegt in het bijzonder het navolgende.

Verdachte heeft zich schuldig gemaakt aan het verrichten van voorbereidingshandelingen ten behoeve van toekomstige drugtransporten. Hij heeft hiertoe als duiker maten van de kiel van een schip opgenomen met het oog op toekomstige bevestiging van verdovende middelen onder deze kiel. Middels deze bevestiging zou dan de in- en/of uitvoer van

deze verboden middelen mogelijk worden. Dit is een ernstig feit mede omdat de methode wijst op vervoer van grote hoeveelheden drugs. Verdachte heeft zijn functie en vaardigheden als duiker bij de krijgsmacht misbruikt voor doeleinden welke indirect grote schade berokkenen aan de volksgezondheid. De militaire kamer heeft daarnaast als verzwarende omstandigheid in aanmerking genomen het feit dat de aard van de voorbereidingshandelingen wijzen op een professionele organisatie op het gebied van grootschalige drugshandel.

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen oordeelt de militaire kamer dat mede uit oogpunt van algemene preventie voor de afdoening van de onderhavige zaak, ondanks het feit dat verdachte waarschijnlijk zal worden ontslagen bij de Koninklijke Landmacht en ondanks het feit dat hij kostwinner is voor zijn gezin, geen andere straf in aanmerking komt dan een gevangenisstraf die deels voorwaardelijke zal zijn.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is, behalve de hiervoor genoemde wettelijke voorschriften, gegrond op de artikelen 10, 14a, 14b, 14c, 27 en 91 van het Wetboek van Strafrecht en de artikelen 2, 10, 10a en 13 van de Opiumwet.

8. De beslissing

[Volgt een veroordeling tot een gevangenisstraf van 18 maanden waarvan 6 maanden voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren].

Rechtbank te Arnhem

Militaire kamer

Vonnis van 9 mei 2005

Voorzitter: mr. E.G. Smedema, *lid:* mr. L.G.J.M. van Ekert, *militair lid:* mr. P.J. Schreuder, Kapitein ter zee van administratie.

Getraumatiseerde militair

In zijn jeugd seksueel misbruikte militair verbeeldt zich 13-jarig meisje tegen aanranding te moeten beschermen. Opzet op zwaar lichamelijk letsel. Geen noodweer(exces) of (putatieve)overmacht, wel verminderde toerekeningsvatbaarheid.

(Sr artt. 39, 40, 41, 242, 302)

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd dat:
parketnummer 05/097005-03

hij op of omstreeks 20 juni 2003 te Bovenkarspel, gemeente Stede Broec, ter uitvoering van het voornemen en het misdrijf om door geweld of een andere feitelijkheid en/of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid H.B. te dwingen tot het ondergaan van handelingen die (mede) bestonden uit het seksueel binnendringen van het lichaam van die B., welk geweld of andere feitelijkheid en/of welke bedreiging met geweld of andere feitelijkheid hierin hebben bestaan dat verdachte opzettelijk tegen de fiets van die B. heeft getrapt en/of geduwd waardoor die B. ten val is gekomen en/of die B. met geweld in de

struiken en/of bosschage heeft getrokken en/of gesleept, terwijl de uitvoering van het voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

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

hij op of omstreeks 20 juni 2003 te Bovenkarspel, gemeente Stede Broec, opzettelijk H.B. wederrechtelijk van de vrijheid heeft beroofd en/of beroofd gehouden, hierin bestaande dat verdachte opzettelijk voornoemde persoon wederrechtelijk van haar fiets heeft geduwd en/of getrapt en/of getrokken (waardoor die B. is gevallen) en/of heeft vastgepakt en/of vastgegrepen en/of haar over een afstand van (ongeveer) 17 meter, althans over enige afstand, in de struiken en/of bosschage heeft gesleept en/of getrokken en/of die B. in die struiken en/of bosschage gehouden, waarbij die B. zwaar lichamelijk letsel (te weten een gebroken bovenarm) heeft opgelopen;

meer subsidiair:

hij op of omstreeks 20 juni 2003 te Bovenkarspel, gemeente Stede Broec, aan een persoon genaamd H.B. opzettelijk zwaar lichamelijk letsel (te weten een gebroken bovenarm) heeft toegebracht, door deze opzettelijk van haar fiets te duwen en/of te trappen en/of trekken, waardoor die B. ten val is gekomen en die B. vervolgens aan haar arm en/of lichaam de struiken en/of bosschage in te trekken en/of te slepen;

meest subsidiair:

hij op of omstreeks 20 juni 2003 te Bovenkarspel, gemeente Stede Broec, ter uitvoering van het voornemen en het misdrijf om H.B. opzettelijk zwaar lichamelijk letsel toe te brengen, opzettelijk die B. van haar fiets heeft geduwd en/of te getrapt en/of getrokken, waardoor die B. ten val is gekomen en die B. vervolgens aan haar arm en/of lichaam de struiken en/of bosschage in heeft getrokken en/of gesleept, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

parketnummer 05/081171-03:

hij op of omstreeks 17 september 2003 te Bovenkarspel, gemeente Stede Broec, zich opzettelijk oneerbaar op of aan een plaats, voor het openbaar verkeer bestemd, te weten de Hertog Albrechtstraat, met ontbloot geslachtsdeel heeft bevonden.

2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is laatstelijk op 25 april 2005 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr. D. Kotterman, advocaat te Arnhem.

Ter terechtzitting van 18 oktober 2004 zijn de zaken van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem, onder bovenstaande parketnummers bij afzonderlijke dagvaardingen aanhangig gemaakt, gevoegd.

Als benadeelde partij heeft zich schriftelijk in het geding gevoegd: H.B., met als gemachtigde SRK Rechtsbijstand, mr. V.R.J. van Luijk, gevestigd Europaweg 151, 2711 ER te Zoetermeer.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het bij parketnummer 051097005-03 primair tenlastegelegde zal worden vrijgesproken. .

Voorts heeft de officier van justitie geëist dat verdachte ter zake van het bij parketnummer 051097005-03 subsidiair en het bij parketnummer 051081171-03 tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van vier (4) maanden, geheel voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren met als bijzondere voorwaarde op te leggen reclasseringstoezicht, ook als dit inhoudt behandeling bij de forensisch psychiatrische polikliniek De Waag te Amsterdam of een coortgelijke instelling.

Voorts heeft de officier van justitie geëist dat verdachte ter zake van het bij parketnummer 051097005-03 subsidiair en het bij parketnummer 05/081171-03 tenlastegelegde zal

worden veroordeeld tot een werkstraf voor de duur van tweehonderdveertig (240) uren subsidiair eenhonderdtwintig (120) dagen vervangende hechtenis, met aftrek van de tijd in verzekering en voorlopige hechtenis doorgebracht.

De officier van justitie heeft voorts verzocht dat de vordering van de benadeelde partij H.B., met als gemachtigde SRK Rechtsbijstand, mr. V.R.J. van Luijk, gevestigd Europaweg 151, 2711 ER te Zoetermeer, tot een bedrag van € 1.541,56 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 30 dagen hechtenis. Voor het overige heeft de officier van justitie verzocht dat de benadeelde partij niet-ontvankelijk zal worden verklaard in de vordering.

Ten aanzien van de door de benadeelde partij gevorderde kosten voor rechtsbijstand heeft de officier van justitie verzocht tot toewijzing van een bedrag van € 500,-.

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.

Uit het dossier en het onderzoek ter terechtzitting is de militaire kamer gebleken dat verdachte nimmer het oogmerk heeft gehad om met zijn handelen het slachtoffer te dwingen tot het ondergaan van seksuele handelingen. De militaire kamer spreekt verdachte dan ook vrij van het bij parketnummer 051097005-03 primair tenlastegelegde.

Voorts acht de militaire kamer niet bewezen dat verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan opzettelijke wederrechtelijke vrijheidsberoving van het slachtoffer; de militaire kamer motiveert dit als volgt. Uit verklaringen van verdachte en het slachtoffer blijkt dat het gebeurde zich in een zeer korte tijdsperiode heeft afgespeeld. Dit gegeven hoeft op zichzelf weliswaar strafbaarheid op basis van artikel 282 van het Wetboek van Strafrecht niet uit te sluiten maar ook is niet gebleken dat verdachte het oogmerk had om het slachtoffer van haar vrijheid te beroven. Zijn opzet was hier niet op gericht. In onderlinge samenhang bezien levert het gebeurde dus onvoldoende bewijs op voor het bij parketnummer 051097005-03 subsidiair tenlastegelegde en de militaire kamer zal verdachte hiervan vrij spreken.

Uit het dossier en het onderzoek ter terechtzitting is de militaire kamer wel gebleken dat verdachte, uitgaande van een ingebeeld dreigend gevaar, heeft gehandeld ter bescherming van het uiteindelijke slachtoffer. Dit handelen heeft hij welbewust gedaan zoals blijkt uit zijn verklaringen. Wellicht heeft verdachte hiermee niet het oogmerk gehad tot het toebrengen van letsel aan het slachtoffer, maar door zijn – ook indien de door hem ingebeelde situatie werkelijkheid was geweest – buitensporig onvoorzichtig handelen heeft verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaard dat het slachtoffer letsel op zou kunnen lopen. Dit letsel heeft zich dan ook geopenbaard. Het slachtoffer heeft immers een gebroken arm opgelopen op een lastig te herstellen plaats. De tenlastegelegde schennispleging (parketnummer 051081171-03) wordt voorts door verdachte erkend en door getuigenverklaringen ondersteund.

De militaire kamer acht derhalve wettig en overtuigend bewezen dat verdachte het bij parketnummer 051097005-03 meer subsidiair en het bij parketnummer 05/081171-03 tenlastegelegde heeft begaan, met dien verstande dat bewezen wordt geacht dat:

parketnummer 051097005-03:

hij op 20 juni 2003 te Bovenkarspel, gemeente Stede Broec, aan een persoon genaamd H.B. opzettelijk zwaar lichamelijk letsel (te weten een gebroken bovenarm) heeft toege-

bracht, door deze opzettelijk van haar fiets te trekken, waardoor die B. ten val is gekomen en die B. vervolgens aan haar arm en/of lichaam de struiken in te trekken;

parketnummer 051081171-03:

hij op 17 september 2003 te Bovenkarspel, gemeente Stede Broec, zich opzettelijk oneerbaar op of aan een plaats, voor het openbaar verkeer bestemd, te weten de Hertog Albrechtstraat, met ontbloot geslachtsdeel heeft bevonden.

Hetgeen verdachte bij parketnummer 051097005-03 meer subsidiair en bij parketnummer 051081171-03 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.a. De kwalificatie van het bewezenverklarde

Het bewezenverklarde levert op:

ten aanzien van bij parketnummer 051097005-03 meer subsidiair tenlastegelegde:

"zware mishandeling",

ten aanzien van bij parketnummer 05/081171-03 tenlastegelegde:

"schennis van de eerbaarheid op of aan een plaats, voor het openbaar verkeer bestemd.

De feiten zijn strafbaar.

5. De strafbaarheid van verdachte

a. de verweren

Door de raadsman van verdachte is aangevoerd dat verdachte heeft gehandeld uit noodweer, noodweerexces, dan wel putatief noodweerexces. Verdachte zou immers slechts de intentie hebben gehad om het meisje te beschermen tegen een wellicht door verdachte ingebeeld dreigend gevaar. Verdachte zou dan ook dienen te worden ontslagen van alle rechtsvervolging.

De militaire kamer verwerpt al deze verweren. Een beroep op noodweer, in welke vorm dan ook, kan volgens de militaire kamer niet slagen indien het subject ten behoeve waarvan de noodzakelijke verdediging wordt toegepast, samenvalt met het subject dat slachtoffer wordt van deze noodzakelijke verdediging. De ratio van artikel 41 van het Wetboek van Strafrecht is immers dat iemand de mogelijkheid heeft om ter noodzakelijke verdediging van – in casu – andermans lijf of eerbaarheid, het recht in eigen handen te nemen en zich te keren tegen de wederrechtelijke aanranding van die andere persoon. Het moet dus gaan om een handeling gericht tegen een ander dan de te beschermen persoon, namelijk de aanrander. In casu is het handelen van verdachte echter, gericht geweest tegen het meisje dat verdachte nu juist wilde beschermen. Een beroep op artikel 41 van het Wetboek van Strafrecht kan derhalve niet slagen.

Voorts heeft de raadsman van verdachte aangevoerd dat verdachte heeft gehandeld in een situatie van putatief psychische overmacht en op basis hiervan zou dienen te worden ontslagen van alle rechtsvervolging.

De militaire kamer verwerpt dit verweer. Buiten het feit dat, zoals ter terechtzitting ook

door de raadsman van verdachte erkend, putatief psychische overmacht geen in de wet genoemde strafuitsluitingsgrond is, is de militaire kamer van mening dat deze term in de kern als een pleonasme is op te vatten. In een situatie van psychische overmacht staat men immers al onder een zodanige psychische druk dat men geen juiste beoordeling van een gegeven situatie kan maken. Het aspect van het vermeend onder deze psychische druk staan, oftewel het putatieve aspect, is geïncorporeerd in het onvermogen van de persoon van de dader om tot de juiste beoordeling van de situatie te kunnen komen en vormt dus geen aparte vorm van de psychische overmacht.

Voorts acht de militaire kamer ook niet bewezen dat verdachte in een situatie van psychische overmacht verkeerde. Voor een geslaagd beroep op psychische overmacht dient immers ook voldaan te zijn aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. Verdachttes handelen kan deze toets niet doorstaan. Wat er ook zij van het door hem vermeende dreigende gevaar, had hij andere, minder ingrijpende, mogelijkheden tot bescherming van het meisje.

Voor het door de raadsman van verdachte gevoerde verweer dat er sprake zou zijn van afwezigheid van alle schuld, zijn geen (nadere) argumenten aangedragen. De militaire kamer verwerpt dit verweer. Aangezien de militaire kamer het verdachte aanrekent dat hij op een dermate onhandige, onvoorzichtige en buitensporige wijze heeft getracht het slachtoffer te beschermen, dat zij hierdoor zwaar lichamelijk letsel heeft opgelopen, kan er geen sprake zijn van afwezigheid van alle schuld. Ook anderszins is niet gebleken van feiten en omstandigheden die tot honorering van dit verweer zouden moeten leiden.

b. de rapportage

Over verdachte is een multidisciplinair rapport opgemaakt door drs. J.M.E.P. Janssen, psychologe, en drs. B. Gotink, psychiater, respectievelijk gedateerd 21 april 2005 en 16 april 2005, waarin drs. J.M.E.P. Janssen, psychologe, concludeert, zakelijk weergegeven:

"Betrokkene is lijdende aan een ziekelijke stoornis te weten een posttraumatische stressstoornis en er is sprake van een gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens in de zin van een borderline persoonlijkheidsstoornis. Hiervan was ook sprake ten tijde van het ten laste gelegde en het tenlastegelegde kan hieruit worden verklaard.

Er is sprake van een regressie op de dag van het ten laste gelegde. Terwijl de zwakke structuur van betrokkene al barstjes keilde, brak deze geheel op het moment dat betrokkene getriggerd werd in de seksueel misbruikervaring uit het verleden; een man en een vrouw leken exact op de man en vrouw uit de traumatische ervaring toen hij 12 jaar oud was. Dit riep de gehele traumatische ervaring weer op, betrokkene herleefde de angstige momenten weer uit zijn trauma en handelde defensief hierop.

Hij dissocieerde, realiteit en herinneringen liepen in elkaar over. Betrokkene voelde zich geheel overgeleverd aan deze angsten, blokkeerde volkomen en reageerde instinctief hij trachtte degene die voorbij kwam in bescherming te nemen, zoals hij zichzelf in bescherming zou willen nemen en deed dit nogal op harde en brute wijze, zonder na te denken over gevolgen voor de ander. Betrokkene handelde impulsief en was op dat moment niet bij machte om tegen de impulsen in te gaan.

Betrokkene is sterk verminderd toerekeningsvatbaar."

Drs. B. Gotink, psychiater, concludeert:

"Bij betrokkene is sprake van Post Traumatische Stress Stoornis (PTSS) met dissociatieve momenten, herbelevingen van seksueel misbruik, angst en paniekreacties en stemningswisselingen. Het ontstaan van de stoornis heeft te maken met affectieve en pedagogische tekortkomingen in de jeugd en met het seksueel te zijn misbruikt op zijn dertiende

of daaromtrent. Bij het tweede tenlastegelegde feit was tevens sprake van overmatig alcoholgebruik als vorm van automedicatie tegen angst en paniek.

De persoonlijkheidsorganisatie kent een borderline structuur. Betrokkene was op het moment van het eerste tenlastegelegde feit hoogstwaarschijnlijk in een toestand van dissociatie c.q. vernauwd bewustzijn, waarbij het menen te zien dat een man in het park een vrouw lastig viel en bedreigde, luxerend heeft gewerkt bij betrokkene om te menen dat hij een meisje van dertien moest beschermen voor datgene wat aan betrokkene zelf op die leeftijd was aangedaan. Reflexmatig paste betrokkene de hem aangeleerde technieken van een militaire beveiligingsactie toe. Bij het in muts gekleed over straat rennen enkele maanden later, speelde zijn wanhoop over het uitblijven van hulp een rol en legde hij onbewust zijn psychoseksuele problematiek op straat.

Door de waarschijnlijke herbeleving van dreigend seksueel misbruik was betrokkene sterk beperkt in zijn keuzemogelijkheden op het moment dat hij het potentiële slachtoffer in het park zag aankomen fietsen en meende haar te moeten beveiligen. Na zelf destijds te zijn misbruikt had hij eveneens niet geweten hoe hij hulp moest vragen, dit is feitelijk nog steeds een probleem voor hem. Het oude zeer licht verdrongen in een laatje en speelt op als er een luxerende gebeurtenis plaatsvindt. Door eerder wegens aanstootgevend gedrag met de strafrechter in aanraking te zijn geweest, had betrokkene zeker na bovengenoemd eerste tenlastegelegd feit professionele hulp moeten zoeken, echter hij verkoos verdoving te zoeken in alcohol. Dit verminderde zijn kritisch oordeelsvermogen verder en zodanig, dat hij in een nieuwe maar toch weer andere vorm van bewustzijnsdaling de straat op liep.

Het eerste tenlastegelegde feit in het park is hoogstwaarschijnlijk in een dieper dissociatief moment tot stand gekomen, in samenhang met bovengenoemde praktische feiten rond het zien van dreigende seksuele intimidatie tussen man en vrouw in dat park, dan het tweede feit. Het onverwerkte eigen trauma op zijn dertiende werd als het ware herbeleefd in praktijk gebracht, inadequaat gesublimeerd in de 'beveiligingsactie' door betrokkene. Hij was zich nauwelijks bewust van de schade die hij het meisje toebreacht, lichamelijk en mogelijk ook geestelijk. Wat de mate van toerekeningsvatbaarheid betreft kan worden gesteld dat deze bij het eerste tenlastegelegde feit als verminderd tot sterk verminderd is te beschouwen.

Bij het in een alcoholische roes grotendeels ontkleed over straat lopen is de mate van toerekeningsvatbaarheid slechts als licht verminderd te beschouwen, omdat bij betrokkene weliswaar de stoornis PTSS en de borderline persoonlijkheidsorganisatie structureel aanwezig zijn, maar waar hij gewaarschuwd door het eerste tenlastegelegd feit en door het inadequaat hulp inschakelen meer aan had kunnen voorkomen."

De militaire kamer verenigt zich met die conclusies en maakt die tot de hare.

Overeenkomstig deze conclusies kan niet worden gezegd dat verdachte in het geheel niet strafbaar is. Er is voorts ook geen andere omstandigheid aannemelijk geworden die de strafbaarheid van verdachte geheel uitsluit.

Verdachte is dus, gezien de uitgebrachte rapportage en de verwerping van de verweren van de raadsman van verdachte, 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:

- een uittreksel uit het algemeen documentatieregister van de justitiële documentatiedienst gedateerd 12 augustus 2004 betreffende verdachte;
- een vroeghulp interventierapport van de (stichting) Reclassering Nederland, gedateerd 23 juni 2003, betreffende verdachte;
- een rapport opgemaakt door V. Versteeg, arts, en B.J. Berendsen, psychiater, gedateerd 26 augustus 2003, betreffende verdachte;
- een rapport opgemaakt door V. Versteeg, arts, en R.J.M. Mooren, psychiater, gedateerd 2 juli 2004, betreffende verdachte;
- een voorlichtingsrapport van de (stichting) Reclassering Nederland, gedateerd 21 april 2005, betreffende verdachte;
- een voorlichtingsrapport van de (stichting) Reclassering Nederland, gedateerd 3 juni 2004, betreffende verdachte;
- de multidisciplinaire rapportage voornoemd;
- de schriftelijke slachtofferverklaring.

De militaire kamer overweegt in het bijzonder het navolgende. Verdachte heeft zich schuldig gemaakt aan een zware mishandeling en aan het plegen van schennis van de eerbearheid. Dit zijn ernstige feiten. De gepleegde feiten hebben weliswaar plaatsgevonden tegen de achtergrond van een ernstige geestelijke problematiek bij verdachte. Dit ontneemt de feiten echter niet in het geheel hun strafbaarheid en tast voorts de ernst van de feiten niet aan. Verdachte verkeerde, voor wat betreft het bij parketnummer 05/097005-03 tenlastegelegde feit, door aan de oppervlakte komende traumatische ervaringen uit zijn verleden, in de veronderstelling dat er een dreigend gevaar was voor het slachtoffer en hij is hierop overgegaan tot een in zijn ogen noodzakelijke reddingsactie. Hierbij is verdachte dermate – in zijn eigen woorden – lomp te werk gegaan en heeft hij de grenzen van subsidariteit en proportionaliteit dusdanig overschreden, dat het slachtoffer in plaats van de noodzakelijke bescherming te genieten, angstige momenten heeft moeten doormaken en zwaar lichamelijk letsel heeft opgelopen. Uit de ter terechtzitting voorgehouden schriftelijke slachtofferverklaring blijkt dat het slachtoffer nog dikwijls geconfronteerd wordt met de gevolgen die het handelen van verdachte voor haar heeft gehad. De militaire kamer heeft bij haar oordeel in aanmerking genomen dat verdachte ten tijde van het bij parketnummer 05/097005-03 tenlastegelegde feit sterk verminderd toerekeningsvatbaar was en ten tijde van het bij parketnummer 051081171-03 tenlastegelegde licht verminderd toerekeningsvatbaar. Voorts heeft de militaire kamer meegewogen dat verdachte niet eerder in aanraking is geweest met justitie.

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 deels voorwaardelijke gevangenisstraf in combinatie met een werkstraf.

De militaire kamer ziet, gelet op verdachtes persoonlijke omstandigheden, aanleiding aan de voorwaardelijke gevangenisstraf de bijzondere voorwaarde te verbinden dat verdachte zich zal houden aan de aanwijzingen van de reclassering, ook als dat mocht inhouden het volgen van een ambulante behandeling bij de forensisch psychiatrische polikliniek De Waag te Amsterdam, of een vergelijkbare instelling.

6.a. De beoordeling van de civiele vordering, 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 militaire kamer zal de civiele vordering van H.B., met als gemachtigde SRK Rechtsbijstand, mr. V.R.J. van Luijk, gevestigd Europaweg 151, 2711 ER te Zoetermeer, tot een bedrag van f 52,63 aan materiële schade toewijzen, waarbij de omvang van de schade door de militaire kamer op basis van de overgelegde stukken naar redelijkheid en billijkheid op dat bedrag is begroot.

De militaire kamer zal de benadeelde partij niet-ontvankelijk verklaren in het overige deel van de vordering ter zake vergoeding van materiële schade omdat dit deel van de vordering onvoldoende met stukken is onderbouwd en daarmee niet van zo eenvoudige aard is dat het zich leent voor behandeling in het strafgeding.

De militaire kamer acht voorts voldoende bewezen dat H.B. door hetgeen haar is aangedaan immateriële schade heeft geleden en dat zij uit dien hoofde terecht aanspraak maakt op vergoeding van die schade. De militaire kamer kan in deze strafrechtelijke procedure niet exact vaststellen welk bedrag aan vergoeding voor de geleden immateriële schade juist is. Zij is echter van oordeel dat in ieder geval een bedrag van f 1.000,- aan schadevergoeding op zijn plaats is zodat zij dit bedrag bij wijze van voorschot zal toewijzen aan het slachtoffer. De vordering is voor zover zij strekt tot vergoeding van een hoger bedrag wegens immateriële schade en van andere schade niet van eenvoudige aard zodat de benadeelde partij in zoverre niet-ontvankelijk is en de vordering slechts bij de burgerlijke rechter kan worden aangebracht. Voor de toewijsbare delen van de vorderingen 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.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is gegrond op de artikelen 10, 14a, 14b, 14c, 14d, 22c, 22d, 24c, 27, 36f, 57, 239 en 302 van het Wetboek van Strafrecht.

[Volgt: Veroordeling tot 4 maanden gevangenisstraf met aftrek, waarvan 3 maanden voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaar, met de bijzondere voorwaarde van reclaseringscontact; veroordeling tot 150 uur werkstraf, subsidiair 75 dagen hechtenis; gedeeltelijke toewijzing van de vordering van de benadeelde partij, met oplegging van de verplichting de Staat € 1.052,63 te betalen ten behoeve van het slachtoffer, subsidiair 21 dagen hechtenis. – *Red.*]

NASCHRIFT

1. Voor zover de gebeurtenissen die aanleiding gaven tot deze strafzaak uit het vonnis gereconstrueerd kunnen worden – nu geen hoger beroep is ingesteld ontbreken de bewijsmiddelen – is het volgende voorgevallen. Verdachte, die omstreeks zijn twaalfde seksueel misbruikt was, verbeeldde zich dat een 13-jarig meisje dat op straat langsfietste (seksueel) aangerand dreigde te worden. Daarop reageerde hij door de in dienst aangeleerde beveiligingstechnieken toe te passen: hij trok het meisje van haar fiets en sleurde haar de nabijgelegen struiken in. Het meisje brak daarbij een arm. Verdachte werd vervolgd ter zake van primair poging tot verkrachting, subsidiair wederrechtelijke vrijheidsberoving, meer subsidiair zware mishandeling en meest subsidiair poging tot Zware mishandeling. Voorts werd verdachte veroordeeld ter zake van feitelijke schennis van de eerbaarheid, omdat hij zich bij een andere gelegenheid – onder invloed van alcohol – in deels ontklede staat op de openbare weg had bevonden.

2. De Rechtbank spreekt vrij van het primair ten laste gelegde, op de grond dat bij hem het oogmerk had ontbroken het slachtoffer te dwingen tot het ondergaan van seksuele handelingen. Uit het vonnis blijkt niet waarom primair verkrachting ten laste gelegd was; wellicht heeft de omstandigheid een rol gespeeld dat verdachte ook van feitelijke schennis van de eerbaarheid verdacht werd.

Ook van de subsidiair ten laste gelegde wederrechtelijke vrijheidsberoving spreekt de Rechtbank vrij. Deze vrijspraak berust in de eerste plaats op de grond dat het slachtoffer slechts korte tijd – het vonnis vermeldt niet hoe lang – van haar vrijheid beroofd was gehouden. In overeenstemming met de – schaarse – rechtspraak ter zake¹⁾ is de Rechtbank kennelijk de opvatting toegedaan dat kortdurende beperkingen van de vrijheid niet als 'vrijheidsberoving' kunnen gelden. Daarmee zal bedoeld zijn: beperkingen van de vrijheid die in de voorstelling van de dader slechts kort zullen duren. Uit de omstandigheid dat art. 282 Sr zowel het van de vrijheid beroven als het van de vrijheid beroofd houden strafbaar stelt volgt dat niet doorslaggevend kan zijn hoe lang de vrijheidsberoving feitelijk geduurd heeft. De vrijheidsberoving die vrijwel onmiddellijk beëindigd wordt verliest dat karakter niet.

In de tweede plaats spreekt de Rechtbank vrij van wederrechtelijke vrijheidsberoving op de grond dat de verdachte niet het oogmerk had gehad om het slachtoffer van haar vrijheid te beroven; zijn opzet was daarop niet gericht. Hoewel ik de gedachtegang van de Rechtbank wel kan volgen – verdachte wilde het slachtoffer niet van haar vrijheid beroven – merk ik volledigheidshalve op dat art. 282 Sr geen oogmerk eist. Oogmerk is het naaste doel waarmee de dader handelt, d.w.z. hetgeen waarop de delictshandeling gericht is. Waar de delictshandeling als zodanig strafbaar gesteld is, geeft het oogmerk daaraan een instrumenteel karakter: Dit ontbreekt echter ten aanzien van het in art. 282 Sr omschreven delict: vrijheidsberoving is als zodanig strafbaar, ongeacht de bedoelingen van de dader:')

De Rechtbank veroordeelt ter zake van de meer subsidiair ten laste gelegde zware mishandeling. Wat er zij van verdachtes bedoelingen – ik ga voorbij aan hetgeen de rechtbank overweegt met betrekking tot zijn oogmerk – hij heeft ook naar eigen zeggen ten minste de aanmerkelijke kans aanvaard dat het slachtoffer (zwaar) letsel zou bekomen. Voorts veroordeelt de Rechtbank ter zake van feitelijke schennis van de eerbaarheid.

3.1. Namens verdachte wordt allereerst een beroep gedaan op – al of niet putatief – noodweer(exces): verdachte zou het meisje slechts tegen door hem ingebeeld gevaar hebben willen verdedigen. De Rechtbank verwerpt deze verweren op de grond dat noodweer veronderstelt dat de verdediging zich tegen een ander dan de aangerande richt. Dat is evident, want art. 41 Sr omschrijft noodweer als verdediging tegen een wederrechtelijke aanranding: zowel uit de notie van verdediging als uit de beperking tot wederrechtelijke aanrandingen – die slechts op aanranding door een derde kan zien – volgt dat de aanranding niet ten koste van de aangerande gekeerd mag worden. Dit behoeft overigens niet te betekenen dat men andermans belangen niet mag krenken teneinde hem voor een groter gevaar te behoeden: onder omstandigheden kan sprake zijn van 'noodtoestand'.

De Rechtbank lijkt het zich onnodig moeilijk te maken door de verweren te verwerpen onder verwijzing naar de ratio van art. 41 Sr: In confesso is immers dat van een aanranding geen sprake was. Maar met die vaststelling zou het beroep op putatief nood-

¹⁾ Vgl. HR 31 december 1969, NJ 1970, 114: vrijheidsberoving van het slachtoffer dat na een autorit van ongeveer een kwartier op tien kilometer afstand van zijn woning had moeten uitstappen.

²⁾ Deze omstandigheid onderscheidt de eenvoudige vrijheidsberoving van gijzeling (art. 282a Sr) en vrijheidsberoving met terroristisch oogmerk (art. 282c Sr).

weer(exces) nog niet verworpen zijn, want daartoe zou de Rechtbank moeten onderzoeken of verdachte verschoonbaar dwaalde inz. de aanranding van het meisje. Door te overwegen dat ook als de aanranding ingebeeld was niet van verdediging gesproken kan worden, slaat de Rechtbank met één klap vier vliegen dood.

3.2. Voorts wordt namens verdachte een beroep gedaan op "putatief psychische overmacht". Wat de raadsman daarmee bedoelt blijkt niet uit het vonnis. De Rechtbank vat het als een tweeledig verweer op: primair wordt een beroep gedaan op 'psychische overmacht' en subsidiair – voor het geval de Rechtbank mocht oordelen dat verdachte niet door overmacht tot het feit gedrongen was – op putatieve ('psychische') overmacht.

Wellicht door de raadsman op het verkeerde been gezet – in de zinsnede 'putatief psychische overmacht' heeft het bijwoord "putatief" betrekking op het bijvoeglijk naamwoord "psychische", dus niet op het zelfstandig naamwoord "overmacht" – behandelt de Rechtbank eerst het subsidiaire verweer: Zij overweegt dat de term "putatief psychische overmacht" een pleonasmie is, omdat wie door overmacht gedrongen wordt de situatie waarin hij verkeert niet juist kan beoordelen: dit onvermogen omvat ingebeelde drang.

Deze overwegingen kan ik niet volgen. Overmacht is een uitwendige oorzaak van ontoerekenbaarheid: omstandigheden buiten de (persoon van de) dader gelegen dringen hem een strafbaar feit te begaan. Dat de dader bezwijkt voor psychische druk – die ontstaat door de indruk die de omstandigheden op zijn psyche maken – doet daaraan niet af: Integendeel, 'psychische' overmacht is slechts grond voor straffeloosheid waar van de dader – de omstandigheden in aanmerking genomen – niet gevergd wordt dat hij die druk weerstand biedt.³⁾ Van overmacht kan derhalve geen sprake zijn als de dader slechts in zijn verbeelding gedrongen is: putatieve overmacht is geen overmacht.⁴⁾ In het geval de dader zich verbeeldt tot het strafbare feit gedrongen te worden, moet een andere schuld-uitsluitingsgrond – 'avas' – uitkomst bieden. Straffeloos is wie van zijn onjuiste voorstelling van zaken geen verwijt gemaakt kan worden.

Uit het voorgaande volgt dat de Rechtbank niet behoefde te onderzoeken in hoeverre verdachtes handelen voldoet aan - achtereenvolgens - de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit. Overigens komt in dit verband - wat er ook zij van het gevaar dat het meisje bedreigde - de vraag op hoe de Rechtbank is gekomen tot haar oordeel dat verdachte over andere, minder ingrijpende mogelijkheden tot bescherming van het meisje beschikte. Bij toepassing van de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit moeten de capaciteiten van de dader in aanmerking worden genomen, en de uitgebrachte rapporten wijzen erop dat verdachtes capaciteiten uiterst gering waren.

3.3. Ten slotte wordt namens verdachte een - kennelijk niet nader gemotiveerd - beroep op 'avas'gedaan. Ook dit verweer wordt door de Rechtbank verworpen, op de grond dat verdachte verweten kan worden dat hij het meisje op onhandige, onvoorzichtige en buitensporige wijze heeft getracht te beschermen. Waarop dit verwijt berust, blijkt niet. Mij dunkt dat - verdachtes mentale toestand in aanmerking genomen - een nader motivering niet had misstaan.

M.M.D.

³⁾ Zie M.M. Dolman, *Overmacht in het stelsel van strafuitsluitingsgronden*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, i.h.b. de pp. 176-179.

⁴⁾ Evenmin als de verdediging tegen een ingebeelde aanranding noodweer is; ik wijs erop dat de Rechtbank de beroepen op putatief noodweer(exces) niet verwierpt op de grond dat het slachtoffer niet werd aangerand, maar op de grond dat verdachte zich - ook in zijn voorstelling - niet verdedigde.

TUCHTRECHTSPRAAK

Rechtbank Arnhem

Sector Strafrecht

Militaire kamer

Uitspraak in beroep van 6 december 2004

T.Z. nummer 00412004

Voorzitter: mr. E.G. Smedema, *lid:* mr. A.G. van Doorn, *militair lid:* Kolonel *mr.* A.M. van Gorp

a. Een beschuldiging moet de feiten inhouden en niet een kwalificatie

Bij uitschelden, bespotten dienen de verweten woorden in de beschuldiging te staan.

b. Wanneer mag worden afgezien van het horen van de beschuldigde in de beklag-procedure?

Afzien van gehoord te worden op beklag moet door de beschuldigde ondubbelzinnig aan de beklagmeerdere zijn meegedeeld.

c. Het belang van vastlegging van alle gegevens op de formulieren

De militaire kamer heeft voor het vaststellen of de termijnen correct zijn de gegevens nodig van het straffenformulier of van het beklagformulier.

d. Een kleine maand is niet meer 'onverwijld'.

(art. 68, tweede lid, 80i, eerste lid en 80q, tweede lid, WMT)

UITSpraak

van de meervoudige militaire kamer van de rechtbank Arnhem, op het beroep van: [beschuldigde], marinier der eerste klasse algemeen kort verband, rnr. [...], marinenummer [...], thans geplaatst bij: [onderdeel], wonende te [plaats], [adres], hierna aangeduid als gestrafte - waarbij de hierna te noemen uitspraak wordt bestreden.

Verloop van de procedure

Aan gestrafte werd op 21 januari 2004 een beschuldiging uitgereikt, luidend:

"Op woensdag 14 januari 2004 ten omstreeks 12.15 uur in de ziekenboeg van de Van Braamhouckgeestkazerne te Doorn heeft gerapporteerde in het openbaar de persoon van een andere militair aangetast door kwetsende opmerkingen richting deze persoon te uiten",

met vermelding van de artikelen 20 en 22 van de Wet militair tuchtrecht (hierna ook te noemen WMT).

Het onderzoek in eerste aanleg vond plaats op 23 januari 2004.

Op 23 januari 2004 werd gestrafte door de commandant van 1 Mariniers Bataljon 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:

"Op woensdag 14 januari 2004 ten omstreeks 12.15 uur in de ziekenboeg van de Van Braamhouckgeestkazerne te Doorn heeft gerapporteerde de persoon van een andere militair aangetast door kwetsende opmerkingen richting deze persoon te uiten",

en op 23 januari 2004 werd de uitspraak aan gestrafte uitgereikt.

Gestrafte is bij beklagschrift, gedagtekend 26 januari 2004, in beklag gegaan bij de beklagmeerdere. Dit beklag is kennelijk door de commandant van het 1 Mariniers Bataljon

ontvangen op 26 januari 2004. De militaire kamer is van oordeel dat dit beklag tijdig is ingediend.

Na een gehouden vooronderzoek op beklag, dat gestart op 2 februari 2004, is geen inhoudelijke behandeling gevolgd. De beklagmeerdere heeft op 24 februari 2004 de beslissing op beklag genomen. Deze beslissing houdt in dat de bestreden beslissing wordt bevestigd, met verbetering van de bewezen gedraging, welke is komen te luiden:

"Op woensdag 14 januari 2004 omstreeks 12.15 uur in de ziekenboeg van de Van Braam Houckgeestkazerne een vrouwelijke arts bespot door opmerkingen tegen haar te maken over een film waarop zij te zien was".

De uitspraak op beklag is aan gestrafte uitgereikt op 19 maart 2004.

Gestrafte is in beroep gegaan tegen deze uitspraak op beklag door indiening van een beroepschrift, gedateerd 22 maart 2004. Dit beroepschrift is op 22 maart 2004 door de commandant ontvangen. 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 10 mei 2004.

Gestrafte stelt in zijn beroepschrift dat hij van mening is ten onrechte te zijn gestraft en gaat daarom in beroep tegen de straf en de strafreden.

De behandeling van deze zaak is in beroep ter terechtzitting van 30 augustus 2004 aangehouden op verzoek van de raadsman van gestrafte. Vervolgens heeft een inhoudelijke behandeling van de zaak plaatsgevonden op 22 november 2004, waarbij gestrafte werd bijgestaan door zijn raadsman mr. B. Damen, advocaat te Amersfoort.

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

Is het beroepschrift onverwijld naar het gerecht verzonden? Ik denk het wel, ook gezien de ter zake geldende jurisprudentie. De in deze zaak gehanteerde termijn dwingt niet tot vernietiging van de bestreden beslissing.

De gang van zaken ten aanzien van het horen van gestrafte op beklag: uit de brief van 18 november 2004 van LTZA I [beklagmeerdere] is voldoende duidelijk geworden hoe de gang van zaken is geweest. Gestrafte heeft voldoende kansen gehad naar voren te brengen wat hij naar voren wilde brengen.

Waarvan is gestrafte beschuldigd? Was hier sprake van een strafbaar feit of niet? Mijn inziens was er geen sprake van een belediging in de zin van het Wetboek van Strafrecht. Indien dat wel het geval was geweest, dan had de officier van justitie zeker toestemming gegeven de zaak tuchtrechtelijk af te doen.

Was er voldoende bewijs om tot een veroordeling te komen? Beschikbaar was de verklaring van gestrafte, de verklaring van [rapporteur] en de eigen waarneming van de commandant tijdens het onderzoek.

De commandant kon mijns inziens in redelijkheid tot die beslissing komen.

Er was sprake van een verstoorde werkverhouding en die mag meespelen bij de overtuiging van de commandant. De opgelegde berisping kan mijns inziens in stand blijven.

De raadsman heeft in een tweetal brieven en ter terechtzitting, voor zover van belang, zakelijk weergegeven, het navolgende aangevoerd:

De gang van zaken in eerste aanleg

Marinier [beschuldigde] is op 14 januari 2004 gerapporteerd door de LTZ2OC-arts [rapporteur] Volgens haar zou hij hebben gevraagd of zij wist of 'haarfilm' al op DVD was uitgebracht. Zij dient een rapport in onder de omschrijving 'seksuele intimidatie'. Een verdere feitelijke beschrijving wordt door haar niet gegeven. [Strafoplegger] reikt een beschuldiging uit en laat een vooronderzoek plegen. [Beschuldigde] krijgt wel inzage in het rapport van [rapporteur] maar niet in haar verklaring. Ik (de raadsman) merk op dat

uit het initiële rapport van [rapporteur] niet is af te leiden wat er is gebeurd. Daar staat immers niet meer in dan 'seksuele intimidatie' vergezeld van plaats en datum/tijdgroep. Derhalve is het mij onduidelijk waarop [strafoplegger] de beschuldiging heeft gebaseerd. Enig inzicht in de gang van zaken krijgen we niet. [Beschuldigde] wordt enkel geconfronteerd met het rapport van [rapporteur] van 14 januari. Hij krijgt niet de verklaring van 22 januari te zien (ik merk op dat [beschuldigde] op 21 januari is gehoord door D.) en wordt daarmee dus ook niet geconfronteerd, noch wordt hij in de gelegenheid gesteld om vragen aan haar te (doen)stellen. Ik acht dit in strijd met artikel 68 lid 2 WMT

Hoewel [beschuldigde] hierdoor ontegenzeggelijk in zijn verdediging is geschaad, is het vaste jurisprudentie van uw rechtbank dat dergelijke omissies in een latere aanleg kunnen worden hersteld. Uitermate slordig is het wel.

De gang van zaken in tweede aanleg

Zonder zich daarvan bewust te zijn heeft de beklagmeerdere, door weer een vooronderzoek te gelasten, een deel van de hiervoor geschetste juridische pijn weggenomen. [Rapporteur] werd immers weer gehoord en [beschuldigde] is in de gelegenheid om nu eindelijk kennis te nemen van de afgelegde verklaringen. Ook hier geldt echter eveneens dat [beschuldigde] noch zijn inmiddels aanwezige vertrouwenspersoon in de gelegenheid werd gesteld, door de rapporteur dan wel de beklagmeerdere zelf, om vragen aan [rapporteur] te stellen. Dit is fundamenteel en vastgelegd in artikel 80i lid 2 WMT. Net als in artikel 68 lid 2 WMT is neergelegd, heeft de beschuldigde een fundamenteel recht om getuigen vragen te stellen, niet alleen tijdens het onderzoek maar ook naar aanleiding van afgelegde verklaringen in het vooronderzoek. Blijkens uw uitspraak van 1 november 1991, MRT 1992 blz. 20, heeft u in een vergelijkbaar geval - waar nota bene een vertrouwensman bij aanwezig was - tot vrijspraak geconcludeerd

Er zijn meer fundamentele missers gemaakt. De belangrijkste is dat [beschuldigde] niet is gehoord door de beklagmeerdere. Dit dient direct tot vrijspraak te leiden. Artikel 80i lid 1 WMT bepaalt dat de beklagmeerdere verplicht is de gestrafte in persoon te horen. Ontsnappingsclausule is (cumulatief) 1. het horen tijdens een vooronderzoek, 2. de toestemming van de gestrafte om niet te worden gehoord en 3. het oordeel van de beklagmeerdere dat zulks ook niet noodzakelijk is. Aan 1. is voldaan. Ten aanzien van 2. is door de beklagmeerdere op vragen van uw rechtbank aangegeven dat [beschuldigde], althans zijn vertrouwensman, al in een vroeg stadium zou hebben aangegeven dat horen in persoon niet noodzakelijk was. Noch [beschuldigde] dan wel zijn vertrouwensman kunnen zich herinneren daarnaar gevraagd te zijn dan wel toestemming te hebben gegeven, nog daargelaten of een vertrouwensman zijn "cliënt" terzake van het afzien van een dergelijke fundamenteel recht kan binden. Sterker, een dergelijke toestemming dient naar mijn mening schriftelijk te worden neergelegd, teneinde bewijsproblemen te voorkomen. Het dossier zwijgt op dit punt. Gelet op expliciete opdracht zoals neergelegd in artikel 80i lid 1 WMT dient de bewijslast uitdrukkelijk bij de beklagmeerdere te liggen. Nu het dossier zwijgt, dient derhalve zonder meer vrijspraak te volgen. Ik merk nog op dat [beschuldigde] ook heel graag zijn standpunt bij de beklagmeerdere had willen toelichten; zijn hele strijdlustige houding wees daar ook op. Ook om een andere reden is niet aanvaardbaar de stelling van de beklagmeerdere dat zijdens [beschuldigde] afstand zou zijn gedaan van het recht om gehoord te worden; in een 'vroeg stadium' wist [beschuldigde] immers niet eens wat bijvoorbeeld [rapporteur] zou gaan verklaren. Waarom zou hij dan bij voorbaat al aangeven dat hij niet gehoord zou willen worden?

Ten aanzien van het derde punt, het oordeel van de beklagmeerdere, ontbreekt ook elke notie waarom de beklagmeerdere het horen in persoon niet noodzakelijk achtte. Ik kan mij

voorstellen dat er op zijn minst nieuwsgierigheid zal bestaan bij de beklagmeerdere welke Marinier I het in zijn hoofd haalt om hardnekkig een officier tegen te spreken

Een ander probleem in de beklagfase wordt gevormd door het niet invullen van enige rubrieken, en met name de rubrieken 15 en 16. De beklagmeerdere lijkt er van uit te gaan dat er geen procedure is als er geen gestrafte aanwezig is. Indien dat zo is, dan hoeven enkele andere rubrieken (zoals rubriek 19) ook niet meer ingevuld te worden. Deze zijn echter weer wel ingevuld. Ik meen dat ook indien de gestrafte zou hebben afgezien van horen, er nog steeds een onderzoek dient plaats te vinden, zij het mogelijk hoofdzakelijk op papier. De beklagmeerdere zal immers ook in dat geval een onderzoek van de stukken dienen te volvoeren en mogelijk alsnog getuigen willen horen. Nu de rubrieken niet zijn ingevuld, kan ook niet de termijn van artikel 80p lid 1 WMT worden gecontroleerd. Niet alleen is dit slordig, uw rechtbank is niet bepaald toegeeflijk in dat soortgevallen. Vrijspraak is aan de orde indien de termijnen zijn geschonden. Het verweer van de beklagmeerdere dat het onderzoek op 24 februari heeft plaats gevonden is niet verifieerbaar. [Beschuldigde] heeft reeds aangegeven dat het vooronderzoek op de 19e was afgerond met het horen van [beschuldigde]. Dat was op een donderdag. De beklagmeerdere doet er dan vijf dagen - drie werkdagen - over om een onderzoek te houden en een oordeel te vellen. De beklagmeerdere kan echter niet aantonen dat hij de 24e het onderzoek heeft gehouden, zodat strijd met artikel 80p lid 1 WMT aanwezig kan zijn. Gelet op artikel 76 WMT juncto artikel 97 WMT is dit zo fundamenteel, dat ook op deze grond vrijspraak dient te volgen. Ten derde plaatst [beschuldigde] - blijkens de stukken in het dossier ook uw rechtbank - ook vraagtekens bij de uitreiking van de beslissing op beklag. Artikel 80q lid 2 WMT bepaalt dat zulks 'onverwijld' dient te geschieden, dat is de eerstvolgende werkdag waarbij zowel de gestrafte als degene die uitreikt aanwezig is. Zoals reeds aangegeven is [beschuldigde] in Den Helder geplaatst maar dient hij regelmatig bij oefeningen te assisteren op Texel. Begin- en eindpunt was echter de Erfprins kazerne waar zowel [beschuldigde] als de LTZA1 E. hun domicilie hebben. E. heeft talloze mogelijkheden gehad om het stuk uit te reiken, heeft echter geen moeite gedaan. [beschuldigde] moest er zelf achteraan. De consequentie is niet duidelijk. De wet geeft hierover niets aan en jurisprudentie op dit punt is mij niet bekend. Indien moet worden geoordeeld dat het in het belang van de verdediging is om zo snel mogelijk op de hoogte te geraken van de uitslag op beklag in verband met de beroepstermijn en gelet op de omstandigheid dat het gehele tuchtrecht toch een 'snelrecht' is, kan niet worden aangenomen dat een periode van bijna vier weken om een uitspraak uit te reiken aanvaardbaar is. In dat geval is de verdediging dermate geschaad (mede in het licht van het mogelijk niet meer aanwezig zijn van getuigen, overplaatsingen en dienstverlatingen enz.) dat ook op deze grond vrijspraak dient te volgen. Ik concludeer dat gestrafte op verschillende gronden dient te worden vrijgesproken.

De militaire kamer heeft beraadslaagd naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting in beroep.

De motivering van de beslissing

De militaire kamer heeft op basis van het onderzoek ter terechtzitting, alsmede op grond van de stukken, onder meer het navolgende geconstateerd dat naar haar mening bespreking behoeft.

1. Gebleken is dat de parade een zeer summier karakter had (de commandant heeft gezegd kennis te hebben genomen van het advies van de divisiechef die het vooronderzoek had gehouden en heeft gestrafte medegedeeld dit advies over te nemen waarmee

gestrafte het kon doen). De militaire kamer is van oordeel dat zulks een essentiële vormfout is, namelijk een schending van artikel 68 van de WMT. Deze schending dient te leiden tot vernietiging van de bestreden uitspraak met vrijspraak van gestrafte.

Gestrafte heeft ten tijde van de parade geen inzicht gekregen in de resultaten van dat vooronderzoek en ook geen getuigen kunnen horen.

De militaire kamer merkt hierover op dat ingevolge artikel 62 van de WMT de beschuldigde na het uitreiken van de beschuldiging én voordat de parade plaatsvindt de op de zaak betrekking hebbende stukken kan inzien. Daartoe dient hij in beginsel zelf actie te ondernemen, zulks temeer nu hij wist dat er een vooronderzoek was gehouden.

Op grond van het bepaalde in artikel 65 van de WMT kon gestrafte verzoeken om getuigen te laten horen. Nu hij dit blijkens de aantekeningen op het straffenformulier zelf niet nodig achtte en dit verzoek ook later niet kenbaar heeft gemaakt, is van schending van artikel 65 van de WMT geen sprake.

2. De beklagmeerdere moet gestrafte in persoon horen, tenzij:

1. dit is gebeurd tijdens vooronderzoek en

2. gestrafte te kennen heeft gegeven daarop geen prijs te stellen en

3. de beklagmeerdere het horen in persoon niet nodig vindt (zie artikel 80i van de WMT).

Uit het onderzoek ter terechtzitting en de stukken is niet ondubbelzinnig gebleken dat de vertrouwensman te kennen heeft gegeven dat gestrafte er geen prijs op stelde om door de beklagmeerdere te worden gehoord. Uit de toelichtende brief van LTZA 1 [beklagmeerdere] van 19 november 2004 blijkt dat gestrafte tijdens het vooronderzoek gehoord is en de beklagmeerdere aangegeven heeft het persoonlijk horen van gestrafte niet nodig te vinden omdat deze tijdens het vooronderzoek op beklag zoals vastgelegd in diens verklaring zou hebben opgemerkt "U geeft mij het laatste woord. Ik wil nog zeggen dat ik bij het korps nooit eerder gerapporteerd ben en altijd goed beoordeeld ben. Ik heb verder niets te zeggen, de zaak is voldoende onderzocht". Uit deze opmerking kan niet worden afgeleid dat gestrafte niet meer gehoord zou willen worden door de beklagmeerdere. Een en ander heeft ertoe geleid dat gestrafte niet voor de behandeling van het beklag, dat kennelijk op 23 februari heeft plaatsgevonden, is opgeroepen, zoals artikel 80h van de WMT voorschrijft. Naar het oordeel van de militaire kamer kan gestrafte eerst na schriftelijk te zijn opgeroepen afstand doen van zijn recht om gehoord te worden op beklag.

Door deze gang van zaken bij het vooronderzoek op beklag en de behandeling van het beklag zijn naar het oordeel van de militaire kamer essentiële vormvoorschriften geschonden, waardoor gestrafte in zijn verdediging is geschaad, hetgeen moet leiden tot vernietiging van de bestreden uitspraak en vrijspraak van gestrafte.

3. Gestrafte is als gevolg van bovenstaande in strijd met artikel 80i van de WMT niet gehoord. De stelling van de beklagmeerdere dat zulks niet meer hoeft, omdat de beklagprocedure aanvangt bij het indienen van het beklagschrift is onjuist. Het verweer van de beklagmeerdere dat de "rapporteur" (bedoeld wordt hier degene die het vooronderzoek heeft verricht) de gestrafte tijdens het vooronderzoek op de hoogte heeft gesteld van de datum van het onderzoek op beklag is naar het oordeel van de militaire kamer niet aanvaardbaar geworden, nu zulks niet blijkt uit het verslag van het vooronderzoek. In de rubrieken 11 en 15 van het beklagformulier zijn ook geen data en tijdstippen ingevuld.

Door deze gang van zaken zijn naar het oordeel van de militaire kamer zeer fundamentele vormfouten gemaakt met betrekking tot termijnen die van groot belang zijn in de beklagprocedure. De militaire kamer verwijst daarbij in het bijzonder naar de artikelen 80g, 80i leden 2 en 3, 80p en 80r van de WMT. Hierdoor ontstaan onduidelijkheden,

waardoor gestrafte naar het oordeel van de militaire kamer in zijn verdediging is geschaad. Ook deze schending dient te leiden tot vernietiging van de bestreden uitspraak met vrij-spraak van gestrafte.

4. De uitspraak op beklag is niet "onverwijld uitgereikt zoals artikel 80q van de WMT voorschrijft. Een en ander vond blijkens de schriftelijke toelichting plaats als gevolg van de geografische scheiding als gevolg van een oefening en de onbekendheid met de materie. De militaire kamer beantwoordt de vraag of hier sprake is van een vormverzuim en gestrafte is geschaad in zijn verdediging bevestigend.

Door deze handelwijze blijft gestrafte, die tijdens het vooronderzoek op beklag is gehoord op 19 februari 2004, terwijl de uitspraak op beklag (genomen op 24 februari 2004) is uitgereikt op 19 maart 2004, lange tijd in onzekerheid over de afdoening de zaak. Ook dit dient te leiden tot vernietiging van de bestreden uitspraak en vrijspraak van gestrafte.

5. Los van de bovengenoemde punten is de beschuldiging naar het oordeel van de militaire kamer niet duidelijk. Uit de bewoordingen "kwetsende opmerkingen" op het straffenformulier in samenhang met het rapport kan niet worden afgeleid dat er sprake is van met enig kwaad bedreigen, uitschelden of bespotten. De bewuste opmerkingen dienen naar het oordeel van de militaire kamer deel uit te maken van de beschuldiging zodat de militair op basis van de beschuldiging weet welk concreet verwijt hem wordt gemaakt.

Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen dient de bestreden uitspraak te worden vernietigd en gestrafte dient te worden vrijgesproken.

Beslissing:

[volgt een vernietiging van de eerdere beslissing en een vrijspraak].

NASCHRIFT

1. Beschuldigingen dienen zo feitelijk mogelijk te worden opgesteld. In deze zaak heeft de commandant niet bewoordingen opgenomen waaraan de rapporteur zich heeft gestoord, maar geeft vooruitlopend op de hele behandeling al een kwalificatie.

De militaire kamer (in punt 5 van de motivering) geeft aan dat de verweten opmerkingen zelf hadden moeten worden opgenomen in de beschuldiging om twee redenen:

a. ten eerste om de beschuldigde te laten weten waar hij zich tegen moet verdedigen;

b. ten tweede omdat dan pas kan worden vastgesteld of de woorden een bedreiging, uitschelden of bespottig inhielden. Bedacht moet worden dat ook de beklagmeerdere en de rechtbank in de (eventuele) latere fases moeten weten waar het over gaat.

2. Bij het tuchtproces in eerste aanleg (bij de KM: de parade) moet de beschuldigde wel zijn standpunt kunnen vertellen, dan wel moet hij daartoe in de gelegenheid worden gesteld. Zoals de rechtbank het onder punt 1 beschrijft is het hier niet meer geweest dan het mededelen van een reeds vaststaande beslissing van de commandant.

3. In het tuchtproces op beklag kan worden afgezien van het horen van de beschuldigde maar - zoals de rechtbank dat in punt 3 aangeeft - daarbij moet voldaan zijn aan drie vereisten van art. 80i WMT. Dat een beschuldigde in een vooronderzoek op beklag te kennen geeft dat hij voldoende is gehoord door degene die het vooronderzoek houdt, wil nog niet zeggen dat hij daarmee ook afziet van het gehoord worden door de beklagmeerdere.

4. Het belang van de schriftelijke vastlegging van alle gegevens blijkt ook hier weer. De rechtbank (punt 3) geeft aan dat door een niet volledige invulling van het beklagformulier onduidelijkheden zijn ontstaan en wijst op het grote belang van termijnen in het tuchtrecht die kennelijk niet meer kunnen worden vastgesteld.

5. Van 'onverwijld' uitreiken is zeker geen sprake meer als na een beslissing op 24 februari 2004 de beschuldigde pas op 19 maart 2004 de uitspraak in handen krijgt. Gezien de bewoordingen van het tweede lid van art. 80q WMT zal de beklagmeerdere aan de militaire kamer zwaarwegende redenen moeten melden waarom een eerdere uitreiking echt niet mogelijk was, want dat tweede lid geeft aan dat de beklagmeerdere 'onverwijld' de uitspraak toezendt aan de commandant en dat deze – of een ander namens hem – deze uitspraak weer 'onverwijld' uitreikt. Een oefening en onbekendheid met de materie is volgens de rechtbank niet zwaarwegend genoeg om bijna een maand later uit te reiken.

J.R.G.J.

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 26 mei 2005

0315293 MAW

Voorzitter: Mr. G.P.A.M. Garvelink-Jonkers; leden: Mr. J.Th. Wolleswinkel en mr. K. Zeilemaker

Aansprakelijkheid voor verkeersongeval in Bosnië

Een soldaat stelt de Staatssecretaris van Defensie aansprakelijk voor haar schade als gevolg van een door een lokale bestuurder veroorzaakt verkeersongeval tijdens uitzending in Bosnië. Zij beroept zich daarbij op het beginsel van goed werkgeverschap en de toepasselijkheid van artikel 115 van het AMAR. De staatssecretaris wijst aansprakelijkheid af: Het door de soldaat ingestelde beroep wordt door de rechtbank ongegrond verklaard.

De Centrale Raad van Beroep bevestigt de aangevallen uitspraak. De Raad oordeelt dat Defensie aan zijn zorgplicht als werkgever heeft voldaan en er evenmin sprake is van een fout van een ondergeschikte. Voor aansprakelijkheid die verder gaat dan schending van de zorgplicht als werkgever of voor een fout van een ondergeschikte ziet de Raad geen grond omdat dit zou betekenen dat de rechter een stelsel van risicoaansprakelijkheid zou creëren waarvoor noch in de wetsgeschiedenis, noch in het ongeschreven recht, een basis bestaat.

Schadevergoeding. AMAR art. 115

UITSPPRAAK

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

I. Ontstaan en loop van het geding

Namens appellante is op de daartoe bij aanvullend beroepsschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 10 september 2003, nr. AWB 0311280 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen. Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 14 april 2005, waar appellante zich heeft laten vertegenwoordigen door mr. H.J.M.G.M. van der Meijden, advocaat te Harderwijk. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. C. L. Kuipers, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. Voor een uitgebreidere weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. De Raad volstaat met het volgende.

1.1. Appellante, destijds als soldaat 1 aangesteld bij het beroepspersoneel voor bepaalde tijd en uitgezonden naar Bosnië in het kader van SFOR 8, is op 18 oktober 2000 bij het uitvoeren van haar werk, als bestuurder van een militair voertuig aangereden door een tegemoet komende lokale vrachtwagen die zich op de verkeerde weghelft bevond. Appellante heeft daarbij een lichte hersenschudding, diverse kneuzingen, schaafwonden

en blauwe plekken opgelopen. In verband met het ongeval is ze vervroegd naar Nederland teruggekeerd.

1.2. Bij schrijven van 11 december 2001 is namens appellante aan gedaagde verzocht aansprakelijkheid voor het ongeval te erkennen en schade te vergoeden. Daarbij is aangevoerd dat een whiplashachtige aandoening is vastgesteld en dat appellante blijvende pijnen ondervindt. Appellante meent dat het beginsel van goed werkgeverschap er toe behoort te leiden dat gedaagde haar schade vergoedt.

1.3. Bij besluit van 13 maart 2002 heeft gedaagde dit verzoek afgewezen omdat er geen sprake is van een tekortkoming van zijn kant. Gedaagde meent voorts dat, nu een invaliditeitspensioen, een bijzondere invaliditeitsverhoging en diverse voorzieningen tot uitkering komen, hij op ruimhartige wijze invulling geeft aan de plichten die het goed werkgeverschap met zich meebrengt.

Gedaagde heeft dit besluit, na bezwaar, gehandhaafd bij het bestreden besluit van 24 februari 2003.

2. De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak het beroep van appellante ongegrond verklaard.

3. Namens appellante is in hoger beroep aangevoerd dat de militaire pensioenwetgeving waarin de aanspraken bij dienstongevallen zijn neergelegd, uitgaat van risicoaansprakelijkheid, maar dat deze niet ver genoeg gaat en aanvulling behoeft. Volgens appellante moet artikel 115 van het AMAR gezien worden als een aanvulling op hetgeen in de systematiek van de pensioenwetgeving is neergelegd, te weten het verder uitvoeren van de risicoaansprakelijkheid. Gedaagde dient vanwege de bijzondere omstandigheden toepassing te geven aan artikel 115 van het AMAR en tot volledige vergoeding van alle schade over te gaan. Appellante heeft ten slotte aangevoerd dat zij het onbegrijpelijk vindt dat gedaagde haar niet heeft gefaciliteerd bij het langs civielrechtelijke weg in Bosnië verhalen van de schade op de veroorzaker, al dan niet in combinatie met het verhaal van de eigen schade. Appellantes schade bestaat met name uit gederfde inkomsten.

3.1. Gedaagde heeft in zijn verweerschrift naar voren gebracht dat de Raad reeds in een uitspraak van 13 februari 1997, LJN ZB6687, TAR 1997/59 heeft overwogen dat uit het feit dat in bijzondere wettelijke voorschriften specifieke voorzieningen zijn getroffen waarvan de toepasselijkheid niet afhankelijk is van het feit of het desbetreffende bestuursorgaan al dan niet schuld heeft aan het ontstaan van de schade van de ambtenaar, moet worden afgeleid dat de wetgever in gevallen als de onderhavige uitdrukkelijk niet heeft gekozen voor (volledige) risicoaansprakelijkheid. Gedaagde heeft voorts gewezen op uitspraken van deze Raad van 8 mei 2002, LJN AE3622, TAR 2002, 140 en 19 september 2002, LJN AE8899, TAR 2003, 26 over de (niet) toepasselijkheid van artikel 7:611 van het Burgerlijk Wetboek. Gedaagde meent ten slotte dat, nu de Koninklijke Marechaussee een proces verbaal heeft opgemaakt waarin is aangegeven wat de toedracht van het ongeval was en waarin de gegevens van de aansprakelijke partij zijn weergegeven - welk proces-verbaal aan de gemachtigde van appellante is toegezonden - hij niet tekort is geschooten in het faciliteren van appellante bij het verhalen van haar schade op de aansprakelijke partij.

4. De Raad overweegt als volgt.

4.1. Niet in geschil is dat in het geval van appellante aan de zorgplicht is voldaan en dat daarom geen plicht tot vergoeding van de schade voor gedaagde voortvloeit uit de norm die is neergelegd in de uitspraak van de Raad van 22 juni 2000, LJN AB0072, TAR 2000, 112. Ook is geen sprake van een fout van een ondergeschikte als bedoeld in de uitspraak van de Raad van 25 oktober 2001, LJN AD6369, TAR 2002, 21.

4.2. In artikel 115 van het AMAR, is bepaald dat de Minister de bevoegdheid heeft naar billijkheid de militair schadeloos te stellen, kosten te vergoeden of overigens een geldelijke tegemoetkoming te verstrekken.

In zijn uitspraak van 9 december 2004, LJN AR7748, TAR 2005, 33, heeft de Raad aangegeven dat een bepaling als artikel 115 van het AMAR kan worden gezien als uitdrukking van de norm dat de overheidswerkgever verplicht is zich als een goed werkgever te gedragen.

4.2.1. De Raad voegde daaraan toe dat de norm van goed werkgeverschap als zodanig de ambtenaar geen aanspraak toekent op vergoeding van de schade die voor zijn rekening blijft, indien geen aansprakelijkheid van gedaagde kan worden aangenomen op grond van schending van de zorgplicht als werkgever of op grond van een fout van een ondergeschikte waarvoor gedaagde aansprakelijk is. Zou de rechter dat gevolg wel aan die norm verbinden dan zou hij een stelsel van risicoaansprakelijkheid doen ontstaan, waarvoor in de geschiedenis van de totstandkoming van de rechtspositieregelingen geen basis is te vinden en waarvoor ook in het ongeschreven recht onvoldoende aanknopingspunten bestaan.

4.2.2. De Raad heeft in die uitspraak ten slotte nog overwogen dat bepalingen als artikel 115 van het AMAR ertoe kunnen leiden dat een ambtenaar, ter discretie van het bevoegd gezag, onder omstandigheden een vergoeding naar billijkheid ontvangt naast hetgeen hij ontvangt op basis van de rechtspositionele bepalingen betreffende de gevolgen van een dienstongeval (in het geval van appellante de Kaderwet militaire pensioenen en de op die wet berustende regelgeving).

4.3. De Raad ziet in hetgeen namens appellante is aangevoerd geen aanleiding hierover thans anders te oordelen.

4.4. Appellante heeft als omstandigheid die tot toepassing van artikel 115 van het AMAR zou moeten leiden, aangevoerd dat er sprake was van een ernstig verkeersongeval als gevolg waarvan zij behoorlijke schade heeft opgelopen. Het ongeluk is veroorzaakt door een onrechtmatige gedraging van een derde en van enige eigen schuld van appellante is geen sprake. Volgens appellante is er daarom sprake van een bijzondere omstandigheid als waaraan geappelleerd wordt in de uitspraak van 19 september 2002, LJN AE8899, TAR 2003, 26.

4.5. De Raad is van oordeel dat het ongeval dat appellante is overkomen niet op een lijn staat met de feitelijke omstandigheden in evenbedoelde uitspraak, nu appellante immers niet gewond is geraakt als gevolg van een eveneens onder het gezag van gedaagde vallende collega-militair, maar door een onrechtmatige gedraging van een derde voor wie gedaagde niet verantwoordelijk is. Op grond van de toepasselijke regelingen is aan appellante een militair invaliditeitspensioen toegekend op basis van een mate van invaliditeit van 10%, is zij intensief begeleid, is haar een functie als burgerambtenaar toegewezen en zijn diverse voorzieningen tot uitkering gekomen.

4.6. De Raad onderschrijft het standpunt van gedaagde dat hij door middel van de hiervoor genoemde, aan appellante toegekende rechtspositionele voorzieningen (en de begeleiding van appellante naar een beter betaalde functie als burgerambtenaar bij Defensie), in voldoende mate invulling heeft gegeven aan zijn verplichtingen als goed werkgever. De Raad concludeert dat gedaagde door het niet toekennen van een vergoeding op grond van artikel 115 AMAR niet in strijd heeft gehandeld met de billijkheid of met het goed werkgeverschap van de overheid.

5. Gelet op het vorenoverwogene moet de aangevallen uitspraak worden bevestigd.

6. De Raad acht tot slot geen termen aanwezig toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht inzake vergoeding van proceskosten.

ZZZ. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP

RECHT DOENDE

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 23 juni 2005

03/2058 MAW

Voorzitter: Mr. G.P.A.M. Garvelink-Jonkers; leden: Mr. A. Beuker-Tilstra en mr. R. Kooper

Schadevergoeding voor parachutist

Een marinier stelt de Staatssecretaris van Defensie aansprakelijk voor de door hem, als gevolg van een ongeval tijdens parachutespringen, geleden en nog te lijden schade. De staatssecretaris wijst aansprakelijkheid af. Het door de marinier ingestelde beroep wordt door de rechtbank ongegrond verklaard omdat de Koninklijke Marine niet onzorgvuldig heeft gehandeld.

De Centrale Raad van Beroep bevestigt de aangevallen uitspraak. De Raad hanteert hierbij zijn op 22 juli 2000 geformuleerde norm dat de ambtenaar recht heeft 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 een belangrijke mate een gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar. Na een grondig onderzoek naar de toedracht van het ongeval komt de Raad tot het oordeel dat Defensie in casu aan bovengenoemde criteria, en daarmee aan zijn zorgplicht als werkgever; heeft voldaan.

Schadevergoeding

UITSpraak

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

Z. 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 10 maart 2003, nr. AWB 02101227 MAWKMA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend, dat nadien is aangevuld. Het geding is behandeld ter zitting van 12 mei 2005, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door Y.P.J. Drost, rechtskundig adviseur te Hengelo. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. C.L. Kuipers, werkzaam bij het Ministerie van Defensie. Op verzoek van appellant is als getuige verschenen en gehoord H.W.A.

Heymann, eerste luitenant der mariniers, wonende te Veenendaal.

II. Motivering

1. Voor een meer uitgebreide weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. De Raad volstaat met het volgende.

1.1. Appellant heeft op 13 januari 1998 als marinier deelgenomen aan een opleiding parachutespringen op de Leusderheide. Bij zijn tweede sprong, omstreeks 14.00 uur, moest hij een bomengroep ontwijken en is hij op enige afstand van de overige valschermspringers ongelukkig op de grond terecht gekomen. Door deze mislukte landing heeft hij letsel opgelopen. Van het gebeurde is een proces-verbaal opgemaakt.

1.2. Bij brief van 11 december 2000 is gedaagde namens appellant aansprakelijk gesteld voor de door hem als gevolg van het ongeval geleden en nog te lijden schade. Bij besluit van 25 juni 2001, zoals na bezwaar gehandhaafd bij het bestreden besluit van 19 februari 2002, heeft gedaagde aansprakelijkheid afgewezen op de grond dat de Koninklijke Marine niet onzorgvuldig heeft gehandeld.

1.3. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het beroep van appellant ongegrond verklaard.

2. Naar aanleiding van hetgeen in hoger beroep is aangevoerd, overweegt de Raad als volgt.

2.1. In geschil is de handhaving van een zelfstandig schadebesluit, ertoe strekkende dat gedaagde weigert de schade te vergoeden die appellant stelt ten gevolge van het ongeval te hebben geleden. Niet in geschil is de toepassing van rechtspositionele voorschriften die op dienstongevallen betrekking hebben. Evenmin is aan de orde of appellant in aanmerking komt voor een tegemoetkoming naar billijkheid met toepassing van artikel 115 van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) oud, nu gedaagde het inleidend verzoek niet mede in die zin heeft opgevat en redelijkerwijs ook niet aldus behoefde op te vatten.

2.2. Met betrekking tot een schadebesluit als onder 2.1. bedoeld, hanteert de Raad als norm dat de ambtenaar recht heeft 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 een gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar (CRvB 22 juni 2000, LJN AB0072, TAR 2000, 112 en JB 20001232).

2.3. Ter staving van de naleving van deze zorgplicht als werkgever, heeft gedaagde uiteengezet dat valschermspringers voorafgaande aan hun eerste daadwerkelijke parachute-sprong een uitgebreide opleiding ontvangen, waarbij aandacht wordt besteed aan de drie te onderscheiden fasen van de sprong: het verlaten van het vliegtuig, de daling en de landing. Voor het voorbereiden en uitvoeren van een sprong bestaan uitvoerige voorschriften, die in hoofdzaak zijn neergelegd in het Voorschrift inzake het valschermspringen uit militaire vliegtuigen (VVKM 428) van de Koninklijke Marine. Deze voorschriften stellen onder meer grenzen aan de windkracht waarbij door leerlingen mag worden gesprongen en voorzien in de aanwezigheid op het landingsterrein van een instructeur, die met behulp van een geluidsinstallatie - in dit geval een megafon - instructies kan geven aan de springers in opleiding.

2.4. Appellant heeft aangevoerd dat de aanwezigheid van een bomengroep op het landingsterrein in strijd is met punt 3 van bijlage 2 van het VVKM 428, waarin aan een afwerpterrein onder meer de eis wordt gesteld dat geen grote hindernissen zoals boscomplexen aanwezig zijn.

Ter zitting heeft de Raad zich nader laten voorlichten omtrent de situatie ter plaatse, waarbij gebruik is gemaakt van een door de getuige getoonde luchtfoto van het afwerpterrein met omgeving. Op grond daarvan acht de Raad overtuigend aangetoond dat de door appellant bedoelde bomengroep niet kan worden aangemerkt als een boscomplex in de zin van het VVKM 428, doch is te beschouwen als een zogenoemde kleine hindernis, die geen beletsel oplevert en redelijkerwijs kan worden ontweken. Daarbij is nog in aanmerking genomen dat ook het landen in bomen vooraf speciaal wordt geoefend.

2.5. Wat betreft de wijze van bepaling van de windkracht, is naar voren gekomen dat de commandant van het afwerpterrein aan het begin van een springdag een windverwachting opvraagt bij het dichtstbijzijnde weerstation. In het onderhavige geval is dit omstreeks 7.30 uur geschied. Aan de hand hiervan bepaalt hij of het springen al dan niet doorgang zal vinden. Gedurende het springen houdt de commandant voortdurend de windsnelheid op de grond in de gaten, zonodig met behulp van een handwindmeter. Indien hij twijfelt aan de weersontwikkeling of aan de wind op grotere hoogte, neemt hij opnieuw contact op met het weerstation. Is de windsnelheid te hoog, dan wordt het springen onderbroken of beëindigd. Blijkens de verklaring van de getuige wordt daarbij ten opzichte van de voorschriften een ruime veiligheidsmarge in acht genomen. Bovendien worden sprongen van leerlingen voorafgegaan door een sprong van een gebrevetteerde parachutist, teneinde de afdriving door de wind in de praktijk te controleren. De Raad ziet geen aanleiding om de vorenstaande maatregelen voor onvoldoende te houden of om te oordelen dat, naar appellant heeft betoogd, met behulp van een handwindmeter niet voldoende nauwkeurig kan worden gemeten. Gedaagde heeft onweersproken gesteld dat het gaat om geijkte instrumenten en dat aan andere methoden doorslaggevende operationele nadelen kleven, zoals een grotere omslachtigheid en een grotere gevoeligheid voor elektromagnetische verstoringen.

2.6. Ingevolge punt 433 van het VVKM 428 bedraagt de maximale windsnelheid waarbij door een leerling mag worden gesprongen bij dag 6 m/s (11,7 knopen). Kortstondige overschrijdingen worden toelaatbaar geacht, tenzij het gaat om uitschieters van meer dan 5 m/s. Blijkens het proces-verbaal is op de dag van het ongeval een windsnelheid (QAN) gemeten tussen 7 en 12 knopen, waarbij de uitschieters (QNT) 12 knopen bedroegen. Uit de overgelegde gegevens van het KNMI komt naar voren dat rond de tijd van het ongeval op Soesterberg een windsnelheid van gemiddeld 4 m/s en maximaal 7-8 m/s is gemeten. Gelet op deze gegevens, bezien in samenhang met de verklaring van de getuige, acht de Raad niet aannemelijk dat ten tijde van het ongeval sprake was van een windsnelheid waarbij op grond van de voorschriften of de strengere gebruiken van de praktijk het springen had moeten worden onderbroken of gestaakt.

2.7. Appellant heeft voorts aangevoerd dat niet is voldaan aan punt 352, onder b, van het VVKM 428, waarin is bepaald dat de commandant van het afwerpterrein is belast met het "coachen" van leerlingen tijdens de eerste twee sprongen, waarbij hij wordt bijgestaan door een para-instructeur. De Raad moet inderdaad vaststellen dat appellant op de grond werd opgewacht door de commandant, die door middel van de megafoon instructies kon geven, doch dat van bijstand door een para-instructeur geen sprake was. Dat de commandant zelf de hoedanigheid van para-instructeur bezat en dat het voorschrift in zoverre in onbruik was geraakt - hetgeen ook blijkt uit het feit dat de zinsnede over de para-instruc-

teur in het overgelegde exemplaar van het VVKM, vooruitlopend op een toekomstige wijziging, met de pen was doorgehaald - neemt naar het oordeel van de Raad niet weg dat op dit punt is gehandeld in strijd met een formeel nog geldend veiligheidsvoorschrift. De Raad is echter tevens van oordeel dat strikte naleving van dit voorschrift het ongeval, zoals het zich heeft voorgedaan, niet zou hebben voorkomen. Uit de in het proces-verbaal opgenomen verklaring van de instructeur Pronk komt naar voren dat appellante een achterwaartse landing heeft gemaakt, die hij niet naar behoren uitvoerde doordat hij bij de landing de benen niet voldoende onder het achterwerk plaatste en de voeten niet maximaal dwars op de afdrijvingsrichting indraaide. Appellant heeft deze lezing van de toedracht van het ongeval niet bestreden. Het gaat hier om fouten die op het allerlaatste moment zijn gemaakt en die ook door een tweede instructeur in alle redelijkheid niet meer tijdig hadden kunnen worden gecorrigeerd.

2.8. Het vorenstaande brengt de Raad tot het oordeel dat gedaagde genoegzaam heeft aangetoond dat hij, voorzover voor het ongeval relevant, aan zijn zorgplicht als werkgever heeft voldaan. Daarvan uitgaande heeft gedaagde terecht geweigerd de schade van appellante, zoals in dit geding aan de orde, te vergoeden.

2.9. Het hoger beroep treft geen doel. De aangevallen uitspraak moet 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. In deze en in de vorige uitspraak staat de vraag centraal welke norm geldt voor aansprakelijkheid voor dienstongevallen. Met zijn uitspraak van 22 juni 2000 (LJN AB0072, TAR 2000, 112 en JB 2000/232) heeft de Centrale Raad van Beroep die norm geformuleerd en daarbij aansluiting gezocht bij de norm die in het civiele arbeidsrecht geldt en die is vastgelegd in artikel 7: 658 van het Burgerlijk Wetboek:

"Voor zover 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 aantoonde 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 aantoonde dat de schade in een belangrijke mate een gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar:"

2. De overheidswerkgever heeft dus een vergaande zorgplicht om te voorkomen dat de (militair)ambtenaar schade lijdt. In geval zich een ongeval voordoet zal hij duidelijk moeten maken dat hij niet tekort geschoten is in zijn zorgplicht. Indien de overheidswerkgever daarin echter slaagt is hij niet aansprakelijk voor de schade. Van risicoaansprakelijkheid is dus geen sprake.

3. Werkzaamheden van de militair brengen echter risico's met zich die door Defensie niet (geheel)weg te nemen zijn zoals onder meer uit deze, en de hiervoor geplaatste uitspraak blijkt ('Aansprakelijkheid voor verkeersongeval in Bosnië' en 'Schadevergoeding

voor parachutist'). Bedacht moet worden dat voor de militair die een ongeval overkomt een stelsel van rechtspositionele voorzieningen bestaat waarop hij in de regel aanspraak kan maken, ongeacht of Defensie in zijn zorgplicht te kort is geschoten. Onder meer betreft het de voorzieningen zoals die zijn geregeld in het op de Kaderwet militaire pensioenen gebaseerde Besluit aanvullende arbeidsongeschiktheids- en **invaliditeitsvoorzieningen**. Het ontbreken van volledige aansprakelijkheid betekent dus niet dat de militair na een ongeval met lege handen achter blijft. Indien Defensie tekort is geschoten in zijn zorgplicht, en wel aanspraak bestaat op volledige schadevergoeding, worden vergoedingen die reeds worden toegekend op grond van rechtspositionele voorschriften aangemerkt als een onderdeel van de schadeloosstelling.

F.K.O.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Paul Reuter Prijs voor dr. Marten Zwanenburg

Op 7 juni 2006 is in Genève de Paul Reuterprijs uitgereikt aan Marten Zwanenburg. Hij kreeg de prijs voor zijn boek "Accountability of peace operations". Tijdens de ceremonie in Genève, die werd bijgewoond door de Nederlandse ambassadeur Ian de Jong, kreeg Zwanenburg de prijs uit de handen van Daniel Thurer, lid van het Internationale Rode Kruis Comité (ICRC).

De Paul Reuter prijs wordt uitgereikt voor het beste boek op het gebied van het humanitair oorlogsrecht. De prijs werd in 1983 ingesteld door een donatie aan het ICRC van Paul Reuter, oud-voorzitter van de International Law Commission. Het doel van de prijs is om publicaties op het gebied van het humanitair oorlogsrecht te bevorderen. De Paul Reuter prijs bedraagt 5.000 Zwitserse Francs en wordt iedere 3 jaar uitgereikt.

Het boek van Zwanenburg heeft als onderwerp de verantwoordelijkheid onder het humanitair oorlogsrecht voor VN- en NAVO-vredesoperaties. Het boek bespreekt onder meer de toepasselijkheid van het humanitair oorlogsrecht op dergelijke operaties. De jury koos voor het boek van Zwanenburg vanwege de veelomvattendheid van het bestudeerde materiaal. Het onderwerp is bovendien ook vandaag de dag zeer actueel. In zijn boek presenteert Zwanenburg een aantal innovatieve ideeën, zoals het opzetten van Claims Commissies en een Ombudsman. Zwanenburg noemt dit laatste instituut een doeltreffend mechanisme om de *accountability* voor inbreuken op individuele rechten onder het humanitair oorlogsrecht te verzekeren.

Zwanenburg promoveerde met zijn onderzoek aan de Rijksuniversiteit Leiden onder de supervisie van professor Horst Fischer, hoogleraar Humanitair oorlogsrecht. Eerder dit jaar werd het boek al bekroond met de Francis Lieber prijs. Ook werd het boek in 2005 bekroond met de Max van der Stoel-prijs als beste proefschrift op het terrein van de mensenrechten.

Marten Zwanenburg is jurist bij het Ministerie van Defensie.

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
F.K.O. - Mr. F.A. Kooloos
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.

Geen hele woorden in kapitalen, zoals NASCHRIFT e.a. 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. A.J. Ruysendaal, Kolonel 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 Bestuursstaf:	Mr. J.J. Buirma, Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie; Mr. R. in het Veld, Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst, Hoofd Militair Juridische Dienst Krijgsmacht;
Prof. Dr. T.D. Gill	Bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam en Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht;
Mr. R. van den Heuvel,	Vice-president en voorzitter van de Militaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem;
Prof. Mr. Th. A. de Roos,	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Universiteit van Tilburg;
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 E 36,75. Men abonneert zich bij abonnementen administratie M.R.T. postbus 45666, 2504 BB Den Haag, tel.: 070-3590713, E-mail: ABO@adrepak.nl. 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.

Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan AdAb abonnementenadministratie. 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 XCIX

september 2006

Aflevering

8

INHOUD

Bijdragen

Militaire pensioenen in het Pensioenreglement ABP: van 2001 tot 2006; door mr. W.J. Schmitz..... 269

Opmerkelijke zaken, De scheepsarts en de muitende schepelingen; door prof. mr. G.L. Coolen..... 275

Strafrechtspraak

Ah 06.12.04. **Ook de militair in het buitenland valt onder de Nederlandse straf wet** (Naschrift J.R.G.J.)..... 280

Ah 24.12.04. **Waar is de militaire detentie voor bedoeld?**
De militaire detentie van maximaal zes maanden is bedoeld voor die militairen die binnen de militaire gemeenschap zullen blijven (Naschrift J.R.G.J.)..... 282

Ah 03.10.05. **Niet op tijd gemeld na doorrijden bij ongeval**
Degene die doornijdt na een aanrijding kan zich alsnog binnen twaalf uren vrijwillig melden om strafvervolgning te voorkomen. Echter als de politie het onderzoek in de zaak al gestart heeft, is een melding te laat ook al geschiedt deze binnen twaalf uur..... 287

Bestuursrechtspraak

CRvB 10.11.05 **De vervallen schadevergoedingsplicht.**
Een onderofficier heeft verzuimd tijdig gebruik te maken van het tegen het onrechtmatige functietoewijzingsbesluit openstaande rechtsmiddel. Dit brengt in het licht van artikel 6:101 BW mee dat de door hem geleden schade volledig het gevolg is van omstandigheden die aan hem moeten worden toegerekend. (Naschrift G.L.C.)..... 293

Wetgeving

Overzicht totstandgekomen en aanhangige wetgeving; door mr. J.B. Miete..... 297

Militaire pensioenen in het Pensioenreglement ABP: van 2001 tot 2006

door

MR. W.J. SCHMITZ

Inleiding

Zoals bekend zijn de militairen per 1 juni 2001 komen te vallen onder het Pensioenreglement van de Stichting Pensioenfonds ABP.

In dit artikel ga ik allereerst terug naar de overwegingen van de Minister van Defensie om destijds over te stappen op dit voor militairen nieuwe pensioenstelsel. Vervolgens laat ik zien hoe de pensioensituatie voor de militairen zich na juni 2001 heeft ontwikkeld en om welke reden voor de militairen op een belangrijk punt al vrij snel moest worden afgeweken van het voor het hele overheidspersoneel geldende Pensioenreglement ABP.

A. Situatie tot 1 juni 2001

A.1. Vroegere pensioenwetgeving voor militairen

Tot 1 juni 2001 gold voor de gewezen militairen die ontslagen waren ná 1 januari 1966 de uit 1966 daterende Algemene militaire pensioenwet. Deze wet bevatte de voorwaarden en het recht op een pensioen ter zake van invaliditeit met dienstverband, arbeidsongeschiktheid alsmede het recht op ouderdoms- en nabestaandenpensioen voor de beroepsmilitair, de dienstplichtige en de reservist. Daarnaast golden tot 1 juni 2001 voor de militairen die ontslagen waren vóór 1 januari 1966 de Pensioenwetten voor de landmacht en de zeemacht uit 1922.

Dit decennia lang geldende pensioenstelsel van militaire pensioenen en uitkeringen is ingrijpend gewijzigd. De Algemene militaire pensioenwet alsmede de nog van toepassing zijnde vroegere militaire pensioenwetten zijn per die datum ingetrokken en vervangen door een nieuw pensioenstelsel, waarvan de Kaderwet militaire pensioenen (wet van 13 december 2000, Stb. 2001, 37) als hoofdwet geldt.

Mr J.G.F.M. van Kessel heeft in zijn artikel "Militairen onder ABP-pensioenreglement" (MRT 2001, pag. 307 – 313) de achtergrond en de inhoud van het nieuwe pensioenstelsel voor militairen geschetst.

B. Wijziging per 1 juni 2001

B.1. Overstap op het nieuwe pensioenstelsel

Met de aanpassing van het pensioenstelsel voor de militairen is een drietal doelstellingen verwezenlijkt.

De eerste is de modernisering van de financiering van de militaire pensioenen. Tot 1 juni 2001 vond financiering van de ouderdomspensioenen rechtstreeks ten laste van de Defensiebegroting plaats. Defensie is vanaf die datum voor de ouderdomspensioenen van

het militaire personeel geleidelijk overgegaan op het in Nederland gebruikelijke systeem van fondsvorming (kapitaaldekking). Daarbij is uitgangspunt een onder de beschermende werking van de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) functionerend privaatrechtelijk pensioenreglement. De PSW schrijft het stelsel van kapitaaldekking dwingend voor. De keuze voor het onderbrengen van de militaire pensioenen bij het onder de PSW vallende Algemeen burgerlijk pensioenfonds (ABP) vereiste derhalve een wijziging van de financiering van de militaire pensioenen; er werd overgestapt van begrotingsfinanciering naar kapitaaldekking.

Ten tweede wordt met de aanpassing van het pensioenstelsel een vereenvoudiging van de militaire pensioenen bereikt. Zoals boven al vermeld is een aantal bestaande defensiewetten ingetrokken. Het ABP-pensioenreglement is van kracht geworden voor het militair personeel alsmede de nabestaanden. Het pensioenreglement is in dat verband op een groot aantal plaatsen gewijzigd.

Als derde doelstelling is een betere informatievoorziening en serviceverlening aan militairen gerealiseerd. Een oude wens van zowel de Minister van Defensie als van de Centrales van Overheidspersoneel is namelijk verbetering van de communicatie en voorlichting op het gebied van de pensioenen. Immers, anders dan bij het burgerpersoneel van Defensie dat jaarlijks van het ABP een pensioenopgave ontvangt, is het tot 2001 nooit mogelijk geweest het militaire personeel op dezelfde wijze van informatie over de pensioenrechten en uitzichten te voorzien. Gedurende de achterliggende jaren zijn alle gegevens die noodzakelijk zijn voor het opzetten van een zogenaamde verzekerdenadministratie verzameld en geïnventariseerd.

Geconstateerd kan worden dat ABP er tot op dit moment nog niet in is geslaagd om alle militairen jaarlijks een overzicht toe te zenden. Met name de overstap in 2004 van het burgeroverheidspersoneel op middelloon heeft daarbij roet in het eten gegooid (zie verder onder hoofdstuk C). ABP streeft ernaar om in 2006 nagenoeg alle militairen een pensioenoverzicht toe te zenden.

In het kader van de overgang van de militairen naar het ABP is vanaf 1998, in eerste instantie door Defensie zelf en nadien door ABP, aan de hand van de persoonsdossiers een onderzoek gedaan naar de pensioenrechten van gewezen militairen, de zgn. "slapers". Betreffende doelgroep gewezen militairen is vervolgens door ABP geïnformeerd over hun opgebouwde rechten. Naar verwachting wordt dit onderzoek in 2007 afgerond.

B.2. Vereenvoudiging van het pensioenstelsel met behoud van bijzondere aanspraken.

De belangrijkste consequentie van de invoering van de Kaderwet is dat militairen deelnemer zijn gaan worden in het ABP-pensioenreglement. Dit betekent zoals al genoemd, dat de ouderdoms- en nabestaandenpensioenen voor het militair personeel zijn ondergebracht bij het ABP.

Naast deze zogenaamde reguliere ouderdoms- en nabestaandenpensioenen heeft Defensie voor de risico's die een militair loopt de voorheen in de vroegere militaire pensioenwetten bestaande bijzondere aanspraken op pensioen behouden. Op basis van de Kaderwet is hiervoor een tweetal specifieke besluiten geïntroduceerd. Voor de militairen, jonger dan 65 jaar zijn de aanspraken op arbeidsongeschiktheids- en invaliditeitspensioenen neergelegd in het Besluit aanvullende arbeidsongeschiktheids- en invaliditeitsvoorzieningen militairen (Besluit van 6 februari 2001, Stb. 2001, 140).

Voor de gewezen militairen, ouder dan 65 jaar, zijn de aanspraken neergelegd in het

Besluit bijzondere militaire pensioenen (Besluit van 6 februari 2001, Stb. 2001, 139). De bijzondere voorzieningen voor de nabestaanden van de beroepsmilitair die is overleden in verband met de uitoefening van de militaire dienst zijn ook ondergebracht in ditzelfde Besluit bijzondere militaire pensioenen.

Tenslotte is blijven bestaan en verder verruimd de uit 1996 daterende Voorzieningenregeling voor militaire oorlogs- en diensslachtoffers (Regeling van 11 december 1996, Stcrt. 1996, 244). Hierin heeft de Minister van Defensie op grond van zijn bijzondere verantwoordelijkheid voor de doelgroep oorlogs- en diensslachtoffers een eigen voorzieningenbeleid vastgelegd. Die bijzondere verantwoordelijkheid omvat een zorgplicht die meebrengt dat aan bedoelde groep militairen extra voorzieningen en geneeskundige verstrekkingen worden verstrekt tot verbetering van hun levensomstandigheden.

C. Ontwikkelingen vanaf 1 juni 2001

Vooraf

Hierna ga ik met name in op de ontwikkelingen die zich op pensioengebied voor het overheidspersoneel na juni 2001 hebben voorgedaan. In het bijzonder wordt ingegaan op de uitzondering die binnen het pensioenreglement voor het militair personeel is gemaakt.

C.1. Herstelplan ABP

Bijna alle pensioenfondsen in Nederland, waaronder ook het ABP, kregen in de loop van 2002 van de Nederlandsche Bank de opdracht een herstelplan op te stellen. De Nederlandsche Bank houdt toezicht op de financiële gezondheid van de pensioenfondsen.

ABP hanteert een vastgesteld beleggingsbeleid. ABP belegt om te bereiken dat voldoende geld aanwezig is om de pensioenen elk jaar mee te laten stijgen met de lonen van overheid en onderwijs. De financiële gezondheid van een pensioenfonds wordt uitgedrukt in een percentage, dekkingsgraad geheten. Dat is de verhouding tussen vermogen en verplichtingen van het fonds.

Tot 2004 zijn de pensioenen steeds volledig aangepast aan de gemiddelde salarisontwikkeling binnen het overheids- en onderwijspersoneel.

In de loop van de jaren vanaf 2000 verslechterde echter de financiële positie van het ABP. Die verslechterende positie was onder meer te wijten aan: de stijging van lasten voor het ABP doordat de ambtenarsalarissen fors stegen, en de tegenvallende beleggingsopbrengsten (waardoor eerder opgebouwde buffers in het ABP-vermogen opraken).

Om voor alle werknemers van overheid en onderwijs een financieel gezonde pensioenvoorziening te kunnen behouden en om de betaling van de pensioenen ook op termijn veilig te stellen, moest ABP maatregelen treffen. Deze maatregelen staan bekend als Herstelplan ABP.

Uitgangspunt van het herstelplan was een evenwichtige verdeling van de lasten en de lasten tussen deelnemers (hogere premie, lagere opbouw), gepensioneerden (lagere indexatie) en werkgevers (hogere premie). De premie zal daarbij steeds minimaal op kostprijsniveau moeten liggen en zal moeten stijgen naarmate de dekkingsgraad daalt.

Kern van het herstelplan is dus het verhogen van de dekkingsgraad van het ABP-fonds.

De dekkingsgraad van het ABP bedroeg in 2005: 120,2 %. Vertaald in geld betekent dit: voor elke € 100 aan pensioenaanspraken van deelnemers heeft ABP € 120,20 aan bezit-

tingen. Om de pensioenen volledig te kunnen indexeren zou dit op grond van de richtlijnen van de toezichthouder op de pensioenfondsen ongeveer € 140 moeten zijn.

Gezien de te lage dekkingsgraad heeft het Bestuur van ABP voor 2006 beslist dat de pensioenen de lonen slechts gedeeltelijk kunnen volgen; de indexatie is 0,17 procent. Dit is 45 procent van de gemiddelde loonontwikkeling bij overheid en onderwijs in 2005. Ook in 2005 en 2004 was de indexatie van de pensioenen al beperkt.

Aan het einde van het eerste kwartaal 2006 steeg de dekkingsgraad naar ruim 131%.

ABP streeft ernaar het vermogen weer zo snel mogelijk op een zodanig peil te brengen dat volledige indexatie mogelijk wordt. Bij een in de toekomst gunstige financiële positie kan het Bestuur besluiten om gemiste indexatie uit voorgaande jaren in te halen.

C.2. Pensioenakkoord 2003

Inleiding

Op 3 november 2003 is binnen de Pensioenkamer overeenstemming bereikt over een aantal wijzigingen van het Pensioenreglement van het ABP. Deze wijzigingen hadden (als onderdeel van het herstelplan) ten doel de premielast van het ouderdoms- en nabestaandenpensioen in 2004 - conform kabinetsrichtlijn - te beperken, alsmede de toekomstige pensioenlasten te beheersen. Naast een versobering van het nabestaandenpensioen stond daarbij met name de overgang van het eindloonstelsel op een middelloonstelsel centraal.

Hierna zal ik allereerst ingaan op de verschillende onderdelen van het Pensioenakkoord voor het overheidspersoneel. Vervolgens geef ik in het laatste deel van dit hoofdstuk aan wat het Pensioenakkoord specifiek betekent voor de positie van de militairen.

Overgang van eindloon naar middelloon

Als onderdeel van het Pensioenakkoord is vanaf 1 januari 2004 voor het overheidspersoneel, exclusief de militairen, het middelloon ingevoerd. Sociale partners waren van mening dat middelloon beter past bij het tegenwoordige carrièrepatroon van werknemers. Bovendien vonden zij dat een pensioen gebaseerd op middelloon rechtvaardiger is dan een pensioen gebaseerd op eindloon. In een eindloonregeling betalen namelijk de niet-carrière-makers mee aan het pensioen van de carrièremakers. Dat is in de middelloonregeling niet zo. Bij een middelloonregeling is het pensioen gebaseerd op het "gemiddelde" salaris dat iemand tijdens zijn loopbaan verdient; hierbij wordt per jaar de aanspraak apart berekend. In het eindloonsysteem is het laatst genoten salaris maatgevend voor de pensioenopbouw over alle voorgaande jaren.

Wat betekent middelloon voor de opbouw van pensioen

De pensioenopbouw tot en met 2003 valt onder de eindloonregeling. Hiervan heeft iedere deelnemer in 2004 een eindafrekening ontvangen, op basis van het pensioengevend salaris van januari 2004. Periodieken en carrièrestappen die in 2003 zijn gemaakt tellen nog mee. In de toekomst telt het bedrag van die eindafrekening mee in het middelloonsysteem.

Middelloon geldt voor alle pensioenen. Zowel voor de FPU (Flexibel pensioen voor deelnemers, niet zijnde militairen) als voor het ouderdoms- en nabestaandenpensioen geldt het middelloon voor het pensioen dat vanaf 1 januari 2004 wordt opgebouwd. Vanaf 1 januari 2006 vindt geen opbouw voor FPU meer plaats.

Opbouw vindt plaats over het gemiddelde salaris tot aan pensionering; elk jaar wordt vastgesteld welk salarisbedrag meetelt in de uiteindelijke berekening. Onder middelloon telt meer dan alleen het vaste salaris mee voor het pensioen, namelijk ook bepaalde toeslagen.

Nabestaandenpensioen halveert bij overlijden na 65 jaar

Naast de invoering van middelloon per 1 januari 2004 is in het kader van het Pensioenakkoord het ABP-pensioenreglement op een aantal andere punten aangepast. Onder meer op het punt van het nabestaandenpensioen zijn er veranderingen afgesproken welke leiden tot versoering van het pensioenreglement. Deze afspraken gelden ook voor de militair. De versoering betreft uitsluitend het nabestaandenpensioen van gepensioneerden.

Tot 1 januari 2004 bedroeg het nabestaandenpensioen 517 van het ouderdompensioen. Na die datum is dat 5/14, bij overlijden na 65 jaar. Bij overlijden vóór 65 jaar blijft het nabestaandenpensioen gehandhaafd op 517 deel van het ouderdompensioen.

Opgebouwde rechten blijven dus bestaan. Wat tot de ingangsdatum van de nieuwe regeling op 1 januari 2004 aan pensioen is opgebouwd blijft onaangetast;

Indexatie

Zoals we al eerder zagen streeft ABP ernaar dat het pensioen de lonen volgt. De aanpassing van pensioen aan de lonen door ABP heet indexatie. ABP betaalt de kosten van indexatie uit de premie-inkomsten en/of uit de groei van het vermogen ten opzichte van de verplichtingen. De indexatie is voorwaardelijk, dus geen automatisme. Per jaar beoordeelt het Bestuur van ABP (waarin werkgevers en werknemers vertegenwoordigd zijn) of het pensioen de ontwikkeling van de lonen bij overheid en onderwijs kan volgen. Indexatie is alleen verantwoord als het Bestuur van ABP vindt dat de financiële positie van het fonds dit toelaat.

Is het niveau van de dekkingsgraad onvoldoende, dan heeft ABP een tekort aan financiële reserves en dus onvoldoende vermogen om het pensioen volledig te indexeren. In een periode van herstel kan gedeeltelijk worden geïndexeerd.

De in punt C.1. geschetste benadering van de dekkingsgraad, resulterend in een jaarlijkse beslissing van het Bestuur voor gehele of gedeeltelijke indexatie, geldt ook voor de militaire pensioenen.

Het in 2001 toetreden van het militair personeel tot het Pensioenreglement ABP heeft, anders dan veel militairen denken, in dezen niet extra nadelig gewerkt.

De mate en ingangsdatum van de indexatie voor het militair personeel volgt namelijk al tientallen jaren de ontwikkeling van de pensioenen voor het overheidspersoneel op de voet. Dus kortingen van indexatie, zoals nu aan de orde, zouden met toepassing van Hoofdstuk L van de vroegere Algemene militaire pensioenwet ook tot overeenkomstige (gedeeltelijke) aanpassing van de militaire pensioenen hebben geleid.

C.3. Positie van de militairen binnen ABP in relatie tot het Pensioenakkoord

Bij de in de Pensioenkamer gehouden besprekingen over het Pensioenakkoord werd al snel duidelijk dat een herbeoordeling van de positie van de militairen binnen het pensioenreglement ABP noodzakelijk was.

Het militair personeel werd om die reden per 1 januari 2004 dan ook in eerste instantie tijdelijk uitgezonderd van een overstap op het middelloonsysteem. Voor een nadere inventarisatie en actuariële doorrekening werd een overgangperiode van minimaal een jaar nodig geacht. Onderkend is dat bijzondere omstandigheden het rechtvaardigen dat de bestaande eindloonregeling voor militair personeel in eerste instantie tijdelijk bleef bestaan. De (tijdelijke) uitzonderingspositie gold alleen voor het onderdeel middelloon; alle overige afspraken uit dat akkoord waren onverkort op de militair van toepassing vanaf 2004.

Achterliggende redenen om voor de militairen niet over te gaan op het middenloos zijn de wezenlijk afwijkende salarisstructuur, de sterk afwijkende personeelsstructuur, het specifieke stelsel van toelagen en de daardoor veel ingrijpender consequenties van het middenloosstelsel dan bij burgerpersoneel het geval is.

Overeengekomen is deze problematiek apart te bezien, waarbij de uitkomst van het overleg tenminste kostenneutraal voor de overige sectoren diende te zijn. Aldus de brief van 10 december 2004 van de Hoofddirecteur Personeel van Defensie aan de Pensioenkamer. Wel werd afgesproken dat de met het handhaven van het eindloos gemoeide hogere pensioenpremie ten laste van de militair zelf werd gebracht. Deze ging dan ook 1,6% van de premiegrondslag meer betalen.

Ten behoeve van nader onderzoek is eind 2004 besloten tot een voortzetting van de tijdelijke uitzonderingspositie voor het militair personeel, ook in 2005.

D. Positionering militaire pensioenen per 1 januari 2006

Voorstellen

Bij de totstandkoming van het Pensioenakkoord 2003 hebben de Centrales van Overheidspersoneel, zoals boven al gezien, als nadrukkelijke voorwaarde gesteld dat ten aanzien van de overstap op het middenloosstelsel een voorbehoud voor het militair personeel moest worden gemaakt.

De jaren van de tijdelijke uitzonderingspositie heeft Defensie benut om samen met ABP en met de Centrales van Overheidspersoneel te komen tot een gezamenlijk voorstel en een structurele regeling voor de militairen van de sector Defensie vanaf 2006.

Het overleg in de sector Defensie heeft geleid tot de volgende maatregelen:

Indexatie van pensioenaanspraken van actieven en gepensioneerden vindt materieel op dezelfde wijze plaats als in de middenloos situatie bij burgerdeelnemers;

De zgn. knipsystematiek is aangescherpt. In plaats van de bestaande systematiek en een 25%-knip wordt vanaf 1 januari 2006 een 10%-knip gehanteerd. Naar analogie van de tot 1 januari 2004 geldende systematiek voor burgerdeelnemers wordt een knippercentage van 10% voor stijging van de berekeningsgrondslag aangehouden, met een drempel van € 5.240,-. Opgemerkt wordt dat in het eerste jaar na aanstelling, in casu de opleidingsfase, de drempel tevens als knipgrens wordt gehanteerd.

De Pensioenkamer heeft op 21 september 2005 ermee ingestemd, dat de pensioenen van militairen onder voorwaarden ook in de toekomst zullen worden bepaald op basis van de eindloos systematiek.

Vastlegging in het Pensioenreglement Stichting Pensioenfonds ABP

Na de instemming van de Pensioenkamer zijn de afspraken ingepast in het reglement en wel in een nieuw zelfdragend hoofdstuk voor militairen.

Dat nieuwe hoofdstuk 17 is in werking getreden op 1 januari 2006 (Stcrt. 23 december 2005, nr. 250).

OPMERKELIJKE ZAKEN (7)

De scheepsarts en de muitende schepelingen

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

Een bijdrage die geheel gewijd is aan de strafzaak, aangespannen tegen de scheepsarts van Hr. Ms. De Zeven Provinciën, die - toen in 1933 een deel van de bemanning aan het muiten sloeg - weloverwogen naliet daadkrachtig tegen de muiters op te treden.

De muitერი

Het is zaterdag, 4 februari 1933. Het pantserschip Hr. Ms. *De Zeven Provinciën* ligt voor anker voor de kust van Atjeh.¹ Onder de bemanning, met name onder de Inlandse schepelingen, heerst grote onrust. De eerder van overheidswege aangekondigde korting op de salarissen is bij velen volstrekt verkeerd gevallen. Ook elders in Nederlands-Indië is het al enige tijd onrustig. Zo hebben in Soerabaja op grote schaal dienstweigeringen plaatsgehad. Die avond tegen tien uur - de commandant en de eerste officier zijn niet aan boord - wordt aan de officier van dienst gemeld dat uit de voormunitiebergplaats munitie is ontvreemd en dat geweren zijn weggenomen uit de geweerrekken in de walegangen. Ook wordt bekend dat een groep Inlandse schepelingen het plan heeft opgevat om in de nachtelijke uren het anker te lichten en met het schip weg te varen naar Soerabaja. Als de officier van dienst zich, samen met de officier van de wacht, naar het opperdek begeeft, zien zij dat het gehele voorschip in het donker is gezet. Manschappen, voor het merendeel Inlanders, groepen samen. Zij dragen wapens en beletten beide officieren verder te gaan. Enkele matrozen zijn bezig de statietrap te hijsen. Ook zijn de in het water liggende motorsloepen door Inlandse schepelingen bezet. Dienstbevelen worden niet meer opgevolgd.

De ernst van de situatie dringt onmiddellijk tot de twee officieren door: muitერი. Hoewel beiden een geladen pistool bij zich dragen, besluiten zij niet gewapenderhand in te grijpen. De overmacht is te groot. Zij gaan terug naar het achterdek, laten de vlet strijken, stappen in en varen weg van het schip. Vóór alles dient de commandant te worden gewaarschuwd; er moet hulp van de wal komen.

De opstand breidt zich snel uit. Muitende schepelingen nemen het middenschip in bezit en sluiten de toegangen tot de machinekamers af. Het schip wordt onder stoom gebracht. Later hijsen de muiters de sloepen en stellen de machines in werking. Van de zijde van de officieren wordt niet of nauwelijks ingegrepen. Slechts eenmaal onderneemt een groep van een man of zes een poging de brug op de muiters te heroveren. Als van de zijde van de muiters op hen wordt geschoten, trekken zij zich schielijk terug.

In het holst van de nacht lichten de muiters het anker en verlaat Hr. Ms. *De Zeven Provinciën* de ankerplaats. Via de Indische Oceaan wordt koers gezet naar Soerabaja. Zes dagen lang vaart het schip onder bevel van de muiters rond in de Indische wateren. Dan maakt op 10 februari 1933 de marine een einde aan de muitერი. Vanuit een vliegtuig wordt een

¹) Hetgeen in deze paragraaf is vermeld, is ontleend aan de getuigenverklaringen, weergegeven in het in noot 9 genoemde vonnis en in de sententie, genoemd in noot 10.

bom afgeworpen, die niet - zoals bedoeld - vóór, maar op het schip valt.² Hierbij komen 23 schepelingen om het leven en raken velen gewond.³

De gevolgen

De Sociaal-Democratische Arbeiderspartij, die de regering voor de muiterij aansprakelijk stelt, wordt verboden. Bij de marine - en ook bij het leger - vindt een omvangrijke zuivering plaats. Vele 'ongewenste elementen', met name zij die 'de rode richting' zijn toegedaan, worden uit de krijgsmacht verwijderd. In antwoord op kamervragen merkt de Minister van Defensie op: 'De regering kan en mag de opleiding en de daarmee verband houdende belangen der dienstplichtigen niet toevertrouwen aan militaire ambtenaren, wier inborst - zoals de sociaal-democratische pers in de dagen der muiterij kenschetste - rood is en wier hart - volgens dezelfde pers - een hoger toerental bereikt bij het hooren van de internationale dan bij het hooren van het Nederlandse volkslied.'⁴

Ook worden niet alleen de muitende schepelingen strafrechtelijk vervolgd, maar ook de officieren die - getuige van de muiterij - nalieten krachtdadig tegen de muiters op te treden, zich aldus schuldig makend aan het misdrijf, omschreven in artikel 143 van het Wetboek van Militair Strafrecht (WvMS). Deze bepaling luidt, voorzover in dit verband van belang: 'De militair die, getuige van een door een mindere gepleegd misdrijf, opzettelijk nalaat tegen den dader de door het belang der zaak gevorderde maatregelen van geweld naar vermogen aan te wenden, wordt gestraft gelijk de medeplichtige.'⁵

Bij beschikking van de Commandant der Zeemacht in Nederlandsch-Indië van 10 juni 1933 worden de nalatige officieren - zestien in getal - naar de Zeekrijgsraad verwezen. Onder hen de scheepsarts van Hr. Ms. *De Zeven Provinciën*, officier van gezondheid der 2e klasse H.C. Bos, oud 28 jaar en geboren te Nieuw-Lekkerkerk.⁶ Om hem gaat het.

De strafzaak tegen de muiters blijft in deze bijdrage buiten beschouwing. Vermeld zij slechts dat zij uiteindelijk, voorzover schuldig bevonden, tot zware gevangenisstraffen en tot ontslag uit de militaire dienst werden veroordeeld.'

Het strafproces in eerste aanleg

Op 14 april 1934 verschijnen de nalatige officieren, onder wie officier van gezondheid der 2e klasse H.C. Bos, voor de Zeekrijgsraad te Soerabaja. Aan Bos wordt ten laste gelegd dat hij - zowel op de avond van 4 februari 1933, toen de muiterij een aanvang nam, als later in de nacht, toen de muiters het schip vaargereed maakten, en in de dagen die volgden, toen het schip onder bevel van de muiters rondvoer in de Indische wateren - opzettelijk heeft nagelaten tegen de muitende schepelingen de door het belang van de zaak gevorderde maatregelen van geweld aan te wenden.

Na aanvang van de zitting concludeert de fiscaal - overeenkomstig de door hem ingediende *schriftuur van eis* - tot schuldigverklaring van alle zestien officieren (hierna: be-

²) De bom richtte zoveel schade aan dat werd besloten het 25 jaar oude pantserschip te verbouwen tot opleidingschip. Tevens werd het schip herdoopt in Soerabaja. Op 18 februari 1942 werd de Soerabaja bij een Japanse luchtaanval tot zinken gebracht.

³) Zie omtrent de vraag of de bom al dan niet met opzet raak werd gegooid: J.C.H. Blom, *De muiterij op de Zeven Provinciën*, Bussum 1975.

⁴) Memorie van Antwoord, Hoofdstuk I Rijksbegroting 1934, p. 30. Zie MRT XXIX, p. 312.

⁵) Bij de algehele herziening van het militaire straf- en tuchtrecht per 1 januari 1991 is het artikel gehandhaafd, zij het dat de tekst enigszins is aangepast. Het artikel is thans genummerd 148.

⁶) Pas na 1945 is de aanduiding officier van gezondheid vervangen door: luitenant ter zee arts.

⁷) Zie HMG NI 2 januari 1934, MRT deel XXX (1934/35), p. 75 e.v.

klaagden) aan het misdrijf, omschreven in artikel 143 WvMS, en vordert, wat beklaagde Bos betreft, veroordeling tot een gevangenisstraf van drie maanden, met aftrek van de tijd, in voorlopige hechtenis doorgebracht.

Als de raadslieden het woord krijgen, voeren zij ter verdediging van beklaagden aan dat zij destijds weloverwogen van gewapend optreden tegen de muiters hebben afgezien, omdat verzet, gelet op het grote aantal muiters, geen enkele kans van slagen zou hebben gehad. Ook leefden beklaagden, aldus de raadslieden, in de veronderstelling dat, door het gebruik van geweld achterwege te laten, werd gehandeld in overeenstemming met de bij de marineleiding bestaande opvattingen. In deze mening werden zij gestrekt door het op 5 februari 1933 van de commandant van Hr. Ms. *De Zeven Provinciën* ontvangen bericht dat moest worden getracht de muiters 'met woorden te overreden'.

Ter verdediging van (alleen) beklaagde Bos doet diens raadsman eveneens een beroep op de Conventie van Genève, welk verdrag geneeskundig personeel, dus ook officieren van gezondheid, de status van *non-combattant* toekent.⁸ Non-combattanten zijn, in geval van een gewapend conflict, niet gerechtigd om als strijder aan de vijandelikheden deel te nemen. Evenmin mogen zij door de tegenpartij worden aangevallen.

Op 25 april 1934 doet de Zeekrijgsraad uitspraak.⁹ Alle aangevoerde verweren worden verworpen en alle beklaagden worden schuldig bevonden aan het misdrijf, omschreven in artikel 143 WvMS. Ook het beroep dat beklaagde Bos deed op Conventie van Genève, wordt niet aanvaard. 'Het betreft hier (immers) een verdrag tusschen mogendheden, houdende wederzijdsche verplichting in geval van oorlog tusschen die verdragsluitende mogendheden', aldus de Zeekrijgsraad.

Bos wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf van zes weken, met aftrek van de tijd, in voorlopige hechtenis doorgebracht. Tevens wordt hem de bijkomende straf van ontslag uit de militaire dienst opgelegd. Met betrekking tot de hoogte van de gevangenisstraf overweegt de Zeekrijgsraad 'dat met het opleggen van een lichte straf aan dezen beklaagde, die een zeer onvoldoende militaire opleiding heeft genoten, zou kunnen worden volstaan (...), ware het niet dat hij in de volgende dagen (lees: de dagen na 4 februari) onder speciale bewaking der muitende schepelingen zijn dienst als medicus onder de muitende bemanning is blijven uitoefenen, hoewel hij wist dat zich in den ziekenboeg geen ernstige patiënten bevonden'.

Het hoger beroep

Negen van de zestien beklaagden, ook beklaagde Bos, alsmede de fiscaal, stellen hoger beroep in bij het Hoog Militair Gerechtshof van Nederlandsch-Indië. Op 4 juli 1934 wordt de zaak door het Hof behandeld. Tijdens de zitting worden door de raadslieden in grote lijnen dezelfde verweren aangevoerd als in eerste aanleg. Als beklaagde Bos het woord krijgt, verklaart hij desgevraagd dat hij zijn dienst als medicus onder de muitende bemanning slechts in zoverre is blijven uitoefenen dat hij in de periode van 4 tot 10 februari dagelijks een bezoek bracht aan de ziekenboeg, ter verzorging van de aldaar opgenomen patiënten. Op de eerste dag werd hij, op weg naar de ziekenboeg, door enkele als schildwacht dienstdoende muiters tegengehouden. Dezen kregen echter na enige tijd van de leiding toestemming hem door te laten.

⁸) Met de Conventie van Genève is bedoeld het (in 1929 totstandgekomen) Verdrag van Genève voor de verbetering van het lot der gewonden en zieken, zich bevindende bij de legers te velde (Stb. 1932, 514).

⁹) Zeekrijgsraad Soerabaja 25 april 1934, MRT deel XXX (1934/35), p. 375 e.v.

Op 12 juli 1934 doet het Hof uitspraak.¹⁰ Evenals de eerste rechter verwerpt het Hof alle aangevoerde verweren. Tegenover het verweer dat gewapend verzet tegen de muiters geen kans van slagen zou hebben gehad, stelt het Hof dat artikel 143 WvMS een imperatief voorschrift bevat voor elke meerdere om in gevallen als in het artikel bedoeld daadkrachtig op te treden, 'terwijl daarbij de kans op succes niet als voorwaarde wordt toegelaten'. Ook hadden beklagden, aldus het Hof, 'moeten begrijpen dat gevaar voor eigen en anderer leven behoort achter te staan bij de handhaving van een zoo eminent rechtsgoed als de krijgstucht'.

In antwoord op het verweer dat beklagden meenden in overeenstemming te handelen met de bij de marineleiding bestaande opvattingen, merkt het Hof cynisch op 'dat erkend moet worden dat gedurende de laatste jaren door verschillende autoriteiten moeilijkheden zooveel mogelijk werden omzeild, hetgeen uiteraard gepaard ging met een zekere verslapping in de handhaving van de krijgstucht.' Krachtens artikel 12 van het Reglement betreffende de Krijgstucht echter rustte op beklagden de verplichting in gevallen als het onderhavige *zelfstandig* op te treden."

De verklaring van beklagde Bos dat hij zich op de eerste dag, op weg naar de ziekenboeg, door gewapende muiters heeft laten tegenhouden, valt bij het Hof volkomen in verkeerde aarde. 'Indien beklagde het als medicus zijn plicht achtte, ondanks het verzet van de schildwachten, zich toegang tot de ziekenboeg te verschaffen, had hij deze lieden behooren neer te schieten', aldus het Hof. 'In geen geval, zelfs al ware daarmee het leven van een of meer zijner patiënten in gevaar gebracht, had hij zich, nog wel zonder enig protest, mogen onderwerpen aan de door leiders eener muiterij uitgegeven consignes, daarmede dezen in flagranten strijd met de eischen der krijgstucht sterkend in hun misdadig gedrag.'

Ook het beroep van beklagde Bos op de Conventie van Genève snijdt naar het oordeel van het Hof geen hout. In de eerste plaats, aldus het Hof, was geen sprake van een oorlog en/of van oorlogvoerenden in de zin van de Conventie. 'Bovendien aanvaardt (het recht van Genève) de mogelijkheid dat het personeel der hospitaalschepen en ziekeninrichtingen - waaronder uiteraard de officieren van gezondheid zijn begrepen - gewapend is mede ter handhaving der orde.'¹²

Reagerend op de overweging van de Zeekrijgsraad dat met het opleggen van een lichte straf aan beklagde Bos zou kunnen worden volstaan, 'ware het niet dat hij (...) onder speciale bewaking der muitende schepelingen zijn dienst als medicus onder de muitende bemanning is blijven uitoefenen', merkt het Hof op dat de officier van gezondheid, als *officier*, weliswaar vóór alles heeft te waken voor de handhaving van de krijgstucht en nimmer maatregelen achterwege mag laten uit vrees dat daardoor iemands gezondheid of leven in gevaar wordt gebracht, maar dat hij als *arts* tevens de plicht heeft de aan zijn zorgen toevertrouwde patiënten ook onder de meest bezwarende omstandigheden te blijven behandelen. '*Desgevraagd* behoort hij zijn medische hulp aan niemand te weigeren, derhalve mag hij deze ook aan vijanden en zelfs aan muitende militairen verlenen, indien de gezondheidstoestand van den zieke naar zijn inzicht die hulp bepaaldelijk vordert', aldus het Hof.

¹⁰⁾ HMG NI 12 juli 1934, MRT deel XXX (1934/35), p. 477 e.v.

¹¹⁾ Het eerste lid van artikel 12 luidt: 'De algemene verplichting van den militair tot gehoorzaamheid mag evenwel nimmer leiden tot onzelfstandigheid, besluitenloosheid, gebrek aan durf of werkeloos blijven.'

¹²⁾ Zie thans bijvoorbeeld artikel 35 van het Verdrag voor de verbetering van het lot der gewonden, zieken en schipbreukelingen van de strijdkrachten ter zee (Trb. 1951, 73). Dit artikel laat toe dat het personeel van een hospitaalschip gewapend is en van deze wapens gebruik maakt ter handhaving van de orde, en om zichzelf en de zich aan boord bevindende gewonden en zieken te verdedigen.

Uiteindelijk veroordeelt het Hof beklagde Bos - in plaats van tot een gevangenisstraf van zes weken, met ontslag uit de militaire dienst - tot een gevangenisstraf van zeven dagen, zonder ontslag. Het Hof komt tot een lagere straf dan de eerste rechter omdat deze naar het oordeel van het Hof onvoldoende rekening heeft gehouden met de bijzondere positie van Bos als officier van gezondheid, 'waardoor hij immers behoort tot het corps van *non-combattante officieren*'.¹³

Depositie van de officier van gezondheid

De sententie van het Hoog Militair Gerechtshof doet veel stof opwaaien. De oude discussie of de officier van gezondheid vóór alles *arts* is, of juist in de eerste plaats *militair*, laat opnieuw op.¹⁴ Ook in het Militair Rechtelijk Tijdschrift wordt aandacht aan het vraagstuk besteed. Verwezen kan met name worden naar: J.H. Zeeman, *De positie van den officier van gezondheid*, MRT XXXII (1936/37), p. 459 e.v.¹⁵

Het door het Hof in de zaak Bos ingenomen standpunt ligt dicht bij de opvatting dat de officier van gezondheid in eerste plaats *militair* is. Vermeldenswaard is met name de overweging dat de officier van gezondheid vóór alles heeft te waken voor de handhaving van de krijgstuicht en nimmer maatregelen achterwege mag laten uit vrees dat daardoor iemands gezondheid of leven in gevaar wordt gebracht.

De andere opvatting - dat de officier van gezondheid allereerst *arts* is - houdt in dat, in geval van een conflict van plichten, de eed als arts (en niet de eed als officier) prevaleert. Dit standpunt werd - zij het met enige nuancering - in 1915 door het Hoog Militair Gerechtshof (van Nederland) ingenomen in de zaak van de scheepsarts van Hr. Ms. *De Ruijter*, die had geweigerd de commandant een opgave te verstrekken van officieren die aan een venerische ziekte leden.¹⁶ De scheepsarts werd vrijgesproken omdat hij, staande voor een conflict van plichten, naar het oordeel van het Hof - door zich te houden aan zijn eed als *arts* - de juiste keuze had gemaakt. Zie hieromtrent: G.L. Coolen, *De ene scheepsarts gehoorzaamde, de andere niet*, MRT 2005, p. 254 e.v.¹⁷

¹³) De aanduiding non-combattant wordt hier kennelijk in algemene zin gebruikt; zoals ook artikel 3 van het Landoorlogreglement (1907) spreekt van strijders en niet-strijders. Met niet-strijders (non-combattanten) in dit artikel zijn, blijkens de geschiedenis van totstandkoming, bedoeld de leden van de gewapende macht van een oorlogvoerende partij die naar geldende nationale regels niet zijn bestemd (niet zijn aangewezen) om daadwerkelijk aan de strijd deel te nemen.

¹⁴) Zie bijvoorbeeld het naschrift van J.M. van Bemmelen bij de sententie van het Hof in het Weekblad van het Recht, nr. 12 840. Zie ook het Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde, jaargang 1934.

¹⁵) Zie ook P.J.A. Clavareau, Strafuitsluitingsgronden in het militaire straf- en tuchtrecht, MRT deel XXXIII 1937/38), p. 267 e.v.; zie met name p. 300,308 en 309.

¹⁶) HMG 26 november 1915, MRT 1915II 6 (deel XI), p. 401 e.v.

¹⁷) Nummer drie in de reeks Opmerkelijke zaken.

Rechtbank Arnhem
Militaire Kamer
Vonnissen van 6 december 2004

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

Ook de militair in het buitenland valt onder de Nederlandse strafwet

(art. 4 WvMS)

VERKORT VONNIS
(tegenspraak)

In de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen [verdachte], geboren op [datum] te [plaats], wonende [adres] te [plaats], stand/rang korporaal der eerste klasse, mr. [nummer], ingedeeld bij vliegbasis Gilze-Rijen te Rijen.

Officier-raadsman: eerste luitenant N.F.A.M. van de Water, vliegbasis Gilze-Rijen.

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd dat:

hij op of omstreeks 15 maart 2004 te Schiphol, gemeente Haarlemmermeer, althans in Nederland, opzettelijk binnen het grondgebied van Nederland heeft gebracht ongeveer 560 gram, in elk geval een hoeveelheid van een materiaal bevattende cocaïne, zijnde cocaïne een middel als bedoeld in de bij de Opiumwet behorende lijst I, dan wel aangewezen krachtens het vijfde lid van artikel 3a van die wet;

althans, indien het vorenstaande niet tot een veroordeling leidt:

hij op of omstreeks 15 maart 2004 te Curaçao (luchthaven HATO) opzettelijk aanwezig heeft gehad ongeveer 560 gram, in elk geval een hoeveelheid van een materiaal bevattende cocaïne, zijnde cocaïne een middel als bedoeld in de bij de Opiumwet behorende lijst I, dan wel aangewezen krachtens het vijfde lid van artikel 3a van die wet.

2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is laatstelijk op 22 november 2004 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door de officier-raadsman eerste luitenant N.F.A.M. van de Water.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het primair tenlastegelegde zal worden vrijgesproken en ter zake van het subsidiair tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van negen (9) maanden onvoorwaardelijk.

Verdachte en zijn officier-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 -primair is tenlastegelegd en zal hem daarvan vrijspreken.

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

hij op 15 maart 2004 te Curaçao (luchthaven HATO) opzettelijk aanwezig heeft gehad ongeveer 560 gram van een materiaal bevattende cocaïne, zijnde cocaïne een middel als bedoeld in de bij de Opiumwet behorende lijst I.

Hetgeen verdachte subsidiair 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.

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:

"opzettelijk handelen in strijd met het in artikel 2 onder C van de Opiumwet gegeven verbod".

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 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 8 juni 2004, waaruit blijkt dat verdachte niet eerder met justitie in aanraking is geweest.

De militaire kamer overweegt in het bijzonder het navolgende.

Verdachte heeft zich schuldig gemaakt aan het voorhanden hebben van ruim een halve kilo cocaïne. Dit is een ernstig feit. Het is een feit van algemene bekendheid dat het gebruik van harddrugs een ernstige bedreiging voor de gezondheid van de gebruikers ervan vormt. Daarnaast zorgen harddrugs maatschappelijk gezien voor veel schade. De mensen die afhankelijk zijn van deze drugs veroorzaken veel overlast en schade om deze drugs te kunnen bekostigen. Om deze redenen dient tegen harddrugs krachtig te worden opgetreden.

Verdachte dient beoordeeld te worden als zijnde een eenmalige koerier.

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 onvoorwaardelijke werkstraf.

De militaire kamer is van oordeel dat de gevorderde straf geen recht doet aan de straf die in soortgelijke gevallen (éénmalige koerier, hoeveelheid harddrugs en niet eerder met justitie in aanraking geweest), het bewezen verklarde in aanmerking genomen, normaliter pleegt te worden opgelegd.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is, behalve de eventueel hiervoor genoemde wettelijke voorschriften, gegrond op de artikelen 22c, 22d en 91 van het Wetboek van Strafrecht, de artikelen 2, 10 en 13 van de Opiumwet en op artikel 4 van het Wetboek van Militair Strafrecht.

8. De beslissing

[Volgt een veroordeling tot een werkstraf van 180 uren subsidiair 90 dagen hechtenis].

NASCHRIFT

In art. 4 WvMS is bepaald dat de Nederlandse strafwet ook toepasselijk is op de militair die zich buiten Nederland bevindt. Militairen – en niet alleen de Nederlandse – nemen vanouds overal hun eigen strafrecht mee naar toe (aangeduid met de uitdrukking: 'la loi du drapeau'). Art. 4 WvMS eist niet dat het feit ook naar de wet van het land waar het begaan wordt strafbaar is (Vergelijk art. 5, eerste lid, onder 2^o, Sr).

Met 'buiten Nederland' wordt hier bedoeld buiten het land Nederland en niet buiten het Koninkrijk der Nederlanden. Bij de partiële herziening' in 1963 is 'buiten Nederland' in de plaats gekomen van: buiten het rijk in Europa.

Het voorhanden hebben van cocaïne op Curaçao door een militair is dan ook strafbaar ingevolge de Nederlandse Opiumwet.

J.R.G.J.

Rechtbank Arnhem

Militaire Kamer

Vonnissen van 24 december 2004

Voorzitter: mr. E.G. Smedema, rechter: mr. M. Wesselink, militair lid: kolonel mr. A.M. van Gorp

Waar is de militaire detentie voor bedoeld?

De militaire detentie van maximaal zes maanden is bedoeld voor die militairen die binnen de militaire gemeenschap zullen kunnen blijven.

(art. 11 WvMS)

VERKORT VONNIS

In de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen [verdachte], geboren op [datum] te [plaats], wonende [adres] te [plaats], rangstand: marinier der eerste klasse, nr.: [nummer], ingedeeld bij [eenheid].

Raadsman: mr. K.J. Meijer, advocaat te Sint Annaparochie.

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd dat:

1. "hij op of omstreeks 25 april 2004 te Leeuwarden, in de gemeente Leeuwarden, aan een persoon genaamd Q., opzettelijk zwaar lichamelijk letsel (een blijvend/langdurig litteken in de wang, althans in het gezicht), heeft toegebracht, door deze opzettelijk met een mes, in ieder geval met een scherp en/of puntig voorwerp, in diens wang/gezicht/hoofd te steken/snijden";

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

¹⁾ Rijkswet van 4 juli 1963, Stb. 295. In werking getreden op 1 juli 1965, Stb. 1965, 80.

"hij op of omstreeks 25 april 2004 te Leeuwarden, in de gemeente Leeuwarden, ter uitvoering van het voornemen en het misdrijf om aan Q. opzettelijk zwaar lichamelijk letsel toe te brengen, opzettelijk die Q. met een mes, in ieder geval met een scherp en/of puntig voorwerp, in een wang, in ieder geval in het gezicht heeft gestoken/gesneden, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid";

meer subsidiair:

"hij op of omstreeks 25 april 2004 te Leeuwarden opzettelijk mishandelend een persoon (te weten Q.), met een mes, althans met een scherp en/of puntig voorwerp, in diens wang/gezicht/hoofd heeft gestoken/gesneden, tengevolge waarvan deze zwaar lichamelijk letsel (een blijvend/langdurig litteken in de wang, althans in het gezicht), althans enig lichamelijk letsel, heeft bekomen en/of pijn heeft ondervonden";

2. "hij op of omstreeks 25 april 2004 te Leeuwarden, in de gemeente Leeuwarden, Q. heeft bedreigd met enig misdrijf tegen het leven gericht, althans met zware mishandeling, immers heeft verdachte opzettelijk een of meerdere malen een vuurwapen op voornoemde Q. gericht (gehouden)";

3. "hij op of omstreeks 25 april 2004 te Leeuwarden een wapen van categorie III, te weten een pistool (semi-automatisch, Zastava, model M57, kaliber 7.62), en/of munitie van categorie III, te weten een aantal (2), althans een, patro(n)en(en) (kal. 7.62 mm), 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.

2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is op 13 december 2004 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr. K.J. Meijer, advocaat te Sint Annaparochie.

Als benadeelde partij heeft zich schriftelijk in het geding gevoegd: Q., wonende te [adres / plaats].

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het onder I primair tenlastegelegde zal worden vrijgesproken en ter zake van het onder 1 subsidiair, 2 en 3 tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een militaire detentie voor de duur van 6 (zes) maanden, geheel voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren met als bijzondere voorwaarde op te leggen reclasseringstoezicht en oplegging van een taakstraf in de vorm van een werkstraf voor de duur van 240 (tweehonderd veertig) uren, subsidiair 120 dagen hechtenis met aftrek van de tijd in verzekering en voorlopige hechtenis doorgebracht, te weten 8 (acht) uren.

De officier van justitie heeft voorts gesteld dat de vordering van de benadeelde partij Q. niet van zo eenvoudige aard is dat zij zich leent voor behandeling in het strafgeding. Hij vordert daarom dat de benadeelde partij niet-ontvankelijk zal worden verklaard in de vordering.

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 onder 1 primair is tenlastegelegd en zal hem daarvan vrijspaken.

De militaire kamer acht wettig en overtuigend bewezen dat verdachte het onder 1 sub-

sidiair. 2 en 3 tenlastegelegde heeft begaan, met dien verstande dat bewezen wordt geacht dat:

1. hij op 25 april 2004 te Leeuwarden, in de gemeente Leeuwarden, ter uitvoering van het voornemen en het misdrijf om aan Q. opzettelijk zwaar lichamelijk letsel toe te brengen, opzettelijk die Q. met een mes in een wang heeft gesneden, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

2. hij op 25 april 2004 te Leeuwarden, in de gemeente Leeuwarden, Q. heeft bedreigd met enig misdrijf tegen het leven gericht, immers heeft verdachte opzettelijk meerdere malen een vuurwapen op voornoemde Q. gericht (gehouden);

3. hij op 25 april 2004 te Leeuwarden een wapen van categorie III, te weten een pistool (semi-automatisch, Zastava, model M57, kaliber 7.62), en munitie van categorie III, te weten een aantal (2) patronen (kal. 7.62 mm), voorhanden heeft gehad.

Hetgeen verdachte onder 1 subsidiair. 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 I subsidiair:

"poging tot zware mishandeling";

feit 2:

"bedreiging met enig misdrijf tegen het leven gericht"

feit 3:

"handelen in strijd met artikel 26, eerste lid, van de Wet wapens en munitie, begaan met betrekking tot een vuurwapen van categorie III";

en

"handelen in strijd met artikel 26, eerste lid, van de Wet wapens en munitie".

De feiten zijn strafbaar.

5. De strafbaarheid van verdachte

Over verdachte is een monodisciplinair rapport opgemaakt door drs. H.M.J. Vandenboom, gezondheidszorgpsycholoog BIG van de Forensische en Sociale Psychiatrie te Amersfoort, gedateerd 6 juli 2004, waarin hij concludeert:

Betrokkene is niet lijdende aan een ziekelijke stoornis, noch aan een gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogen, doch bezit wel narcistische persoonlijkheidstrekken. Deze omschrijving gold ook ten tijde van het tenlastegelegde.

Betrokkene is voor het tenlastegelegde, indien bewezen, als niet relevant verminderd toerekeningsvatbaar te beschouwen.

Overeenkomstig deze conclusie kan niet worden gezegd dat verdachte niet strafbaar is. Er is voorts ook geen andere omstandigheid aannemelijk geworden die de strafbaarheid van verdachte geheel uitsluit. Verdachte is dus strafbaar.

6. De motivering van de sanctie(s)

Bij de beslissing over de straf heeft de militaire kamer rekening gehouden met:

- de aard en de ernst van het 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 27 oktober 2004; een voorlichtingsrapportage van de Dr. Kuno van Dijk Stichting, Organisatie voor verslavingszorg, te Leeuwarden, gedateerd 28 juli 2004, betreffende verdachte; het hiervoor onder 5 vermelde monodisciplinair rapport opgemaakt door drs. H.M.J. Vandenboorn, gezondheidszorgpsycholoog BIG van de Forensische en Sociale Psychiatrie te Amersfoort, gedateerd 6 juli 2004.

De militaire kamer heeft bij de straftoemeting mede gelet op de navolgende door de officier van justitie - onder toezegging van afzonderlijke strafvervolging ter zake te zullen afzien - ad informandum gevoegde zaak welke door verdachte is erkend, voorzien van het parketnummer [nummer], te weten: verbale bedreiging met misdrijf tegen de heer Q. op 25 april 2004 te Leeuwarden, gemeente Leeuwarden.

De militaire kamer overweegt in het bijzonder het navolgende.

Verdachte heeft gepoogd iemand zwaar lichamelijk letsel toe te brengen door deze met een mes in de wang te snijden en voorts heeft hij die persoon daarna tot tweemaal toe bedreigd met een misdrijf tegen het leven door een met twee scherpe patronen doorgeladen wapen op deze persoon te richten.

Om de ernst van de feiten aan te geven en teneinde verdachte te weerhouden van het plegen van strafbare feiten wordt hem een voorwaardelijke militaire detentie opgelegd van na te melden duur. De militaire kamer ziet, gelet op verdachtes persoonlijke omstandigheden, aanleiding aan de voorwaardelijke militaire detentie de bijzondere voorwaarde te verbinden dat verdachte zich zal houden aan de aanwijzingen van de reclassering.

Tevens vindt de militaire kamer oplegging van een taakstraf in de vorm van een leerstraf aangewezen door verdachte een individuele sociale vaardigheidstraining op te leggen en tevens is oplegging van een taakstraf in de vorm van een werkstraf van na te melden duur passend om verdachte met een direct voelbare strafrechtelijke reactie te confronteren.

Op grond van de op te leggen sancties zal de militaire kamer het met ingang van 29 april 2004 geschorste bevel tot voorlopige hechtenis van verdachte opheffen.

6a. De beoordeling van de civiele vordering

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 het onder 1 subsidiair bewezenverklaarde strafbare feit rechtstreeks nadeel toegebracht dat niet in vermogensschade bestaat. Aan de wettelijke vereisten, waaronder die bedoeld in artikel 6:106 van het Burgerlijk Wetboek, is voldaan. Niet onderbouwd is of er sprake is van een blijvend ontsierend litteken. Naar maatstaven van billijkheid moet deze immateriële schade bij wijze van voorschot worden begroot op na te melden bedrag.

De militaire kamer acht de vordering voor wat betreft de materiële schade niet van eenvoudige aard, omdat dit gedeelte van de vordering onvoldoende is onderbouwd. De benadeelde partij zal voor wat betreft dit gedeelte van de vordering niet-ontvankelijk worden verklaard. Mogelijk kan de benadeelde partij de schade verhalen via de burgerlijke rechter.

Voor het toewijsbare deel van de 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 partij.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is, behalve de eventueel hiervoor genoemde wettelijke voorschriften, gegrond op de artikelen 10, 14a, 14b, 14c, 14d, 22c, 22d, 27, 45, 57, 91, 285 en 302 van het Wetboek van Strafrecht, de artikelen 26, 55 en 56 van de Wet wapens en munitie en op artikel 11 van het Wetboek van Militair Strafrecht.

8. De beslissing

[Vrijspraak van feit 1 primair en veroordeling voor de feiten 1 subsidiair, 2 en 3 tot :

- een voorwaardelijke militaire detentie van 6 maanden met een proeftijd van 2 jaren en de bijzondere voorwaarde dat hij zich houdt aan de aanwijzingen van de reclassering;
- een leerstraf, te weten individuele sociale vaardigheidstraining voor de duur van 12 uren subsidiair 6 dagen hechtenis
- en een werkstraf van 228 uren verminderd met 8 uren vanwege 4 dagen ondergane voorlopige hechtenis subsidiair 114 dagen hechtenis.

Toewijzing van de vordering van de benadeelde partij tot een bedrag van E 200 als voorschot en oplegging van de schadevergoedingsmaatregel voor datzelfde bedrag subsidiair 4 dagen hechtenis].

NASCHRIFT

Hier een geval van een militair waarvan kennelijk niet wordt verwacht dat deze als gevolg van de begane feiten zal worden ontslagen. De rechtbank legt militaire detentie op van zes maanden in voorwaardelijke vorm.

De militaire detentie is ingevolge art. 11 WvMS maximaal zes maanden en kan worden opgelegd in plaats van een gevangenisstraf of hechtenis.

Bij de partiële herziening van 1963 werd gesteld dat de militaire detentie destijds in het Wetboek van Militair Strafrecht was opgenomen om militairen die met de strafrechter in aanraking kwamen buiten de gevangenis en binnen de militaire gemeenschap te kunnen houden zonder dat op hen het odium van van een veroordeling tot gevangenisstraf zou komen te rusten . Dat standpunt is bij de later wetgevingsoperaties en tot op heden niet gewijzigd zodat ook nu nog een onvoorwaardelijke veroordeling tot zes maanden militaire detentie op zich niet tot een ontslag als militair hoeft te leiden.

J.R.G.J.

^{*)} Memorie van toelichting bij het voorstel tot rijkswet dat leidde tot de rijkswet van 4 juli 1963, Stb. 1963,295.

Rechtbank Arnhem
Sector strafrecht
Militaire Kamer
Vonnis van 3 oktober 2005

Voorzitter: mr. E.G. Smedema; *lid:* mr. A.M. van Gorp; *militair lid:* kolonel mr. J.P.M. Schwillens.

Niet op tijd gemeld na doorrijden bij ongeval

Degene die doorrijdt na een aanrijding kan zich alsnog binnen twaalf uren vrijwillig melden om strafvervolgning te voorkomen. Echter als de politie het onderzoek in de zaak al gestart heeft, is een melding te laat ook al geschiedt deze binnen twaalf uur.

(art. 184 WW1994)

VERKORT VONNIS

In de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen [verdachte], geboren op [datum] te [plaats], wonende [adres] te [plaats], rangstand: soldaat der eerste klasse, rnr.[nummer], laatstelijk ingedeeld bij 101 NBC te Wezep, thans gedetineerd in P.I. Arnhem - HvB Arnhem Zuid, Ir. Molsweg 5 te Arnhem.

Raadman: mr. C.W.J. de Bont, advocaat te Doetinchem.

I. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is, na een door de militaire kamer toegewezen vordering wijziging tenlastelegging, tenlastegelegd dat:

1. hij op of omstreeks 19 juni 2005 te Zutphen, ter uitvoering van het voornemen en het misdrijf om opzettelijk de bestuurder van een, fiets, te weten H., van het leven te beroven, opzettelijk met een door hem, verdachte, bestuurde personenauto is toegereden en/of ingereden op voornoemde H. en/of daarmee is aangereden/opgereden tegen die H. en/ of de fiets waarop die H. was gezeten, 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 19 juni 2005 te Zutphen aan de bestuurder van een fiets, te weten H., opzettelijk zwaar lichamenlijk letsel (schaafwonden en kneuzingen achterhoofd, rug, rechter- en linker elleboog, vingers rechterhand, enkel en/althans (waardoor) voornoemde H. gedurende de periode 20 juni 2005 tot 25 juli 2005 zijn beroepsbezigheden niet heeft kunnen uitoefenen), heeft toegebracht, door opzettelijk met een door hem, verdachte, bestuurde personenauto toe te rijden en/of in te rijden op voornoemde H. en/of de fiets waarop die H. was gezeten;

meer subsidiair:

hij op of omstreeks 19 juni 2005 te Zutphen, ter uitvoering van het voornemen en het misdrijf om aan de bestuurder van een fiets, te weten H. opzettelijk zwaar lichamenlijk letsel toe te brengen, opzettelijk met een door hem, verdachte, bestuurde personenauto is toegereden en/of ingereden op voornoemde H. en/of de fiets waarop die H. was gezeten, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

artikel 302 lid I Wetboek van Strafrecht artikel 45 lid 1 Wetboek van Strafrecht

2. hij op of omstreeks 19 juni 2005, te Zutphen, als bestuurder van een motorrijtuig betrokken bij een verkeersongeval op Berkenlaan, de plaats van het ongeval heeft verlaten,

terwijl bij dat ongeval naar hij wist of redelijkerwijs moest vermoeden aan een ander (te weten H.) letsel en/of schade was toegebracht, zonder dat de verdachte behoorlijk de gelegenheid heeft geboden tot vaststelling van zijn identiteit en/of de identiteit van het door verdachte bestuurde motorrijtuig;

2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is op 19 september 2005 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr. C.W.J. de Bont, advocaat te Doetinchem.

Als benadeelde partij heeft zich schriftelijk in het geding gevoegd en is ter terechtzitting verschenen:

- H., wonende te [plaats], [adres].

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 achttien (18) maanden, waarvan zes (6) maanden voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren, met als bijzondere voorwaarde op te leggen reclasseringstoezicht, ook als dit inhoudt behandeling bij Kairos of een soortgelijke instelling en voorts met aftrek van de tijd in verzekering en voorlopige hechtenis doorgebracht.

Ten aanzien van de vordering na voorwaardelijke veroordeling heeft de officier van justitie gevorderd de tenuitvoerlegging van twee (2) weken militaire detentie die door de militaire politierechter op 27 januari 2005 voorwaardelijk is opgelegd.

De officier van justitie heeft voorts gevorderd dat de vordering van de benadeelde partij H. tot het gevorderde bedrag van € 470,- (vierhonderd zeventig euro) wordt toegewezen en heeft gevorderd 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 negen (9) dagen hechtenis.

Verdachte en zijn raadsman hebben het woord ter verdediging gevoerd.

2a. De ontvankelijkheid van de officier van justitie

De raadsman heeft ten aanzien van feit 2 aangevoerd dat verdachte zich na het ongeval waarbij hij betrokken was vrijwillig binnen twaalf uren na dat ongeval heeft gemeld bij de politie, zodat zich de situatie van artikel 184 van de Wegenverkeerswet 1994 voordoet. De raadsman heeft vervolgens geconcludeerd tot vrijspraak. De militaire kamer is evenwel van oordeel dat dit beroep opkomt tegen de ontvankelijkheid van de officier van justitie in de strafvervolgning van verdachte. De militaire kamer zal dit beroep dan ook in die zin beoordelen.

Uit het onderzoek ter terechtzitting, en met name uit het proces-verbaal van politie, is komen vast te staan dat het ongeval waarbij verdachte betrokken was plaatsvond op 19 juni 2005 kort voor 17.31 uur.

Getuige S. heeft het kenteken van de auto die bij het ongeval was betrokken, kort na dat ongeval doorgegeven aan de politie. Door het kenteken wist de politie aanstonds dat het voertuig dat bij het ongeval was betrokken op naam stond van verdachte en was verdachte als betrokken bij het ongeval vanaf dat moment in beeld. Vervolgens is door de politie actief naar de bestuurder en het voertuig gezocht.

Op 19 juni 2005 omstreeks 19.30 uur kregen verbalisanten een telefoontje van de vader van verdachte met de mededeling dat zijn zoon zojuist betrokken was bij een verkeersongeval in Zutphen. Vader en zoon is toen aangezegd zich die dag om 19.45 uur te melden op het politiebureau te Zutphen, hetgeen zij hebben gedaan.

Uit de hierboven geschetste gang van zaken leidt de militaire kamer af dat niet gespro-

ken kan worden van een zich vrijwillig melden als bedoeld in artikel 184 van de Wegenverkeerswet 1994. De verdenking tegen verdachte bestond reeds voordat verdachte zijn identiteit en die van zijn voertuig bekend maakte bij de politie.

Het beroep op de niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie wordt daarom afgewezen.

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 I primair en 2 tenlastegelegde heeft begaan, met dien verstande dat bewezen wordt geacht dat:

1. hij op 19 juni 2005 te Zutphen, ter uitvoering van het voornemen en het misdrijf om opzettelijk de bestuurder van een fiets, te weten H., van het leven te beroven, opzettelijk met een door hem, verdachte, bestuurde personenauto is toegereden en ingereden op voornoemde H. en daarmee is aangereden tegen die H. en de fiets waarop die H. was gezeten, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

2. hij op 19 juni 2005, te Zutphen, als bestuurder van een motorrijtuig betrokken bij een verkeersongeval op Berkenlaan, de plaats van het ongeval heeft verlaten, terwijl bij dat ongeval naar hij wist aan een ander (teweten H.) letsel en schade was toegebracht, zonder dat de verdachte behoorlijk de gelegenheid heeft geboden tot vaststelling van zijn identiteit en de identiteit van het door verdachte bestuurde motorrijtuig.

De militaire kamer heeft op grond van de inhoud van het proces-verbaal van de Koninklijke marechaussee, waaronder in het bijzonder het sporenonderzoek, de medische informatie betreffende H., diens verklaringen, de verklaringen van de getuigen D. en S. zowel in dat proces-verbaal als ter terechtzitting, en uit de verklaring van verdachte, de overtuiging verkregen dat verdachte door met een auto toe te rijden op een fietser en deze fietser en diens fiets aan te rijden, zoals hij heeft gedaan volgens de beschikbare bewijsmiddelen zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de volgens algemene ervaringsregels aanmerkelijke kans dat door zijn wijze van handelen de fietser om het leven zou kunnen komen. Het onder 1 primair tenlastegelegde is derhalve bewezen geacht.

Verder is gebleken dat verdachte zich bewust is geweest dat hij de fietser en de fiets heeft aangereden en dat de fietser over de auto is geslagen en daarachter op de grond terecht is gekomen. Verdachte wist dat hij de fietser letsel had toegebracht en dat de fiets tengevolge van zijn handelen schade had opgelopen. Vervolgens is verdachte doorgereden zonder zijn identiteit prijs te geven. Hiermee is ook het onder 2 tenlastegelegde bewezen verklaard.

De verklaring van verdachte dat hij zou zijn uitgestapt, vervolgens werd bedreigd en daarom is weggereden, is gelet op de getuigenverklaringen ter terechtzitting volstrekt ongelooftwaardig.

Hetgeen verdachte onder 1 primair 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.

4a. De kwalificatie van het bewezenverklaarde

Het bewezenverklaarde levert op:

feit 1 primair:

"poging tot doodslag";

feit 2:

"overtreding van artikel 7, eerste lid, van de Wegenverkeerswet 1994".

4b. De strafbaarheid van de feiten

De feiten zijn strafbaar.

5. De strafbaarheid van verdachte

Over verdachte is een multidisciplinair rapport opgemaakt door drs. H.M.J. Vandenboorn, gezondheidszorgpsycholoog BIG, drs. V. Versteeg, arts en kolonel-arts R.J.M. Mooren, psychiater, allen van de afdeling Forensische en Sociale Psychiatrie te Amersfoort, gedateerd respectievelijk 6 september 2005 en 7 september 2005, waarin zij het navolgende concluderen:

Betrokkene kent een lacunaire gewetenfunctie. Er is sprake van een verstoorde agressieregulatie. Het geheel imponeert als een zich ontwikkelende persoonlijkheidsproblematiek. Dit was ten tijde van het ten laste gelegde in een zelfde mate het geval. Betrokkene was zich bewust van het ongeoorloofde van het ten laste gelegde, in zoverre bewezen, en in staat tot het kiezen van een ander gedrag. De consequenties van zijn keuze op dat moment, heeft hij hierbij niet of nauwelijks in overweging genomen aangezien hij prevaleerde zijn gelijk te willen halen. Weliswaar speelde hierbij een aanzienlijke boosheid een sterke rol doch had deze, naar de mening van de onderzoekers, geen imperatieve betekenis. Gezien deze bevindingen stellen wij dat betrokkene niet verminderd toerekeningsvatbaar is voor het ten laste gelegde, in zoverre bewezen.

De militaire kamer verenigt zich met deze conclusie en maakt die tot de hare.

Overeenkomstig deze conclusie kan niet worden gezegd dat verdachte niet strafbaar is. Er is voorts ook geen andere omstandigheid aannemelijk geworden die de strafbaarheid van verdachte geheel uitsluit.

Verdachte is dus strafbaar.

6. De motivering van de sanctie (s)

Bij de beslissing over de straf heeft de rechtbank rekening gehouden met:

de aard en de ernst van het bewezenverklaarde en de omstandigheden waaronder dit is begaan;

de persoon en de persoonlijke omstandigheden van verdachte, waarbij onder meer is gelet op:

- het uittreksel uit het algemeen documentatieregister betreffende verdachte, gedateerd 21 juni 2005; een voorlichtingsrapportage van de Reclassering Nederland, Unit 1 Arnhem, gedateerd 14 september 2005, betreffende verdachte, en

- het hiervoor onder 5 vermelde multidisciplinair rapport opgemaakt door drs. H.M.J. Vandenboom, gezondheidszorgpsycholoog BIG, drs. V. Versteeg, arts en kolonel-arts R.J.M. Mooren, psychiater, allen van de afdeling Forensische en Sociale Psychiatrie te Amersfoort, gedateerd respectievelijk 6 september 2005 en 7 september 2005.

De militaire kamer overweegt in het bijzonder het navolgende.

Verdachte heeft als bestuurder van een auto gepoogd een fietser van het leven te beroven. Na het aanrijden van de fietser is verdachte doorgereden zonder dat hij zijn identiteit en die

van het door hem bestuurde voertuig behoorlijk heeft laten vaststellen.

Het één en ander vond plaats zonder enige noemenswaardige aanleiding. Verdachte ging na een scheldpartij van de fietsers die hem geen voorrang hadden gegeven verhaal halen. Hij heeft hierbij niet de bedoeling gehad een en ander op gewone wijze uit te praten maar is welbewust achter één van de fietsers aangegaan en heeft deze vervolgens aangereden. Op de wijze zoals verdachte is ingereden op de fietser, is de auto te beschouwen als een moordwapen. Dat verdachte de fietser niet dood wilde rijden neemt de militaire kamer wel aan, maar in casu is sprake van voorwaardelijk opzet. In deze zaak is derhalve sprake van een bijzonder laakbaar verkeersgedrag.

Met de psychiater, psycholoog en de reclassering is de militaire kamer van oordeel dat verdachte een therapeutische behandeling heeft.

Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen en de mate waarin de feiten aan verdachte kunnen worden aangerekend, is de militaire kamer van oordeel dat verdachte een deels voorwaardelijke gevangenisstraf dient te worden opgelegd als door de officier van justitie gevorderd. De militaire kamer houdt daarbij rekening met de laakbare - want kennelijk leugenachtige - opstelling van verdachte zoals hij deze ten toon heeft gespreid ter zitting. Voorts wordt rekening gehouden met de recidive op het gebied van agressie.

De militaire kamer ziet, gelet op verdachtes persoonlijke omstandigheden, aanleiding aan de voorwaardelijke gevangenisstraf de bijzondere voorwaarde te verbinden dat verdachte zich zal houden aan de aanwijzingen van de reclassering, en dat verdachte zal meewerken aan een therapeutische behandeling door de forensisch psychiatrische polikliniek Kairos te Apeldoorn.

6a. De beoordeling van de vordering na voorwaardelijke veroordeling

Op grond van het verhandelde ter terechtzitting acht de militaire kamer de feitelijke grondslag van de vordering van de officier van justitie juist. Hij zal derhalve de tenuitvoerlegging gelasten van de voorwaardelijke militaire detentie die aan verdachte is opgelegd bij vonnis van de militaire politierechter te Arnhem van 27 januari 2005.

De militaire kamer gaat ervan uit dat deze militaire detentie zal worden tenuitvoergelegd als gevangenisstraf

6b. 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 het onder I primair bewezenverklarde strafbare feit rechtstreeks nadeel toegebracht dat niet uit vermogensschade bestaat. 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.

De benadeelde partij heeft voorts gevorderd de wettelijke rente vanaf 19 juni 2005 (te weten de dag van het schadeveroorzakende feit).

De militaire kamer is van oordeel dat gezien het tijdstip waarop de vordering is ingediend, te weten 13 september 2005, geen plaats is voor toewijzing van dit deel van de vordering ter zake van wettelijke rente. Dit gedeelte van de vordering zal daarom worden afgewezen.

Voor het toewijsbare deel van de vordering geldt tevens dat de militaire kamer de scha-

devergoedingsmaatregel 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 partij.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is gegrond op de artikelen 10, 14a, 14b, 14c, 14d, 14g, 27, 45, 57, 91 en 287 van het Wetboek van Strafrecht en op de artikelen 7, 176 en 178 van de wegenverkeerswet 1994.

8. De beslissing

[Volgt een veroordeling tot gevangenisstraf van 18 maanden waarvan 6 maanden voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren en de bijzondere voorwaarde dat verdachte zich houdt aan de aanwijzingen van de reclassering en zal meewerken aan ambulante therapeutische behandeling.

Daarnaast tenuitvoerlegging van een eerder opgelegde militaire detentie voor de duur van 2 weken.]

Centrale Raad van Beroep

10 november 2005

0311821 MAW

Voorzitter: mr. G.P.A.M. Garvelink-Jonkers; *leden:* J.G. Treffers en mr. R. Kooper

De vervallen schadevergoedingsplicht

Bij brief van 15 maart 2000 verzoekt een onderofficier (hierna: appellant) de Staatssecretaris van Defensie (hierna: gedaagde) hem de schade te vergoeden, die hij heeft geleden als gevolg van het hem in 1995 ten onrechte niet toewijzen van de functie Onderofficier Mobiel Toezicht Veemdelingen (OO MTV). Als dit verzoek bij besluit van 27 juli 2000 wordt afgewezen, stelt appellant tegen dit (na bezwaar gehandhaafde) besluit beroep in. De eerste rechter verklaart het beroep ongegrond welke uitspraak door de Centrale Raad van Beroep wordt bevestigd. Zoals ook gedaagde erkent, is de functie OO MTV destijds niet aan appellant toegewezen als gevolg van het op onzorgvuldige wijze voeren van de selectieprocedure. Dit houdt in dat het in 1995 genomen besluit als onrechtmatig moet worden beschouwd. Naar constante jurisprudentie van de Raad is met de erkenning van de onrechtmatigheid van een besluit, tevens de toerekening van die onrechtmatigheid aan het bestuursorgaan gegeven. 'Dit betekent', aldus de Raad, 'dat op gedaagde in beginsel de plicht rust om de schade die het gevolg is van het onrechtmatige besluit te vergoeden.' Appellant heeft echter verzuimd tijdig gebruik te maken van het tegen het onrechtmatige functietoewijzingsbesluit openstaande rechtsmiddel, terwijl een tijdige gebruikmaking in redelijkheid van hem kon worden verwacht. 'Dit brengt in het licht van artikel 6:101 BW mee', aldus de Raad, 'dat de schade van appellant volledig het gevolg is van omstandigheden die aan hem moeten worden toegerekend.' Gelet hierop is het billijk dat de vergoedingsplicht van gedaagde geheel komt te vervallen.

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 de daartoe bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 24 februari 2003, nr. AWB 02102359 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft voor zijn verweer verwezen naar het bij de rechtbank ingediende verweerschrift.

Namens appellant zijn nog enkele vragen beantwoord.

Aan partijen is meegedeeld dat aan het procesdossier ambtshalve enige stukken zijn toegevoegd.

Het geding is behandeld ter zitting van 26 mei 2005, waar appellant zich heeft laten vertegenwoordigen door mr. P.M. Groenhart, werkzaam bij ACOM. Namens gedaagde is verschenen mr. A.E.P. van Zandbergen, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

Partijen zijn ervan in kennis gesteld dat de Raad voor het doen van zijn uitspraak langere tijd nodig had in verband met intern beraad.

II. Motivering

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

1.1. Bij besluit van 16 maart 1995 is namens de Directeur Personeel Koninklijke Landmacht aan appelland, die woont in [woonplaats], meegedeeld dat geen van de vier functies in [woonplaats] waarvoor hij zijn belangstelling had kenbaar gemaakt - waaronder de functie Onderofficier Mobiel Toezicht Vreemdelingen(0 0 MTV) - aan hem wordt toegewezen.

Bij brief van 4 mei 1995 is namens appelland tegen dat besluit administratief beroep ingesteld.

Bij besluit van 26 september 1996 heeft gedaagde het administratief beroep gegrond verklaard en het besluit van 16 maart 1995 herroepen, maar tevens besloten dat rechtsherstel voor appelland niet geïndiceerd is, omdat hem reeds een functie in [plaatsnaam] is toegewezen. Appelland heeft tegen dat besluit, voorzover inhoudend de afwijzing van het gevraagde rechtsherstel, beroep ingesteld.

1.2. Bij uitspraak van deze Raad van 30 juli 1998 heeft de Raad, met vernietiging van de uitspraak van de rechtbank, het beroep tegen het besluit van 26 september 1996 gegrond verklaard, dat besluit vernietigd en het administratief beroep tegen het besluit van 16 maart 1995 niet-ontvankelijk verklaard wegens termijnoverschrijding.

1.3. Bij brief van 15 maart 2000 heeft de gemachtigde van appelland gedaagde verzocht om vergoeding van alle schade die appelland tengevolge van de onterechte niet-toewijzing in 1995 van de functie OO MTV in [woonplaats] heeft geleden. Daarbij is aangevoerd dat appelland tegen het niet toewijzen van die functie bezwaar (administratief beroep) heeft aangetekend, welk bezwaar heeft geleid tot het besluit van gedaagde van 26 september 1996. Weliswaar is dat bezwaar uiteindelijk door de Centrale Raad van Beroep niet-ontvankelijk verklaard, maar uit het besluit van 26 september 1996 van gedaagde blijkt niettemin dat de in 1995 gevoerde functietoewijzingsprocedure niet zorgvuldig is geweest en dat de functie OO MTV in [woonplaats] om die reden niet aan hem is toegewezen. Als dat wel was gebeurd had appelland zonder reiskosten zijn werkzaamheden in [woonplaats] kunnen voortzetten en geen functie behoeven te aanvaarden in het op 98 kilometer van [woonplaats] gelegen [plaatsnaam].

1.4. Bij besluit van 27 juli 2000 heeft gedaagde het verzoek afgewezen. Gedaagde heeft daartoe overwogen dat aan appelland tegen het besluit van 16 maart 1995 een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang ter beschikking heeft gestaan. De overschrijding van de beroepstermijn in 1995 kan volgens gedaagde niet worden gerepareerd langs de weg van een verzoek om schadevergoeding. Gedaagde heeft voorts nog overwegingen gewijd aan de omvang van de beweerdelijk geleden schade.

1.5. Gedaagde heeft dit besluit na bezwaar gehandhaafd bij het thans bestreden besluit van 14 mei 2002. Gedaagde heeft aan zijn eerdere overwegingen nog toegevoegd dat het besluit van 26 september 1996, waarin de onrechtmatigheid van het besluit van 16 maart 1995 is erkend, is vernietigd en daarom geacht wordt nimmer te hebben bestaan.

2. De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak het beroep van appelland ongegrond verklaard.

3. De Raad overweegt als volgt.

3.1. Bij het bestreden besluit heeft gedaagde afwijzend beslist op het verzoek van appelland om hem de schade te vergoeden die voortvloeit uit het besluit van 16 maart 1995, waarbij geweigerd is hem de functie OO MTV in [woonplaats] toe te wijzen.

3.2. De Raad stelt vast dat gedaagde in zijn besluit van 26 september 1996 heeft overwogen dat de in 1995 gevoerde selectieprocedure niet zorgvuldig is geweest en dat als gevolg hiervan appellands sollicitatie ten onrechte niet is toegewezen. Gedaagde heeft blijkens dat besluit om die reden het besluit van 16 maart 1995 vernietigd, voorzover daarin is bepaald dat de geambieerde functie niet wordt toegewezen aan appelland.

3.3. De Raad kan deze overwegingen in dat besluit niet anders lezen dan als een erkenning door gedaagde van de onrechtmatigheid van het besluit van 16 maart 1995. Aan die erkenning doet niet af, zoals gedaagde heeft betoogd, dat het besluit van 26 september 1996 door deze Raad is vernietigd, nu die vernietiging aan dat besluit weliswaar de rechtsgevolgen ontnemt, maar het (rechts)feit van de erkenning van de onrechtmatigheid niet ongedaan maakt.

3.4. Bij de toetsing van een zelfstandig schadebesluit als het onderhavige zoekt de Raad aansluiting bij het civielrechtelijk schadevergoedingsrecht. Naar constante jurisprudentie van de Raad - zie onder meer de uitspraak van deze Raad van 24 februari 1998, LJN AA8776, AB 1998, 177 - is met de erkenning van de onrechtmatigheid van een besluit, tevens de toerekening van die onrechtmatigheid aan het bestuursorgaan gegeven. Dit betekent dat op gedaagde in beginsel de verplichting rust om de schade die het gevolg is van het onrechtmatige besluit te vergoeden.

3.5. Appellant heeft zijn schade gesteld op het verschil tussen de werkelijke kosten die hij tussen 1 augustus 1995 en 1 oktober 1997 heeft gemaakt ten behoeve van vervoer per eigen auto tussen zijn woonplaats [woonplaats] en zijn plaats van tewerkstelling in [plaatsnaam] - 196 km vice versa - en de forfaitaire reiskostenvergoeding van f 270,- per maand die hij in die periode van gedaagde heeft ontvangen. (Vanaf 1 oktober 1997 maakt appellant geen aanspraak meer op vergoeding van schade omdat hij er toen voor heeft gekozen om in [plaatsnaam] de functie uit te dienen.)

3.6. Gedaagde heeft aangevoerd dat er geen grond is om deze schade te vergoeden omdat aan appellant destijds een met waarborgen omklede rechtsgang ter beschikking heeft gestaan en het feit dat appellant die niet met succes heeft benut, volgens gedaagde niet kan worden gerepareerd langs de weg van een verzoek om schadevergoeding.

3.7. De Raad onderschrijft het standpunt van gedaagde. Appellant heeft naar uit de onder 1. weergegeven feiten blijkt ten aanzien van het onrechtmatige functietoewijzingsbesluit van 16 maart 1995 niet tijdig gebruik gemaakt van het daartegen openstaande rechtsmiddel. Dit rechtsmiddel is speciaal gegeven om onrechtmatige besluiten te redresseren en opent daartoe zonodig de weg naar de onafhankelijke bestuursrechter. Een tijdige gebruikmaking van dat rechtsmiddel had in redelijkheid van hem kunnen worden verwacht. Dit brengt in het licht van artikel 6:101 van het Burgerlijk Wetboek mee dat de schade van appellant volledig het gevolg is van omstandigheden die aan hem moeten worden toegerekend, nu hij niet heeft gedaan hetgeen mogelijk en redelijkerwijs noodzakelijk was om de nadelige gevolgen van het besluit te voorkomen of ongedaan te maken. De Raad is van oordeel dat het onder deze omstandigheden billijk is dat de vergoedingsplicht van gedaagde geheel vervalt. Het bestreden besluit waarbij gedaagde heeft geweigerd de gestelde schade te vergoeden houdt dus stand.

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 Algemene wet bestuursrecht inzake vergoeding van proceskosten

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP:

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. Volgens vaste jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep komt elke vorm van

schade, zowel materiële als immateriële, die een militair (als zodanig) door toedoen van het bestuur heeft geleden, in beginsel voor vergoeding in aanmerking. Zie hieromtrent bijvoorbeeld CRvB 8 december 1994, TAR 1995, nr. 39: 'Zoals de Raad reeds meermalen heeft overwogen is een administratieforgaan in beginsel gehouden de aan een ambtenaar toegebrachte schade te vergoeden.' Wel rust, eveneens volgens vaste jurisprudentie, op elke ambtenaar; dus ook op elke militair; de plicht om in voorkomende gevallen de schade zoveel mogelijk te beperken. Zie bijvoorbeeld CRvB 24 oktober 1985, MRT 1986, p. 277: 'Zoals de Raad reeds eerder heeft overwogen mag ter zake van het ontstaan van een vergoedingsverplichting ten laste van het administratieforgaan van de ambtenaar worden gevegd dat hij binnen het redelijke alles heeft gedaan om de schade te beperken en de oorzaken ervan te bestrijden.'

2. *Beperking van de schade kan, zoals de onderhavige uitspraak leert, ook inhouden dat tijdig gebruik wordt gemaakt van de bestaande beroepsmogelijkheden; dat openstaande rechtsmiddelen tijdig worden aangewend. Zie in dit verband eveneens zin CRvB 30 december 1994, MRT 1995, p. 202, m.nt. G.L.C. In de onderhavige zaak bracht het niet tijdig gebruikmaken van het openstaande rechtsmiddel in het licht van artikel 6:101 BW mee, aldus de Raad, dat de schade volledig het gevolg was van omstandigheden die aan appellant moesten worden toegerekend. Gelet hierop achtte de Raad het billijk dat de op gedaagde rustende vergoedingsplicht geheel kwam te vervallen. Artikel 6:101 BW bepaalt, voorzover in dit kader van belang, dat - wanneer de schade mede het gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend - de vergoedingsplicht wordt verminderd in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsheeft of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de omstandigheden van het geval eist.*

3. *Ook behoort, wanneer schade is geleden, met het indienen van een vordering niet te lang te worden gewacht. Ook financiële aanspraken jegens de overheid kunnen verjaren. Zie hieromtrent CRvB 19 oktober 1995, TAR 1995, nr. 23: 'Naar S Raads oordeel brengt het beginsel van de rechtszekerheid evenzeer mee dat de ambtenaar financiële aanspraken, welke hij jegens de overheid kan doen gelden, na het verstrijken van een bepaalde termijn niet meer kan afdwingen. Daarbij ziet de Raad geen doorslaggevende redenen met betrekking tot de duur van die termijn af te wijken van hetgeen zich overigens in de wetgeving en rechtspraak heeft ontwikkeld. Die termijn ware derhalve op vijfjaren te stellen.' De verjaringstermijn termijn begint te lopen op de dag waarop degene die de schade heeft geleden, in actie had kunnen komen. Zie hieromtrent CRvB 3 januari 2002, MRT 2002, p. 391, m.nt. G.L.C. (ook: TAR 2002, nr. 82.).*

G.L.C.

WETGEVING

door

MR. J.B. MIETE

Kustwacht voor de Nederlandse Antillen en Aruba

Op 21 april 2006 is bij de Tweede Kamer, de Staten van de Nederlandse Antillen en de Staten van Aruba ingediend het voorstel van rijkswet tot Regeling van de taken en bevoegdheden alsmede het beheer en beleid van de Kustwacht voor de Nederlandse Antillen en Aruba, citeertitel Rijkswet Kustwacht voor de Nederlandse Antillen en Aruba (Kamerstukken II 2005-2006, 30 531 (R 1810), nrs. 1-3). Het voorstel van rijkswet strekt ertoe de tot nu toe bestaande, bij algemene maatregel van rijksbestuur tot stand gebrachte Voorlopige regeling Kustwacht voor de Nederlandse Antillen en Aruba (Stb. 1995,618) te vervangen.

De Kustwacht is een samenwerkingsverband tussen de drie landen van het Koninkrijk en voert ten behoeve van de landen opsporingstaken, toezichthoudende taken en dienstverlenende taken uit op het gebied van de maritieme rechtshandhaving in het Caribisch gebied. Binnen de taken nemen de bestrijding van smokkel en transport van verdovende middelen over zee en door de lucht, alsmede het verlenen van noodhulp en reddingsdiensten een belangrijke plaats in. De afgelopen jaren hebben het belang van de Kustwacht onderstreept. Mede om die reden voorziet het voorstel van rijkswet in een regeling van de Kustwacht op formeelwettelijk niveau. Naast de instelling van de Kustwacht en de toedeling van bevoegdheden en dwangmiddelen aan de Kustwacht voorziet het voorstel van rijkswet in de verdeling van de verantwoordelijkheden met betrekking tot de Kustwacht: het gezag over de justitiële taak berust bij de Ministers van Justitie en de procureurs-generaal van de Nederlandse Antillen en Aruba, de Raad van Ministers van het Koninkrijk stelt het beleid vast, en de Minister van Defensie is belast met het beheer van de Kustwacht. Bij bevoegdheden en dwangmiddelen moet worden gedacht aan het "opbrengen" van schepen ter controle, alsmede aan het zonder toestemming van rechthebbenden betreden van alle plaatsen op een vaartuig, met inbegrip van woongedeelten. Extra-territoriaal optreden vindt uiteraard plaats binnen de kaders van het volkenrecht.

De Kustwacht berust enerzijds op een onderlinge samenwerking (artikel 38 Statuut voor het Koninkrijk) tussen de landen van het Koninkrijk, anderzijds op artikel 3, eerste lid, onder a en b, van het Statuut, dat de verdediging van het Koninkrijk en de internationale betrekkingen betreft. Een en ander moet worden gezien in de ruime context van grote externe bedreigingen als bijvoorbeeld terrorisme.

Inhoudelijk voorziet het voorstel van rijkswet in artikel 2 in een bestending van de reeds op basis van de Voorlopige regeling bestaande Kustwacht. Voorts bevat artikel 2 de taken van de Kustwacht. Het betreft toezichthoudende en opsporingstaken (algemene politietaken – waaronder de bestrijding van handel in verdovende middelen –, terrorismebestrijding, grensbewaking, douanetoezicht, toezicht op milieu en visserij, toezicht op de scheepvaart) en dienstverlenende taken (afwikkeling van nood-, spoed- en veiligheidsverkeer, en hulpverlening en rampbestrijding). Artikel 3 legt vast in welke wateren en het luchtruim daarboven de Kustwacht haar taken uitoefent. De bevoegdheden ten behoeve van de toezicht- en opsporingstaak zijn neergelegd in de artikelen 4 tot en met 7. In de artikelen 9 en 10 komen respectievelijk het in het zeerechtverdrag van 1982 bedoelde achtereenvolgingsrecht en de geweldsbevoegdheid aan de orde, welke laatste nader wordt uitgewerkt

in een algemene maatregel van rijksbestuur. Artikel 9 betreft kort gezegd het recht van hot pursuit, inhoudende dat indien een achtervolging is ingezet binnen het territoriale rechtsgebied, reclaimsrecht uitoefening buiten de territoriale zee geoorloofd is.

Een belangrijke rol is weggelegd voor de Kustwachtcommissie. Die is belast met de voorbereiding ten behoeve van de Koninkrijksministerraad van het algemeen beleidsplan voor de Kustwacht, het operationele jaarplan, de begroting, het jaarverslag en de jaarlijkse financiële verantwoording. Het presidium van de Kustwachtcommissie verricht de feitelijke afstemming over de hoofdlijnen van het beleid, het beheer en de middelen. In het presidium zijn de landen op voet van gelijkwaardigheid vertegenwoordigd. Voor Nederland nemen deel vertegenwoordigers van de Minister van Defensie, de Minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties en de Minister van Justitie. Voor het beheer en de inrichting van de Kustwacht is de Minister van Defensie integraal verantwoordelijk. De algemene leiding van de Kustwacht berust bij de Directeur Kustwacht, welke functie wordt vervuld door de regionale commandant van de Koninklijke marine in het gebied, de Commandant der Zeemacht in het Caribisch gebied.

Wijziging Wet op de Inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002

Bij Koninklijke boodschap van 9 mei 2006 is bij de Tweede Kamer ingediend een voorstel van wet tot wijziging van de Wet op de Inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 in verband met de verbetering van de mogelijkheden van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten om onderzoek te doen naar en maatregelen te nemen tegen terroristische en andere gevaren met betrekking tot de nationale veiligheid, alsmede enkele andere wijzigingen (kamerstukken II, 2005-2006, 30 553, nrs. 1-3. Ondergetekenden zijn achtereenvolgens de minister van Algemene Zaken, van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, van Defensie en van Justitie.

Zoals bekend regelt de WIV 2002 de activiteiten van de twee Nederlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten, de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) en de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (MIVD). Sinds de inwerkingtreding van de wet met ingang van 29 mei 2002 is gebleken dat de wet op een aantal onderdelen verbetering behoeft om een effectievere en efficiëntere werkwijze van de diensten te bevorderen. Daartoe bevat het ingediende wetsvoorstel de volgende voorzieningen. Deze voorstellen staan in de wandelgangen ook wel bekend als de post-Madrid-maatregelen.

In de eerste plaats wordt voorzien in een verplichting tot gegevensverstrekking door bestuursorganen alsmede door personen en instanties die beroeps- of bedrijfsmatig werkzaam zijn in de financiële sector (zoals banken, creditcardmaatschappijen en wisselkantoren) of in de sector vervoer (denk aan luchtvaartmaatschappijen, veerbootdiensten e.d.). Reden voor een dergelijke verplichte gegevensverstrekking kan bij voorbeeld zijn de bestrijding van terrorisme. Tot nu toe kunnen de diensten wel om gegevens verzoeken, doch ontbreekt een wettelijke plicht tot verstrekking van gegevens (behoudens in enkele specifieke gevallen, bij voorbeeld voor politie en Openbaar Ministerie). Dit betekent overigens niet dat alle bij de hiervoor bedoelde organen en instanties berustende gegevens zonder meer ter beschikking moeten komen. Waar het om gaat is dat er een wettelijk instrumentarium komt dat de mogelijkheid biedt om waar dat voor een goede uitvoering van de aan de diensten opgedragen taken noodzakelijk wordt geacht, de verplichting tot verstrekking van gegevens kan worden opgelegd. De bestuursorganen en instanties waarvoor een dergelijke verplichting zal gelden, worden bij algemene maatregel van bestuur aangewezen (artikelen 17a en 29a wetsvoorstel). Daarbij wordt tevens aangegeven op welke gegevens de verplichting betrekking heeft.

Op het gebied van de verplichte gegevensverstrekking door aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken bevat het wetsvoorstel in de artikelen 28 en 29 een specifieke regeling. Achtergrond hiervan is o.a. het wegnemen van onduidelijkheid omtrent de toepassing van de wet op nieuwe vormen van elektronische communicatie, zoals internet-telefonie.

De bijzondere bevoegdheden die niet gericht zijn op het verzamelen van gegevens worden ondergebracht in het nieuwe hoofdstuk 3a "Overige bevoegdheden van de diensten". Het betreft in de eerste plaats de reeds bestaande bevoegdheid om ter ondersteuning van operationele activiteiten rechtspersonen op te richten en in te zetten, welke bevoegdheid wordt uitgebreid tot het ter voorbereiding van operationele activiteiten oprichten en inzetten van rechtspersonen. Hieraan is behoefte om de geloofwaardigheid van de inzet te vergroten. De duur van de voor deze bijzondere bevoegdheid benodigde toestemming door de betrokken minister wordt verlengd van 3 maanden tot de duur van de operatie, met inbegrip van de afbouw van het onderzoek. Voorts wordt in hoofdstuk 3a ondergebracht de reeds bestaande bevoegdheid tot het bevorderen of treffen van maatregelen ter bescherming van door een dienst te behartigen belangen. Het betreft hier maatregelen – zoals verstoring – die ertoe strekken antidemocratische of staatsgevaarlijke activiteiten te ontmoedigen of in de kiem te smoren. In tegenstelling tot het huidige systeem wordt deze bevoegdheid niet langer gekoppeld aan de inzet van een agent, zodat de diensten de hier bedoelde bevoegdheid ook via reguliere medewerkers kunnen inzetten bij bijvoorbeeld verstoringsacties in de sfeer van internet.

Wijziging Politiewet 1993 in verband met taken KMAR en bijstand aan de KMAR

Sinds 11 mei 2006 is bij de Tweede Kamer aanhangig het voorstel van wet tot wijziging van de Politiewet 1993 en het Wetboek van Strafvordering in verband met de taken en bevoegdheden van de Koninklijke marechaussee en de bijstand aan de Koninklijke marechaussee (kamerstukken II, 2005-2006, 30 557, nrs. 1-3). Ondertekenaars zijn de ministers van Justitie, van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en van Defensie.

De Koninklijke marechaussee is enerzijds belast met militaire taken en anderzijds met een aantal civiele politietaken. Laatstgenoemde taken staan in artikel 6 van de Politiewet 1993 en betreffen onder meer beveiligingstaken ten behoeve van de leden van het Koninklijk Huis, de politietaak op de luchthaven Schiphol en op een aantal andere luchtvaartterreinen, alsmede de uitvoering van taken krachtens de Vreemdelingenwet 2000. Gebleken is dat er bij een aantal van de in artikel 6 genoemde taken onduidelijkheid bestaat met betrekking tot de bevoegdheden van de militairen van de Koninklijke marechaussee. Dit betreft in de eerste plaats de opsporingsbevoegdheid van de Koninklijke marechaussee (1). Voorts is onduidelijk of en in hoeverre de Koninklijke marechaussee bevoegd is zelfstandig onderzoek te doen naar mensensmokkel en identiteitsfraude (2). Het wetsvoorstel strekt ertoe deze onduidelijkheden weg te nemen. Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in de mogelijkheid van bijstandverlening door de politie aan de Koninklijke marechaussee (3; omgekeerde bijstand). Tenslotte neemt het wetsvoorstel mogelijke onduidelijkheid weg ten aanzien van de mogelijkheid om structurele regels te treffen voor de verlening van bijstand door andere onderdelen van de krijgsmacht (4).

Ad 1. Politieambtenaren hebben krachtens artikel 141 Wetboek van Strafvordering een algemene en onbeperkte opsporingsbevoegdheid. Zij zijn bevoegd hun taak uit te oefenen in het gehele land, maar dienen zich in beginsel te onthouden van optreden buiten het gebied van hun aanstelling. De rechtmatigheid van hun optreden kan dus niet ter discussie worden gesteld, ook niet als zij buiten hun aanstellingsgebied optreden. Voor de militairen

van de Koninklijke marechaussee is dat nu anders geregeld. Hun opsporingsbevoegdheid is weliswaar algemeen, maar geldt krachtens artikel 141, onder c, Wetboek van Strafvordering slechts voor de door de Minister van Justitie in overeenstemming met de Minister van Defensie bepaalde gevallen. Zo kan de opsporingsbevoegdheid van de militairen van de Koninklijke marechaussee territoriaal beperkt zijn (bijvoorbeeld de politietaak op Schiphol) of beperkt zijn tot bepaalde personen (bijvoorbeeld de militaire politietaak). In de praktijk betekent deze regeling dat de bevoegdheid van de militairen van de Koninklijke marechaussee soms met succes bij de rechter wordt aangevochten. Dit leidt er dan weer toe dat de militairen van de Koninklijke marechaussee in situaties waarin hun opsporingsbevoegdheid niet op voorhand duidelijk is, voor de keuze staan tussen mogelijk onbevoegd optreden of afzien van optreden. Dit is maatschappelijk onaanvaardbaar. Het wetsvoorstel voorziet er met het oog hierop in dat de algemene opsporingsbevoegdheid van de Koninklijke marechaussee niet langer aan beperkingen als plaats en persoon onderhevig is. Daarmee komt de Koninklijke marechaussee voor haar opsporingsbevoegdheid in dezelfde positie als de politie. Treedt de Koninklijke marechaussee in de nieuwe situatie anders op dan in het kader van haar in artikel 6 genoemde politietaken, dan staat de rechtmatigheid van dat optreden niet ter discussie. Wel is mogelijk dat de betrokken militair van de Koninklijke marechaussee in een dergelijk geval in strijd heeft gehandeld met de instructienorm dat hij zich onthoudt van optreden anders dan in het kader van zijn politietaken.

Ad 2. Onder de huidige wetgeving is niet duidelijk in hoeverre de Koninklijke marechaussee bevoegd is opsporingsonderzoek uit te voeren naar mensensmokkel of fraude met reis- en identiteitsdocumenten, geconstateerd in het kader van de door de Koninklijke marechaussee uitgevoerde grensbewakingstaak en het mobiel vreemdelingtoezicht. Deze onduidelijkheid kan aanleiding geven tot de opvatting dat de Koninklijke marechaussee in dit soort situaties de zaak zou moeten overdragen aan de politie, hetgeen niet gewenst wordt geacht uit oogpunt van doelmatigheid. Om die reden wordt in het wetsvoorstel voorgesteld om de bestrijding van mensensmokkel en fraude met reis- en identiteitsdocumenten in artikel 6 van de Politiewet 1993 tot zelfstandige taak van de Koninklijke marechaussee te benoemen.

Ad 3. In de huidige Politiewet 1993 is geregeld dat de Koninklijke marechaussee in bijzondere gevallen bijstand kan verlenen aan de politie. In de praktijk blijkt evenwel ook behoefte te bestaan aan "omgekeerde bijstand", waarbij de politie dus bijstand verleent aan de Koninklijke marechaussee. Gedacht kan worden aan de situatie dat zich op de luchthaven Schiphol een terroristische dreiging voordoet, die noodzakelijk maakt dat de politie de Koninklijke marechaussee bijstaat bij haar politietaak op de luchthaven. Het wetsvoorstel voorziet in een regeling voor deze omgekeerde bijstand, analoog aan de bestaande regeling voor bijstand door de Koninklijke marechaussee aan de politie.

Ad 4. Het huidige artikel 59 van de Politiewet 1993 bepaalt dat wanneer de Koninklijke marechaussee niet in de behoefte aan bijstand kan voorzien, bijstand kan worden verleend door andere onderdelen van de krijgsmacht. Volgens het betrokken artikel wordt "in dat geval" door de betrokken minister bepaald op welke wijze de bijstand wordt verleend. De aangehaalde woorden zouden eraan in de weg kunnen staan om structurele regels voor militaire bijstandverlening te treffen. Om twijfel daaromtrent weg te nemen, stelt het wetsvoorstel voor de bedoelde woorden te schrappen. Bij meer structurele regels moet bijvoorbeeld worden gedacht aan militaire bijstand door de inzet van militaire vliegtuigen bij de bestrijding van luchtvaartterrorisme als het onderscheppen van een gekaapt civiel vliegtuig, aldus de memorie van toelichting.

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
F.K.O. - Mr. F.A. Kooloos
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.

Geen hele woorden in kapitalen. zoals NASCHRIFT e.a. 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.

KEDACTIECOMMISSIE:

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. A.J. Ruysendaal, Kolonel 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. Louwse, Kapitein ter ree;
voor de Koninklijke Marechaussee:	Mr. C.P.C. Kuijs, Kolonel der Koninklijke Marechaussee;
voor de Bestuursstaf:	Mr. J.J. Buirma, Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie; Mr. R. in het Veld, Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst, Hoofd Militair Juridische Dienst Krijgsmacht;
Prof. Dr. TD. Gill	Bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam en Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht;
Mr. R. van den Heuvel,	Vice-president en voorzitter van de Militaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem;
Prof. Mr. Th. A. de Roos,	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Universiteit van Tilburg;
Mr. W.J. Schmitz,	Hoofd Beleidsondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van ABP;
Mr. G.E. Walgemoed,	Kolonel b.d. van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	Koningin Wilhelminalaan 50, 2264 BN Leidschendam

VASIE 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 abonnementen administratie M.R.T. postbus 45666, 2504 BB Den Haag, tel.: 070-3590713, E-mail: ABO@adrepak.nl. De prijs van losse afleveringen bedraagt E 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 Slaaf der Nederlanden.

Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan abonnementenadministratie M.R.T. postbus 45666, 2504 BB Den Haag. Zij die het M.R.T. van rijkswege verstrekten krijgen, dienen zich voor kennisgeving van adreswijzigingen te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waarloze 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 XCIX

oktober 2006

Aflevering

9

INHOUD

Bijdragen

Harmonisatie militaire gezondheidszorg. Een zorg meer of minder?; door Prof. mr. A.C. Hendriks.....	301
Militair tuchtrecht en 'tijd van oorlog'; door Luitenant-kolonel b.d. mr. J.R.G. Jofriet.....	313
Opmerkelijke zaken (8) - U pleegt overspel. Mag dat?; door prof. mr. G.L. Coolen.....	316

Bestuursrechtspraak

CRvB 21.12.05. De val van de hindernisbaan. Het verzoek om vergoeding van alle schade is terecht afgewezen. Door de staatssecretaris is genoegzaam aangetoond dat hij de op hem als werkgever rustende verplichtingen is nagekomen. (Naschrift G.L.C.).....	319
CRvB 06.04.06. Repatriëring wegens disfunctioneren Soldaat wordt wegens disfunctioneren gerepatriëerd uit Bosnië. Raad: optreden soldaat kon worden gekwalificeerd als disfunctioneren. Niet gebleken dat soldaat slachtoffer is geweest van discriminatie. Beroep ongegrond.....	322
CRvB 27.04.06. Bewust roekeloos gehandeld? Bestuursorgaan wijst aansprakelijkheid voor door KVV-er geleden schade af: schade is gevolg van bewust roekeloos handelen. CRvB verklaart beroep gegrond: bewuste roekeloosheid niet aangetoond. (Naschrift G.L.C.).....	324
CRvB 04.05.06. Helikopterpiloot: niet een voor de krijgsmacht typische functie Bestuursorgaan wijst verzoek van helikopterpiloot om tegemoetkoming in kosten opleiding vliegen met vastvleugelige vliegtuigen af. Beroep ongegrond. (Naschrift G.L.C.)	329

Opmerkingen en mededelingen

Publicatie in Utrecht Law Review over Guantánamo Bay.....	332
---	-----

BIJDAGEN

Harmonisatie militaire gezondheidszorg. Een zorg meer of minder?

door

PROF. MR. A.C. HENDRIKS¹

1. Inleiding

De Zorgverzekeringswet (Zvw)² heeft per 1 januari 2006 een einde gemaakt aan het tot dan toe bestaande, weinig overzichtelijke verzekeringsstelsel voor curatieve gezondheidszorg. De Zvw vervangt namelijk de oude Ziekenfondswet en de met deze wet corresponderende particuliere ziektekostenverzekeringen en publiekrechtelijke ziektekostenregelingen, zoals die golden voor bepaalde categorieën ambtenaren. Sinds de inwerkingtreding van de Zvw rust op alle Nederlandse ingezetenen³ de verplichting met een zorgverzekeraar naar keuze een bij wet omschreven (basis)verzekering af te sluiten tegen de financiële gevolgen van een beroep op geneeskundige zorg.⁴ Het is aan de betrokkene of hij zich daarnaast wenst te verzekeren tegen de additionele ziektekosten.⁵

Vanwege deze en alle andere veranderingen zou men haast vergeten dat militair ambtenaren, zijn vrijgesteld van de verzekeringsplicht (art. 2 lid 2 Zvw). Voor hen geldt ook na 1 januari 2006 dat zij op grond van hun aanstelling zijn verzekerd voor geneeskundige zorg. Deze arbeidsvoonvaardelijke verzekering bevat in de praktijk evenwel een belangrijke restrictie: militairen in werkelijke dienst zijn slechts gerechtigd de zorg af te nemen die hen wordt aangeboden door of vanwege de hen aangewezen Militair Geneeskundige Diensten. Ook in dit opzicht verschilt de (rechts)positie van militairen van Zvw-verzekeringsplichtigen, aan wie het recht op keuzevrijheid toekomt met betrekking tot zowel de zorgverzekeraar als de zorgaanbieder, waaronder artsen.

Hiermee is niet gezegd dat gezondheidszorg voor militairen een uniforme structuur kent. De Militair Geneeskundige Diensten zijn tot op heden namelijk per krijgsmacht onderdeel georganiseerd. Tussen deze onderdelen bestaan opmerkelijke verschillen. Zo werken de Militair Geneeskundige Diensten van de Koninklijke Luchtmacht en van de Koninklijke Marine volgens het model waarbij de huisarts- en bedrijfsgeneeskundige zorg zijn geïntegreerd. De Militair Geneeskundige Dienst van de Koninklijke Landmacht kent daarentegen, althans onder niet-operationele omstandigheden, een scheiding van huisarts- en bedrijfsge-

¹) Bijzonder hoogleraar gezondheidsrecht aan de Universiteit Leiden. De auteur is eerder door ACOM en AFMP gevraagd over de onderhavige materie te adviseren.

²) Wet van 16 juni 2005, houdende regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking, Stb. 2005, 358 en Stb. 2006, 79.

³) De Zvw heeft daarnaast gevolgen voor buiten Nederland woonachtige AOW-gerechtigden. Vgl. de kortgedingprocedure aangespannen door een groep pensionados tegen de Staat der Nederlanden over de wettelijke bijdrage die moest worden betaald, V.zr. Rb. 's-Gravenhage 31 maart 2006, Gezondheidszorg Jurisprudentie 2006, 42.

⁴) Strikt genomen geldt deze verplichting voor eenieder die krachtens de Algemene wet bijzondere ziektekosten (AWBZ, Stb. 1967, 617) van rechtswege is verzekerd tegen bijzondere ziektekosten. Art. 2 lid 1 Zvw.

⁵) Dergelijke aanvullende verzekeringen vormen, in aansluiting op de AWBZ en Zvw, als het ware het derde compartiment van het ziektekostenstelsel.

neeskundige zorg.⁶ Het bij de Koninklijke Landmacht bestaande zorgsysteem lijkt van deze drie krijgsmachtonderdelen aldus het meest op het systeem van de civiele gezondheidszorg, waarbinnen de scheiding tussen behandeling en controle een belangrijke plaats inneemt.

De Minister van Defensie wenst aan deze verschillen tussen de krijgsmachtonderdelen een einde maken. Nadat in de Defensienota 2000 een nieuwe strategische visie op de militaire gezondheidszorg was aangekondigd,⁷ heeft de minister op 16 december 2003 besloten tot krijgsmachtbrede invoering van een systeem van geïntegreerde eerstelijnsgezondheidszorg. Dit systeem zal, zo is de bedoeling, samen met een aantal andere wijzigingen op het gebied van de arbeidsvoorwaarden juridisch zijn beslag krijgen in de Militaire Ambtenarenwet 1931 (MAW), die met het oog daarop zal worden herzien. De Staatssecretaris van Defensie heeft over deze arbeidsvoorwaardelijke aangelegenheden overleg gevoerd met de centrales van overheids personeel in het Sectoroverleg Defensie. Dit overleg verliep niet altijd even soepel. Tegen de invoering van integrale militaire gezondheidszorg bestond de nodige weerstand, in het bijzonder van de zijde van militairen en artsen werkzaam bij de Koninklijke Landmacht.

Na jaren van voorbereidingen lijkt een wijziging van de MAW thans op komst. Nadat de Inspectie Militaire Gezondheidszorg zich in haar jaarverslag 2005 lovend uitliet over de integrale gezondheidszorg,⁸ heeft de Staatssecretaris van Defensie de Tweede Kamer bij brief van 16 mei 2006 bericht dat er met de centrales overeenstemming was bereikt 'over de grondslag van het flexibele personeelssysteem in de MAW'.⁹ Het voorstel tot wijziging van de MAW is vervolgens op 23 mei 2006 aangeboden aan de koningin, die het ter advisering heeft voorgelegd aan de Raad van State.¹⁰ Hoewel de tekst van dit voorstel bij het afronden van deze bijdrage nog niet beschikbaar was, kunnen we er gevoeglijk vanuit gaan dat dit – zeker met betrekking tot het hier te bespreken onderdeel – niet of nauwelijks verschilt ten opzichte van eerdere voorstellen waarop de navolgende beschouwing is gebaseerd.

De verschillen tussen de civiele en militaire gezondheidszorg worden door de invoering van een eerstelijns geïntegreerd curatief-bedrijfs geneeskundig zorgmodel geaccentueerd." In onderstaande bijdrage wordt nagegaan of de daartoe aangevoerde argumenten rechtens stand kunnen houden. Een dergelijke analyse lijkt nodig, nu – zoals zal worden betoogd – binnen een dergelijk bestel de rechten van patiënten (militair ambtenaren) en de professionele standaard van zorgverleners (militair artsen) onder druk komen te staan.

Om een en ander te verduidelijken volgt hieronder allereerst een schets van het juridische kader waarbinnen gezondheidszorg wordt geleverd (§ 2) en de – voor het onderhavige onderwerp – belangrijkste overeenkomsten en verschillen tussen de systemen van civiele en militaire gezondheidszorg (§ 3). Aansluitend ga ik in op het voorgestelde systeem van militaire gezondheidszorg (§ 4) en de gevolgen hiervan voor militairen en militair artsen (§ 5). Het geheel sluit ik af met een beoordeling (§ 6) en samenvattende conclusies (§ 7).

⁶) De wijze waarop de geneeskundige zorg van de Koninklijke Marechaussee is georganiseerd blijft in deze bijdrage buiten beschouwing.

⁷) Kamerstukken II 1999/2000, 26 900, nr. 2, p. 90. De discussie hierover gaat verder terug in de tijd. Zie bijv. H.J.M. Groenhout & A.J. Noordhoek, 'Militair geneeskundige zorg, een integrale zorg', Nederlands Militair Geneeskundig Tijdschrift 1995, p. 18-22 en de reactie hierop van W.T.H. van de Water & C. IJerman, p. 22-24

⁸) Inspectie Militaire Gezondheidszorg, Jaarverslag 2005, Hilversum, maart 2006, p. 6: 'De Inspectie Militaire Gezondheidszorg beschouwt de integrale zorg in de zin van optimale zorg van arbo-cura-tieve zorg als een wezenlijk aspect van de militaire geneeskunde. De IMG draagt dit dan ook uit.'

⁹) Kamerstukken II 2005/06, 30 300 X, nr. 99.

¹⁰) Kamerstukken II 2005/06, 30 300 X, nr. 114, p. 2.

¹¹) Over deze overeenkomsten en verschillen, zie reeds M.A.J. van Diest, 'Gezondheidsrecht en Defensie', MRT 2000, p. 353-364.

2. Juridisch kader

Er rust een bijzondere verantwoordelijkheid op de overheid met betrekking tot de bevordering van de volksgezondheid en het bestrijden van ziekten en aandoeningen. Deze verantwoordelijkheid heeft juridisch erkenning gevonden in artikel 22, eerste lid, van de Grondwet (Gw) en soortgelijke bepalingen in diverse verdragen waarbij Nederland partij is. Ingevolge het in deze bepalingen verankerde recht op gezondheid is de overheid ondermeer gehouden een systeem van zorg te waarborgen dat voldoet aan de eisen van beschikbaarheid, toegankelijkheid, geschiktheid en kwaliteit. Het garanderen van gezondheidszorg maakt daarmee onderdeel uit van het recht op gezondheid.¹² Het waarborgen van een systeem van gezondheidszorg is in het belang van een ieder, doch – ook volgens de jurisprudentie van het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM) – in het bijzonder voor personen in een afhankelijke situatie, zoals gedetineerden,¹³ minderjarigen¹⁴ en militairen.¹⁵ Voor deze groepen is het verkrijgen van toegang tot zorg en het maken van vrije keuzes met betrekking tot zorgverleners doorgaans (nog) moeilijker dan voor mensen in de vrije samenleving.

Met dit alles is niet gezegd dat de overheid zelf zorg moet dragen voor een alomvattend systeem van gezondheidszorg. Het staat de overheid vrij het aanbieden van gezondheidszorg over te laten aan particulieren. De overheid dient evenwel te verzekeren dat ‘privatization of the health sector does not constitute a threat to the availability, accessibility, acceptability and quality of health facilities, goods and services.’¹⁶ Uit dit laatste spreekt dat op de overheid de eindverantwoordelijkheid rust – en blijft rusten – voor het verwezenlijken van de doelstellingen die liggen besloten in het recht op gezondheid. Dit verklaart waarom de Zvw tal van publiekrechtelijke waarborgen bevat om te verzekeren dat noodzakelijke gezondheidszorg voor eenieder toegankelijk blijft.

Particulieren spelen in Nederland vanouds een sleutelrol bij het aanbieden van gezondheidszorg. In de loop der jaren zijn er hier te lande tal van regels tot stand gekomen die de handelwijze normeren van (natuurlijke en rechts)personen die zich, in het kader van de uitoefening van een geneeskundig beroep of bedrijf, inlaten met handelingen op het gebied van de geneeskunst. Deze regelingen beogen zowel de kwaliteit van de gezondheidszorg als het respect voor de rechten van de zorgvrager te waarborgen en trachten ook anderszins bij te dragen aan het verwezenlijken van het recht op gezondheid.

Voor de onderhavige problematiek zijn de volgende patiënten- en kwaliteitswetten in het bijzonder van belang:

¹²) Over de relatie tussen het recht op gezondheid en het systeem van gezondheidszorg, zie bijv. B.C.A. Toebes, *The Right to Health as a Human Right in International Law* (diss. Utrecht), Antwerpen: Intersentia 1999, p. 16-20.

¹³) EHRM 26 oktober 2000, Kudla t. Polen (GC), NJ 2001,594 (m.nt. E.A. Alkema), NJCM-Bulletin 2001, p. 71 (m.nt. T. Barkhuysen) en EHRM 14 november 2002, Mouisel t. Frankrijk, EHRC 2003, 2 (m.nt. G. de Jonge).

¹⁴) EHRM 10 mei 2001, Z. e.a. t. het VK (GC), EHRC 2001, 46 (m.nt. E. Brems).

¹⁵) EHRM 7 juni 2005, Kiliç e.a. t. Turkije, nr. 40145198. Deze zaak betrof de zelfmoord van een dienstplichtig militair, van wie bekend was dat hij psychische klachten had. Over de noodzaak van de overheid om vrijwillig dienende militairen op gezondheidsrisico's te wijzen, zie EHRM 9 juni 1998, McGinley & Egan t. het VK, EHRC 2000, 24 (m.nt. A.W. Heringa), JB 1998, 179 (m.nt. A.W. Heringa), NJCM-Bulletin 1999, p. 97 (m.nt. T. Barkhuysen); EHRM 9 juni 1998, L.C.B. t. het VK, NJ 1999,283 en EHRM 19 oktober 2005, Roche t. het VK (GC), EHRC 2005, 118.

¹⁶) VN-Comité inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten, General Comment 14: The right to the highest attainable standard of health, E/C.12/2000/14 (11 augustus 2000), § 35.

- de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO)¹⁷, een algemene regeling inzake de patiëntenrechten, geïncorporeerd in het Burgerlijk Wetboek (BW);

- de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG),¹⁸ een kwaliteitswet, die de patiënt beoogt te beschermen tegen ondeskundig en onzorgvuldig handelen door een individuele beroepsbeoefenaar;¹⁹

- de Arbeidsomstandighedenwet 1998 (Arbo-wet)²⁰, een wet die ziet op de veiligheid en de gezondheid van het werk alsmede de begeleiding van zieke werknemers, op grond waarvan de werkgever zich met betrekking tot bepaalde taken moet laten bijstaan door deskundigen, waaronder bedrijfsartsen; en

- de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP)²¹, een (algemene) privacywet, die ziet op de verwerking van persoonsgegevens, waaronder het gebruik van gegevens inzake de gezondheid van een persoon.

De in deze en andere patiënten- en kwaliteitswetten opgenomen regels, soms nader uitgewerkt in gedragscodes, protocollen en andere instrumenten van zelfregulering, zijn in beginsel integraal van toepassing op de zorgverlening aan militairen. Dit geldt eveneens voor de privaat- en publiekrechtelijke (natuurlijke en rechts)personen die hierbij zijn betrokken, waaronder militair arts. Hiermee is niet gezegd dat nooit van de in deze patiënten- en kwaliteitswetten kan worden afgeweken. Zo kan uit de wetsgeschiedenis, de wetsystematiek of een *lex specialis* volgen dat een norm op een bepaalde situatie niet van toepassing is. In het algemeen geldt evenwel dat afwijkingen, zeker voor zover daarbij inbreuk wordt gemaakt op de rechten en fundamentele vrijheden van individuen, slechts toelaatbaar zijn indien zij voldoen aan de eisen van wet- en rechtmatigheid, legitimiteit en noodzakelijkheid. De noodzakelijkheid van een inbreuk is afhankelijk van de instrumentaliteit, subsidiariteit en proportionaliteit van het middel. Deze eisen worden strenger getoetst naarmate de te beschermen personen zich in een meer afhankelijke positie bevinden.

In dit verband is van belang dat het niet naleven van de in patiënten- en kwaliteitswetten opgenomen normen niet altijd kan worden gerechtvaardigd met een beroep op de toestemming van de betrokkene. Zo bepaalt de wet nadrukkelijk dat niet ten nadele van de patiënt kan worden afgeweken van de regels van de WGBO (art. 7:468 BW) en is een hulpverlener te allen tijde gehouden de zorg van een goed hulpverlener in acht te nemen (art. 7:453 BW). Dit komt overeen met het uitgangspunt dat grondrechten, die in de gezondheidszorg vaak in het geding zijn, onvervreemdbaar zijn.

Voor zover de hulpverlener staat geregistreerd als arts, tandarts, verpleegkundige of een ander door artikel 3 Wet BIG gereguleerd beroep kan hij voor zijn handelwijze tuchtrechtelijk aansprakelijk worden gesteld. Hierbij hij zich niet kan verschuilen achter de toestemming van de patiënt of opdrachten van zijn werkgever. Illustratief in dezen zijn de uitspraken van het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg te Amsterdam in de zaken tegen de hulpverleners van Sylvia Millecam. Het college maakte korte metten met het verweer van de aangeklaagde artsen, stellende dat Millecam behandeling weigerde en zich niet volgens de richtlijnen wenste te laten behandelen.²²

¹⁷⁾ Stb. 1994, 838.

¹⁸⁾ Stb. 1993, 65.

¹⁹⁾ De evenknie van de in art. 40 Wet BIG neergelegde verplichting tot het bieden van verantwoorde zorg voor instellingen vormt de Kwaliteitswet zorginstellingen (KZI), Stb. 1996, 80.

²⁰⁾ Stb. 1999, 184.

²¹⁾ Stb. 2000, 302.

²²⁾ RTG Amsterdam 7 april 2006, Gezondheidszorg Jurisprudentie 2006, 52-54 (m.nt. J.J. Hubben onder nr. 54), Medisch contact 2006, p. 672.

3. (*Organisatie van de*) gezondheidszorg

Uit het voorgaande volgt dat de patiënten- en kwaliteitswetten in beginsel integraal van toepassing zijn op zowel de civiele als militaire gezondheidszorg. Doordat beide systemen verschillend zijn georganiseerd, roept de naleving van deze normen binnen het systeem van militaire gezondheidszorg soms specifieke knelpunten op, temeer nu de Minister van Defensie het voornemen heeft de eerstelijns huisarts- en bedrijfsgeneeskundige zorg te integreren.

Civiele gezondheidszorg

De civiele gezondheidszorg wordt gekenmerkt door een scheiding tussen behandeling (incl. advies, diagnostiek en care) en controle (waaronder begeleiding, reïntegratie en afschatting). De – toenmalige – Nederlandse Maatschappij tot Bevordering van de Geneeskunst²³ heeft deze scheiding in 1888 aangebracht. De organisatie en financiering van de behandelende en controlerende sector zijn sindsdien op andere leest gestoeld. Zo ziet de eerder aangehaalde Zvw enkel op de curatieve gezondheidszorg en worden de bedrijfsgezondheidszorg en verzekeringsgeneeskunde, zoals vanouds, bekostigd door werkgevers, werknemers en inkomensverzekeraars. In het verlengde hiervan hebben curatief werkende artsen (huisartsen en specialisten) en niet-curatief werkende artsen (waaronder bedrijfs- en verzekeringsartsen) verschillende taken en bevoegdheden.

Directe aanleiding voor deze scheiding tussen behandeling en controle vormden de zogenaamde ziektebriefjes. Het aanbrengen van een strikte taak- en bevoegdhedenverdeling werd voorts wenselijk geacht met het oog op de onafhankelijke beoordeling van de patiënt/zieke werknemer/verzekerde in verband met de toekenning van een eventuele uitkering en ter waarborging van de vertrouwensrelatie tussen (behandelend) arts en patiënt. Om die laatste reden is er ook een taak- en bevoegdhedenverdeling tussen de bedrijfs- en verzekeringsgeneeskunde.

Dit stelsel geldt in Nederland tot op de dag van vandaag. Hoewel de adequate behandeling, de begeleiding en de reïntegratie van zieke werknemers soms lijken te worden bemoeilijkt door de gescheiden verantwoordelijkheden tussen curatieve en niet-curatieve artsen (incl. de scheiding tussen bedrijfsgeneeskundige en verzekeringsgeneeskundige zorg),²⁴ bestaat hiervoor ruime steun. Het wordt tevens als waarborg gezien voor de onafhankelijke beoordeling van zieke werknemers/verzekerden en voor het respect voor de rechten van de patiënt. Door middel van (het werken volgens) standaarden en protocollen wordt getracht gesignaleerde afstemmingsproblemen te verhelpen.²⁵

Deze scheiding heeft ook invloed op de van toepassing zijnde wet- en regelgeving. De regels van de eerder aangehaalde WGBO zien primair op behandlungsrelaties. De patiënt treedt hierbij juridisch gezien op als opdrachtgever. Handelingen op het gebied van de geneeskunst in opdracht van de patiënt worden wel aangemerkt als vrijwillige handelingen; de patiënt heeft dit zelf zo gewild. Bij geneeskundige handelingen anders dan krachtens een behandelingsovereenkomst – hierna: opdrachthandelingen²⁶ – zijn de bepalingen van

²³) Thans Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG).

²⁴) HR 23 juni 2000, JAR 2000, 164, een zaak waarin de huisarts en bedrijfsarts andere adviezen gaven.

²⁵) Bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op het Convenant tussen de Landelijke huisartsenvereniging (LHV) en de Nederlandse vereniging voor arbeids- en bedrijfsgeneeskunde (NVAB) inzake samenwerking bij sociaal-medische begeleiding (1997) en KNMG-Code samenwerking bij arbeidsverzuim (1998).

²⁶) Het betreft geneeskundige handelingen in opdracht van een ander dan de patiënt, zoals de werkgever of een uitvoeringsinstelling.

de WGBO slechts van overeenkomstige toepassing voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet (art. 7:464 BW). De overeenkomstige toepassing kan ook door middel van wetgeving zijn uitgesloten (vgl. 14 lid 6 Arbo-wet).

De scheiding tussen behandeling en controle impliceert onder meer dat een behandelend arts de toestemming nodig heeft van zijn patiënt voor het doorgeven van op hem betrekking hebbende gegevens aan de bedrijfsarts. De bedrijfsarts, die een belangrijke rol vervult bij de sociaal-medische begeleiding en reïntegratie van zieke werknemers, wordt in juridische zin immers als derde aangemerkt en niet als medebehandelaar, in welk geval toestemming van de patiënt mag worden verondersteld (art. 7:457 lid 2 BW). De omstandigheid dat bedrijfsartsen sinds 2004 de mogelijkheid hebben werknemers met een arbeidsrelevante aandoening rechtstreeks te verwijzen doet hieraan niet af. Dezelfde regels gelden met betrekking tot verzekeringsartsen. Voor het uitwisselen van gegevens tussen behandelend artsen en verzekeringsartsen alsmede tussen bedrijfs- en verzekeringsartsen geldt in beginsel eveneens het toestemmingsbeginsel, al is in de jurisprudentie uitgemaakt dat het doen van een beroep op de sociale zekerheid een rechtvaardiging kan vormen voor een inperking van de (informatie) privacy. Hierbij is van belang dat deze informatie wordt verstrekt aan een persoon die zelf ook is gebonden aan het medisch beroepsgeheim.²⁷

Voor zover bedrijfsartsen – al dan niet door middel van tussenkomst van een (externe) Arbo-dienst – werkzaamheden verrichten in opdracht van een werkgever, zijn zij gehouden aan de werkgever verslag uit te brengen in de vorm van rapportages en adviezen.²⁸ Bij het uitvoeren van deze taken zijn bedrijfsartsen evenwel gehouden de privacy van de werknemer te respecteren en ook anderszins te handelen op een wijze die verenigbaar is met de (ook) op bedrijfsartsen rustende geheimhoudings- en zorgvuldigheidsplicht. Dit laatste verplicht de bedrijfsarts – ook al is hij werknemer van de werkgever/externe Arbo-dienst – tot het betrachten van de grootst mogelijke mate van zorgvuldigheid bij het verslag uitbrengen aan de werkgever en het geven van adviezen in het kader van de sociaal-medische begeleiding en reïntegratie.²⁹ Dit spreekt ook uit de Arbo-wet. Deze wet bevat zowel een verplichting voor de werkgever om deskundige werknemers in de gelegenheid te stellen 'de bijstand' zelfstandig en onafhankelijk te verrichten, als ook een verplichting voor deze deskundigen zelf – waaronder bedrijfsartsen – bijstand te verlenen met behoud van hun zelfstandigheid en hun onafhankelijkheid (zie art. 13-14 Arbo-wet). Zelfstandigheid en onafhankelijkheid impliceren dat de professionele standaard leidend is voor de handelwijze van de betrokken hulpverleners, waaronder het nakomen van de rechten van de patiënt.³⁰ Tegelijkertijd heeft de wetgever met betrekking tot de begeleiding van zieke werknemers erkend dat de geheimhoudingsplicht (art. 7:457) en het blokkeringsrecht van de patiënt (art. 7:464 lid 2 onder b BW) niet van overeenkomstige toepassing kunnen worden verklaard, daar dit in de weg zou kunnen staan aan goede sociaal-medische begeleiding en de plichten en verantwoordelijkheden die terzake op de werkgever rusten (art. 14 lid 6 Arbo-wet).³¹ A contrario zou hieruit kunnen worden geconcludeerd dat de overige rechten van de patiënt wel integraal dienen te worden nageleefd bij de begeleiding van de werknemer tijdens ziekte.

²⁷) Vgl. EHRM 27 augustus 1997, Andersson t. Zweden, NJ 1999, 463 (m.nt. J.C.J. Dute, onder nr. 464), NJCM-Bulletin 1998, p. 164 (m.nt. A.C. Hendriks) en 27 augustus 1997, M.S. t. Zweden, NJ 1999, 464 (m.nt. J.C.J. Dute), NJCM-Bulletin 1998, p. 164 (m.nt. A.C. Hendriks).

²⁸) CTG 2 januari 2002, TvGR 2002, 23. Zie ook RTG Amsterdam 28 juni 2005, nr. 04/31 en 04/32.

²⁹) CTG 11 januari 2001, TvGR 2001, 9 en RTG Amsterdam 10 mei 2005, TvGR 2005, 42.

³⁰) H.J.J. Leenen & J.K.M. Gevers, Handboek gezondheidsrecht (deel 11), Houten / Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 2002, p. 43 e.v.

³¹) Stb. 2000, 121.

Volledigheidshalve dient hierbij te worden opgemerkt dat een bedrijfsarts niet altijd als opdrachtnemer van de werkgever, maar soms ook als opdrachtnemer van de werknemer fungeert. Er is dan sprake van vrijwillige handelingen. Bij wijze van voorbeeld kan hierbij worden gedacht aan een werknemer die zich wendt tot de bedrijfsarts tijdens het arbeidsomstandighedenspreekuur. Op dergelijke situaties is de WGBO – en de hierin neergelegde geheimhoudingsplicht (art. 7:457 lid 1 BW) – rechtstreeks en integraal van toepassing. In het verlengde hiervan kan worden verdedigd dat de WGBO, in ieder geval bij strikte lezing van deze wet, de bedrijfsarts verplicht een scheiding aan te brengen tussen informatie verkregen bij vrijwillige handelingen en informatie verkregen bij opdrachthandelingen – waaronder aanstellingskeuringen, verplichte keuringen tijdens dienstverband en handelingen uitgevoerd in het kader van de sociaal-medische begeleiding van een zieke werknemer – wil de bedrijfsarts niet in strijd handelen met deze verplichting (en het daarmee corresponderende recht op privacy van de werknemer).

Militaire gezondheidszorg

De gezondheidszorg aan de zee-, land- en luchtmacht is vanouds anders georganiseerd dan de civiele gezondheidszorg. Dit hangt samen met de bijzondere positie en taken van de krijgsmacht in onze samenleving en het belang van de operationele inzetbaarheid van de strijdkrachten.³² Vanwege deze speciale context is een systeem van militaire gezondheidszorg opgezet met een tweeledige doelstelling: het bieden van geneeskundige verzorging in het belang van de militair alsmede in het belang van zijn inzetbaarheid.³³ Hieruit volgt reeds dat er geen strikte scheiding wordt gemaakt tussen curatieve en bedrijfs-geneeskundige gezondheidszorg, nu beide geacht worden nauw met elkaar te zijn verbonden. Daar komt bij dat tot voor enige tijd algemeen werd aangenomen dat op de defensieorganisatie een levenslange en exclusieve zorgverantwoordelijkheid rust. Zoals bekend is in de Defensienota 2000 aangekondigd de arbeidsvoorwaarden van militairen aan te passen aan de eisen van deze tijd en zoveel mogelijk in overeenstemming te brengen met hetgeen elders in de maatschappij gebruikelijk is.³⁴ Hierdoor wordt deze zorgverantwoordelijkheid genuanceerd.

De eerder aangehaalde patiënten- en kwaliteitswetten stellen dusdanige eisen aan het handelen van de arts, dat zij in de optiek van de legerleiding in de weg staan aan de effectieve taakvervulling. Om die reden is van de zijde van Defensie bij de totstandkoming van de WGBO betoogd dat deze wet niet integraal van toepassing kan zijn op de militaire gezondheidszorg. Wel is het altijd de bedoeling geweest dat de normen van de WGBO en andere patiënten- en kwaliteitswetten zoveel mogelijk overeenkomstig toepassing zouden vinden, tenzij de aard van de rechtsbetrekking – waaronder de taken van de krijgsmacht en het belang van de inzetbaarheid van de strijdkrachten – zich hiertegen zou verzetten.

³²) Krachtens art. 97 Gw is er een krijgsmacht ter verdediging en bescherming van de belangen van het koninkrijk en de handhaving en de bevordering van de internationaalrechtsoorde. De Defensienota 2000 onderscheidt daarnaast, als derde taak, de ondersteuning van civiele autoriteiten bij rechtshandhaving, rampenbestrijding en humanitaire hulp, zowel nationaal als internationaal. Kamerstukken II 1999/2000, 26 900, nr. 2, p. 41.

³³) Vgl. art. 91 van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR): 'De geneeskundige verzorging verleend door of vanwege de militair geneeskundige dienst omvat al de maatregelen, voorzieningen en geneeskundige verstrekkingen in het belang van de bescherming, het behoud, het herstel en de bevordering van de gezondheid van de militair alsmede in het belang van de bescherming, het behoud, het herstel en de bevordering van de geschiktheid van de militair voor de dienst (art. 91 AMAR).

³⁴) Kamerstukken II 1999/2000, 26 900, nr. 2, p. 84.

De precieze betekenis van in patiënten- en kwaliteitswetten neergelegde normen zouden in beroepscode nader kunnen worden uitgewerkt, al dan niet in overleg met de KNMG of andere beroepsgroepen op te stellen.

Zoals eerder opgemerkt was de geneeskundige zorg tot nu toe per krijgsmachtonderdeel georganiseerd.³⁵ Het ligt in de bedoeling om de wijze waarop de Militair Geneeskundige Diensten bij de Koninklijke Luchtmacht en bij de Koninklijke Marine thans werken, te weten een werkwijze waarbij de huisarts- en bedrijfsgeneeskundige zorg zijn geïntegreerd, krijgsmachtbreed in te voeren. Deze zorgharmonisatie zal dus in het bijzonder consequenties hebben voor militair ambtenaren en militair artsen werkzaam bij de Koninklijke Landmacht, al zullen ook aanpassingen nodig zijn bij de andere krijgsmachtonderdelen.

Anders dan in de Defensienota 2000 wordt betoogd, wordt met de keuze voor integratie van de huisarts- en bedrijfsgeneeskundigezorg (meer) afstand genomen van hetgeen elders in de maatschappij gebruikelijk is. Immers, de scheiding tussen behandeling en controle maakt kernbestanddeel uit van het stelsel van civiele gezondheidszorg. Dit roept de vraag op wat de beweegredenen zijn voor de harmonisatie van de militaire gezondheidszorg en wat de (juridische) implicaties zijn van de invoering van dit model.

4. Het voorgestelde systeem van militaire gezondheidszorg

Aanleiding

De krijgsmacht vervult thans een andere rol dan ten tijde van de totstandkoming van de MAW (1931). De veranderingen betreffen ondermeer de toegenomen operationele taakstelling en het frequente optreden in internationale missies. Daarnaast werken de verschillende krijgsmachtonderdelen steeds meer samen. Deze wijzigingen pleiten volgens de Minister van Defensie voor een harmonisatie en andere organisatie van de militaire gezondheidszorg.³⁶

Een systeem van militaire gezondheidszorg dat per krijgsmachtonderdeel op andere leest is geschoeid, kan in de weg staan aan nauwere samenwerking. Vanuit dit gezichtspunt laat het streven naar harmonisatie zich eenvoudig verklaren. De keuze voor een geïntegreerd stelsel van huisarts- en bedrijfsgeneeskundige zorg wordt bovenal ingegeven door redenen van efficiency en wordt geacht in het belang te zijn van de operationele inzetbaarheid van de krijgsmacht. De nieuwe rol en taken van de krijgsmacht vragen erom, aldus de concept memorie van toelichting van 8 maart 2006, dat te allen tijde inzicht bestaat in de inzetbaarheid van het personeel van de krijgsmacht. Het wordt voorts wenselijk geacht dat de militair arts, zonedig zonder toestemming van de militair, gevraagd en ongevraagd advies uitbrengt aan de commandant over de vraag of de inzet van een militair gevaar met zich brengt voor zijn gezondheid, de veiligheid van anderen of de operationele inzet. Daartoe is, aldus de concept memorie van toelichting, ook nodig dat de militair arts vrijelijk kan beschikken over de informatie uit het medisch dossier van de militair.

Inhoud van voorgestelde regeling

Een blauwdruk van het nieuwe zorgmodel is, zij het zeer summier, neergelegd in het concept-artikel 12h MAW. Dit concept-artikel behelst evenwel meer dan een harmonisatie van de verschillende zorgsystemen volgens het model van een eerstelijns curatief-bedrijfs-

³⁵) Zo werken de Koninklijke Landmacht en Koninklijke Luchtmacht met gezondheidscentra en de Koninklijke Marine met ziekenboegen.

³⁶) Voor meer achtergrondinformatie zie o.a. de voordracht van Cdre A.J. van Leusden, *Zorgharmonie*, Voorlichting aan het geneeskundig personeel van de KL, 30 januari 2004.

geneeskundige zorg. Op grond van dit artikel is een militair onder meer gehouden

- gebruik te maken van de militaire gezondheidszorg (lid 1);
- (bij ziekte) zich te houden aan de voorschriften van de verantwoordelijke militair arts (lid 2); en
- zich in opdracht van de Minister te onderwerpen en zijn medewerking te verlenen aan een geneeskundig of tandheelkundig onderzoek (lid 4).

Voorts zal er sprake zijn van een geïntegreerd militair geneeskundig dossier, dat zowel huisarts- als bedrijfsgeneeskundige gegevens bevat betreffende de militair. Naast militair artsen zullen andere leden van het medisch zorgteam gebruik kunnen maken van dit eerste-lijns curatief bedrijfsgeneeskundig dossier op basis van het principe van vrije geneeskundige informatie-uitwisseling (lid 5).

Dit concept-artikel bepaalt voorts dat 'een daartoe aangewezen militair arts van het medisch zorgteam de commandant desgewenst of op eigen initiatief en ongeacht de toestemming [adviseert] over diens inzetbaarheid' (lid 6).

Voor wat betreft de verwerking van persoonsgegevens en medische gegevens betreffende de gezondheid van militairen is tot slot bepaald dat hieromtrent bij AMvB regels worden gesteld (lid 7).

5. Gevolgen van het voorgestelde systeem voor militairen en militair artsen

De voorgestelde wijzigingen hebben vergaande gevolgen voor de (rechts)positie van militairen en militair artsen.

Militairen

Het voorgestelde artikel 12h MAW doet de bij de Koninklijke Landmacht bestaande scheiding tussen behandeling en controle teniet. De militaire zorgteams (MZTs) zullen namelijk zowel huisartsgeneeskundige als bedrijfsgeneeskundige zorg bieden. Voorts bevat deze bepaling de verplichting voor de militair ambtenaar in werkelijke dienst 'zich tot het voor hem aangewezen medisch zorgteam te wenden ter verkrijging van gezondheidszorg' (concept-art. 12h lid 1 MAW). Dit betekent een duidelijke accentverschuiving ten opzichte van het huidige Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR). Is de aanspraak op vergoeding van kosten gemaakt voor geneeskundige verzorging in het AMAR bovenal als recht geformuleerd (art. 90a AMAR), in het voorgestelde artikel 12h MAW staan de verplichtingen van de militair centraal, waaronder de plicht geneeskundige zorg af te nemen van zijn MZT, meer in het bijzonder van zijn verantwoordelijk militair arts (VMA). Daarnaast is een militair in werkelijk dienst ondermeer verplicht 'zich te onderwerpen aan en zijn medewerking te verlenen aan een geneeskundig of tandheelkundig onderzoek door of vanwege het voor hem aangewezen medisch zorgteam' (concept-art. 12h lid 3 MAW) en 'zich te onderwerpen aan en zijn medewerking te verlenen aan een geneeskundig of tandheelkundig onderzoek indien Onze Minister [daartoe] op goede gronden van oordeel is' (concept-art. 12h lid 4 MAW).³⁷ Daar komt bij, en anders dan thans, dat zowel alle huisarts- als bedrijfsgeneeskundige gegevens betreffende de militair worden opgenomen in het geïntegreerd militair geneeskundig dossier, dat deze informatie toegankelijk is voor alle leden van het MZT en dat de VMA, dan wel ieder ander lid van het MZT die contact heeft met een militair, te allen tijde let op de inzetbaarheid van de militair en de commandant hierover in voorkomende gevallen informeert.

³⁷) Volledigheidshalve dient te worden opgemerkt dat het AMAR soortgelijke verplichtingen bevat voor militairen (vgl. art. 92-105 AMAR).

Militair artsen

Het voorgestelde artikel 12h MAW maakt het voor militair artsen lastig hun beroep uit te oefenen op een wijze die geheel verenigbaar is met de voor artsen bestaande normen. De voorgestelde bepaling bevat voor militair artsen immers tal van verplichtingen die moeilijk zijn te verenigen met de professionele standaard van huis- en bedrijfsartsen, waaronder de verplichting tot het respecteren van de rechten van de patiënt. Zo vormt het medisch beroepsgeheim niet slechts de keerzijde van het recht op privacy van de patiënt, maar dient het ook ter waarborging van de toegankelijkheid van de zorg. Op grond van het voorgestelde artikel 12h MAW worden militair artsen verplicht allerlei medische gegevens, via het geïntegreerd militair geneeskundig dossier, te delen met anderen, waaronder personen die niet of slechts ten dele als medebehandelaars kunnen worden aangemerkt in de zin van de WGBO. Het medisch beroepsgeheim en het recht op privacy van de patiënt worden verder op de proef gesteld nu militair artsen 'desgevraagd dan wel op eigen initiatief en ongeacht de toestemming van de militair' worden geacht de commandant van de militair te informeren over de inzetbaarheid van laatstgenoemde (concept-art. 12h lid 6 MAW). Deze verplichting respectievelijk uitnodiging om het medisch beroepsgeheim te doorbreken gaat verder dan op grond van het leerstuk van conflict van plichten doorgaans toelaatbaar wordt geacht.³⁸

De omstandigheid dat een militair arts twee functies in zich verenigt en als militair ambtenaar ondergeschikt is aan zijn leidinggevende maakt een en ander niet anders. Een militair arts staat als arts geregistreerd in het BIG-register (en daarnaast evt. als huis- en/of bedrijfsarts in het door de KNMG beheerde specialistenregister). Deze registratie betekent niet alleen dat hij gerechtigd is de (huis- dan wel bedrijfs)artsentitel te voeren, maar impliceert tevens gehoudenheid aan de professionele standaard van artsen en aanvaarding van het medisch tuchtrecht. De instructie door een leidinggevende laat de eigen verantwoordelijkheid van de arts voor de kwaliteit van de beroepsuitoefening en de naleving van de rechten van de patiënt onverlet, een verantwoordelijkheid waarop de arts niet alleen tuchtrechtelijk maar ook civiel- en strafrechtelijk kan worden aangesproken.

6. Beoordeling

De patiënten- en kwaliteitswetgeving zijn er ter bescherming van de (rechten van de) patiënt en ter waarborging van de kwaliteit van de beroepsuitoefening. De verantwoordelijkheid van de overheid tot het verzekeren van de gezondheid en het welzijn van personen geldt, volgens jurisprudentie van het EHRM, in het bijzonder ten opzichte van afhankelijke groepen, waaronder militairen.³⁹ Vanuit dit licht bezien kan niet anders dan worden geconcludeerd dat het voorgestelde militaire zorgsysteem een aantal forse beperkingen met zich brengt op de rechten en vrijheden van de militair. Dit geldt zeker in vergelijking tot de wijze waarop anderen in Nederland gebruik kunnen maken van de huisartsgeneeskundige en bedrijfsgeneeskundige zorg en de hen daarbij toekomende rechten en (keuze)vrijheden. Daar komt bij dat binnen het voorgestelde systeem geen gewicht wordt toegekend aan het elders gebruikelijke onderscheid tussen vrijwillige en opdrachthandelingen.

De inperkingen betreffen in het bijzonder de grondrechten en fundamentele beginselen die aan de patiëntenrechten ten grondslag liggen, zoals het recht op vrije artskeuze (in de curatieve sector), het recht op lichamelijke integriteit (op grond waarvan toestemming nodig is voor lichamelijk onderzoek) en allerlei aspecten van het recht op (informatie)nele

³⁸) H.J.J. Leenen & J.K.M. Gevers, *Handboek gezondheidsrecht* (deel I), Houten / Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 2000, p. 234-235.

³⁹) Noot 15.

privacy. Dit systeem kan ertoe leiden dat militairen geen volledige openheid van zaken verschaffen naar artsen toe en komt, zo moet worden gevreesd, ook anderszins de vertrouwensrelatie tussen militairen en leden van het MZT, waaronder de persoonlijke VMA, niet ten goede. Daar komt bij dat Defensie in dit systeem zowel werkgever als zorgverlener is, waardoor de grens tussen werkgever en zorgaanbieder vloeiend wordt en de ongelijkheid tussen partijen groter.

Niet kan worden gesteld dat het voorgestelde zorgsysteem een rechtstreekse bedreiging vormt voor de kwaliteit van de medische beroepsuitoefening. Tegelijkertijd bevat de voorgestelde wettelijke regeling een aantal bepalingen, dat het militair artsen moeilijk maakt hun beroep uit te oefenen op een wijze die geheel verenigbaar is met de voor hen geldende professionele standaard en die recht doet aan de rechten van de patiënt. Zij kunnen op overtreding van deze normen in rechte persoonlijk worden aangesproken en zich dan niet verschuilen achter hun militaire functie.

Nu bestaat er geen juridische verplichting tot het waarborgen van een scheiding tussen huisartsgeneeskundige en bedrijfsgeneeskundige zorg. De meeste in de patiënten- en kwaliteitswetten neergelegde normen kennen daarnaast geen absoluut karakter. Afwijking van deze bepalingen is doorgaans mogelijk indien is voldaan aan de eisen van wet- en rechtmatigheid, legitimiteit en noodzakelijkheid.

De vraag is thans of de hierboven beschreven gevolgen en, bezien vanuit de patiënten- en kwaliteitswetgeving, knelpunten van het nieuwe militaire zorgsysteem alle deze rechtvaardigingstoets kunnen doorstaan. In dezen is van belang dat de voorgestelde wijzigingen van het militaire zorgsysteem zijn ingegeven door redenen van efficiency en ter verzekering van de inzetbaarheid van militairen, waaronder – zo neem ik althans aan – de voorbereidingen op eventuele operationele taken. Efficiencyoverwegingen vormen niet snel een rechtvaardiging voor het maken van inbreuken op grondrechten. Daartoe moet in de regel meer worden gesteld, waarbij de rechter de aangedragen redenen streng pleegt te toetsen, zeker in situaties van afhankelijkheid. Bij een beroep op veiligheidsoverwegingen ligt dit gradueel anders. Rechters zijn gewoon de overheid een ruime, althans ruimere, beleidsruimte te laten bij het beoordelen van de rechtmatigheid en noodzaak van maatregelen met het oog op de nationale veiligheid, waaronder de operationele inzetbaarheid van strijdkrachten.⁴⁰ Hieruit volgt niet dat het veiligheidsargument juridisch bezien een vrijbrief is om iedere inperking van rechten en fundamentele vrijheden van individuen te kunnen rechtvaardigen.⁴¹ Het omwille van veiligheidsredenen inperken van de rechten van patiënten en onder druk zetten van de professionele standaard van militair (huis- en bedrijfs)artsen vraagt om deugdelijke motieven. De van de zijde van Defensie aangedragen argumenten ter onderbouwing van de rechtmatigheid en noodzakelijkheid van de voorgestelde stelselherziening kunnen vooralsnog niet overtuigen en lijken op voorhand een onevenredige inbreuk te maken op de

⁴⁰⁾ Vgl. HvJ EG 26 oktober 1999, zaak C-273197 (Sirdar), Jur. 1999, p. 1-7403, AB 2000, 70 (m.nt. F.H. van der Burg).

⁴¹⁾ Vgl. HvJ EG 11 januari 2000, zaak C-285198 (Kreil), Jur. 2000, p. 1-69, NJ 2000, 302 (over de uitsluiting van vrouwen voor alle legeronderdelen); EHRM 22 oktober 2002, Perkins & R. t. het VK, nr. 43208198 & 44875198 alsmede EHRM 22 oktober 2002, Beck, Copp & Bazeley t. het VK, nr. 48535199, 48536199 & 48537199 (over de privacy van homoseksuelen in het leger) en EHRM 19 oktober 2005, Roche t. het VK (GC), EHRC 2005, 118 (over het vertrouwelijke karakter van informatie over experimenten tijdens militaire dienst). Daarnaast hebben het EHRM en het HvJ EG recentelijke diverse uitspraken gedaan over de (on)gerechtvaardigdheid van inbreuken op rechten vanwege veiligheidsredenen of in het kader van de terrorismebestrijding, zie bijv. EHRM 6 juni 2006, Segerstedt-Wiberg e.a. t. Zweden, EHRC 2006, 89 (m.nt. J.P. Looft); EHRM 27 juli 2006, Bazorkina t. Rusland, nr. 69481101 en HvJ EG 31 januari 2006, zaak C-503103 (Commissie/Spanje), NJ 2006, 184 (m.nt. M.R. Mok), JV 2006, 123 (m.nt. M.K. Bulterman).

rechten van de patiënt en de professionele standaard van militair (huis- en bedrijfs)artsen. Daarmee kan de voorgestelde wetgevingsoperatie niet de juridische – c.q. gezond- en mensenrechtelijke – toets doorstaan. Dit impliceert dat het voorliggende wetsvoorstel, althans op basis van de thans aangevoerde motieven ter rechtvaardiging van de invoering van een nieuw militair zorgsysteem, niet voldoet aan de eisen van wet- en rechtmatigheid, legitimiteit en noodzakelijkheid. Dit probleem kan niet worden ondervangen door het vragen van toestemming van betrokkenen daar, zoals betoogd, aldus geen afstand kan worden gedaan van onvervreembare rechten en vrijheden.

7. Conclusies

Krijgsmachtbrede invoering van een systeem van geïntegreerde eerstelijnsgezondheidszorg zorgt voor een verwijdering van het militaire zorgsysteem ten opzichte van het civiele zorgsysteem. Een dergelijk zorgsysteem is voorts vanuit juridisch oogpunt problematisch. Dit geldt temeer indien, zoals thans wordt voorgesteld, de introductie van dit systeem gepaard gaat met regels die anderszins leiden tot het beperken van de rechten van de patiënt en het onder druk zetten van de professionele standaard van militair (huis- en bedrijfs)artsen. Hoewel er geen juridische verplichting bestaat tot het aanbrengen van een scheiding tussen huisartsgeneeskundige en bedrijfsgeneeskundige zorg, vraagt het inperken van fundamentele rechten en het in de weegschaal leggen van de kwaliteit van de medische beroepsuitoefening om valide, steekhoudende argumenten. Zonder afbreuk te willen doen aan het belang van kostenbesparing en de inzetbaarheid van de strijdkrachten kan op grond van deze, nauwelijks nader beargumenteerde, motieven niet worden betoogd dat alle in het concept artikel 12h MAW voorgestelde maatregelen juridisch houdbaar zijn. Dit leidt ertoe dat dit concept artikel moet worden afgewezen.

Militair tuchtrecht en 'tijd van oorlog'

door

LUITENANT-KOLONEL B.D. MR. J.R.GJOFRIET

Op 22 april 2005 heeft de Minister van Defensie bij brief aan de Tweede Kamer¹⁾ laten weten dat hij gebruik zou gaan maken van de mogelijkheid die artikel 71 van het Wetboek van Militair Strafrecht biedt om in de in dat artikel genoemde gevallen 'tijd van oorlog' bekend maken aan een bepaalde militaire eenheid en dat hij opdracht zou geven aan de commandant van de Special Forces (de SF-taakgroep) die door Nederland ter beschikking zou worden gesteld voor de operatie Enduring Freedom in Afghanistan, die bekendmaking te doen.²⁾

Daarbij stelde de minister dat het belangrijkste gevolg van die bekendmaking zou zijn dat artikel 38 van het Wetboek van Militair Strafrecht - een strafuitsluitingsgrond voor militairen in tijd van oorlog die oorlogshandelingen verrichten - van kracht zou worden. Ook werden als gevolgen vermeld de verhoging van de maximale strafbedreigingen bij een aantal misdrijven en het feit dat een militair in tijd van oorlog geen ontslag kan nemen.

Geen woord werd er echter gewijd aan de gevolgen van die bekendmaking voor het militair tuchtrecht.

Hoewel de uitdrukking 'tijd van oorlog' zelf niet voorkomt in de Wet militair tuchtrecht, heeft de aanwezigheid van (de rechtstoestand) 'tijd van oorlog' wel gevolgen voor de praktijk van het militair tuchtrecht.

Op twee manieren werkt 'tijd van oorlog' door in het militair tuchtrecht bij de ongeoorloofde afwezigheid; en wel:

- ten eerste is er in tijd van oorlog eerder sprake van strafrechtelijke ongeoorloofde afwezigheid dan in tijd van vrede;
- ten tweede is er in tijd van oorlog geen mogelijkheid meer om een strafrechtelijke ongeoorloofde afwezigheid na verkregen toestemming van de officier van justitie via het militair tuchtrecht af te doen.

a. In tijd van oorlog is ongeoorloofde afwezigheid eerder een strafbaar feit.

In de artikelen 96 tot en met 99 van het Wetboek van Militair Strafrecht is de ongeoorloofde afwezigheid strafbaar gesteld. Daarbij wordt telkens verschil gemaakt tussen enerzijds tijd van vrede en tijd van oorlog en anderzijds tussen opzet en schuld.

¹⁾ Kamerstukken II, 2004-2005, 27 925, nr. 172.

²⁾ De bekendmaking bedoeld in artikel 71 van het Wetboek van Militair Strafrecht (Stb. 1903, 111) is sinds de inwerkingtreding van dat wetboek per 1 januari 1923 (inwerkingtredingsbesluit in Stb. 1922, 514) slechts tweemaal eerder gedaan en wel in 1929 en 1934. De eerste keer werd de bekendmaking gedaan aan de bemanningen van de Hr. Ms. Kortenaer en de Hr. Ms. Hertog Hendrik (zie ook MRT XXV, 192). De twee oorlogsschepen werden naar Curaçao gestuurd naar aanleiding van de overval van 'Generaal' Urbina op het Waterfort in Willemstad te Curaçao.

De tweede keer betrof het het Nederlandse detachement dat naar het Saargebied werd gestuurd om daar deel te nemen aan de internationale troepenmacht van de Volkenbond die rust en orde moest waarborgen bij de volksstemming in het Saarland (zie ook MRT XXX, 456).

Bij de uitzending van Nederlandse militairen naar Libanon in 1979 om deel te nemen aan de VN-vredesmacht UNIFIL is het (laten) doen van de bekendmaking wel overwogen door de Minister van Defensie, maar daarvan is toen afgezien. Zie 'Vredesmacht in Libanon', Instituut voor militaire geschiedenis / Ben Schoenmaker, Herman Roozenbeek (red.), Boom, Amsterdam, blz. 110 e.v.

In een schema weergegeven, komt dat neer op:

Ongeoorloofde afwezigheid	in tijd van vrede	in tijd van oorlog
door schuld	genoemd in art. 96 WvMS	genoemd in art. 97 WvMS
opzettelijk	genoemd in art. 98 WvMS	genoemd in art. 99 WvMS

In tijd van vrede treedt de strafrechtelijke ongeoorloofde afwezigheid in als de afwezigheid langer dan vier dagen duurt. Dat geldt zowel voor de ongeoorloofde afwezigheid door schuld (art. 96, aanhef en onder 2°, WvMS) als voor de opzettelijke ongeoorloofde afwezigheid (art. 98, aanhef en onder 2°, WvMS).

De commandant kan dus in tijd van vrede de ongeoorloofde afwezigheid die niet langer duurt dan vier dagen tuchtrechtelijk afdoen (art. 7 WMT) ongeacht of er sprake is van schuld of van opzet.

In tijd van oorlog is er echter eerder sprake van strafrechtelijke ongeoorloofde afwezigheid als er opzet in het spel is. Bij een ongeoorloofde afwezigheid door schuld blijft het omslagpunt van tuchtrechtelijk naar strafrechtelijk liggen op vier dagen (art. 97, aanhef en onder 4°, WvMS), maar bij de ongeoorloofde afwezigheid die opzettelijk wordt begaan, is er dan al na twee dagen sprake van een strafbaar feit (art. 99, aanhef en onder 2°, WvMS).

In een schema wordt dat:

Ongeoorloofde afwezigheid	is in tijd van vrede een strafbaar feit	is in tijd van oorlog een strafbaar feit
door schuld begaan	na 4 dagen	na 4 dagen
opzettelijk begaan	na 4 dagen	na 2 dagen

Een opzettelijke ongeoorloofde afwezigheid in tijd van oorlog die langer dan twee dagen duurt kan een commandant dus niet meer tuchtrechtelijk afdoen omdat hij ingevolge het bepaalde in artikel 78 van de Wet militair tuchtrecht van een strafbaar feit aangifte moet doen als hij hiervan kennis krijgt (art. 78, eerste lid, WMT) dan wel zal hij een reeds uitgereikte tuchtrechtelijke beschuldiging moeten intrekken en alsnog aangifte moeten doen als hij tijdens het tuchtproces ontdekt met een zodanige afwezigheid te maken te hebben (art. 78, tweede lid, WMT).

b. In tijd van oorlog kan niet meer een strafrechtelijke ongeoorloofde afwezigheid met toestemming van de officier van justitie tuchtrechtelijk worden afgedaan.

Artikel 79 van de Wet militair tuchtrecht geeft de mogelijkheid om een aantal daarin met name genoemde strafbare feiten tuchtrechtelijk af te doen. In de opsomming van de strafbare feiten staat ook de ongeoorloofde afwezigheid, maar daarbij worden slechts de artikelen 96, aanhef en onder 2° en 3° en 98, aanhef en onder 2°, van het Wetboek van Militair Strafrecht genoemd en dat betreft in beide gevallen de ongeoorloofde afwezigheid in tijd van vrede. In tijd van oorlog kan de officier van justitie dus geen toestemming verlenen om de tuchtrechtelijke weg te gaan volgen.

In een schema wordt dat:

Strafrechtelijke ongeoorloofde afwezigheid	in tijd van vrede	in tijd van oorlog
door schuld begaan	tot maximaal 8 dagen kan na toestemming door de OvJ tuchtrechtelijk afgedaan worden	de OvJ kan geen toestemming verlenen voor tuchtrechtelijke afdoening
opzettelijk begaan	tot maximaal 8 dagen kan na toestemming door de OvJ tuchtrechtelijk afgedaan worden	de OvJ kan geen toestemming verlenen voor tuchtrechtelijke afdoening

In tijd van oorlog blijft dus slechts de strafrechtelijke weg³⁾ open voor de afdoening van een opzettelijke ongeoorloofde afwezigheid die langer dan twee dagen duurt of voor een ongeoorloofde afwezigheid door schuld begaan die langer dan vier dagen duurt.

³⁾ Waarbij de transactiemogelijkheid van de officier van justitie en de opsporingsambtenaar niet uitgesloten is. De vraag is echter of in tijd van oorlog een ongeoorloofde afwezigheid nog als een licht feit kan worden gezien dat met een transactie kan worden afgedaan.

De op grond van artikel 59 Wet militaire strafrechtspraak aangewezen bevelvoerende militairen kunnen bij een ongeoorloofde afwezigheid geen transactie aanbieden. In artikel 59, tweede lid, van het Wetboek van Militair Strafrecht wordt verwezen naar het Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht (Stb. 1999, 497) voor de gevallen waarin deze militairen een transactie kunnen aanbieden en in artikel 5 van dat rijksbesluit wordt bij de strafbare feiten waarbij transactie mogelijk is niet de ongeoorloofde afwezigheid genoemd.

OPMERKELIJKE ZAKEN (8)

U pleegt overspel. Mag dat?

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

Een bijdrage, waarin valt te lezen hoe in het verleden het plegen van overspel met de vrouw van een ranggenoot werd gezien als een daad die niet getuigde van goede kameradschap.¹⁾

De feiten

September 1935. In Den Helder gaat het gerucht dat Sonja Konings, de vrouw van de in Nederlands-Indië verblijvende kwartiermeester Herman Konings, regelmatig te hare huize vreemde mannen ontvangt, teneinde met hen, ook overdag, het bed te delen. Eveneens zou zij een kennis van haar, een zekere Toos Prinsen, in de gelegenheid stellen in haar huis met weer andere mannen hetzelfde te doen. Een tweemansbedrijfje dus. Als waar is wat wordt verteld, maakt Sonja Konings zich schuldig niet alleen aan overspel, maar ook aan koppelarij. Overspel is strafbaar gesteld in artikel 241 van het Wetboek van Strafrecht; koppelarij in artikel 250bis.²⁾

Als de geruchten aanhouden, besluit de gemeentepolitie van Den Helder een onderzoek in te stellen. Al snel wordt duidelijk dat ook marineschepelingen van de diensten van *huize Konings* gebruik maken. Onder hen korporaal-ziekenverpleger André Batenburg, dienend a/b van Hr. Ms. *Kortenaer*. Als hij door de politie als getuige wordt gehoord, verklaart hij dat hij Sonja Konings enkele maanden eerder in een dansgelegenheid in Den Helder heeft ontmoet en haar sedertdien regelmatig thuis heeft opgezocht. En - inderdaad - meermalen met haar vleselijke gemeenschap heeft gehad. Als de politie hem vraagt in het belang van het onderzoek met niemand over de zaak te praten, belooft hij te zullen zwijgen. Nog dezelfde dag echter vertelt hij Toos Prinsen, die hij (toevallig?) in een café in Den Helder ontmoet, wat hem die dag is overkomen. Tevens dringt hij er bij haar op aan, als zij door de politie wordt gehoord, 'alles te ontkennen'. Het baat echter niet. Op 26 september 1935 wordt Sonja Konings opgepakt en ingesloten in het huis van Bewaring te Alkmaar. Ook stelt de politie nog dezelfde dag de commandant van Hr. Ms. *Kortenaer* schriftelijk van het gedrag van korporaal Batenburg op de hoogte. Tevens wordt de commandant in het bezit gesteld van een brief die korporaal Batenburg op 24 juli 1935 aan Sonja Konings heeft geschreven. In de brief komt de volgende passage voor: 'Ik had gisteren nog ruzie met de schipper, als het een gelijke van me was geweest, nou, dan had ik hem beurs geslagen, ik was witheet. Gelukkig hield ik op tijd me mond, anders was ik nog zuur geweest ook. Maar ik krijg hem nog wel eens, ik heb geduld, ik kan wachten.'

De commandant doet de zaak tuchtrechtelijk af

De commandant van Hr. Ms. *Kortenaer* ziet in het rapport van de politie en in de brief

¹⁾ De namen in deze bijdrage zijn verzonnen.

²⁾ Beide artikelen zijn vervallen; artikel 241 bij Wet van 6 mei 1971, Stb. 291, artikel 250bis bij Wet van 28 oktober 1999, Stb. 464. Onder koppelarij wordt verstaan: het opzettelijk teweegbrengen of bevorderen van ontucht door anderen met derden, indien men daarvan een beroep of gewoonte maakt.

van korporaal Batenburg aan Sonja Konings aanleiding een commissie van twee officieren te belasten met het instellen van een nader onderzoek. Tegenover de commissie geeft korporaal **Batenburg** in grote lijnen de feiten toe: hij heeft inderdaad meermalen vleselijke gemeenschap gehad met Sonja Konings en hij wist, kwam er althans later achter, dat zij was getrouwd met een in Nederlands-Indië vertoevende kwartiermeester. Ook geeft hij toe - ondanks de door hem gedane belofte - in een café in Den Helder voortijdig met Toos Prinsen over de zaak te hebben gesproken.

Na ontvangst van het rapport van de commissie van onderzoek besluit de commandant de zaak tuchtrechtelijk af te doen. Hij legt korporaal Batenburg, na hem op parade te hebben gehoord, de straf op van verlaging tot de stand van matroos der 3e klasse. Als strafreden vermeldt hij:

- '1. Gehandeld in strijd met artikel 7 sub 1 en artikel 22 sub *e* van het Reglement betreffende de Krijgstucht.
2. In strijd met een door hem gegeven belofte, tegenwerken van een politie-onderzoek.
3. Zich in een schrijven uitgelaten op een wijze, geheel onbestaanbaar met de militaire tucht of orde.'

Artikel 7 sub 1 van het Reglement betreffende de Krijgstucht luidde destijds, voorzover in dit verband van belang:

'In het algemeen behooren de militairen, in het bijzonder die van gelijken rang of stand zijn, zoowel in dienst als daarbuiten in goede kameraadschap te leven, elkanders rechten en overtuiging te eerbiedigen, elkander hulp te verlenen in moeilijkheden of in gevaar, elkander achting toe te dragen en zich zoveel mogelijk er op toe te leggen elkanders fouten te verbeteren en elkanders misstappen te voorkomen.'

Artikel 22 sub *e* luidde:

'Den militair is verboden zich op te houden in woningen en inrichtingen, waarvan hem bekend is dat daarin handelingen worden gepleegd in strijd met de goede zeden of waarvan door het bevoegd militair gezag de toegang aan militairen is ontzegd.'

Korporaal Batenburg schrikt hevig van de hoogte van de straf. Ook kan hij zich niet vinden in de punten 1 en 2 van de strafreden. Hij besluit zijn beklag te doen bij de Commandant der Marine te Willemsoord. Deze **beklagmeerdere** komt echter, na lezing van de stukken en na klager te hebben gehoord, tot de slotsom dat de opgelegde straf 'in goede verhouding staat tot den ernst van de gepleegde feiten' en dat 'de in de strafreden omschreven handelingen met juistheid klagers gedragingen weergeven'. Het beklag wordt dan ook, bij beschikking van 9 november 1935, ongegrond verklaard.³⁾

Overspel in strijd met de krijgstucht?

Overspel. Ondanks de luchtigheid van het woord beging destijds, wie overspel pleegde, een strafbaar feit, zelfs een misdrijf.⁴⁾ De vraag die beantwoording behoeft, is echter: handelt een militair die overspel pleegt met de vrouw van een medemilitair, in strijd met de krijgstucht? Strafoplegger en beklagmeerdere menen van wel. Zij beroepen zich op artikel 7 sub 1 van het Reglement betreffende de Krijgstucht. Zo valt in de beklagbeschikking te lezen:

'dat artikel 7 sub 1 van het Reglement betreffende de Krijgstucht onder meer voorschrijft

³⁾ Beschikking van 9 november 1935, MRT deel XXXI (1935/36), p. 622 e.v.

⁴⁾ Om het enigszins te relativeren: de Tien geboden gaan op dit punt verder.

dat militairen in het algemeen, in het bijzonder die van gelijken rang of stand zijn, zoowel in dienst als daarbuiten in goede kameraadschap behooren te leven en elkanders rechten en overtuiging behooren te eerbiedigen;

'dat het regelmatig plegen van overspel met de vrouw van een afwezigen ranggenoot in strijd is met hooger genoemd voorschrift'.

Overspel met de vrouw van een medemilitair, en zeker overspel met de vrouw van een ranggenoot, is dus in strijd met de krijgstucht omdat het niet getuigt van goede kameraadschap.

Wat vindt het Hoog Militair Gerechtshof?

Diep teleurgesteld over de ongegrondverklaring van zijn beklag, roept de inmiddels tot matroos der 3e klasse verlaagde Batenburg de eindbeslissing in van het Hoog Militair Gerechtshof.⁵⁾ En ziet, op twee punten denkt het Hof er anders over dan de strafoplegger en de beklagmeerdere. Het eerste punt betreft het door klager gepleegde overspel. Het Hof overweegt hieromtrent:

'dat niet is gebleken, dat klager opzettelijk heeft gehandeld in strijd met artikel 7 sub I van het Reglement betreffende de Krijgstucht, aangezien (Sonja Konings) weliswaar gehuwd is met een in Nederlands-Indië vertoevende kwartiermeester der Koninklijke Marine, doch aangenomen moet worden dat zij klager daarvan geruimen tijd onkundig heeft gelaten, terwijl zij later niet heeft geschroomd aan klager desgevraagd voor te geven dat de huwelijksband reeds geheel verbroken was en dat zij en haar echtgenoot elkaar niet meer schreven.'

Het tweede punt betreft de door de politie aan de commandant van Hr. Ms. *Kortenaer* overgelegde brief van klager aan Sonja Konings. Hieromtrent overweegt het Hof

'dat klager verder in een per post aan (Sonja Konings) toegezonden brief, onder meer een voorval aan boord aanroerend, zich op ongepaste en onvoorzichtige wijze over een meerdere in rang heeft uitgelaten, doch er in dit geval termen aanwezig zijn om - nu de militaire overheid den bedoelden brief in handen kreeg doordien (Sonja Konings) dien aan de politie overlegde en dus geheel tegen klagers verwachting - deswege geen krijgstuchtelijke straf op te leggen.'

Vervolgens verklaart het Hof het beklag, bij beschikking van 27 december 1935, gedeeltelijk gegrond en legt klager - in plaats van de straf van verlaging - de straf op van acht dagen streng arrest.⁶⁾ Ook wijzigt het Hof de omschrijving van de stafreden, zodat deze komt te luiden:

1. Zich meermalen opgehouden in eene woning, waarvan hem bekend was dat daarin handelingen werden gepleegd, in strijd met de goede zeden.

2. In strijd met een door hem gegeven belofte, tegenwerken van een politie-onderzoek.'

Klager is tevreden. Hij herkrijgt met terugwerkende kracht de rang van korporaal en de gewijzigde stafreden geeft op juiste wijze weer aan welke gedragingen hij zich heeft schuldig gemaakt.

Slotopmerking

Hoe het verder is gegaan met Sonja Konings en wat van Toos Prinsen terecht is gekomen, vermeldt het Militair Rechtelijk Tijdschrift niet. Dit verklaart het enigszins abrupte einde van deze bijdrage.

⁵⁾ Artikel 63 van de Wet op de Krijgstucht bepaalt dat de straf van verlaging, indien beklag is gedaan, niet ten uitvoer kan worden gelegd dan nadat de beklagbeschikking te zijner kennis is gekomen.

⁶⁾ HMG 27 december 1935, MRT deel XXXI (1935/36), p. 625 e.v.

Centrale Raad van Beroep

21 december 2005

0413352 MAW

Voorzitter: mr. H.A.A.G. Vermeulen; *leden:* mr. K. Zeilemaker en mr. D.A.C. Slump.

De val van de hindernisbaan

Een vrouwelijke soldaat blesseerde bij een val van de hindernisbaan haar rug. Uiteindelijk werd zij medisch ongeschikt bevonden voor het verder vervullen van de militaire dienst. Toen zij de Staatssecretaris van Defensie verzocht om de volledige aansprakelijkheid voor het ongeval te erkennen en tot vergoeding van alle door haar geleden schade over te gaan, wees de staatssecretaris dit verzoek af. De eerste rechter verklaarde het beroep, gericht tegen dit (na bezwaar gehandhaafde) besluit, ongegrond. De Centrale Raad van Beroep bevestigt deze uitspraak. Ook naar het oordeel van de Raad had de staatssecretaris genoegzaam aangetoond dat hij niet tekort was geschoten in het nakomen van de op hem als werkgever rustende verplichtingen.

(Dienstongeval en schadevergoeding)

UITSpraak

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

I. Ontstaan en loop van het geding

Appellante heeft op de daartoe bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 28 april 2004, nr. AWB 03/2116 MAW, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 10 november 2005, waar appellante in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. Y.P.J. Drost, rechtskundig adviseur te Hengelo (Ov). Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. C.J.V. van Venrooij en mr. H.M. Beumer, beiden 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 feiten en omstandigheden.

1.1. Appellante, destijds soldaat bij de Koninklijke landmacht, is tijdens de sportles bij het nemen van de hindernisbaan op 21 juli 1999 van het zogeheten wasbord gevallen en heeft daarbij haar rug geblesseerd. Appellante is uiteindelijk medisch ongeschikt bevonden voor het verder vervullen van de militaire dienst.

1.2. Bij brief van 28 januari 2002 heeft appellante gedaagde verzocht om de aansprakelijkheid voor hetgeen haar is overkomen te erkennen en om tot vergoeding van de door haar geleden schade over te gaan. Bij het bestreden besluit van 16 april 2003 heeft gedaagde na bezwaar zijn weigering gehandhaafd aan dit verzoek te voldoen. Het hiertegen gerichte beroep is door de rechtbank bij de aangevallen uitspraak ongegrond verklaard.

2. Met betrekking tot hetgeen door partijen in hoger beroep is aangevoerd, in de kern hierop neerkomend dat gedaagde niet, respectievelijk wel heeft voldaan aan de zorgplicht die hij heeft ten opzichte van zijn werknemers, overweegt de Raad als volgt.

2.1. De Raad heeft in inmiddels vaste jurisprudentie, zie onder meer CRvB 22 juni 2000,

LJN AB0072, TAR 2000, 112, als norm geformuleerd dat de ambtenaar - voorzover zulks niet reeds voortvloeit uit van toepassing zijnde rechtspositionele voorschriften - recht heeft 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 de werkzaamheden zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de ambtenaar schade lijdt, of aantoont dat de schade in belangrijke mate een gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar.

2.2. Op grond van de gedingstukken en het verhandelde ter zitting is de Raad voldoende duidelijk geworden onder welke omstandigheden het ongeval heeft plaatsgevonden. Hij zal dan ook niet voldoen aan het verzoek van appellante tot aanhouding voor nader getuigenverhoor.

2.3. De Raad is voorts van oordeel dat gedaagde genoegzaam heeft aangetoond dat hij niet tekort is geschoten in het nakomen van zijn bovengenoemde verplichtingen. Daarbij heeft de Raad meegewogen dat de sportles plaats vond onder toezicht van een gekwalificeerd sportinstructeur, dat appellante uitleg had gekregen over de wijze waarop het wasbord moest worden genomen en dat dit ook was geoefend. Appellante was medisch gekeurd, zodat ervan uit mocht worden gegaan dat zij fysiek in staat was bedoelde oefening, ook meermalen achtereen, uit te voeren. De Raad acht onvoldoende aannemelijk geworden dat appellante zodanige tekenen van vermoeidheid vertoonde dat de sportinstructeur niet had mogen nalaten haar eigener beweging rust te gunnen. Ook is appellante er niet in geslaagd de Raad te overtuigen van het feit dat een ondergrond van grind niet als een voldoende veiligheidsmaatregel kan worden aangemerkt.

3. Uit het voorgaande volgt dat het hoger beroep niet slaagt. De aangevallen uitspraak wordt bevestigd.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. *In het schaderecht, ook in het bestuursschaderecht, geldt als uitgangspunt dat de-gene die schade lijdt, de schade zelf dient te dragen. Om schade op een ander te kunnen verhalen, is dus een bijzondere regeling nodig. Dit geldt ook voor schade die het gevolg is van een dienstongeval. Een dienstongeval in algemene zin is een ongeval dat een militair is overkomen in de uitoefening van de dienst. De bevoegdheid om te beslissen of een ongeval ook in rechtspositionele zin een dienstongeval is, berust bij de Minister van Defensie (artikel 147 AMAR). Volgens vast beleid wordt een ongeval niet als een dienstongeval aangemerkt, indien sprake is van opzet of grove schuld aan de zijde van de militair. Zie hieromtrent CRvB 11 september 1992, MRT 1993, p. 105, m.nt. G.L.C.: 'De Raad stelt (...) voorop dat (de staatssecretaris) in een geval als het onderhavige, doet zich bij het ongeval grove nalatigheid of onvoorzichtigheid voor, tot het oordeel kan komen dat het betreffende ongeval niet als een dienstongeval is aan te merken.'*

2. *Schade die het gevolg is van een dienstongeval in rechtspositionele zin, kan in drie gevallen op het bestuur worden verhaald:*

- indien en voorzover de rechtspositionele voorschriften verhaal mogelijk maken; dus in

schadevergoeding voorzien;

- *volgens vaste jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep: indien het bestuur is tekortgeschoten in de op het bestuur (als werkgever) rustende zorgverplichtingen;*
- *eveneens volgens vaste jurisprudentie: indien sprake is van een aan het bestuursorgaan toe te rekenen fout van een ondergeschikte.*

Afzonderlijke vermelding verdient artikel 115 AMAR. Dit artikel verleent de Minister van Defensie in algemene bewoordingen de bevoegdheid om een militair, die schade heeft geleden, 'naar billijkheid'schadeloos te stellen. Artikel 115 AMAR verleent geen aanspraak op schadevergoeding. Toepassing van het artikel staat ter discretie van de minister: Toepassing leidt in de regel tot toekenning van een vergoeding naast de vergoedingen waarop krachtens de voorschriften aanspraak bestaat. Zie bijvoorbeeld CRvB 19 september 2003, TAR 2003, nr. 26, m.nt. G.L.C.

3. In de onderhavige zaak stelde appellante dat de Staatssecretaris van Defensie (gedaagde) ten opzichte van haar tekort was geschoten in de op hem als werkgever rustende zorgverplichtingen. De Centrale Raad van Beroep deelde dit standpunt echter niet. Naar het oordeel van de Raad had gedaagde genoegzaam aangetoond dat van tekortschieten (als door appellante bedoeld) geen sprake was. De Raad hanteert in gevallen als het onderhavige de volgende (aan het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht ontleende) norm: 'Voorzover zulks niet reeds voortvloeit uit de op de militair van toepassing zijnde rechtspositionele voorschriften, heeft de militair 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 militair 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 militair 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 zijde van de militair.' In geval van schade tengevolge van een dienstongeval, is dus het bestuursorgaan in beginsel aansprakelijk. Het kan zich echter van deze aansprakelijkheid bevrijden door aan te tonen dat het in niets is tekortgeschoten.

4. De door de Raad gehanteerde norm bevat drie voorwaarden:

- er dient - zoals volgt uit de woorden 'in de uitoefening van zijn werkzaamheden'- een causaal verband te bestaan tussen de schade en de dienstuitoefening; zie voor een geval waarin, ook naar het oordeel van de rechter, een zodanig verband ontbrak: CRvB 28 maart 2002, MRT 2003, p. 24, m.nt. G.L.C. (Blootgesteld aan asbestvezels);

- het bestuursorgaan moet ten opzichte van de militair zijn tekort geschoten in de op het bestuur rustende zorgplicht. Zie voor een geval waarin naar het oordeel van de Raad inderdaad van tekortschieten kon worden gesproken: CRvB 28 april 2005, MRT 2005, p. 306, m.nt. G.L.C. (De val van de launcher).

- de schade mag niet in belangrijke mate het gevolg zijn van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de militair: Zie voor een geval waarin het bewust schenden van de bestaande plicht om in voorkomende gevallen de schade zoveel mogelijk te beperken, leidde tot het geheel onthouden van een vergoeding: CRvB 10 november 2005, MRT 2006, m.nt. G.L.C. (De vervallen schadevergoedingsplicht).

G.L.C.

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 6 april 2006
0415592 MAW

Voorzitter: Mr. H.A.A.G. Vermeulen; leden: Mr. A. Beuker-Tilstra en mr. J.L.P.G. van Thiel

Repatriëring wegens disfunctioneren

Een soldaat van de infanterie (appellant) wordt gerepatriëerd wegens disfunctioneren. Bezwaar en beroep tegen deze beslissing worden door respectievelijk de Commandant en de Rechtbank ongegrond verklaard. In hoger beroep voert appellant aan dat de verweten gedragingen deels hebben plaatsgevonden vóór de uitzending en de zware maatregel niet evenredig is. Bovendien stelt hij dat er rechtvaardigingsgronden zijn voor zijn gedrag die er uit bestaan dat collega's en leidinggevendenden onvoldoende rekening hebben gehouden met en begrip hebben gehad voor zijn geloof, en hij is gediscrimineerd.

De Centrale Raad van Beroep bevestigt de aangevallen uitspraak. De Raad oordeelt dat juist in een operatiegebied personeel berekend moet zijn voor zijn taak. Voorts oordeelt de Raad dat niet is weersproken dat de in het bestreden besluit genoemde gedragingen hebben plaatsgevonden en dat gezien de aard van de tekortkomingen voldoende is onderbouwd dat het functioneren van appellant te grote veiligheidsrisico's meebracht. Hierbij weegt mee dat appellant eerder is gewaarschuwd. De gedragingen van appellant konden conform de vigerende personeelsaanwijzing worden gekwalificeerd als disfunctioneren. Uit onderzoek door gedaagde is niet gebleken dat appellant slachtoffer is geweest van discriminatie of racisme. Ook is geen sprake van onevenredige belangenafweging.

Repatriëring, art 19 lid 1 AMAR

UITSpraak

in het geding tussen: [appellant], wonende te [woonplaats], appellant, en de Bevelhebber der Landstrijdkrachten, thans de Commandant Landstrijdkrachten (hierna: Commandant), gedaagde.

I. Procesverloop

Namens appellant heeft mr. A.S. Foy, advocaat te Amersfoort, hoger beroep ingesteld.

De Commandant heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 2 maart 2006. Appellant is verschenen, bijgestaan door mr. Foy. De Commandant heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. Y. van Wezel, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Overwegingen

1. Ten aanzien van de van belang zijnde feiten en omstandigheden volstaat de Raad, onder verwijzing voor het overige naar de aangevallen uitspraak, met het volgende.

1.1. Appellant, destijds soldaat der eerste klasse bij het Wapen der Infanterie, is met zijn bataljon op 1 november 2001 in het kader van een vredesoperatie uitgezonden naar Bosnië. Bij besluit van 8 april 2002 heeft de Commandant, gelet op de aan hem uitgebrachte adviezen en overgelegde documenten, besloten tot repatriëring van appellant naar Nederland wegens disfunctioneren.

1.2. Na daartegen door appellant gemaakt bezwaar is dit besluit door de Commandant gehandhaafd bij het bestreden besluit van 24 maart 2003. Hierin is overwogen dat bij

appellant sprake is van het structureel ontbreken van discipline en zorgvuldigheid, hetgeen het oordeel rechtvaardigt dat appellant heeft gedysfunctioneerd in de zin van punt 3.9. van de Personeelsaanwijzingen Operationele Staf BLS.

2. Bij de aangevallen uitspraak is het namens appellant ingestelde beroep tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard.

3.1. Appellant kan zich met deze uitspraak niet verenigen. In hoger beroep herhaalt hij dat hij medio 2000 nog is bevorderd en dat de hem verweten gedragingen deels hebben plaatsgevonden vóórdat hij was uitgezonden. Tevens meent hij dat de verweten gedragingen niet dusdanig ernstig zijn, dat zij de zware sanctie van repatriëring rechtvaardigen. Voorts voert hij aan dat er rechtvaardigingsgronden zijn voor zijn gedrag. Deze komen er in de kern op neer dat zijn collega's en leidinggevend onvoldoende rekening hebben gehouden met en begrip hebben gehad voor zijn geloof en de daaruit voor hem voortvloeiende leefregels. Appellant stelt door zijn collega-soldaten te zijn gediscrimineerd.

3.2. De Commandant heeft verzocht de aangevallen uitspraak te bevestigen.

4. De Raad overweegt het volgende.

4.1. De bevoegdheid van de Commandant tot repatriëring vindt haar grondslag in artikel 19, eerste lid, van het Algemeen militair ambtenarenreglement, waarin is bepaald dat ontheffing uit een functie met een rang als die van appellant geschiedt door de Commandant. Ter invulling van deze bevoegdheid heeft de Commandant beleidsregels en procedurevoorschriften vastgesteld inzake repatriëring vanwege disfunctioneren in een functie die vervuld wordt tijdens een militaire operatie buiten Nederland, welke zijn opgenomen in paragraaf 3 van de Personeelsaanwijzingen Operationele Staf BLS. Naar het oordeel van de Raad vallen deze regels binnen de grenzen van een redelijke bevoegdheidsuitoefening. Hierbij volgt de Raad de rechtbank in haar overwegingen die onder meer inhouden dat het voor de Commandant van essentieel belang is om juist in een operatiegebied personeel tot zijn beschikking te hebben dat berekend is voor zijn taak, omdat daar minder mogelijkheden zijn om betrokkene gedurende langere tijd te begeleiden, gelet op de beperkte personele capaciteit ter plekke en de relatief korte uitzendingsduur.

4.2. De Raad volgt de rechtbank eveneens in haar oordeel dat de Commandant op goede gronden heeft kunnen concluderen dat appellants optreden in het uitzendgebied valt onder de in punt 3.9 van genoemde personeelsaanwijzingen opgenomen omschrijving van het begrip disfunctioneren. Daarbij neemt de Raad in aanmerking dat door appellant niet is weersproken dat de in het bestreden besluit genoemde gedragingen hebben plaatsgevonden. Daarmee staat voldoende vast dat het appellant ontbrak aan de vereiste militaire basisvaardigheden. De Raad acht tevens voldoende door de Commandant onderbouwd dat het functioneren van appellant in het uitzendgebied te grote veiligheidsrisico's meebracht, gezien de aard van zijn tekortkomingen, zoals deze in het bestreden besluit zijn aangeduid, te weten onzorgvuldige omgang met het wapen, een gebrek aan discipline met betrekking tot het dragen van het tenue en het niet op tijd aanwezig zijn. Daarbij kent de Raad ook betekenis toe aan de waarschuwingen die appellant in verband met eerdere tekortkomingen - onder meer in functioneringsgesprekken - waren gegeven.

4.3. De Raad volgt appellant hierbij niet in zijn grief dat de Commandant bij het nemen van het bestreden besluit onvoldoende rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat hij zich als moslim aan bepaalde leefregels diende te houden en daarin werd tegengewerkt en dat hij werd gediscrimineerd. De Raad overweegt hieromtrent dat in opdracht van de Commandant door een bijzondere commissie onderzoek is verricht naar mogelijke discriminatie bij appellants eenheid en naar de door appellant genoemde gebeurtenissen die daar naar zijn mening op duiden. Volgens die commissie kan op grond van het door haar gehou-

den onderzoek niet gesteld worden dat appellant slachtoffer is geweest van discriminatie of van racisme, noch dat zijn leefregels niet serieus werden genomen tijdens de uitzending.

4.4. De Raad kan appellant dan ook niet volgen in zijn grief dat de commandant de belangen van appellant had moeten laten prevaleren boven het dienstbelang. De Commandant is overigens in die zin aan appellant tegemoetgekomen dat hij, in afwijking van de voordracht van de teamcommandant, heeft afgezien van het verlenen van onmiddellijk ontslag, zodat appellant op reguliere wijze wegens het aflopen van zijn aanstelling voor bepaalde tijd de dienst kon verlaten.

4.5. Uit het vorenstaande vloeit voort dat voor vernietiging van het bestreden besluit geen aanleiding bestaat en dat de aangevallen uitspraak moet worden bevestigd.

5. De Raad acht 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 uitspraak.

Centrale Raad van Beroep

27 april 2006

0414758 MAW

Voorzitter: mr. H.A.A.G. Vermeulen; leden: mr. A. Beuker-Tilstra en mr. J.L.P.G. van Thiel.

Bewust roekeloos gehandeld?

Een KVV-er, in het kader van een vredesoperatie uitgezonden naar Kroatië, raakt als bestuurder van een vrachtwagen betrokken bij een verkeersongeval. Als hij de Staatssecretaris van Defensie voor de door hem geleden schade aansprakelijk stelt, wijst deze elke aansprakelijkheid af: de schade is het gevolg van bewuste roekeloosheid van de zijde van de KVV-er. De eerste rechter verklaart het tegen deze afwijzing ingestelde beroep ongegrond. De Centrale Raad van Beroep oordeelt echter anders. De Raad kan de rechtbank niet volgen in de opvatting dat door de staatssecretaris is aangetoond dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de zijde van appellant. De Raad voegt hieraan toe dat in het algemeen van bewust roekeloos handelen pas sprake is 'als de werknemer zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging van het roekeloos karakter van die gedraging naar objectieve maatstaven daadwerkelijk bewust is geweest'.

UITSpraak

op het hoger beroep van A., wonende te B., appellant, tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 15 juli 2004, nr. 0313669, in het geding tussen appellant, en de Staatssecretaris van Defensie, gedaagde.

I. Procesverloop

Namens appellant heeft mr. L.J.A.M. Hanssen, advocaat te Breda, hoger beroep ingesteld.

Namens de Staatssecretaris is een verweerschrift ingediend.

Door beide partijen zijn deskundigenrapporten in het geding gebracht.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 2 maart 2006. Appellant heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. L.J.A.M. Hanssen, voornoemd. De Staatssecretaris heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. M.H. Beumer en mr. M. van der Graaf, beiden werkzaam bij het ministerie van Defensie.

II. Overwegingen

1. Op grond van de gedingstukken en het verhandelde ter zitting gaat de Raad uit van de volgende feiten en omstandigheden.

1.1. Appellant is als militair (kort verband vrijwilliger) in het kader van een vredesoperatie uitgezonden naar Kroatië. Op 24 oktober 2001 is hij als bestuurder van een militaire vrachtwagen - een viertonner - betrokken geraakt bij een verkeersongeval, waarbij hij ernstig en voor een deel blijvend letsel heeft opgelopen. Namens appellant is de Staatssecretaris bij brief van 25 september 2002 aansprakelijk gesteld voor de schade als gevolg van dit ongeval. De Staatssecretaris heeft bij besluit van 4 november 2002, nader aangevuld bij schrijven van 14 maart 2003, deze aansprakelijkheid afgewezen en geweigerd over te gaan tot vergoeding van schade. Het tegen dit besluit gemaakte bezwaar is bij besluit van 24 juli 2003 ongegrond verklaard.

2. De rechtbank heeft het namens appellant tegen het besluit van 24 juli 2003 ingestelde beroep ongegrond verklaard. Hierbij is overwogen dat nu de Staatssecretaris heeft erkend dat hij is tekortgeschoten in de op hem rustende zorgplicht, aangezien het voertuig niet met schoudergordels was uitgerust, uitsluitend de vraag dient te worden beantwoord of de Staatssecretaris heeft aangetoond dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet dan wel bewuste roekeloosheid van appellant. De rechtbank heeft geconcludeerd dat de Staatssecretaris heeft aangetoond dat de schade in belangrijke mate het gevolg was van bewuste roekeloosheid van appellant. De Staatssecretaris heeft volgens de rechtbank niet ten onrechte grote betekenis gehecht aan de bevindingen en conclusies in het rapport van een Kroatische onderzoeksrechter, die bijgestaan door functionarissen van de technische verkeerspolitie een onderzoek heeft ingesteld naar de oorzaak en toedracht van het ongeval en tot de conclusie is gekomen dat appellant het ongeval heeft veroorzaakt en te hard heeft gereden. Voorts heeft gedaagde naar het oordeel van de rechtbank betekenis mogen hechten aan de omstandigheid dat appellant de in het voertuig aanwezige heupgordel niet droeg, dat hij bekend was met de route en de bocht in de weg op de plaats van het ongeval, alsmede dat de herfstperiode berucht is vanwege snel veranderende weersomstandigheden.

3. Namens appellant is in hoger beroep met een beroep op jurisprudentie en literatuur bestreden dat sprake is geweest van bewuste roekeloosheid bij appellant ten tijde van het ongeval. Verwezen is naar getuigenverklaringen, die het standpunt van appellant dat hij niet te hard reed ondersteunen. De bevindingen in het onder 2. genoemde rapport van de Kroatische onderzoeksrechter zijn bestreden met een deskundigenrapport.

4. Namens de Staatssecretaris is dit standpunt van appellant gemotiveerd en eveneens op basis van een op zijn verzoek uitgebracht deskundigenrapport bestreden. Naar aanleiding van de in hoger beroep ingebrachte deskundigenrapporten heeft de Staatssecretaris het nadere standpunt ingenomen dat, ondanks dat het niet goed mogelijk is te bepalen met welke snelheid appellant heeft gereden, er alleen al op basis van het feit dat appellant in de bocht is gaan slippen geconcludeerd kan worden dat hij met een hogere snelheid heeft gereden dan op dat moment verantwoord was en dus dat hij te hard heeft gereden. Voorts is aangevoerd dat de causaliteit tussen de schending van de zorgplicht door de Staatssecretaris en

de opgetreden schade ontbreekt, omdat appellant ook indien de driepuntsgordel aanwezig zou zijn geweest deze niet zou hebben gedragen.

5. De Raad overweegt als volgt.

5.1. Het bestreden besluit betreft de handhaving van een zuiver schadebesluit betreffende de schade die appellant stelt te hebben geleden als gevolg van het hem in ambtelijke dienstbetrekking op 24 oktober 2001 overkomen ongeval. De Raad verwijst voor de hier aan te leggen toetsingsmaatstaf naar zijn uitspraak van 22 juni 2000, LJN AB0072, TAR 2000,112 en JB 20001232.

5.2. Tussen partijen is niet in geschil dat het ongeval plaatsvond tijdens de uitvoering van de aan appellant opgedragen werkzaamheden. Met de rechtbank stelt de Raad vast dat de Staatssecretaris het standpunt heeft ingenomen dat hij is tekortgeschoten in de op hem als werkgever rustende zorgplicht, aangezien niet gezorgd is voor driepuntsgordels in het voertuig dat door appellant werd bestuurd. Dit brengt met zich mee dat appellant recht heeft op vergoeding van de schade die hij lijdt, tenzij de Staatssecretaris aantoont dat de schade in belangrijke mate een gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van appellant. De Raad kan de rechtbank niet volgen in het oordeel dat de Staatssecretaris heeft aangetoond dat in het onderhavige geval sprake was van bewuste roekeloosheid en overweegt daartoe als volgt.

5.2.1. In aansluiting op de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot aansprakelijkheid voor schade tijdens uitvoering van de werkzaamheden geleden, acht de Raad pas sprake van bewust roekeloos handelen van een werknemer als deze zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging van het roekeloos karakter van die gedraging naar objectieve maatstaven daadwerkelijk bewust is geweest.

5.2.2. De Staatssecretaris heeft de gestelde bewuste roekeloosheid van appellant in het bestreden besluit in het bijzonder gebaseerd op de conclusie van de Kroatische onderzoeksrechter in het onder 2. genoemde rapport. Deze conclusie hield in dat appellant op een door regenval nat geworden wegdek met een snelheid van 84 kilometer per uur een scherpe bocht naar rechts is ingegaan, terwijl de toegestane snelheid ter plaatse 60 kilometer per uur was en daardoor in een slip op de andere weghelft terecht is gekomen.

5.2.3. Zoals ook de Staatssecretaris heeft erkend, is de conclusie dat appellant met een snelheid van 84 kilometer per uur heeft gereden niet langer te handhaven, gezien de bevindingen en conclusies van de door beide partijen ingeschakelde deskundigen die beiden fundamentele kritiek hebben geuit op de in het rapport van de Kroatische onderzoeksrechter gehanteerde uitgangspunten. De door de Staatssecretaris ingeschakelde deskundige heeft weliswaar enige kritiek geleverd op het rapport van de door appellant ingeschakelde deskundige, maar heeft toch ook geconcludeerd dat hij de berekeningen van de Kroatische onderzoeksrechter niet kan volgen en dat diens uitkomst van een snelheid van 84 kilometer per uur veel te exact is. Aan dit door de Staatssecretaris ingediende rapport, dat door de deskundige kort voor de zitting nog nader schriftelijk is toegelicht, ontleent de Raad dat er te veel onbekende factoren een rol spelen, zodat voor een correcte berekening van de snelheid iedere aanname had moeten worden voorzien van een bepaalde tolerantie en dat door de onderzoeksrechter niet is onderzocht op welke plaats de botsing heeft plaatsgevonden en op welke plaats de door appellant bestuurde vrachtwagen in de problemen is geraakt.

5.2.4. De door de Staatssecretaris ingeschakelde deskundige heeft in zijn rapport voorts gewezen op de verklaring van een getuige die op enige afstand achter de door appellant bestuurde vrachtwagen reed ten tijde van het ongeval, waaruit naar voren kwam dat beide voertuigen toen met een snelheid van ongeveer 60 kilometer per uur reden. Hierbij is vermeld dat deze getuige een goed zicht moet hebben gehad op het rijgedrag van appellant en

in staat moet zijn geweest een goede vergelijking te maken tussen de aangehouden snelheid van beide voertuigen. Wel leidt de meer genoemde deskundige uit het feit dat het voertuig van appelland is gaan slippen af dat appelland in de gegeven omstandigheden kennelijk met een hogere snelheid heeft gereden dan op dat moment verantwoord was.

5.2.5. De Staatssecretaris heeft thans, in navolging van de onder 5.2.3. en 5.2.4. beschreven bevindingen en conclusies van de door hem ingeschakelde deskundige, het nadere standpunt ingenomen dat het op basis van de beschikbare informatie niet goed mogelijk is te bepalen met welke snelheid appelland heeft gereden, maar dat alleen al op grond van het feit dat appelland in de bocht is gaan slippen geconcludeerd kan worden dat hij met een hogere snelheid dan op dat moment verantwoord was en dus te hard heeft gereden.

5.2.6. Dit standpunt berust naar het oordeel van de Raad niet op enige concrete onderbouwing. De zich onder de gedingstukken bevindende verklaringen van de bij het ongeval aanwezige getuigen wijzen erop dat appelland ten tijde van het ongeval in elk geval niet harder dan de toegestane snelheid van 60 kilometer per uur heeft gereden en alle deskundigen geven aan dat meerdere (deels onbekende) factoren een rol hebben gespeeld bij het in de slip raken van het door appelland bestuurde voertuig. De Raad is niet gebleken dat een snelheid van 60 kilometer per uur, gezien de omstandigheden, zodanig onverantwoord was dat sprake was van bewuste roekeloosheid. Hier komt nog bij dat uit getuigenverklaringen blijkt dat appelland bekend stond als een ervaren en goed gekwalificeerd chauffeur. De Raad kan de Staatssecretaris evenmin volgen in zijn standpunt dat uit de verklaring van de bij het ongeval aanwezige passagier zou blijken dat appelland ervan op de hoogte was dat zijn snelheid te hoog was, gezien de omstandigheden ter plaatse. De enkele omstandigheid dat appelland geen gebruik heeft gemaakt van de in het voertuig aanwezige heupgordel is ten slotte onvoldoende voor de ver gaande conclusie dat appelland bewust roekeloos heeft gehandeld.

5.3. De Staatssecretaris heeft erkend dat hij zijn zorgplicht als werkgever heeft geschonden door in het voertuig geen schoudergordel aan te brengen. Voorts huldigt hij het standpunt dat de als gevolg van het ongeval opgetreden letselschade voorkomen had kunnen worden bij gebruik van een dergelijke gordel en dat het dragen van de wel in het voertuig aanwezige heupgordel deze schade niet had kunnen voorkomen. Nu het risico van schade bij ongevallen zich in het onderhavige geval heeft verwezenlijkt, is het causaal verband in beginsel gegeven, tenzij de Staatssecretaris aantoont dat de schade ook zou zijn ontstaan zonder deze tekortkoming. In dat kader heeft de Staatssecretaris aangevoerd dat appelland de schoudergordel toch niet zou hebben gedragen omdat hij de heupgordel ook niet droeg. Voor deze hypothese heeft de Raad, gelet op het andersoortige karakter van de schoudergordel, in de voorhanden zijnde gegevens onvoldoende grondslag gevonden.

6. Gezien het vorenstaande treft het hoger beroep van appelland doel en komen de aangevallen uitspraak en het bestreden besluit voor vernietiging in aanmerking. De Staatssecretaris dient een nieuw besluit op bezwaar te nemen met inachtneming van deze uitspraak.

7. De Raad acht termen aanwezig om gedaagde met toepassing van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht te veroordelen tot vergoeding van een bedrag groot € 644,- aan kosten wegens aan appelland in beroep verleende rechtsbijstand, alsmede tot een bedrag van € 966,- wegens verleende rechtsbijstand in hoger beroep, in totaal derhalve

E 1.610,-.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP;

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het beroep gegrond en vernietigt het bestreden besluit van 24 juli 2003;

Bepaalt dat de Staatssecretaris een nieuw besluit op bezwaar neemt met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak van de Raad is overwogen;

Veroordeelt de Staatssecretaris in de proceskosten van appellant tot een bedrag van € 1.610,-, 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 totaal € 321,- vergoedt.

Naschrift

1. De Centrale Raad van Beroep hanteert in gevallen als het onderhavige de volgende (aan het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht ontleende) norm: 'Voorzover zulks niet reeds voortvloeit uit de op de militair van toepassing zijnde rechtspositionele voorschriften, heeft de militair 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 militair 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 militair 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 zijde van de militair:' In geval van schade tengevolge van een dienstongeval, is het bestuursorgaan dus in beginsel aansprakelijk. Het kan zich echter van deze aansprakelijkheid bevrijden door aan te tonen dat het niet is tekortgeschoten in de op het bestuur rustende zorgplicht, dan wel door aan te tonen dat de geleden schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de militair:

2. In de onderhavige zaak stelde de staatssecretaris zich op het standpunt dat hij in de op hem rustende zorgplicht was tekortgeschoten: het door de KVV-er bestuurde voertuig was ten onrechte niet voorzien van driepuntsgordels. Dit betekende dat de KVV-er recht had op volledige schadevergoeding, tenzij kon worden aangetoond dat de schade in belangrijke mate het gevolg was van opzet of bewuste roekeloosheid van de kant van de KVV-er: De staatssecretaris en de eerste rechter kwamen tot de slotsom dat dit laatste het geval was. De Centrale Raad van Beroep oordeelt echter anders. Het door de staatssecretaris aangevoerde biedt aldus de Raad, onvoldoende grond voor deze (vergaande) conclusie. De Raad voegt aan deze vaststelling toe: 'In aansluiting op de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot aansprakelijkheid voor schade tijdens uitvoering van de werkzaamheden geleden, acht de Raad pas sprake van bewust roekeloos handelen van een werknemer als deze zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging van het roekeloos karakter van die gedraging naar objectieve maatstaven daadwerkelijk bewust is geweest.'

3. De hierboven onder punt 1 geformuleerde norm bevat - de gevallen waarin de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de zijde van de militair buiten beschouwing gelaten - twee eisen: (1) er moet een causaal verband bestaan tussen de schade waarvan vergoeding wordt verzocht, en de uitoefening van de dienst; en (2) het bestuursorgaan moet op een zodanige wijze zijn tekortgeschoten dat van onrechtmatig handelen kan worden gesproken. Met betrekking tot de eerste eis overweegt de Raad dat - 'nu het risico van schade bij ongevallen zich in het onderhavige geval heeft verwezenlijkt' - het causaal verband in beginsel is gegeven, tenzij zou worden aangetoond dat de schade ook zou zijn ontstaan zonder de door de staatssecretaris erkende tekortkoming. In dit verband kader

voerde de staatssecretaris aan dat appellant de driepuntsgordel (indien aanwezig) toch niet zou hebben gedragen omdat hij de (wel aanwezige) heupgordel ook niet droeg. Voor deze hypothese achtte de Raad echter; gelet op het andersoortige karakter van de schoudergordel, in de voorhanden zijnde gegevens onvoldoende grondslag aanwezig.

De tweede eis houdt in dat in gevallen als bedoeld door de Raad wordt uitgegaan van schuldaansprakelijkheid; en dus niet van risicoaansprakelijkheid.

G.L.C.

Centrale Raad van Beroep

4 mei 2006

0513537 MAW

Voorzitter: mr. J.C.F. Talman; leden: mr. J.Th. Wolleswinkel en mr. K.J. Kraan.

Helikopterpiloot: niet een voor de krijgsmacht typische functie.

Een (bij de luchtmacht dienende) helikopterpiloot verzoekt de Commandant Luchtstrijdkrachten om hem met toepassing van artikel 17c AMAR een tegemoetkoming toe te kennen in de kosten van de door hem gevolgde opleiding vliegen met vastvleugelige vliegtuigen. Als dit verzoek wordt afgewezen, stelt hij tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) afwijzing beroep in. De eerste rechter verklaart het beroep ongegrond, welke uitspraak door de Centrale Raad van Beroep wordt bevestigd. Niet staande kan worden gehouden, aldus de Raad, dat appellant - zoals voor toekenning van een tegemoetkoming is vereist - een functie vervult die typisch is voor de militaire sector en dat daarbuiten weinig emplooi bestaat voor zijn kennis en vaardigheden. Ook het beroep van appellant op het gelijkheidsbeginsel gaat niet op. De twee gevallen die appellant noemt, berusten op een vergissing. Naar vaste jurisprudentie betekent dit dat zij in de onderhavige zaak niet relevant zijn

(Artikel 17c AMAR; gelijkheidsbeginsel.)

UITSpraak

op het hoger beroep van A., wonende te B., appellant, tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 22 april 2005, nr. 0412863, in het geding tussen appellant, en de Commandant Luchtstrijdkrachten, gedaagde.

I. Procesverloop

Namens appellant heeft mr. M.J. de Haas, juridisch adviseur VBM/NOV, hoger beroep ingesteld.

De rechtsvoorganger van de Commandant, hierna ook aangeduid als Commandant, heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 23 maart 2006. Namens appellant is verschenen mr. De Haas, voornoemd. De Commandant heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. C.A.D. Berkhuizen en M. Elferink, beiden werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Overwegingen

1. Voor een uitvoeriger weergave van de in dit geval van belang zijnde feiten en omstandigheden verwijst de Raad naar de aangevallen uitspraak.

1.1. Appellant is werkzaam als helikopterpiloot bij de Koninklijke Luchtmacht.

Bij schrijven van 28 maart 2001 heeft hij de Commandant verzocht hem op grond van artikel 17b dan wel artikel 17c van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) een tegemoetkoming toe te kennen in de kosten van de door hem al afgeronde opleiding B1/B2 theorie en de opleiding Commercial Pilot License, Instrument Rating and Multi Engine Aircraft, welke laatste opleiding hij voornemens was te gaan volgen.

1.2. Bij besluit van 6 oktober 2003 is dit verzoek vanwege de Commandant afgewezen.

Bij het bestreden besluit van 14 juni 2004 heeft de Commandant dit besluit na door appellant daartegen gemaakt bezwaar gehandhaafd.

2. De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak het beroep van appellant ongegrond verklaard.

3. De Raad overweegt naar aanleiding van hetgeen partijen in hoger beroep hebben aangevoerd het volgende.

3.1. Ter zitting is gebleken dat het geschil tussen partijen in hoger beroep beperkt is tot de vraag of appellant op grond van het eerste lid van artikel 17c van het AMAR voor een tegemoetkoming in de kosten van voormelde opleiding(en) in aanmerking komt.

Ingevolge deze bepaling kan de militair die is aangesteld voor onbepaalde tijd en die voor eigen rekening een studie of opleiding volgt of heeft voltooid die naar het oordeel van de Commandant in het belang van de bevordering van de externe werkzekerheid van de militair is, in aanmerking komen voor een tegemoetkoming van 100% in gemaakte studie- en opleidingskosten. De militair komt daarvoor, blijkens de bepaling, alleen in aanmerking als de studie of opleiding is gericht op het wegnemen van opgelopen lacunes in de (beroeps)opleiding of het slechten van scholingsachterstand voor de arbeidsmarkt en niet indien zij louter is gericht op positieverbetering.

3.2. Bij de beoordeling van verzoeken om toepassing van deze bepaling hanteerde de Commandant de criteria neergelegd in de nota van 28 december 2001 van de Staatssecretaris van Defensie. Onder punt 4 van deze nota is vermeld dat het moet gaan om een militair die werkzaam is binnen een functiegebied dat typisch is voor Defensie, waardoor buiten de sector Defensie weinig emploti bestaat voor zijn kennis en vaardigheden. Onder punt 7 van de nota is nog opgemerkt dat het niet de bedoeling is om de militair die reeds een voor de arbeidsmarkt relevante opleiding en/of ervaring heeft gevolgd c.q. opgebouwd in staat te stellen tot een andere beroepskeuze.

3.3. De opleiding waarvoor appellant een tegemoetkoming in de kosten heeft gevraagd is gericht op het verkrijgen van een brevet om zogeheten vastvleugelige vliegtuigen in de commerciële luchtvaart te mogen vliegen.

De Commandant heeft het verzoek afgewezen omdat appellant na zijn aanstelling bij de Koninklijke Luchtmacht met succes een volledige opleiding voor Cougar helikopter heeft gevolgd, waardoor hij geheel is toegerust om als helikopterpiloot werkzaam te zijn. Aangezien appellant tevens vele uren vliegervaring heeft, komt hij zonder meer in aanmerking voor vrijstelling van het brevet Commercial Pilot License H, welke hem recht geeft om als piloot van een helikopter commerciële vluchten te maken. Van een scholingsachterstand is derhalve naar de mening van de Commandant geen sprake. Hij heeft hier in de procedure bij de rechtbank nog aan toegevoegd dat er wel degelijk emploti buiten de Koninklijke Luchtmacht bestaat voor helikopterpiloten. In dit verband heeft hij bij wijze van voorbeelden negen bedrijven in Nederland genoemd die gebruik maken van helikopterpiloten. Bovendien zijn dit soort piloten bij het Korps Landelijke Politiediensten tewerkgesteld. Voor zijn positie op de arbeidsmarkt bestond dan ook voor appellant geen noodzaak om een opleiding voor het vliegen met vastvleugelige vliegtuigen te volgen, aldus de Commandant.

3.4. De Raad stelt bij zijn beoordeling voorop dat de onder 3.2. vermelde criteria die de Commandant hanteerde bij de beoordeling van verzoeken als het onderhavige, verenigbaar zijn met inhoud en strekking van artikel 17c van het AMAR.

Gelet op de onder 3.3. weergegeven toelichting van de Commandant kan niet worden staande gehouden dat appelland thans een functie vervult die typisch is voor de militaire sector en dat daarbuiten weinig emplot bestaat voor de kennis en vaardigheden van appelland. Nu er naar door hem niet is weersproken een aantal bedrijven in Nederland aanwezig is dat zich bedient van helikopterpiloten, dient het er immers voor te worden gehouden dat voor appelland genoegzaam emplot te vinden is op de Nederlandse arbeidsmarkt buiten het Ministerie van Defensie. Niet ten onrechte stelt de Commandant zich op het standpunt dat het precieze aantal op enig moment bestaande vacatures van helikopterpiloot in dit verband niet van betekenis is. Onder deze omstandigheden kan niet worden gesproken van een scholingsachterstand voor de arbeidsmarkt als waarop het eerste lid van artikel 17c van het AMAR ziet.

3.5. Met betrekking tot het beroep op het gelijkheidsbeginsel overweegt de Raad nog dat de door appelland genoemde andere gevallen deels niet met het zijne op één lijn zijn te stellen en dat daarnaast in twee gevallen toewijzende besluiten zijn genomen die naar de Commandant in de stukken, zoals toegelicht ter zitting, aannemelijk heeft gemaakt op een vergissing berusten. Naar vaste jurisprudentie is een abusievelijk genomen besluit niet relevant voor het antwoord op de vraag of in strijd met het gelijkheidsbeginsel is gehandeld.

3.6. Uit het vorenstaande volgt dat het hoger beroep niet slaagt en de aangevallen uitspraak voor bevestiging in aanmerking komt.

4. De Raad acht tot slot geen termen aanwezig voor vergoeding van proceskosten met toepassing van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP;

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. Artikel 17b AMAR - dat als opschrift draagt Studiefaciliteiten in het kader van de interne werkzekerheid - opent de mogelijkheid om BOT-ers, die - zonder te zijn aangewezen - voor eigen rekening een studie of opleiding volgen of hebben voltooid, in aanmerking te brengen voor een tegemoetkoming in de door hen gemaakte studie- en/of opleidingskosten. Hierbij geldt als voorwaarde dat de studie of opleiding naar het oordeel van de commandant van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren, mede dan wel volledig in het belang is van de dienst. Indien een opleiding of studie mede in het belang van de dienst is, bedraagt de tegemoetkoming 50% van de gemaakte studie- en/of opleidingskosten. Is de opleiding of studie volledig in het belang van de dienst, dan bedraagt de vergoeding 100%. Zie voor een geval waarin artikel 17b AMAR een rol speelde: Rechtbank Den Haag 14 februari 1995, MRT 1996, p. 22.

2. Ziet artikel 17b op studiefaciliteiten in het kader van de interne werkzekerheid, artikel 17c AMAR opent de mogelijkheid om studiefaciliteiten te verlenen indien die in het belang zijn van de bevordering van de externe werkzekerheid. Ook deze faciliteiten kunnen slechts aan BOT-ers worden verleend. Als algemene voorwaarde geldt, zoals in artikel 17c valt te lezen, dat de studie of opleiding is gericht op het wegnemen van opgelopen lacunes in de (beroeps)opleiding of het slechten van scholingsachterstand voor de arbeidsmarkt. Dit

betekent dat geen faciliteiten worden verleend indien de studie of opleiding uitsluitend is gericht op oppositieverbetering of uitsluitend is bedoeld is om een militair die reeds een voor de arbeidsmarkt relevante opleiding heeft gevolgd, in staat te stellen een ander beroep te kiezen. Ook moet het gaan om een BOT-er die werkzaam is binnen een functiegebied dat typisch is voor Defensie. Met name aan deze laatste eis was in het onderhavige geval, ook naar het oordeel van de Centrale Raad van Beroep, in het geheel niet voldaan.

Overigens kunnen op grond van de Premiereregeling en aanvullende voorzieningen beroepsmilitairen van de krijgsmacht (Stb. 1982, 648) ook aan BBT-ers studiefaciliteiten worden verleend ter bevordering van de externe werkzekerheid.

3. Appellant deed eveneens een beroep op het gelijkheidsbeginsel. Dit beginsel eist van het bestuur dat het de evenwichtigheid bezit om in gelijke gevallen een gelijke beslissing te nemen. Zo vaak als op dit beginsel een beroep wordt gedaan, zo weinig komt het voor dat de rechter strijd met het beginsel aanwezig acht. Twee gevallen zijn zelden gelijk. Zie in dit verband bijvoorbeeld Rechtbank Den Haag 17 januari 2001, MRT 2001, p. 282, m.nt. G.L.C. Het gelijkheidsbeginsel gaat niet zo ver dat het bestuur niet van een eenmaal gekozen beleid zou mogen terugkomen. Het bestuur kan immers niet de bevoegdheid wordt ontzegd in het beleid dat het voert veranderingen aan te brengen. Evenmin houdt het beginsel in, zoals de onderhavige zaak leert, dat ook gelijkheid moet worden betracht indien de beslissing in het andere geval op en vergissing berust.

G.L.C.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

In de Utrecht Law Review, Volume 1, Issue 1 (September 2005) is een bijdrage verschenen van Terry Gill en Elies van Sliedregt getiteld: 'Guantánamo Bay: a reflection on the legal status and rights of 'Unlawful combatants'. Het artikel kan kosteloos via de site van de Utrecht Law Review worden gedownload (<http://www.utrechtlawreview.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
F.K.O. - Mr. F.A. Kooloos
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.

Geen hele woorden in kapitalen, zoals NASCHRIFT e.a. gebruiken.

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

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

REDACTIECOMMISSIE:

Voorzitter	Mr. <i>A.C. Zuidema</i> , Brigade-generaal b.d. van de Militair Juridische dienst;
Secretaris/penningmeester	Mr. <i>J.E.D. Voetelink</i> , Luitenant-kolonel van de Koninklijke Luchtmacht;
Leden:	
voor de Koninklijke Landmacht:	Mr. <i>A.J. Ruysendaal</i> , Kolonel 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>NE. Louwerse</i> , Kapitein ter zee;
voor de Koninklijke Marechaussee:	Mr. <i>C.P.C. Kuijs</i> , Kolonel der Koninklijke Marechaussee;
voor de Bestuursstaf:	Mr. <i>J.J. Buirma</i> , Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tuchtrecht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie; Mr. <i>R. in het Veld</i> , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst, Hoofd Militair Juridische Dienst Krijgsmacht;
Prof. Dr. <i>T.D. Gill</i>	Bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam en Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht;
Mr. <i>R. van den Heuvel</i> ,	Vice-president en voorzitter van de Militaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem;
Prof. Mr. <i>Th. A. de Roos</i> ,	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:	NLDA/FMW/Sie recht, t.a.v. Luitenant-kolonel Voetelink, Postbus 90002, 4800 PA Breda

VASIE MEDEWERKERS:

Prof. Mr. <i>G.L. Coolen</i> ,	Schout hij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Prof. Dr. <i>R.A. Lawson</i> ,	hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.
Dr. <i>M. Boot-Matthijssen</i> ,	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 abonnementen administratie M.R.T. postbus 45666, 2504 RB Den Haag, tel.: 070-3590713, E-mail: ABO@adrepak.nl. 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 € 230 per aflevering, benevens vijf presentexemplaren van de desbetreffende aflevering. Het auteursrecht wordt met de publicatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan abonnementenadministratie M.R.T. postbus 45666, 2504 BB Den Haag. 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 krijgsnachtdeel waartoe zij behoren.

Uit 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 XCIX

december 2006

Aflevering

10

INHOUD

Bijdragen

Natuurlijk laagvliegen?; door Luitenant-Kolonel mr. Ing. B. Valk.....	333
Zelfverdediging tegen niet-statelijke entiteiten; majoor mr. F.M. Koks.....	342
Schadevergoeding bij dienstongevallen. Het oordeel van de Centrale Raad van Beroep; door prof. mr. G.L. Coolen.....	349

Bestuursrechtspraak

CRvB 15.06.06	De bestreden verklaringen over drugsgebruik 'Militair van de KLu komt terug op eerdere verklaringen over bezit en gebruik van harddrugs op grond waarvan hij is ontslagen. Raad: Niet aannemelijk dat verklaringen zien op gebruik vóór zijn aanstelling in militaire dienst, noch dat verklaringen onder druk en intimidatie zijn afgelegd. Ontslag niet onevenredig. (Naschrift F.K.O.).....	355
---------------	---	-----

Register

Register 2006.....	357
--------------------	-----

Natuurlijk laagvliegen?

door

LUITENANT-KOLONEL MR. ING. B. VALK

Op 3 oktober 2005 deed de Rechtbank Leeuwarden uitspraak² in het geding tussen de Staatssecretaris van Defensie en de Waddenvereniging c.s.³. Het geding naar aanleiding van een verzoek om een voorlopige voorziening was gericht tegen het besluit van de Militaire Luchtvaart Autoriteit waarbij bijzondere luchtverkeersgebieden werden aangewezen ten behoeve van de luchtmachtoefening "Frisian Flag 2005"⁴. Standpunt van de verzoekers was dat het omstreden besluit in strijd was met artikel 6 van de Habitatrictlijn⁵ aangezien de schade van de activiteiten zeer aannemelijk zou zijn en er geen passende beoordeling had plaatsgevonden. De rechtbank wees het verzoek om een voorlopige voorziening af. Reden voor Defensie om na deze uitspraak achterover te leunen en over te gaan op de orde van de dag? Of is deze procedure een voorbode van wat ons staat te wachten wanneer Defensie weer besluit om te gaan oefenen. Het is van belang om een goed inzicht te hebben in de gevolgen die de bepalingen van de Habitatrictlijn kunnen hebben op de taakuitvoering van de Koninklijke Luchtmacht (KLu)⁶. Op dit moment is het nog niet voldoende bekend wat de gevolgen kunnen zijn. In dit stuk zal, aan de hand van de uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden, worden beschreven wat de invloed van nationale en internationale natuurbeschermingswetgeving kan zijn op het laagvliegen. Daarvoor zal eerst beknopt worden aangegeven wat de belangrijkste bepalingen van de Habitatrictlijn zijn. Vervolgens zal worden ingegaan op welke wijze de richtlijn is geïmplementeerd in de Natuurbeschermingswet 1998. Daarna zal worden beschreven welke gevolgen de bepalingen in de praktijk kunnen hebben. Tot slot zal ik mijn visie geven op welke wijze met de bedreigingen moet worden omgegaan.

Habitatrictlijn

In de Habitatrictlijn wordt in de preambule geconstateerd dat de natuurlijke habitats⁷ op het Europese grondgebied van de lidstaten steeds meer achteruitgaan, dat een toenemend aantal wilde soorten ernstig bedreigd is en dat het noodzakelijk is op communautair niveau maatregelen te nemen voor de instandhouding van de bedreigde habitats en soorten. De richtlijn heeft daarom tot doel bij te dragen tot het waarborgen van de biologische diver-

¹⁾ Auteur is op dit moment werkzaam als Stafofficier Juridische zaken bij de Netherlands Armed Forces Support Agency Germany. Dit stuk is geschreven op persoonlijke titel en hoeft niet het standpunt van het Ministerie van Defensie te vertegenwoordigen.

²⁾ LJN: AU3643, Voorzieningenrechter Rechtbank Leeuwarden, 05/1648.

³⁾ Het verzoek werd ingediend door de Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee, de Stichting Verantwoord Beheer IJsselmeer en de vereniging It Fryske Gea.

⁴⁾ "Besluit aanwijzing bijzondere luchtverkeersverkeersgebieden t.b.v. Frisian Flag" d.d. 19 september 2005, Stcrt. nr. 184. Pag 9.

⁵⁾ Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna.

⁶⁾ De auteur heeft in het kader van het behalen van het militair juridisch brevet een studie geschreven getiteld "Natuurlijk laagvliegen" Deze studie is gericht op het uitvoeren van laagvlieg oefeningen boven Nederland. Vanzelfsprekend kunnen de conclusies uit de studie ook worden toegepast op andere militaire activiteiten.

⁷⁾ Onder habitiat wordt verstaan het natuurlijk woongebied van een organisme of een levensgemeenschap. Habitats van soorten gaat daarentegen in op de soorten die in een bepaald gebied leven en die men in stand wil houden.

siteit door het instandhouden van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna op het Europese grondgebied van de lidstaten waarop het verdrag van toepassing is. Teneinde deze doelstelling te kunnen realiseren maakt de richtlijn een onderscheid in de bescherming van natuurlijke habitats en de habitats van soorten.

De richtlijn geeft in artikel 3 aan dat er een Europees ecologisch netwerk wordt gevormd van speciale beschermingszones (SBZ's), Natura 2000. Dit netwerk moet de betrokken typen natuurlijke habitats en habitats van soorten in hun natuurlijke verspreidingsgebied in een gunstige staat van instandhouding houden of in voorkomend geval herstellen. Het netwerk is een afgeleide van de Ecologische Hoofdstructuur (EHS) zoals deze is beschreven in het Structuurschema Groene Ruimte⁸. Dit is te verklaren omdat Nederland een sterke bijdrage aan de totstandkoming van de Habitatrichtlijn heeft gegeven⁹. Ook reeds op basis van de Vogelrichtlijn¹⁰ aangewezen gebieden behoren tot Natura 2000". Selectie van de overige gebieden geschiedt in twee fasen. Lidstaten wijzen op grond van criteria zoals verwoord in bijlage III van de richtlijn gebieden aan voor de in bijlage I genoemde habitats, of in bijlage II genoemde soorten, die zij op de nationale lijst voorstellen als gebieden welke in aanmerking komen voor aanwijzing als gebied van communautair belang¹². In de tweede fase wordt de nationale lijst aangemeld bij de Europese Commissie.

Tussen 1979 en 1990 heeft Nederland 30 gebieden met in totaal een oppervlakte van ca. 350.000 ha aangewezen als speciale beschermingszone in het kader van de Vogelrichtlijn (oftewel vogelrichtlijngebieden). In 2000 heeft de staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij (LNV)¹³ als gevolg van een arrest van het Europese Hof¹⁴ van Justitie 49 nieuwe vogelrichtlijngebieden aangewezen. De aanwijzing van al deze gebieden heeft plaatsgevonden op grond van ecologische criteria.

In een brief aan de Tweede Kamer meldt de minister van LNV dat op 19 mei 2003 de Europese Commissie van Nederland een lijst van 141 habitatrichtlijngebieden aangeboden heeft gekregen. De Europese Commissie heeft aangegeven in te stemmen met de Nederlandse bijdrage aan de communautaire lijst voor de Atlantische biogeografische regio¹⁵. Hiermee zijn de lacunes in de eerdere aanmeldingen van Nederland in één keer weggewerkt én is Nederland het eerste land dat zijn bijdrage aan Natura 2000 in het kader van de Habitatrichtlijn heeft afgerond¹⁶.

Gevolgen aanwijzing als speciale beschermingszone

Aanwijzing van gebieden als speciale beschermingszone op grond van de Vogelrichtlijn betekent dat op grond van artikel 7 van de Vogelrichtlijn het toetsingskader van Habitatrichtlijn op genoemde SBZ's van toepassing is. Dit toetsingskader is opgenomen in artikel

⁸) Planologische kernbeslissing Structuurschema groene ruimte (Kamerstukken II 1993/194, 22 880, nr. 39).

⁹) Ponten, Gemeenten en de Vogel- en Habitatrichtlijn, pag. 62, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2000.

¹⁰) Richtlijn 79/409/EEG van de Raad van 2 april 1979, inzake het behoud van de vogelstand.

¹¹) Artikel 3, lid 1 van de Habitatrichtlijn.

¹²) Bij gebieden van communautair belang moet bijvoorbeeld worden gedacht aan grensoverschrijdende natuurgebieden, bijvoorbeeld de Waddenzee.

¹³) Het huidige ministerie voor Landbouw, natuur en Voedselkwaliteit.

¹⁴) HvJ EG 19 mei 1998, zaak C-3196.

¹⁵) In de richtlijn wordt gesproken van biografische regio's, deze zijn : Alpiene gebied, Atlantische zone, Continentale zone, Macronesië en Middellandse Zeegebied. Nederland behoort tot de Atlantische zone.

¹⁶) Kamerstukken II 2002/2003, 28 600 XIV, nr. 154.

6¹⁷ van de richtlijn. Het artikel omvat drie belangrijke groepen bepalingen. Artikel 6, lid 1, voorziet in het treffen van de nodige instandhoudingsmaatregelen en is hoofdzakelijk gericht op positieve en pro-actieve ingrepen. Artikel 6, lid 2, bepaalt dat kwaliteitsverlies van habitats en aanzienlijke verstoring van soorten moeten worden vermeden. De nadruk ligt hier vooral op preventie. De leden 3 en 4 van artikel 6 voorzien in een reeks procedurele en feitelijke waarborgen ten aanzien van plannen en projecten die significante gevolgen kunnen hebben voor een SBZ. Deze structuur toont aan dat er dus een onderscheid is tussen artikel 6, leden 1 en 2, waar een algemene regeling wordt omschreven, en artikel 6, leden 3 en 4, waar een procedure wordt omschreven die in specifieke omstandigheden van toepassing is. Met de wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998 zoals die op 1 oktober 2005 door de Eerste Kamer is aangenomen zijn de bepalingen uit artikel 6 van de richtlijn geïmplementeerd in de nationale wetgeving.

Natuurbeschermingswet 1998

Zoals eerder is vermeld heeft Nederland met de wijziging van de Natuurbeschermingswet 1998¹⁸ voldaan aan haar implementatieplicht met betrekking tot de Habitatrictlijn. De toetsing en de ontheffingsmogelijkheden zoals die zijn verwoord in artikel 6 van de Habitatrictlijn zijn overgenomen in de nieuwe wet¹⁹. Daarnaast probeert de wet door middel van een vergunningstelsel voor aangewezen gebieden invulling te geven aan de doelstellingen van de richtlijn. Artikel 19d van de wet stelt:

het is verboden zonder vergunning, of in strijd met aan die vergunning verbonden voorschriften of beperkingen, van Gedeputeerde Staten of, ten aanzien van plannen, projecten of andere handelingen als bedoeld in het derde lid, van Onze Minister, plannen, projecten

¹⁷⁾ 1 De Lid-Staten treffen voor de speciale beschermingszones de nodige instandhoudingsmaatregelen; deze behelzen zo nodig passende specifieke of van ruimtelijke-ordeningsplannen deel uitmakende beheersplannen en passende wettelijke, bestuursrechtelijke of op een overeenkomst berustende maatregelen, die beantwoorden aan de ecologische vereisten van de typen natuurlijke habitats van bijlage I en de soorten van bijlage II die in die gebieden voorkomen.

2 De Lid-Staten treffen passende maatregelen om ervoor te zorgen dat de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in de speciale beschermingszones niet verslechtert en er geen storende factoren optreden voor de soorten waarvoor de zones zijn aangewezen voor zover die factoren, gelet op de doelstellingen van deze richtlijn een significant effect zouden kunnen hebben.

3 Voor elk plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor zo'n gebied, wordt een passende beoordeling gemaakt van de gevolgen voor het gebied, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen van dat gebied. Gelet op de conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor het gebied en onder voorbehoud van het bepaalde in lid 4, geven de bevoegde nationale instanties slechts toestemming voor dat plan of project nadat zij de zekerheid hebben verkregen dat het de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied niet zal aantasten en nadat zij in voorkomend geval inspraakmogelijkheden hebben geboden.

4 Indien een plan of project, ondanks negatieve conclusies van de beoordeling van de gevolgen voor het gebied, bij ontstentenis van alternatieve oplossingen, om dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard, toch moet worden gerealiseerd, neemt de lidstaat alle nodige compenserende maatregelen om te waarborgen dat de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft. De lidstaat stelt de Commissie op de hoogte van de genomen compenserende maatregelen.

Wanneer het betrokken gebied een gebied met een prioritair type natuurlijke habitat en/of een prioritair soort is, kunnen alleen argumenten die verband houden met de menselijke gezondheid, de openbare veiligheid of met voor het milieu wezenlijke gunstige effecten dan wel, na advies van de Commissie, andere dwingende redenen van groot openbaar belang worden aangevoerd.

¹⁸⁾ Wet van 25 mei 1998 Stb. 1998 403, laatst gewijzigd 2005, Stb. 2005 473.

¹⁹⁾ Artikel 19 d en 19 f.

of andere handelingen te realiseren onderscheidenlijk te verrichten die de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in een op grond van artikel 10a, eerste lid, aangewezen gebied of een gebied waarvan de aanwijzing als zodanig in overweging is genomen als bedoeld in artikel 12, derde lid, kunnen verslechteren of een verstoring effect kunnen hebben op de soorten waarvoor het gebied is aangewezen. Zodanige plannen, projecten of andere handelingen zijn in ieder geval plannen, projecten of handelingen die de natuurlijke kenmerken van het desbetreffende gebied kunnen aantasten.

Opvallend is dat het artikel ook spreekt over andere handelingen, daar waar in de Habitatrictlijn alleen projecten en plannen worden genoemd. Hiermee wordt de vergunningplicht uitgebreid naar bestaand gebruik aangezien dit valt onder andere handelingen. De memorie van toelichting vermeldt dat het artikel de bescherming verzekert tegen kleine aantastingen en tegen aantastingen met significante gevolgen. Voor kleine aantastingen vloeit verbod om handelingen te verrichten zonder vergunning voort uit het tweede lid van artikel 6 van de Habitatrictlijn. Op aantastingen met significante gevolgen ziet het derde lid van dat artikel toe. Het voornoemde verbod is niet van toepassing op het realiseren van projecten of het verrichten van andere handelingen overeenkomstig een beheersplan waarin met inachtneming van de instandhoudingsdoelstelling wordt beschreven welke instandhoudingsmaatregelen getroffen dienen te worden en op welke wijze.

Toetsing aan de Natuurbeschermingswet 1998

In de Natuurbeschermingswet 1998 wordt een aantal belangrijke begrippen te weten, handelingen, plannen en projecten gehanteerd. Voor de laatste drie geldt in het algemeen dat deze zonder vergunning doorgang kunnen vinden mits de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in de speciale beschermingszones niet verslechtert en er geen storende factoren optreden voor de soorten waarvoor de zones zijn aangewezen voor zover die factoren, gelet op de doelstellingen van de richtlijn een significant effect zouden kunnen hebben. Zodanige plannen, projecten of andere handelingen zijn in ieder geval plannen, projecten of handelingen die de natuurlijke kenmerken van het desbetreffende gebied kunnen aantasten.

De vraag is wat wordt verstaan onder significante effecten. Dit wordt uitgelegd als een significante verslechtering of verstoring. Verslechtering van de kwaliteit van een habitat treedt op wanneer in een bepaald gebied de door deze habitat ingenomen oppervlakte afneemt of wanneer het met de specifieke structuur en functies die voor de instandhouding van de habitat op lange termijn noodzakelijk zijn, dan wel met de staat van instandhouding van de met dit habitat geassocieerde typische soorten, in dalende lijn gaat in vergelijking met de begintoestand²⁰. Verstoring van een soort in een gebied treedt op wanneer uit populatiedynamische gegevens betreffende die soort in dat gebied blijkt dat die soort gevaar loopt, in vergelijking met de begintoestand niet langer een levensvatbare component van het natuurlijke habitat te zullen blijven²¹. Bij een verstoring moet worden gedacht aan lawaai, lichtbronnen etc. De belangrijkste parameters zijn de intensiteit, de duur en de frequentie, deze zullen uiteindelijk ook van invloed zijn op de bepaling of een verstoring

²⁰) EEG, Beheer van Natura 2000-gebieden, de bepalingen van artikel 6 van de Habitatrictlijn (richtlijn 92/43/EEG, België: Bureau voor officiële publicaties de Europese gemeenschappen, 2000, pag. 28-29).

²¹) AD.ECO, Verkenning van de effecten van de kleine luchtvaart op de fauna, Ministerie V&W 1997.

significant is. Een storing kan significant worden genoemd indien het de gunstige staat van instandhouding van een soort negatief beïnvloedt.

Omdat het laagvliegen geen ingreep is in het landschap zal er geen sprake zijn van een afname van oppervlakte van een bepaald gebied, ook zal de specifieke structuur van een gebied door het laagvliegen niet worden aangetast. Wel kan er sprake zijn van een aantasting van de functie, bijvoorbeeld een gebied dat door vogels wordt gebruikt als rust- en foerageerplaats. De vraag die dan wel kan worden gesteld is of er dan geen sprake is van verstoring. Laagvliegen brengt onmiskenbaar verstoringen met zich mee. In het rapport "Verkenning van de effecten van de kleine luchtvaart op de fauna"²², wordt aangegeven dat kleine luchtvaart duidelijke aanwijsbare effecten heeft op de fauna. Als voorbeelden worden genoemd het opschrikken van vogels als gevolg van geluid of het waarnemen van vliegtuigen. Voor herten wordt aangegeven dat deze in paniek vluchten. Hier ging het om de Oostvaardersplassen, een relatief open gebied. Andere rapporten komen tot de conclusie dat de activiteiten van kleine luchtvaart effecten opleveren als vluchtreacties en dat het aanemelijk is dat deze verstoringen ook invloed kunnen hebben op de omvang van populaties maar dat de schadelijke gevolgen voor individuen nog onderzocht moet worden.²³

Een in Zwitserland uitgevoerde studie geeft aan dat indien helikopters overvliegen op een hoogte van 450 meter of meer er geen significante invloed is op het gedrag van vogels²⁴. Uit de hiervoor genoemde studies blijkt dat er aanwijzingen zijn dat de verstoringen van invloed kunnen zijn op de populatie van bijvoorbeeld vogels. Hoewel er indicaties zijn dat deze invloeden negatief zijn op de populatie zal daadwerkelijk onderzoek moeten bewijzen of dit inderdaad het geval is. Er kunnen naast laagvliegen namelijk ook andere factoren zijn die van invloed kunnen zijn op een populatie²⁵. Voor een gebied als de Hoge Veluwe waarboven het laagvliegen wordt beoefend geldt bijvoorbeeld dat er ook sprake is van recreatie en andere activiteiten. De vraag die gesteld kan worden is welke activiteit het meest verstorend werkt.

Uit voorgaande blijkt dat het significante effect van de verstoring nog ter discussie staat. De KLu kan de kans op een significante verstoring verkleinen door bij het plannen van de oefeningen rekening te houden met de natuurlijke omstandigheden. Een voorbeeld is het niet plannen van een laagvlieg oefening tijdens het hoogtepunt van de vogeltrek.

Is het bestaande laagvliegen nu vergunningplichtig op grond van de Natuurbescherming-

²²) AD.ECO, Verkenning van de effecten van de kleine luchtvaart op de fauna, Ministerie V&W 1997.

²³) IBN-DLO, Natuur en Luchtvaart, 1998; In opdracht van Ministerie van LNV; U.v. Rijn, S. Dirksen, M. Goossen & A. v. Alteren, MERlijn Rotterdam, Onderzoek relatie tussen vlieghoogte burgerluchtvaart en verstoring flora en fauna, in opdracht van de Rijks Luchtvaartdienst, 30 maart 2000, pag. 37-38. Rapporten zijn op te vragen op site [http://: www.alterra.nl](http://www.alterra.nl) onder publicaties en producten, rapporten.

²⁴) Kemenda-Zander, Cevallos, Bruderer, International Bird Strike Committee (ISBC) 26th meeting proceedings I Warsaw Poland, Effects of disturbance by aircraft overflight on waterbirds an experimental approach, International Bird Strike Committee, april 2003 pag. 157. Het bijzondere aan deze studie is dat de waarnemingen niet berusten op het toevallig waarnemen bij het (incidenteel) overvliegen van luchtvaartuigen. Bij deze studie gaat het om vooraf geplande vluchten waarbij waarnemers vooraf zijn geplaatst. Op deze wijze zijn er 326 vluchten uitgevoerd op verschillende hoogtes waarbij per vlucht het gedrag van watervogels in kaart is gebracht. Hoewel het hier gaat om watervogels, zou toch kunnen worden aangenomen dat de invloed op andere soorten gelijk zal zijn.

²⁵) Bastemeijer, Europees en internationaal natuurbeschermingsrecht in Nederland, pag. 110, VMR 2000-1, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

wet? Om deze vraag te beantwoorden is het van belang om te weten of een gebied is aangewezen en wat er in het aanwijzingsbesluit staat. Als voorbeeld kan hier worden genomen de aanwijzing van de Waddenzee als staatsnatuurmonument²⁶. Daarin staat ook een passage over militaire activiteiten: "Het huidige gebruik met betrekking tot de militaire activiteiten in de Waddenzee is toegestaan zonder vergunning in het kader van de Natuurbeschermingswet. Nieuwe activiteiten en/of uitbreiding van bestaande activiteiten worden getoetst aan de bepalingen van de Natuurbeschermingswet." Op grond hiervan zou in die gevallen waarin een dergelijke passage in de aanwijzingsbeschikking is opgenomen de bestaande militaire activiteiten, waaronder laagvliegen, niet vergunningplichtig zijn.

Nieuwe activiteiten en uitbreiding van bestaande activiteiten brengt ons automatisch op het begrip projecten en plannen. De gewijzigde tactieken en de invoer van nieuwe helikopter- en vliegtuigtypen brengen met zich mee dat er andere soorten vluchten worden uitgevoerd dan bijvoorbeeld in 1993. Een voorbeeld hiervan is de inzet van de eind 1995 ingevoerde Chinook helikopter bij oefeningen samen met de Luchtmobiele Brigade. Ook worden er jaarlijks vele oefeningen gehouden op of in aangewezen gebieden. Deze activiteiten zijn geen plannen in de zin van bijvoorbeeld bestemmingsplannen. Wel kan er sprake zijn van een project. De Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State (ABRvS) geeft als definitie van een project in haar uitspraak met betrekking tot de kokkelvisserij in de Waddenzee²⁷ "Onder een project in de zin van deze richtlijn wordt verstaan de uitvoering van bouwwerken of de totstandkoming van andere installaties of werken alsmede andere ingrepen in natuurlijk milieu of landschap, inclusief de ingrepen voor de ontginning van bodemschatten". Op grond hiervan zou kunnen worden geconcludeerd dat laagvliegen geen project is. Er is immers geen sprake van uitvoering van bouwwerken, totstandkoming van andere installaties of werken of andere ingrepen in natuurlijk milieu of landschap. De voorzieningenrechter was in zijn uitspraak²⁸ echter van oordeel dat de oefening "Frisian Flag 2005", niettegenstaande haar tijdelijke karakter, moet worden aangemerkt als een plan of project in de zin van de Habitatrictlijn, aangezien het hier gaat om een ingreep in het natuurlijk milieu of landschap. Het feit dat de KLu al jaren dergelijke oefeningen houdt, biedt geen grond voor een ander oordeel". Hij hanteert hier mijns inziens een ruimere definitie dan de ABRvS, iets waar wel de nodige vraagtekens bij kunnen worden gezet. Het is dan ook zaak om in de verdere behandeling van dit bezwaar hierover een oordeel te krijgen van de rechter, waarbij een gang naar de ABRvS niet geschuwd moet worden.

Wat nu als laagvliegen of laagvliegoefeningen wel worden gezien als project? Artikel 19f van de Natuurbeschermingswet 1998 geeft aan dat:

Voor nieuwe projecten of andere handelingen waarover gedeputeerde staten een besluit op een aanvraag voor een vergunning(...) maar die afzonderlijk of in combinatie met andere projecten of handelingen significante gevolgen kunnen hebben voor het desbetreffende gebied, maakt de initiatiefnemer alvorens gedeputeerde staten een besluit nemen, een passende beoordeling van de gevolgen voor het gebied waarbij rekening wordt gehouden met de instandhoudingsdoelstelling van dat gebied.

Dit is een bepaling die grote gevolgen kan hebben. De initiatiefnemer, in dit geval

²⁶ Beschikking van 17 november 1993 (NBLF 93-6831).

²⁷ ABRvS 22 december 2004, LJN: AR8011 (Kokkelvisserij).

²⁸ Zie voetnoot 2.

Defensie, wordt hier met een zware taak belast. Op basis van de uitspraak van de voorzieningenrechter zouden de krijgsmacht delen, indien zij een oefening wil uitvoeren in of boven een gebied, een passende beoordeling moeten uitvoeren of laten uitvoeren. De ABRvS geeft in haar uitspraak m.b.t. kokkelvisserij in de Waddenzee aan dat een passende beoordeling inhoudt dat, op basis van de beste wetenschappelijke kennis ter zake, alle aspecten van het plan of het project die op zichzelf of in combinatie met andere plannen of projecten de instandhoudingsdoelstellingen in gevaar kunnen brengen, moeten worden geïnventariseerd. Omdat de wetenschappelijke meningen met betrekking tot de gevolgen van de verstoringen als gevolg van laagvliegen verdeeld zijn betekent dit in de praktijk een zware toets.

Welke consequenties zijn er als blijkt uit de passende beoordeling dat er sprake is van significante gevolgen. Betekent dit letterlijk en figuurlijk einde oefening of zijn er nog mogelijkheden om de oefening doorgang te laten vinden? Op grond van artikel 19g lid 2 en 3 van de Natuurbeschermingswet 1998 zijn er nog mogelijkheden om de oefening doorgang te laten vinden. Indien het gaat om gebieden waarin geen prioritair type natuurlijke habitat of prioritaire soort voorkomt kan de minister bij ontstentenis van alternatieve oplossingen een vergunning voor het realiseren of verrichten van het desbetreffende project of de desbetreffende handeling, slechts verlenen om dwingende redenen van groot openbaar belang met inbegrip van redenen van sociale of economische aard. Indien er wel een prioritair type natuurlijke habitat of een prioritaire soort voorkomt dan kan de vergunning slechts worden verleend op grond van argumenten die verband houden met de menselijke gezondheid, de openbare veiligheid of voor het milieu wezenlijke gunstige effecten of na advies van de Commissie van de Europese Gemeenschappen om andere dwingende redenen van groot openbaar belang.

In het eerste geval moet er alvorens er een vergunning kan worden verleend gekeken worden naar alternatieve oplossingen. Het Structuurschema Militaire Terreinen (SMT) II deel 1 geeft aan dat voor het effectief oefenen minimaal een gebied nodig is waarbij 50 km in een min of meer rechte lijn kan worden gevlogen. Dit maakt dat er naast de huidige laagvlieggebieden op dit moment weinig alternatieve opties zijn. Vraag is in hoeverre buitenlandse opties in kaart moeten worden gebracht. De ABRvS geeft in haar uitspraak met betrekking tot het industrieterrein Heerlen-Aken aan dat een alternatievenonderzoek niet te beperkt moet worden uitgevoerd.²⁹ Het lijkt me echter niet de bedoeling van de Afdeling dat alle alternatieven binnen en buiten Europa moeten worden onderzocht. Daarnaast zal er altijd een behoefte bestaan om op korte termijn te oefenen, bijvoorbeeld ter voorbereiding voor een uitzending. Een buitenlands alternatief is dan geen echt alternatief aangezien met de verplaatsing naar dat gebied de nodige tijd gemoeid gaat. Laagvliegen wordt nu beoefend boven relatief dun bevolkte natuurgebieden. Dit levert de huidige problematiek op. Als alternatief zou ervoor kunnen worden gekozen om het laagvliegen te spreiden en minder boven de natuurgebieden te vliegen. Dit heeft tot gevolg dat de verstoring naar alle waarschijnlijkheid minder significant zal worden en kan worden voldaan aan vergunningsvereisten. Verplaatsing naar dichter bevolkte gebieden brengt overlast voor de bevolking met zich mee hetgeen zal resulteren in meer klachten. Toch is dit een alternatief waarvan de opties verder uitgewerkt kunnen worden.

²⁹) ABRvS 15 januari 2001, nr. 20000416311 LJN: AA9523.

Indien er geen alternatieven zijn moet worden gekeken of er compenserende maatregelen mogelijk zijn als genoemd in art. 19h. Deze compenserende maatregelen moeten waarborgen dat de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft. De Europese Commissie moet op de hoogte worden gesteld van de compenserende maatregelen.

Wanneer het betrokken gebied een gebied met een prioritair type natuurlijke habitat en/of een prioritaire soort is, kunnen alleen argumenten die verband houden met de openbare veiligheid of met wezenlijke gunstige effecten dan wel andere dwingende redenen van groot openbaar belang worden aangevoerd. Omdat het in het geval van laagvliegen niet gaat om openbare veiligheid, menselijke gezondheid of voor het milieu wezenlijke milieueffecten is het begrip andere dwingende redenen van groot openbaar belang belangrijk. Uit de formulering van artikel 19g lid 2 "andere dwingende redenen van groot openbaar belang met inbegrip van sociale of economische aard", blijkt dat alleen het door openbare instanties of particuliere organisaties behartigde openbaar belang tegen de instandhoudingsdoelstellingen van de richtlijn kan opwegen. Projecten die uitsluitend de belangen van bedrijven of individuen dienen, vallen daar dus niet onder. Tot dusver heeft het Europees Hof van Justitie geen duidelijke aanwijzingen inzake de interpretatie van dit specifieke begrip gegeven. Uit de manier waarop de bepaling is geconstrueerd, blijkt dat in specifieke gevallen de bevoegde nationale instanties het verlenen van toestemming voor de plannen of projecten moeten laten afhangen van de vraag of bovenbedoelde dwingende redenen zwaarder doorwegen dan de instandhoudingsdoelstellingen voor het gebied dat de gevolgen van die initiatieven zal ondervinden. Deze afweging moet worden gebaseerd op de volgende elementen:

Het openbaar belang moet dwingend zijn: dit betekent dat niet om het even welk openbaar belang van sociale of economische aard een afdoende rechtvaardiging biedt, met name niet in het licht van de zeer grote belangen die door de Richtlijn worden beschermd.

In dit verband mag redelijkerwijs worden gesteld dat alleen op lange termijn persistente openbare belangen dwingend kunnen zijn. Economische belangen op korte termijn en andere belangen die voor de samenleving alleen voordelen op korte termijn opleveren, lijken prima facie niet te kunnen opwegen tegen het behoud op lange termijn van de natuurwaarden die door de richtlijn worden beschermd.

De primaire taak van Defensie is verschoven van collectieve verdediging naar een out of area taak. Troepen worden meer en meer in de strijd tegen het terrorisme en voor vredesmissies ingezet. Recente voorbeelden zijn het optreden in Irak, het uitzenden van Special Forces naar Afghanistan om deel te nemen aan de strijd tegen het terrorisme en de huidige opbouwmissie in de Afghaanse provincie Uruzgan. De strijd tegen het terrorisme is een zaak van groot openbaar belang waarvoor ook op andere gebieden restricties worden toegestaan, bijvoorbeeld de verruiming van de opsporingsbevoegdheden zoals voorzien in de Wet terroristische misdrijven. Ook geldt dat dit belang op langere termijn dwingend is. Teneinde die taak goed te kunnen uitvoeren is het noodzakelijk om een geoefend defensieapparaat te hebben. Laagvliegen maakt daar een onlosmakelijk onderdeel van uit. Dit zou kunnen vallen onder andere dwingende redenen van groot openbaar belang waarmee een ontheffing op die grond mogelijk zou zijn. Of dit door de Commissie of het Europees Hof zal worden gezien als dwingende andere reden van groot openbaar belang zal uit eventuele uitspraken moeten blijken.

Hoe nu verder?

Naar aanleiding van de steeds grotere invloed van natuurbeschermingswetgeving heb ik in mijn beschouwing gekeken in hoeverre deze wetgeving de laagvliegoperaties van de KLu kan beïnvloeden. Uit de jurisprudentie blijkt dat de bepalingen uit de Habitatrichtlijn, welke met de wijziging van de Natuurbeschermingswet zijn geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving, de grootste invloed hebben. Veel militaire laagvlieggebieden zijn aangewezen op grond van de Habitat- en Vogelrichtlijn. De Natuurbeschermingswet 1998 geeft door middel van een vergunningstelsel voor deze aangewezen gebieden invulling aan de doelstellingen van de richtlijn. Op grond van de wet is het verboden om zonder vergunning, of in strijd met aan die vergunning verbonden voorschriften of beperkingen plannen, projecten of andere handelingen te realiseren onderscheidenlijk te verrichten die de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in een aangewezen gebied kunnen verslechteren of een verstorend effect kunnen hebben op de soorten waarvoor het gebied is aangewezen. Bestaand gebruik zou doorgang kunnen vinden indien het geen significant effect heeft of indien het bestaand gebruik is toegestaan in de aanwijzingsbeschikking. Ook voor plannen en projecten geldt dat deze geen significant effect mogen hebben. Dit zal moeten blijken uit een passende beoordeling. De ABRvS heeft bepaald dat een passende beoordeling inhoudt dat op basis van de beste wetenschappelijke kennis ter zake, alle aspecten van het plan of het project die op zichzelf of in combinatie met andere plannen of projecten de instandhoudingsdoelstellingen in gevaar kunnen brengen, moeten worden geïnventariseerd. In praktijk betekent dit een zware toets. Indien er sprake is van significante gevolgen dan kan het project bij gebrek aan alternatieven slechts doorgang vinden om dwingende redenen van groot openbaar belang met inbegrip van redenen van sociale of economische aard.

Uit voorgaande blijkt dat Defensie na de in de inleiding genoemde uitspraak niet rustig achterover kan leunen. Ze zal voor laagvliegen en andere militaire oefeningen moeten gaan aantonen of er daadwerkelijk wel of geen sprake is van een significant effect zoals de natuurbeschermingsorganisaties beweren. Veel militaire oefengebieden hebben een bijzondere flora en fauna omdat er sprake is van een voor het publiek afgeschermd gebied. Bij het plannen van oefeningen van oefeningen kan meer rekening worden gehouden met de natuurlijke omstandigheden. Daarnaast zal Defensie de conclusie van de voorzieningenrechter dat een oefening een project is in de zin van de Natuurbeschermingswet 1998 ter discussie moeten stellen. Het begrip project wordt namelijk door de voorzieningenrechter ruimer geïnterpreteerd dan de ABRvS dit doet. Tot slot zal Defensie moeten laten onderzoeken of op basis van dwingende redenen van groot openbaar belang het mogelijk is om een oefening doorgang te laten vinden. Er is nog heel wat werk te verrichten voordat we achterover kunnen leunen en kunnen zeggen "natuurlijk laagvliegen".

Zelfverdediging tegen niet-statelijke entiteiten¹

door

MAJOR MR. F.M. KOKS

Inleiding

Het internationale recht op het gebied van zelfverdediging is in ontwikkeling. Een van de ontwikkelingen is zogenaamd preëemptief optreden, waarover eerder in het MRT geschreven is. Hierbij is de vraag hoever de grens van zelfverdediging mag worden opgerekt ten aanzien van tijd en dreiging. Een andere ontwikkeling betreft de aard van de actoren die betrokken zijn bij zelfverdediging. Het gaat daarbij om de vraag in hoeverre het mogelijk is om op basis van zelfverdediging geweld te gebruiken tegen niet-statelijke entiteiten. Een complicerende factor bij deze vraag is het feit dat niet-statelijke entiteiten zich vrijwel altijd op het grondgebied van een andere staat bevinden.

Deze bijdrage gaat in op de vraag of, en zo ja onder welke voorwaarden, zelfverdediging tegen geweld van niet-statelijke entiteiten mogelijk is op het grondgebied van een andere staat. Daarbij zal eerst ingegaan worden op de mogelijkheid tot zelfverdediging tegen niet-statelijke entiteiten en vervolgens op de mogelijkheden voor het optreden op het grondgebied van een andere staat.

Zelfverdediging tegen niet-statelijke entiteiten

De eerste vraag die moet worden beantwoord, is of zelfverdediging toegestaan is tegen niet-statelijke entiteiten. Het internationale recht is met name gericht op staten. Het belangrijkste document ten aanzien van de legaliteit van geweldgebruik, namelijk het Handvest van de Verenigde Naties (Handvest), is gericht op statelijke actoren. Het geweldverbod in het Handvest is expliciet gericht tot staten en ziet op de verhouding tot andere staten. Het recht van zelfverdediging van artikel 51 Handvest moet gezien worden als uitzondering op het geweldverbod van artikel 2 lid 4 Handvest,³ zodat gesteld kan worden dat ook de uitoefening van het recht van zelfverdediging gericht is op verdediging tegen andere staten, namelijk staten die het geweldverbod van artikel 2 lid 4 geschonden hebben. Dit uitgangspunt geeft aan dat zelfverdediging in de eerste plaats een recht is dat kan worden ingeroepen tegen staten. Het is dan ook niet zonder meer gezegd dat zelfverdediging ook betrekking heeft op niet-statelijke entiteiten.

Er bestaan twee visies over de legaliteit van zelfverdediging tegen niet-statelijke entiteiten. De eerste benadering gaat uit van de klassieke opvatting dat zelfverdediging alleen bedoeld is om te worden ingeroepen tegen staten. Hierbij wordt de nadruk gelegd op de strekking van het geweldverbod, dat zoals hiervoor gezegd alleen gericht is tegen staten. Een belangrijk argument voor deze benadering is dat '*armed attack*' een gekwalificeerde vorm van agressie is (getuige de Franse tekst van artikel 51 Handvest: '*une aggression ar-*

¹ Deze bijdrage is gebaseerd op de scriptie "Zelfverdediging tegen niet-statelijke entiteiten, onderzoek naar de mogelijkheden van het recht van zelfverdediging tegen niet-statelijke entiteiten op het grondgebied van een andere staat" Universiteit Leiden, Universiteit van Amsterdam mei 2004.

² Voetelink, J.E.D., Rechtmatigheid van geweldgebruik tussen staten in de 21e eeuw: Een momentopname in MRT 2006, p. 81 e.v.

³ ICJ 27-06-1986 Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (merits), para. 193; ICJ 08-07-1996 Advisory Opinion on legality of the threat or use of nuclear weapons, para. 38.

mée') en dat agressie alleen door een staat gepleegd kan worden (getuige de definitie van agressie⁴).

De tweede benadering gaat ervan uit dat het recht van zelfverdediging wel rechtstreeks tegen een niet-statelijke entiteit kan worden ingeroepen. Daarbij wordt onder andere gewezen op het verschil tussen de tekst van artikel 2 lid 4 en artikel 51 Handvest. Waar artikel 2 lid 4 het duidelijk heeft over het geweldverbod van de ene staat ten opzichte van de andere staat, geeft artikel 51 alleen aan dat het recht van zelfverdediging een recht van staten is, maar zwijgt over het object van die zelfverdediging. Alhoewel het recht van zelfverdediging van artikel 51 in eerste instantie gericht is op geweld van andere staten, lijkt de mogelijkheid open te blijven voor zelfverdediging tegen andere entiteiten dan staten.

Het inroepen van het recht van zelfverdediging tegen niet-statelijke entiteiten is met name actueel geworden door de toename van terroristische aanvallen met een internationaal karakter. Het meest in het oog springende voorbeeld daarvan zijn de aanvallen van 11 september 2001 in New York en Washington. De Veiligheidsraad reageerde hierop met resolutie 1368 (2001). In deze resolutie wordt het recht van zelfverdediging genoemd in verband met terroristische aanvallen. De resolutie spreekt weliswaar niet van een '*armed attack*' en stelt ook niet met zoveel woorden dat zelfverdediging in deze situatie is toegestaan, maar het duidt er wel op dat het recht van zelfverdediging ook erkend wordt in relatie tot niet-statelijke entiteiten, in casu terroristen.

Dit was overigens niet de eerste keer dat de Veiligheidsraad zelfverdediging in verband bracht met niet-statelijke entiteiten. In resolutie 241 (1967) over de situatie in Congo, worden "*armed attacks*" toegeschreven aan "*foreign forces of mercenaries*". Ondanks dat zelfverdediging niet met zoveel woorden genoemd wordt, wordt door het gebruik van het specifieke begrip '*armed attack*' wel gerefereerd aan artikel 51. Ook in resolutie 837 (1993) over de situatie in Somalië, gebruikt de Veiligheidsraad het begrip '*armed attack*' in relatie tot niet-statelijke entiteiten.

Ook de Nederlandse Adviesraad Internationale Vraagstukken en de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken zien mogelijkheden om zelfverdediging uit te oefenen tegenover niet-statelijke entiteiten. Zij verwoorden dat als volgt: "Wil een beroep op zelfverdediging gerechtvaardigd zijn dan moet er sprake zijn van een gewapende aanval. Het begrip 'gewapende aanval' betreft niet alleen een aanval van strijdkrachten van een staat op een andere staat. De terroristische aanvallen van 11 september 2001 waren een 'situation equivalent to an armed attack' waarop in zelfverdediging mocht worden gereageerd."⁵; en in relatie tot zogenaamde falende staten, waarbij dus geen sprake kan zijn van een aanval door de staat: "In het geval van een falende staat is er geen sprake van een gewapende aanval door die staat. Wel kan er sprake zijn van een gewapende aanval georganiseerd vanuit die staat, c.q. vanaf het grondgebied van die staat. Het recht op zelfverdediging heeft ook betrekking op dergelijke aanvallen."⁶

Concluderend kan gesteld worden dat door recente ontwikkelingen de klassieke legalistische opvatting dat het recht van zelfverdediging alleen van toepassing is tussen staten, niet (meer) houdbaar is en dat het recht van zelfverdediging ook erkend wordt tegenover niet-statelijke entiteiten. Voorwaarde blijft uiteraard wel dat er sprake is van een gewapende aanval door deze entiteiten. De vraag wanneer er sprake is van een gewapende aanval door een niet-statelijke entiteit valt buiten het bestek van deze bijdrage.

⁴) UN General Assembly resolution 3314 (XXIX) "Definition of Aggression", artikel 1.

⁵) AIV advies 36 (preëemptief optreden), p. 16.

⁶) AIV advies 35 (falende staten), p. 59.

De rol van de 'gaststaat'

Een staat kan op twee manieren betrokken zijn bij een gewapende aanval vanaf zijn grondgebied. Onder bepaalde (hier niet te bespreken) voorwaarden kan een gewapende aanval van een niet-statelijke entiteit toegerekend worden aan een staat. In dat geval kan de zelfverdediging (mede) gericht zijn tegen die staat. Er is in dat geval sprake van een klassieke vorm van interstatelijke zelfverdediging. Als de gewapende aanval van de niet-statelijke entiteit niet toegerekend kan worden aan de 'gaststaat', is zelfverdediging in principe wel mogelijk tegen de niet-statelijke entiteit die vanaf het grondgebied van een andere staat (de 'gaststaat') opereert, maar niet tegen de 'gaststaat' zelf. De uitoefening van het recht van zelfverdediging kan in dat geval in conflict komen met de internationale verplichting zich te onthouden van schending van de territoriale integriteit van een staat en de plicht om zich niet te mengen in interne aangelegenheden, zoals vastgelegd in artikel 2 lid 4 en lid 7 Handvest en in de *Friendly Relations Declaration*.⁷ Dat het niet vanzelfsprekend is dat zelfverdediging tegen niet-statelijke entiteiten zonder meer kan worden uitgeoefend op het grondgebied van een andere staat, valt te illustreren met het voorbeeld dat de verantwoordelijken voor de aanslag van 11 september 2001 zich niet in Afghanistan maar in een Europees land zouden hebben opgehouden. In dat geval zou het ondenkbaar zijn geweest dat Amerikaanse troepen met een beroep op zelfverdediging militaire acties op het grondgebied van Europese staten zouden uitvoeren zonder hun toestemming. De uitoefening van zelfverdediging tegen een niet-statelijke entiteit op het grondgebied van een andere staat waaraan de gewapende aanval van de niet-statelijke entiteit niet toegerekend kan worden, vereist een eigen internationaal-rechtelijke legitimatie.

Grondslag voor optreden

Er bestaan in de juridische doctrine twee verschillende benaderingen voor deze internationaal-rechtelijke legitimatie voor de toepassing van het recht van zelfverdediging op het grondgebied van een andere staat. De eerste benadering vereist dat staten zich beroepen op '*state of necessity*', zoals dat is neergelegd in de '*draft articles*' van de *International Law Commission*.⁸ Deze benadering wordt onderbouwd met het principiële onderscheid tussen zelfverdediging en '*state of necessity*', dat gebaseerd is op de verantwoordelijkheid van de staat waartegen het wordt ingeroepen. Indien deze staat verantwoordelijk is voor het geweld waartegen wordt geageerd, is er sprake van zelfverdediging en indien deze staat niet verantwoordelijk is, is er sprake van '*state of necessity*'.⁹

De tweede benadering gaat ervan uit dat de aangevallen staat zich ook jegens de 'gaststaat' kan beroepen op zelfverdedigingen dat hiervoor geen beroep gedaan hoeft te worden op '*state of necessity*'.

Dit doctrinaire onderscheid heeft consequenties voor de toepassing van het recht van zelfverdediging op het grondgebied van een andere staat. Zo beperkt de legitimatie op grond van '*state of necessity*' in sommige opzichten de uitoefening van het recht van zelfverdediging. Het kent heel specifieke voorwaarden, die zich moeilijk verhouden met de uitoefening van zelfverdediging, zoals de beperking van de mogelijkheid van collectieve

⁷⁾ UN General Assembly resolution 2625 (XXV) Declaration on principles of international law concerning friendly relations and co-operation among states in accordance with the charter of the United Nations.

⁸⁾ Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001).

⁹⁾ Ago, R., Addendum to eighth report on state responsibility in Yearbook of the International Law Commission, volume II part 1, 1980, p. 53.

zelfverdediging" en het verbod om een regel van dwingend recht (*ius cogens*), zoals het geweldsverbod, te schenden. Dit maakt een beroep op '*state of necessity*' ongeschikt om zelfverdediging op het grondgebied van een andere staat mee te legitimeren. Ook in de praktijk beroepen staten zich over het algemeen niet op '*state of necessity*', maar op zelfverdediging om hun geweldsgebruik tegen niet-statelijke entiteiten te legitimeren." Een recent voorbeeld waarbij toepassing van geweld op het grondgebied van een andere staat op grond van zelfverdediging als zelfstandige rechtsbasis geaccepteerd lijkt te worden, zijn de Amerikaanse acties naar aanleiding van de aanslagen in Nairobi en Dar es Salaam, op het grondgebied van respectievelijk Afghanistan en Sudan. De Verenigde Staten beriepen zich hierbij op zelfverdediging.¹² De Veiligheidsraad nam geen resolutie aan naar aanleiding van deze acties van de Verenigde Staten en de reacties van andere staten waren verdeeld. Met name het optreden in Sudan werd door sommige staten veroordeeld, op basis van discutabele legitimiteit van het doel. Dit betrof echter met name een feitelijke kwestie en niet zozeer een juridische. Het optreden in Afghanistan kreeg meer instemming.¹³

Afwijzing van een beroep op zelfverdediging voor geweldsgebruik op het grondgebied van een andere staat lijkt niet zozeer gebaseerd te zijn op de juridische grondslag, te weten zelfverdediging, maar op de toepassing hiervan. Het feit dat zelfverdediging als rechtsbasis kan dienen, wil namelijk nog niet zeggen dat het ook in alle gevallen toegepast kan worden. De staat die zich op zelfverdediging beroept, zal zich aan de voorwaarden voor uitoefening daarvan moeten houden, te weten noodzakelijkheid en proportionaliteit; niet alleen tegenover de niet-statelijke entiteit waartegen zelfverdediging wordt ingeroepen, maar ook tegenover de staat op het grondgebied waarvan de zelfverdediging wordt uitgeoefend.

Noodzakelijkheid en proportionaliteit

De vereisten van noodzakelijkheid en proportionaliteit kennen in hun toepassing ten aanzien van niet-statelijke entiteiten een aantal eigen karakteristieken. Daarnaast spelen noodzakelijkheid en proportionaliteit ook een rol ten opzichte van de 'gaststaat' op het grondgebied waarvan de zelfverdediging wordt uitgeoefend.

Tegenover de niet-statelijke entiteit

De eis van noodzakelijkheid beperkt zelfverdediging tot het afwenden van de gewapende aanval. Geweldsgebruik dat verder gaat dan noodzakelijk is voor afwending, is vergeldend van karakter. Bij interstatelijke zelfverdediging betekent deze beperking niet dat een verdedigende staat bij de grens moet stoppen. De eis van noodzakelijkheid laat toe dat het vijandelijke leger over de grens wordt achtervolgd en vernietigd.¹⁴ Bij analoge toepassing op niet-statelijke entiteiten houdt dit in dat de capaciteit van de entiteit om nog langer een gevaar te vormen voor de aangevallen staat vernietigd kan worden. Bij een entiteit die geheel of voornamelijk is ingericht op het uitvoeren van aanvallen, kan dit betekenen dat de

¹⁰ Schachter, O., *The lawful use of force by a state against terrorists in another country in Israel yearbook on human rights*, volume 19, 1989, p. 228.

¹¹ bijvoorbeeld de Israëlische actie in Entebbe 1976, Israëlische actie in Libanon 1982, Turkse acties in Noord-Irak, Amerikaanse actie in Sudan en Afghanistan 1998.

¹² Brief van de permanente vertegenwoordiger van de V.S. aan de voorzitter van de Veiligheidsraad, S/1998/780.

¹³ zie onder meer Schmitt, M.N., *Counter terrorism and the use of force in Israel yearbook on human rights*, volume 32, 2002, p. 85; O'Connell, *Lawful responses to terrorism*, University of Pittsburgh, <http://lljurist.law.pitt.edu/forum/forumnew30.htm> (juni 2006).

¹⁴ Simma, B., *The charter of the United Nations: a commentary*, 2002, p. 805; Dinstein, Y., *War, Aggression and Self-defence*, 2001, p. 210-211.

noodzakelijkheid tot zelfverdediging met zich meebrengt dat de entiteit vernietigd wordt.

Een ander aspect van noodzakelijkheid is de onmiddellijkheid van de reactie. De betrokkenheid van een 'gaststaat' kan invloed hebben op de onmiddellijkheid van een zelfverdedigingsactie. Zo zal tijd nodig zijn om de noodzakelijkheid tegenover de 'gaststaat' vast te stellen. Het ligt namelijk voor de hand om eerst te proberen de 'gaststaat' te bewegen zijn verantwoordelijkheid te nemen door op te treden tegen de gewelddadige elementen op zijn grondgebied. Pas wanneer blijkt dat de 'gaststaat' niet bij machte is om op te treden of de 'gaststaat' blijk geeft niet op te willen treden, ontstaat de noodzakelijkheid voor de aangevallen staat om geweld in zelfverdediging toe te passen. Hier ontstaat dus een spanningsveld tussen noodzakelijkheid en onmiddellijkheid.

Proportionaliteit kan met name in relatie tot niet-statelijke entiteiten vragen oproepen. Een staat die een groot leger en geavanceerde wapens inzet tegenover een entiteit van geringe omvang en relatief primitieve wapens, lijkt op het eerste gezicht disproportioneel. Proportionaliteit houdt echter in dat de hoeveelheid en soort geweld beperkt blijft tot dat wat noodzakelijk is om het doel van de zelfverdediging te bewerkstelligen. Als die noodzakelijkheid vereist dat een niet-statelijke entiteit vernietigd wordt, dan is het dus goed mogelijk dat de verdedigende staat aanzienlijk meer geweld gebruikt dan de entiteit waartegen verdedigd wordt. De gebruikte middelen en methoden ter uitvoering van zelfverdediging kunnen dus disproportioneel zijn ten opzichte van de geïncasseerde gewapende aanval.¹⁵

Tegenover de 'gaststaat'

Bij klassieke interstatelijke zelfverdediging wordt de noodzakelijkheid en proportionaliteit alleen ten opzichte van de andere staat toegepast. Bij zelfverdediging tegen niet-statelijke entiteiten speelt echter ook de relatie tot de 'gaststaat' een rol. Met name de eis dat er geen alternatieven moeten zijn voor geweldsgebruik en de eis van proportionaliteit zijn daarbij van belang. Bij zelfverdediging tegen een niet-statelijke entiteit gaat het met name om de mogelijkheden die de 'gaststaat' heeft om de entiteit aan te pakken. Daarnaast spelen ook de acties van de 'gaststaat' een rol die zijn ondernomen in het kader van de internationaal-rechtelijke verplichting om niet toe te staan dat het territorium gebruikt wordt om andere staten te bedreigen.¹⁶ Indien de 'gaststaat' in de gelegenheid is om effectief op te treden tegen de entiteit op zijn grondgebied, dan neemt dat de noodzaak voor zelfverdediging bij de aangevallen staat weg. In het geval dat de 'gaststaat' al het mogelijke heeft geprobeerd om op te treden tegen de entiteit, maar dit geen resultaat heeft gehad, kan er een noodzaak voor zelfverdediging ontstaan voor de aangevallen staat.

De vraag die zich hierbij voordoet is in welke mate de aangevallen staat verplicht is om te voorkomen dat de 'gaststaat' niet bij machte is om effectief op te treden. Bestaat er met andere woorden naast de negatieve verplichting om zich te onthouden van activiteiten die een beroep op zelfverdediging op het grondgebied van 'gaststaat' noodzakelijk maken, ook een positieve verplichting om te bewerkstelligen dat de 'gaststaat' bij machte is om effectief op te treden. De negatieve verplichting houdt in dat de aangevallen staat de 'gaststaat' niet mag hinderen bij de bestrijding van de entiteit op zijn grondgebied. Doet de staat dat toch, dan kan bezwaarlijk gesproken worden van een gerechtvaardigd beroep op noodzakelijkheid tot zelfverdediging. Een positieve verplichting ligt niet zozeer voor de hand, omdat het in eerste instantie de verplichting van de 'gaststaat' is om op te treden tegen de

¹⁵ Ago, R., Addendum to eighth report on state responsibility in Yearbook of the International Law Commission, volume II part 1, 1980, p. 69; Schmitt, M.N., Counter terrorism and the use of force in Israel yearbook on human rights, volume 32, 2002, p. 74.

¹⁶ Corfu Channel Case, ICJ reports 1949, p. 22.

entiteit op zijn grondgebied. Toch is het verdedigbaar dat de aangevallen staat de 'gaststaat' behulpzaam moet zijn bij het effectief bestrijden van de entiteit, voordat met een beroep op de noodzakelijkheid van de zelfverdediging het grondgebied van de 'gaststaat' geschonden kan worden. Als de aangevallen staat bijvoorbeeld informatie heeft die tot aanhouding kan leiden van de verantwoordelijken, maar nalaat dit aan de 'gaststaat' te verstrekken, kan bezwaarlijk gesproken worden van het uitputten van alternatieven.

Een gebrek aan optreden hoeft niet alleen te bestaan uit het zelf niets of niet voldoende ondernemen tegen de entiteit, maar kan mede bestaan uit het afwijzen van hulp van de aangevallen staat. Als het voor de aangevallen staat duidelijk is dat de 'gaststaat' niet voornemens is om effectief op te treden tegen de entiteit, dan zal van assistentie geen sprake kunnen zijn en kan een gerechtvaardigd beroep op de noodzakelijkheid van zelfverdediging worden gedaan. Ook als direct overduidelijk is dat de 'gaststaat' niet bij machte zal zijn om zelfstandig of met hulp de entiteit te bestrijden, zal het niet nodig zijn om de 'gaststaat' eerst in de gelegenheid te geven om zelf op te treden. Een alternatief moet namelijk wel reëel zijn, anders zou het recht van zelfverdediging uitgehold worden.¹⁷

Samengevat betekent dit dat als de 'gaststaat' niet effectief is (of klaarblijkelijk zal zijn) in het bestrijden van de entiteit op zijn grondgebied, ook niet nadat de aangevallen staat hulp heeft aangeboden, dan wel dat deze is afgewezen, de aangevallen staat zich tegenover de 'gaststaat' kan beroepen op de noodzakelijkheid van zelfverdediging. Het is daarbij niet van belang of de ineffectiviteit van de bestrijding van de entiteit gebaseerd is op de onmogelijkheid of de onwil van de 'gaststaat' om op te treden.

Conclusie

De klassieke benadering dat zelfverdediging gereserveerd is voor optreden tegen staten, heeft geen internationaal-rechtelijk antwoord op de mogelijkheid dat een gewapende aanval plaatsvindt door een andere entiteit dan een staat. Dit creëert een leemte die bestaat uit het ontbreken van een juridische basis voor geweldsgebruik tegen geweld van niet-statelijke entiteiten dat kwalificeert als een gewapende aanval, maar dat niet is toe te rekenen aan de 'gaststaat'. Deze benadering is dan ook moeilijk te handhaven in de huidige internationale rechtspraktijk.

De opvatting dat zelfverdediging wel zelfstandig mogelijk is tegen niet-statelijke entiteiten kan gebaseerd worden op interpretatie van het Handvest, de statenpraktijk en Veiligheidsraadresoluties. Met name verschillende Veiligheidsraadresoluties en recente statenpraktijk duiden erop dat zelfverdediging tegen niet-statelijke entiteiten niet alleen mogelijk is, maar ook steeds duidelijker internationaal-rechtelijkerkend wordt. Hieruit kan dan ook geconcludeerd worden dat zelfverdediging als juridische basis voor optreden tegen niet-statelijke entiteiten in het internationale recht mogelijk is.

Op doctrinaire gronden kan betoogd worden dat staten zich op '*state of necessity*' moeten beroepen indien zij zelfverdediging willen uitoefenen op het grondgebied van een andere staat. Een dergelijk vereiste mag echter niet het recht op zelfverdediging onmogelijk maken. Dit is inherent aan de erkenning van de mogelijkheid van zelfverdediging tegen niet-statelijke entiteiten. Als het recht van zelfverdediging namelijk niet geëffectueerd kan worden, heeft de erkenning van het recht van zelfverdediging tegen niet-statelijke entiteiten geen inhoudelijke waarde. Op grond van de beperkingen van een beroep op '*state of necessity*', de al dan niet expliciete erkenning in de statenpraktijk en de ruimte die het Handvest biedt, moet zelfverdediging als voldoende rechtsbasis geaccepteerd worden voor optreden

¹⁷⁾ Schachter, O., *International law in theory and practice*, 1991, p. 152.

op het grondgebied van de 'gaststaat'. Dit betekent nog niet dat het recht van zelfverdediging tegen niet-statelijke entiteiten op eenzelfde wijze als tegen staten kan worden uitgeoefend. De betrokkenheid van een 'gaststaat' heeft wel degelijk gevolgen voor de uitoefening van het recht van zelfverdediging. De gevolgen van de betrokkenheid van een 'gaststaat' zullen met name tot uitdrukking komen in een andere toepassing van de vereisten van noodzakelijkheid en proportionaliteit. Zo moet zelfverdediging niet alleen noodzakelijk zijn ten opzichte van de niet-statelijke entiteit, maar moet ook de uitoefening daarvan op het grondgebied van de 'gaststaat' noodzakelijk zijn.

Weliswaar wordt in dit verband gesproken in termen van de bekende internationaal-rechtelijke voorwaarden voor zelfverdediging, maar de invulling daarvan krijgt een nieuwe dimensie. Het gebruik van het grondgebied van een derde staat is bij zelfverdediging tegen niet-statelijke entiteiten een kenmerkend aspect. Dit heeft tot gevolg dat bij de toepassing van de voorwaarden voor zelfverdediging, overwegingen ten aanzien van de 'gaststaat' een belangrijke plaats krijgen. De betrokkenheid van een 'gaststaat' vereist dus geen andere voorwaarden, maar wel een andere invulling van de reeds bestaande internationaal-rechtelijke voorwaarden voor zelfverdediging.

Schadevergoeding bij dienstongevallen

Het oordeel van de Centrale Raad van Beroep

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

Inleiding

Hoewel dit niet met zoveel woorden in de wet is vastgelegd, geldt als uitgangspunt in het schaderecht, ook in het bestuursschaderecht, dat degene die schade lijdt, deze schade zelf dient te dragen. Om geleden schade op een ander te kunnen verhalen, is dus een afzonderlijke regeling vereist. De voorschriften die betrekking hebben op de rechtspositie van de militair, bevatten op dit punt tal van bijzondere bepalingen. Zo schrijft - om een volstrekt willekeurig voorbeeld te noemen - artikel 67 AMAR voor dat een militair, van wie een hem eerder verleend verlof om dienstredenen wordt ingetrokken, aanspraak heeft op vergoeding van de schade die hij lijdt, voorzover hij deze schade redelijkerwijs niet heeft kunnen voorkomen.

Behalve aan rechtspositionele voorschriften kunnen militairen ook aanspraken op schadevergoeding ontleen aan de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep. Zie bijvoorbeeld CRvB 9 december 2004, TAR 2005, nr. 33, m.nt. K. Festen-HOE 'Blijkens het onder 5.1 en 6.1 overwogene heeft een ambtenaar aanspraak op - in beginsel - volledige vergoeding van schade die is ontstaan door een ongeval tijdens de dienstuitoefening, voorzover die aanspraak niet voortvloeit uit de toepasselijke rechtspositionele voorschriften, indien de overheidswerkgever niet heeft aangetoond te hebben voldaan aan zijn zorgverplichtingen dan wel indien sprake is van een aan die werkgever toe te rekenen optreden van een ondergeschikte.'

Deze bijdrage handelt uitsluitend over het vergoeden van schade die het gevolg is van een dienstongeval. Twee vragen komen aan de orde: de vraag wanneer een ongeval als een dienstongeval kan worden aangemerkt, en de vraag in welke gevallen aanspraak kan worden gemaakt op vergoeding van de schade die is geleden. Bij de beantwoording van beide vragen zal ook steeds, indien voorhanden, het standpunt van de Centrale Raad van Beroep worden vermeld.

Wanneer is een ongeval een dienstongeval?

Een dienstongeval in algemene zin kan worden omschreven als een ongeval dat een militair is overkomen in de uitoefening van de dienst. Niet elk dienstongeval in algemene zin is tevens een dienstongeval in rechtspositionele zin. De bevoegdheid om te beslissen of een ongeval ook in rechtspositionele zin een dienstongeval is, berust ingevolge artikel 147 lid 3 AMAR bij de Minister (lees: de Staatssecretaris) van Defensie (hierna: de staatssecretaris).

Volgens vast beleid wordt een ongeval niet als een dienstongeval aangemerkt indien sprake is van opzet of grove schuld van de zijde van de militair. Dit beleid heeft de instemming van de Centrale Raad van Beroep. Zie bijvoorbeeld CRvB 11 september 1992, MRT 1993, p. 105, m.nt. G.L.C.: 'De Raad stelt te dezen - in overeenstemming met hetgeen hij reeds meermalen in soortgelijke gevallen heeft overwogen - voorop dat eiser (de staatssecretaris) in een geval als het onderhavige, doet zich bij het ongeval grove nalatigheid of onvoorzichtigheid voor, tot het oordeel kan komen dat het betreffende ongeval niet als een

dienstongeval is aan te merken.'

Ook wordt volgens vast beleid een ongeval niet aan als een dienstongeval aangemerkt indien de aard van de verrichte dienst niet de overwegende oorzaak van het ongeval vormt. Ook dit beleid heeft de instemming van de Raad. Zie bijvoorbeeld CRvB 25 september 2003, TAR 2004, nr. 39: 'Dit neemt niet weg dat de Raad, anders dan de rechtbank, het aanvaardbaar acht dat appelland bij de toepassing van de vage norm van artikel 147 lid 3 AMAR of het ongeval geacht moet worden al dan niet in verband te staan met de uitoefening van de militaire dienst, als nader criterium hanteert of de aard van de werkzaamheden als overwegende oorzaak van het ongeval is aan te merken.'

Is een ongeval door de staatssecretaris aangemerkt als een dienstongeval in rechtspositionele zin, dan houdt deze beslissing niet zonder meer in dat de schade die is veroorzaakt, zal worden vergoed. Zie hieromtrent bijvoorbeeld CRvB 29 september 2005, TAR 2006, nr. 17: 'Het aanvaarden van een dergelijk dienstverband is voorwaarde voor het toekennen van een militair pensioen, maar het aanwezig achten ervan betekent naar het oordeel van de Raad niet dat daarmee al op voorhand de aansprakelijkheid van appelland (de staatssecretaris) als hier in geding vaststaat.'

In welke gevallen komt schade die het gevolg is van een dienstongeval voor vergoeding in aanmerking?

Zoals gezegd, geldt in het bestuursschaderecht als algemeen uitgangspunt dat degene die schade lijdt, deze schade zelf dient te dragen. Onder 'schade' wordt in dit verband zowel materiële als immateriële schade verstaan. *Materiële* schade (of vermogensschade) omvat: zuivere vermogensschade (schade die het gevolg is van het niet of te laat betalen van een geldsom), zaakschade en letselschade. *Immateriële* (of ideële) schade is schade die niet bestaat in vermogensschade. Van immateriële schade is bijvoorbeeld sprake wanneer aan een militair lichamenlijk letsel is toegebracht; of wanneer een militair in zijn eer of goede naam is aangetast.

Op het beginsel dat degene die schade lijdt, deze schade zelf dient te dragen, bestaan tal van uitzonderingen. Deze uitzonderingen zijn deels vastgelegd in de voorschriften die de rechtspositie van de militair bepalen, deels in de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep. Op deze uitzonderingen wordt hieronder, in de volgende paragrafen, nader ingegaan.

In alle gevallen waarin aanspraak kan worden gemaakt op schadevergoeding, rust op de militair de plicht om de schade zoveel mogelijk te beperken. Zie hieromtrent bijvoorbeeld CRvB 9 november 1989, TAR 1990, nr. 10: 'Naar 's Raads vaste jurisprudentie mag van de ambtenaar, die in beginsel in de termen van een schadevergoeding valt, worden verwacht binnen het redelijke alles te doen om de schade zoveel mogelijk te beperken, waartoe behoort, dat de ambtenaar de in de Ambtenarenwet 1929 geboden mogelijkheden niet onbenut laat en in rechte ageert tegen schadeveroorzakende besluiten, weigeringen of handelingen.'

Verzaking van deze plicht tot beperking kan ertoe leiden dat de bestaande aanspraak op schadevergoeding komt te vervallen. Een voorbeeld geeft in dit verband CRvB 10 november 2005 p. 293, MRT 2006, m.nt. G.L.C.: 'Appelland heeft (...) ten aanzien van het onrechtmatige functietoewijzingsbesluit van 16 maart 1995 niet tijdig gebruik gemaakt van het daartegen openstaande rechtsmiddel. (...). Een tijdige gebruikmaking van dat rechtsmiddel had in redelijkheid van hem kunnen worden verwacht. Dit brengt in het licht van artikel 6:101 BW mee dat de schade van appelland volledig het gevolg is van omstandigheden die aan hem moeten worden toegerekend, nu hij niet heeft gedaan hetgeen mogelijk en

redelijkerwijs noodzakelijk was om de nadelige gevolgen van het besluit te voorkomen of ongedaan te maken. De Raad is van oordeel dat het onder deze omstandigheden billijk is dat de vergoedingsplicht van gedaagde geheel vervalt.¹

Aanspraak op schadevergoeding op grond van de voorschriften

De schade die een militair ten gevolge van een dienstongeval heeft geleden, komt in de eerste plaats voor vergoeding in aanmerking indien en voorzover de rechtspositionele voorschriften in vergoeding voorzien. Zo heeft - om enkele voorbeelden te noemen - een militair in geval van letselschade aanspraak op geneeskundige verzorging tot de omvang, bepaald in de (op artikel 90a AMAR steunende) *Regeling ziektekostenverzekering militairen*; en opent de pensioenwetgeving de mogelijkheid om een militair, die ten gevolge van een dienstongeval invalide is geworden en is ontslagen, bij wijze van smartengeld - naast het pensioen - een bijzondere invaliditeitsverhoging toe te kennen.

Schadevergoeding op grond van billijkheid

Tot de rechtspositionele voorschriften behoort ook artikel 115 AMAR. Dit artikel kent de staatssecretaris in algemene bewoordingen de bevoegdheid toe om - indien op het bestuur niet een *plicht* tot schadevergoeding rust - geleden schade te vergoeden op grond van billijkheid.

De Centrale Raad van Beroep ziet het bepaalde in artikel 115 AMAR 'als uitdrukking van de norm dat de overheidswerkgever verplicht is zich als een goed werkgever te gedragen' (CRvB 26 mei 2005, MRT 2006, p. 52, m.nt. G.L.C.). Dit houdt in, aldus de Raad, dat naast artikel 115 AMAR, 'geen aanleiding bestaat voor analoge toepassing van een aan het civiele recht ontleende schadevergoedingsverplichting als neergelegd in artikel 7:611 BW'.²

Artikel 115 AMAR verleent militairen geen *aanspraak* op schadevergoeding. Toepassing van het artikel staat 'ter discretie van het bevoegd gezag' (CRvB 26 mei 2005, MRT 2006, p. 52 m.nt. G.L.C.). Zie voor een geval waarin de staatssecretaris naar het oordeel van de Centrale Raad van Beroep toepassing van het artikel ten onrechte achterwege had gelaten: CRvB 19 september 2002, TAR 2003, nr. 26, m.nt. G.L.C. De zaak betrof een vrouwelijke korporaal die, optredend als rij-instructeur, ernstig lichamelijk letsel opliep toen de viertonner waarin zij zat, ten gevolge van een stuurfout van de leerling-bestuurder in een sloot terechtkwam. Toen zij na enige tijd de staatssecretaris verzocht om vergoeding van alle uit het ongeval voortgekomen materiële en immateriële schade, wees de staatssecretaris dit verzoek af. De vrouwelijke korporaal stelde tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) afwijzing beroep in. Zij stelde zich op het standpunt in dat in haar geval de eisen van goed werkgeverschap, zoals neergelegd in artikel 7:611 BW, tot schadevergoeding noodzaakten.³ De Raad overwoog met betrekking tot dit standpunt: 'Nu een wat betreft de vergoeding van schade vergelijkbare norm als hier door appellante bedoeld voor militaire ambtenaren is neergelegd in artikel 115 AMAR (...) ziet de Raad geen enkele aanleiding

¹ Artikel 6:101 BW bepaalt, voorzover in dit kader van belang, dat - indien de schade mede het gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend - de vergoedingsplicht wordt verminderd in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsheeft of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de omstandigheden van het geval eist.

² Artikel 7:611 BW bepaalt dat werkgever en werknemer verplicht zijn zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen.

³ Zie noot 2.

om gedaagde daarnaast nog uit anderen hoofde verplicht te achten na te gaan of schade vergoed moet worden.' Wel deden zich naar het oordeel van de Raad zodanig bijzondere omstandigheden voor, 'dat gedaagde (de staatssecretaris) in strijd met de billijkheid zou handelen indien hij zou beslissen dat appellante geen op artikel 115 AMAR te baseren schadeloosstelling toekomt'.

Schadevergoeding omdat niet is voldaan aan de zorgplicht

Zoals ook gezegd kunnen militairen, behalve aan rechtspositionele voorschriften, aanspraken op schadevergoeding ook ontleen aan de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep. Uit deze jurisprudentie blijkt dat de Raad bij het bepalen van zijn standpunt sedert lang aansluiting zoekt bij het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht, zoals neergelegd in het Burgerlijk Wetboek. Aansluiting zoeken betekent niet dat de Raad de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek rechtstreeks op de militair toepast. Zie hieromtrent CRvB 31 mei 2001, TAR 2001, nr. 140: 'De Raad overweegt (...) dat de vraag welk recht op schadevergoeding voor appellant uit zijn dienstbetrekking voortvloeit, niet kan worden beantwoord door rechtstreekse toepassing van een regel van burgerlijk recht.' Het betekent wel dat de Raad de normen toepast die aan deze bepalingen ten grondslag liggen. Zo past de Raad, in geval van schade die het gevolg is van een dienstongeval, de norm toe die ten grondslag ligt aan artikel 7:658 BW. De Raad formuleert deze norm - zie met name CRvB 22 juni 2000, TAR 2000, nr. 112 - als volgt: 'Voorzover zulks niet reeds voortvloeit uit de op de ambtenaar van toepassing zijnde rechtspositionele voorschriften, heeft de ambtenaar recht op vergoeding van de schade die hij lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, tenzij het betrokken bestuursorgaan aantoonde 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 aantoonde dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar.'

De norm gaat uit van het beginsel dat de werkgever aansprakelijk is indien een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden. Dit is slechts anders indien de werkgever aantoonde dat hij niet onrechtmatig heeft gehandeld, dan wel aantoonde dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de zijde van de werknemer.

De norm stelt - de omstandigheid dat de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de zijde van de militair buiten beschouwing gelaten - twee eisen:

- er moet een causaal verband bestaan tussen de schade waarvan vergoeding wordt verzocht, en de uitoefening van de dienst;
- het bestuursorgaan moet op een zodanige wijze zijn tekortgeschoten dat van onrechtmatig handelen kan worden gesproken.

De eerste eis vloeit voort (zie bijvoorbeeld CRvB 26 juni 2003, TAR 2003, nr. 177) uit de woorden 'in de uitoefening van zijn werkzaamheden'. Zie voor een geval waarin, ook naar het oordeel van de Raad, het vereiste causale verband ontbrak: CRvB 28 maart 2002, MRT 2003, p. 24, m.nt. G.L.C. De weduwe van een in 1996 aan longkanker overleden gewezen marineman verzocht om vergoeding van de tengevolge van dit overlijden door haar geleden schade: de longkanker zou zijn veroorzaakt door de blootstelling van haar man tijdens zijn marinejaren, van 1957 tot 1963, aan asbestvezels. Toen dit verzoek werd afgewezen, stelde de weduwe beroep in. De eerste rechter verklaarde het beroep ongegrond, welke uitspraak door de Centrale Raad werd bevestigd. Ook naar het oordeel van de Raad was niet met

voldoende waarschijnlijkheid komen vast te staan dat er een oorzakelijk verband bestond tussen de werkzaamheden en/of werkomstandigheden van de overledene bij de marine en de vele jaren later bij hem manifest geworden longkanker.

De tweede eis houdt in dat in gevallen als bedoeld door de Raad wordt uitgegaan van schuld aansprakelijkheid; en niet van risico aansprakelijkheid. Zie voor een geval waarin de Raad tot de slotsom kwam dat het bestuursorgaan inderdaad in de op het bestuur rustende zorgplicht was tekortgeschoten: CRvB 28 april 2005, MRT 2005, p. 306, m.nt. G.L.C. De zaak betrof een matroos die tijdens onderhoudswerkzaamheden^{a/b} van een varende fregat, van het platform van de seasparrowlauncher was gevallen en op het lager gelegen dek was terechtgekomen. Hij had hierbij verwondingen opgelopen, alsmede een hersenschudding. Later ontwikkelden zich bij hem ook psychische klachten. Toen de matroos, na ontslag uit de dienst, om vergoeding verzocht van alle door hem ten gevolge van het ongeval geleden schade, wees de staatssecretaris dit verzoek af. De Centrale Raad van Beroep oordeelde echter anders. Door in gevallen als het onderhavige niet het gebruik van een veiligheidsriem voor te schrijven, was niet in alle opzichten voldaan aan de op het bestuur rustende zorgplicht, aldus de Raad.

Schadevergoeding omdat een onderschikte een fout heeft gemaakt

Dat de Centrale Raad van Beroep, indien de voorschriften zwijgen, aansluiting zoekt bij het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht betekent, indien de schade het gevolg is van een aan het bestuursorgaan toe te rekenen fout van een ondergeschikte, de Raad de norm toepast die ten grondslag ligt aan artikel 6:170 BW. Het eerste lid van dit artikel luidt: 'Voor schade, aan een derde toegebracht door een fout van een ondergeschikte, is degene in wiens dienst de ondergeschikte zijn taak vervult aansprakelijk, indien de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en degene in wiens dienst hij stond uit hoofde van hun desbetreffende rechtsbetrekking zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen.' De werkgever is dus aansprakelijk indien - cumulatief - aan twee voorwaarden is voldaan:

- de kans op de fout is vergroot door de verstrekte taakopdracht, en
- degene in wiens dienst de ondergeschikte stond had zeggenschap over de gedragingen waarin de fout was gelegen.

De Centrale Raad van Beroep formuleert de aan artikel 6:170 BW ontleende norm steevast als volgt: 'Een bestuursorgaan is gehouden tot vergoeding van de schade die een gevolg is van een als een onrechtmatige gedraging aan te merken fout van een onder zijn verantwoordelijkheid werkzame persoon, indien de kans op de fout is vergroot door de taakopdracht aan die persoon en indien het bestuursorgaan zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen.' Zie bijvoorbeeld CRvB 29 september 2005, TAR 2006, nr. 17. Neemt men deze formule letterlijk, dan worden in het tweede gedeelte niet *cumulatief* twee voorwaarden genoemd, maar naast elkaar twee gevallen. Het bestuursorgaan is aansprakelijk, zo staat er:

- indien de kans op de fout is vergroot door de verstrekte taakopdracht, en
- indien het bestuursorgaan zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen.

Onmiskenbaar is dit niet bedoeld. Ook in geval van een fout van een ondergeschikte is het bestuursorgaan, evenals de civiele werkgever, slechts aansprakelijk indien cumulatief aan twee voorwaarden is voldaan.

Zie voor een geval waarin een fout van een leerling-bestuurder van een legertruck niet als een onrechtmatige gedraging werd aangemerkt: CRvB 19 september 2002, TAR 2003,

nr. 26, m.nt. G.L.C.: 'Een fout van de leerling kan slechts als een onrechtmatige gedraging worden aangemerkt, indien de leerling van zijn gedraging of nalaten een verwijt kan worden gemaakt, waarbij rekening dient te worden gehouden met de mate van rij-ervaring van de leerling.'

Immateriële schade

Ook als het gaat om immateriële schade zoekt de Centrale Raad van Beroep aansluiting bij het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht, en wel bij het bepaalde in artikel 6:106 lid 1 onder b BW. Zie bijvoorbeeld CRvB 7 augustus 2003, TAR 2003, nr. 189, m.nt P.J. Schaap.⁴ Artikel 6:106 lid 1 onder b bepaalt:

'Voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, heeft de benadeelde recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding, indien de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast.'

Uit de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling leidt de Raad af 'dat de wetgever hier het oog heeft gehad op ernstige inbreuken op de persoonlijke levenssfeer als ook op andere persoonlijkheidsrechten van de betrokkene.' (CRvB 26 september 1996, TAR 1996, nr. 197). Dit betekent, aldus de Raad, dat het - om voor vergoeding van immateriële schade in aanmerking te kunnen komen - 'onvoldoende is dat (...) sprake is van een meer of minder sterk psychisch onbehagen en van een zich gekwetst voelen door een onrechtmatig besluit of een daarmee gelijk te stellen handeling van een bestuursorgaan' (CRvB 13 maart 1997, TAR 1997, nr. 84).

Slotopmerking

Indien een militair schade heeft geleden die zijns inziens voor vergoeding in aanmerking komt, moet hij met het indienen van een vordering niet te lang wachten. Ook financiële aanspraken jegens het bestuur kunnen immers verjaren. Zie bijvoorbeeld CRvB 3 januari 2002, MRT 2002, p. 391, m.nt. G.L.C.: 'Volgens vaste jurisprudentie van deze Raad (...) zijn financiële aanspraken jegens de overheid op grond van de rechtszekerheid na een termijn van vijf jaren niet meer in rechte afdwingbaar en ligt de aanvang van deze verjaringstermijn bij het moment waarop degene die schade lijdt met betrekking tot die schade in actie had kunnen komen.'

⁴ De Raad verwijst in deze uitspraak naar het arrest van de Hoge Raad van 13 januari 1995, RvdW 1995, nr. 29 C. In dat arrest overweegt de Hoge Raad: 'Het Hof heeft (...) geestelijk letsel hier niet aannemelijk geoordeeld. Het is daarbij ervan uitgegaan dat in de regel in gevallen als het onderhavige wel sprake zal zijn van meer of minder sterk psychisch onbehagen, van zich gekwetst gevoelen, en het heeft klaarblijkelijk geoordeeld dat B. niet erin was geslaagd aannemelijk te maken dat hij, in afwijking van deze door het Hof aangenomen ervaringsregel, zodanig onder het optreden van de Ontvanger (der Directe Belastingen) had geleden dat sprake was van geestelijk letsel dat grond geeft voor een vordering tot vergoeding van immateriële schade. Dit met feitelijke waarderingsverweven oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, is niet onbegrijpelijk en behoeft geen nadere motivering.'

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 15 juni 2006

0413820 MAW

Voorzitter: Mr. G.P.A.M. Garvelink-Jonkers; *leden:* Mr. J.Th. Wolleswinkel en mr B.M. van Dun

De bestreden verklaringen over drugsgebruik

Een militair wordt ontslagen wegens bezit en gebruik van harddrugs. De bestreden beschikking op bezwaar tegen het ontslagbesluit is enerzijds gebaseerd op een verklaring van de ontslagen militair ten overstaan van het bestuur in de ontslagprocedure, en anderzijds op een afgelegde verklaring ten overstaan van de KMar die aan het bevoegd gezag in de bezwaarfase ter beschikking is gesteld. De militair stelt dat zijn eerste verklaring tegenover het bestuur ziet op bezit en gebruik van harddrugs vóór zijn aanstelling in militaire dienst, en dat zijn verklaringen bij de KMar onder grote druk en intimidatie zijn afgelegd. De rechtbank heeft het beroep ongegrond verklaard.

De Centrale Raad bevestigt de aangevallen uitspraak. De Raad oordeelt dat het niet aannemelijk is dat de afgelegde verklaringen in de ontslagprocedure geen betrekking hebben op bezit en gebruik van harddrugs nadat appellant was aangesteld omdat het voor de hand ligt dat hij dit zou hebben vermeld. Ook acht de Raad het niet aannemelijk dat appellant zijn belastende verklaringen bij de KMar onder grote druk en intimidatie heeft afgelegd. De Raad is wel van oordeel dat de Staatssecretaris appellant de gelegenheid had behoren te geven te reageren op de door het OM ter beschikking gestelde strafrechtelijke informatie die mede ten grondslag is gelegd aan de beslissing op bezwaar. Door dit achterwege te laten heeft de Staatssecretaris gehandeld in strijd met art. 7: 9 Awb. De Staatssecretaris wordt daarom veroordeeld in de proceskosten.

Ontslag wegens wangedrag.

AMAR art. 39 lid 2 onder l. Awb art. 7:9

UITSpraak

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

I. Procesverloop

Namens appellant heeft L.C. van der Hulst, algemeen secretaris van de ACOM, hoger beroep ingesteld.

De Staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 4 mei 2006. Appellant is verschenen, bijgestaan door mr. J.P. Arts, werkzaam bij de ACOM. De Staatssecretaris heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. C.A.D. Berkhuizen, werkzaam bij het ministerie van Defensie.

II. Overwegingen

1. Voor een uitgebreidere weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. De Raad volstaat met het volgende.

1.1. Appellant was vanaf 21 augustus 2000 als beroepsmilitair werkzaam, vanaf 19 fe-

bruari 2001 in de rang van soldaat der Eerste Klasse bij de Koninklijke luchtmacht.

1.2. Bij besluit van 29 maart 2002 heeft de Staatssecretaris appelland op grond van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder 1, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) met ingang van 1 april 2002 ontslag uit de militaire dienst verleend wegens wangedrag.

Bij het bestreden besluit van 6 december 2002 heeft de Staatssecretaris het bezwaar van appelland tegen dit ontslagbesluit ongegrond verklaard.

1.3. Het verwijt dat de Staatssecretaris appelland maakt, houdt in dat hij gedurende de periode waarin hij beroepsmilitair was hard drugs in zijn bezit heeft gehad en heeft gebruikt.

2. De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak het beroep van appelland tegen het bestreden besluit gegrond verklaard en dit besluit vernietigd, maar tevens bepaald dat de rechtsgevolgen van dit besluit geheel in stand blijven.

3. Naar aanleiding van hetgeen in hoger beroep is aangevoerd overweegt de Raad het volgende.

3.1. De Raad volgt appelland niet in zijn grief dat het hem door de Staatssecretaris onmogelijk is gemaakt om zich bij zijn eerste gehoor op 29 maart 2002 te laten bijstaan door een rechtskundige. De Raad stemt geheel in met de weerlegging van deze grief, zoals in het bestreden besluit is gedaan.

3.2. De Raad is voorts, anders dan de rechtbank, van oordeel dat de Staatssecretaris artikel 7:9 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) heeft geschonden door appelland niet in de gelegenheid te stellen te worden gehoord over de brief van 15 oktober 2002 van de Hoofdofficier van Justitie te Arnhem. Deze van na de hoorzitting van 3 september 2002 daterende brief - waarin bekende verklaringen over kopen en gebruiken van harddrugs zijn vermeld, die appelland tegenover de Koninklijke marechaussee heeft afgelegd - was van aanmerkelijk belang voor de op het bezwaar te nemen besluit. Weliswaar heeft de rechtbank terecht overwogen dat deze verklaringen voor appelland niet nieuw waren, maar dit neemt niet weg dat nu juist deze verklaringen niet eerder in de procedure waren betrokken, het aangewezen was dat appelland de gelegenheid kreeg opmerkingen omtrent inhoud en totstandkoming van deze verklaringen te maken.

3.3. Wat de door de Staatssecretaris aan appelland gemaakte verwijten betreft overweegt de Raad dat appelland zelf tijdens het gehoor op 29 maart 2002 heeft verklaard dat hij in huiselijke kring een aantal malen drugs heeft gebruikt. Op de hoorzitting van 3 september 2002 heeft hij vervolgens verklaard dat hij ongeveer zes keer hard drugs heeft gebruikt, maar dat dit was in de periode voordat hij in militaire dienst trad. Indien dit laatste inderdaad het geval zou zijn had het naar het oordeel van de Raad voor de hand gelegen dat appelland dit reeds bij het gehoor op 29 maart 2002 had vermeld. Vooral is echter van betekenis dat appelland blijkens de onder 3.2. vermelde brief van 15 oktober 2002 tegenover de Koninklijke marechaussee heeft verklaard in november 2001 en januari 2002 in totaal vier keer hard drugs te hebben gekocht en gebruikt. Evenals de rechtbank acht de Raad onvoldoende aannemelijk dat appelland deze laatste verklaring onder grote druk en tengevolge van intimidatie heeft afgelegd, zoals hij overigens pas ter zitting van de rechtbank heeft gesteld. Ook overigens heeft appelland in het geheel geen onderbouwing gegeven voor het standpunt dat zijn eerdere verklaringen onjuist waren en dat zijn huidige verklaring wel juist is.

3.4. Gezien het vorenstaande staat ook voor de Raad genoegzaam vast dat appelland zich in de periode waarin hij beroepsmilitair was een aantal malen aan het bezit en gebruik van hard drugs heeft schuldig gemaakt. Dit kan worden aangemerkt als wangedrag in de zin van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder 1, van het AMAR.

3.5. Binnen de Koninklijke luchtmacht wordt een beleid gevoerd dat inhoudt dat de mi-

litair die hard drugs gebruikt of in bezit heeft, ongeacht de hoeveelheid, doorgaans wordt bestraft met ontslag. In het licht hiervan en gelet op de ernst van het wangedrag acht de Raad de aan appellant opgelegde disciplinaire straf van ontslag niet onevenredig.

3.6. Gezien deze conclusie is de Raad van oordeel dat de rechtbank de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit terecht in stand heeft gelaten. Het hoger beroep slaagt dan ook niet.

4. Gelet op hetgeen onder 3.2. is overwogen acht de Raad termen aanwezig om de Staatssecretaris met toepassing van artikel 8:75 van de Awb te veroordelen in de proceskosten van appellant in hoger beroep, zijnde € 644,- voor verleende rechtsbijstand.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak, voorzover aangevochten;

Veroordeelt de Staatssecretaris in de proceskosten van appellant in hoger beroep tot een bedrag van E 644,-, te betalen door de Staat der Nederlanden;

Bepaalt dat de Staat der Nederlanden aan appellant het door hem in hoger beroep betaalde griffierecht van in totaal € 205,- vergoedt.

NASCHRIFT

1. In bovenstaande casus kwam de militair terug op een eerdere verklaring en legde hij een andere verklaring anders uit dan het bestuur had gedaan. Mede gezien het feit dat de belastende verklaringen elkaar versterken acht de Raad het bezit en gebruik van harddrugs in casu in voldoende mate bewezen om het ontslagbesluit te dragen.

2. Voorgaande laat echter het belang van deugdelijk onderzoek naar de feiten en omstandigheden bij het nemen van een primair besluit onverlet. Het bestuur kan niet volstaan met antwoorden op vragen als: 'heeft u gebruikt?' en 'was dit met anderen?'. Immers: ook indien beide vragen bevestigend worden beantwoord blijft onduidelijk wat is gebruikt, wanneer dit is gebeurd en ten overstaan van wie. Het bestuursorgaan dat overweegt een schorsings- of ontslagbesluit te nemen doet er daarom goed aan tijdens het horen in de primaire fase te toetsen of aan de criteria van (bijvoorbeeld) het drugsbeleid is voldaan en dit vast te leggen in een hoorverslag. Het terugkomen op een dergelijke vastgelegde verklaring zal niet snel de bewijskracht daarvan in een verdere procedure aantasten.

F.K.O.

REGISTER 2006

Bestuursrechtspraak

- De niet ondubbelzinnige toezegging

In casu gaat het beroep op het vertrouwensbeginsel niet op. Het in de brief van de minister gestelde kan niet worden aangemerkt als een ondubbelzinnige en ongeclausuleerde toezegging. CRvB 02.12.04 (Naschrift G.L.C.).....

- Gokverslaving is geen schulduitsluitingsgrond

Naar vaste jurisprudentie is de aanwezigheid van een gokverslaving op zichzelf geen verontschuldigende factor voor onder invloed van die verslaving gepleegd

<p>plichtsverzuim. CRvB 30.12.04 (Naschrift G.L.C.)</p> <p>- <i>Leerlingbeoordelingen en functiebeoordelingen</i></p> <p>Naar het oordeel van de Raad vertoonde de bestreden leerlingbeoordeling in beide gevallen naar aard en inhoud een zo sterke overeenkomst met een reguliere functiebeoordeling dat de twee militairen in hun bezwaar tegen de beoordeling onverklaarlijk hadden moeten worden verklaard. CRvB 17.02.05 (Naschrift G.L.C.)</p> <p>- <i>Geen vergoeding van restschade</i></p> <p>Een militair raakt ernstig gewond tijdens een vredesoperatie. Hem wordt ontslag verleend onder toekenning van een uitkering van 140% van laatstgenoten bezoldiging. Het verzoek om vergoeding van ook de restschade wordt afgewezen. CRvB 26.05.05 (Naschrift G.L.C.)</p> <p>- <i>Onvoldoende grond voor repatriëring</i></p> <p>Een officier raakt te Sarajevo als bestuurder van een voertuig betrokken bij een verkeersongeval. Er wordt bij hem een (te) hoog alcoholgehalte vastgesteld. De officier wordt gerepatriëerd. Beroep gegrond: de uitkomst van het ingestelde onderzoek bevat te veel tegenstrijdigheden. CRvB 14.07.05 (Naschrift G.L.C.).....</p> <p>- <i>Overlijden wel of niet tengevolge van dienstoorzaken</i></p> <p>Betrokkene, een in 1951 wegens gebreken uit de militaire dienst ontslagen dienstplichtig soldaat, is op 28 juni 1993 overleden. Hij was in het genot van een invaliditeitspensioen van 80%. Tussen het overlijden en de uitoefening van de militaire dienst was er geen oorzakelijk verband, dus bestaat er geen recht op een hoog nabestaandenpensioen. CRvB 25.08.05. (Naschrift W.J.S.).....</p> <p>- <i>De niet tijdig medegedeelde tekortkoming</i></p> <p>Het de beoordeelde verweten gebrek aan initiatief is hem niet naar behoren voorgehouden. Aldus is in strijd gehandeld met de bepaling dat tekortkomingen zo spoedig mogelijk ter kennis van de ondergeschikte dienen te worden gebracht, zodat deze zich kan verbeteren. Beroep gegrond. CRvB 14.07.05 (Naschrift G.L.C.).....</p> <p>- <i>Geen carrièreperspectiefbinnen KM?</i></p> <p>Het beleid, inhoudende dat militairen, op wie nog een dienverplichting rust, aan deze verplichting worden gehouden en dat slechts in bijzondere omstandigheden ontheffing kan worden verleend, acht de Raad aanvaardbaar. CRvB 06.10.05 (Naschrift G.L.C.).....</p> <p>- <i>Nalatig in de vervulling van plichten</i></p> <p>In casu Kroon bevoegd officier wegens nalatigheid in vervulling van plichten te ontslaan. Niet gebleken dat in strijd is gehandeld met enige rechtsregel of enig algemeen rechtsbeginsel. Beroep ongegrond. CRvB 20.10.05 (Naschrift G.L.C.)</p> <p>- <i>Cursus Stafdienst onvoldoende</i></p> <p>Officier KL slaagde niet voor cursus Stafdienst. Raad: De onvoldoende waarderungen voor de betreffende aspecten zijn genoegzaam onderbouwd. CRvB 4.11.04... ..</p> <p>- <i>De afgewezen adjudant</i></p> <p>Adjudant KL kwam niet in aanmerking voor toewijzing van functie waaraan rang van luitenant was verbonden. Raad: BLS heeft in de gegeven situatie in redelijkheid kunnen besluiten geen dispensatie te verlenen van de eis van langdurig excellent functioneren. CRvB 09.12.04.....</p> <p>- <i>Geen bevordering tot kolonel</i></p> <p>Verzoek van luitenant-kolonel KLu om bevordering tot kolonel afgewezen Hij</p>	<p>30</p> <p>34</p> <p>52</p> <p>57</p> <p>61</p> <p>96</p> <p>100</p> <p>103</p> <p>136</p> <p>139</p>
---	---

verrichte bij SHAPE drie jaar aanvullende, tijdelijke, werkzaamheden. Beroep ongegrond. CRvB 10.03.05	142
- <i>De vervallen schadevergoedingsplicht.</i>	
Een onderofficier heeft verzuimd tijdig gebruik te maken van het tegen het onrechtmatige functietoewijzingsbesluit openstaande rechtsmiddel. Dit brengt in het licht van artikel 6:101 BW mee dat de door hem geleden schade volledig het gevolg is van omstandigheden die aan hem moeten worden toegerekend. CRvB 10.11.05 (Naschrift G.L.C.).....	293
- <i>De val van de hindernisbaan.</i>	
Het verzoek om vergoeding van alle schade is terecht afgewezen. Door de staatssecretaris is genoegzaam aangetoond dat hij de op hem als werkgever rustende verplichtingen is nagekomen. CRvB 21.12.05 (Naschrift G.L.C.).....	319
- <i>Repatriëring wegens disfunctioneren</i>	
Soldaat wordt wegens disfunctioneren gerepatriëerd uit Bosnië. Raad: optreden soldaat kon worden gekwalificeerd als disfunctioneren. Niet gebleken dat soldaat slachtoffer is geweest van discriminatie. Beroep ongegrond. CRvB 06.04.06.	322
- <i>Bewust roekeloos gehandeld.?</i>	
Bestuursorgaan wijst aansprakelijkheid voor door KVV-er geleden schade af: schade is gevolg van bewust roekeloos handelen. CRvB verklaart beroep gegrond: bewuste roekeloosheid niet aangetoond. CRvB 27.04.06. (Naschrift G.L.C.).....	324
- <i>Helikopterpiloot: niet een voor de krijgsmacht typische functie</i>	
Bestuursorgaan wijst verzoek van helikopterpiloot om tegemoetkoming in kosten opleiding vliegen met vastvleugelige vliegtuigen af. Beroep ongegrond. CRvB 04.05.06. (Naschrift G.L.C.).....	329
- <i>De bestreden verklaringen over drugsgebruik</i>	
Militair van de KLu komt terug op eerdere verklaringen over bezit en gebruik van harddrugs op grond waarvan hij is ontslagen. Raad: Niet aannemelijk dat verklaringen zien op gebruik vóór zijn aanstelling in militaire dienst, noch dat verklaringen onder druk en intimidatie zijn afgelegd. Ontslag niet onevenredig. CRvB 15.06.06. (Naschrift F.K.O.)	356
Bevordering	
- CRvB 10.03.05.	142
Boeken en tijdschriften	
- Publicatie over Guantánamo Bay in Utrecht Law Review	332
- Boekbespreking: Zwanenburg, Marten, Accountability of Peace Support Operations	175
Congressen en seminars	
- Aankondiging XVIIe Congres International Society for Military Law and the Law of War	40
- Verslag van het 6 ^e seminar van de International Society for Military Law and the Law of War, gehouden te Straatsburg op 23-27 november 2005	108
Commissies	
- Instelling Commissie evaluatie toepassing militair strafprocesrechtbij uitzendingen	80

Detentie, militaire	
- Ah 24.12.04.....	282
Disfunctioneren	
- CRvB 06.04.06.....	322
Functietoewijzing	
- CRvB 09.12.04.....	139
Gelijkheidsbeginsel	
- CRvB 09.12.04.....	139
Ontslag	
- CRvB 30.12.04.....	30
- CRvB 20.10.05.....	103
Opleidingskosten	
- CRvB 04.05.06.....	329
Overzicht jurisprudentie Algemeen militair ambtenarenreglement	
- Deel (IV).....	129
Reacties	
- De dood van Overste Mussert, Weerwoord op een reactie van Prof. Mr. G.L. Coolen; door Majoor b.d. H. Kleingeld.....	216
- Een reactie op een artikel; door Majoor b.d. H. Kleingeld.....	220
- Een reactie op de reactie van Majoor b.d. H. Kleingeld; door Prof. Mr. G.L. Coolen	223
Repatriëring	
- CRvB 14.07.05.....	57
- CRvB 06.04.06.....	322
Resoluties Veiligheidsraad VN, mr. R.H.G Gilissen	
Schadevergoeding	
- CRvB 26.05.05.....	52
- CRvB 10.11.05.....	293
- CRvB 26.05.05.....	261
- CRvB 23.06.05.....	264
- CRvB 21.12.05.....	319
Strafrechtspraak	
- <i>Handtastelijkheden in Bosnië</i>	
Militair wordt – na een feestje waarop flink ingenomen is – uit zijn slaap gewekt doordat een naakte man op hem ligt, die kennelijk doende is hem te verkrachten. Bij zijn verdediging brengt hij de aanrander ernstig letsel toe. Hof verklaart zware mishandeling bewezen, maar ontslaat van rechtsvervolging op grond van noodweereces. Kamergenoot wordt in hoger beroep vrijgesproken: hij heeft geen	

mishandelende gedraging verricht en kan evenmin als medepleger aangemerkt worden. Beklag tegen de aanrander is ongegrond verklaard: van (poging tot) verkrachting is onvoldoende bewijs voorhanden, terwijl vervolging ter zake van feitelijke schennis van de eerbaarheid – gelet op de letsels van de aanrander – niet opportuun is. Ah 09.02.04, Hof Ah 19.10.04 en 09.03.05	13
- <i>Ontoerekenbaarheidwegens ziekelijke stoornis</i>	
Omdat verdachte ten tijde van de feiten – (poging tot) moord – aan paranoïde schizofrenie leed, kunnen de feiten hem niet worden toegerekend. Met het oog op onverminderd groot recidivegevaar volgt terbeschikkingstelling met bevel tot verpleging. Rb Zwolle 02.06.2005	154
- <i>Ferme jongens, stoere knapen</i>	
Marinier wordt op wacht door slaap overmand: aan zijn schuld te wijten zijn dat hij een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid niet vervult, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade te duchten is voor de veiligheid. Nu verdachte het verwijt treft dat hij zich aan zijn taak als schildwacht heeft onttrokken, is hij niet als schildwacht opgetreden. Daarom geen 'omkering van de bewijslast' met betrekking tot evt. strafuitsluitingsgrond. HR 11.10.05 (Naschrift M.M.D.)	157
- <i>De bevoegdheid bij feiten begaan door militairen met niet-militairen</i>	
Indien een militair verdacht wordt van samen met een of meer niet-militairen een strafbaar feit te hebben begaan is de commune strafrechter 'bij voorkeur' bevoegd. Er is echter een aantal gevallen waarin de rechter in militaire strafzaken uitsluitend bevoegd blijft over de militair te oordelen. Ah 09.05.05 (Naschrift J.R.G.J.)	193
- <i>Openlijk geweld</i>	
Openlijke geweldpleging. Van schoppen tegen het lichaam maar niet tegen het gezicht/hoofd kan niet worden gezegd dat dit maatschappelijk gezien gericht is op het doden van het slachtoffer. Ah 06.06.05	197
- <i>Hoe blauw is groen?</i>	
Een drietal uitspraken waarin de vraag aan de orde is wanneer de Koninklijke marechaussee tot opsporing bevoegd is; onderscheid tussen 'militaire feiten', taakgerelateerde feiten en toevallig geconstateerde feiten. Complicatie bij onderzoek van uitgeademde lucht. HR 28.01.03, Hof L'warden 31.08.05 en 21.11.05 (Naschrift M.M.D.)	201
- <i>Voor bedreiging met woorden moet wel opzet tot bedreiging aanwezig zijn; omstandigheden die kunnen meewegen bij de bepaling van de straf</i>	
Woorden geuit door iemand die wordt gewekt en nog half slapend is, worden in deze zaak niet als bedreiging gezien nu de term 'bedreiging' opzet inhoudt en daarvan is in dit geval geen sprake. Meewegen van de omstandigheden waaronder het feit werd begaan als ook het meewegen van de gevolgen (o.a. ontslag) die later voor de verdachte zijn ingetreden naar aanleiding van het feit. Ah 01.11.04 (Naschrift J.R.G.J.)	239
- <i>Vorbereidingshandelingen voor toekomstige drugstransporten</i>	
Ah 24.12.04	242
- <i>Getraumatiseerde militair</i>	
In zijn jeugd seksueel misbruikte militair verbeeldt zich 13-jarig meisje tegen aanranding te moeten beschermen. Opzet op zwaar lichamelijk letsel. Geen noodweer(exces) of (putatieve) overmacht, wel verminderde toerekeningsvatbaarheid. Ah 09.05.05 (Naschrift M.M.D.)	244

- Ook de militair in het buitenland valt onder de Nederlandse strafwet.	
Ah 06.12.04. (Naschrift J.R.G.J.)	280
- Waar is de militaire detentie voor bedoeld?	
De militaire detentie van maximaal zes maanden is bedoeld voor die militairen die binnen de militaire gemeenschap zullen blijven. Ah 24.12.04. (Naschrift J.R.G.J.).....	282
- Niet op tijd gemeld na doorrijden bij ongeval	
Degene die doorrijdt na een aanrijding kan zich alsnog binnen twaalf uren vrijwillig melden om strafvervolgning te voorkomen. Echter als de politie het onderzoek in de zaak al gestart heeft, is een melding te laat ook al geschiedt deze binnen twaalf uur.	
Ah 03.10.05.....	287

Tuchtrechtspraak

- Ook het dragen van een tongpiercing kan worden verboden	
Het niet beschouwen van een (inwendige) tongpiercing als een veiligheidsrisico houdt een te beperkte uitleg in van het begrip sieraden zoals vermeld in het dienstvoorschrift VS 2-1352. Ah 06.06.05 (Naschrift G.L.C.)	47
- a. Een beschuldiging moet de feiten inhouden en niet een kwalificatie	
Bij uitschelden, bespotten dienen de verweten woorden in de beschuldiging te staan.	
- b. Wanneer mag worden afgezien van het horen van de beschuldigde in de beklagprocedure?	
Afzien van gehoord te worden op beklag moet door de beschuldigde ondubbelzinnig aan de beklagmeerdere zijn meegedeeld.	
- c. Het belang van vastlegging van alle gegevens op de formulieren	
De militaire kamer heeft voor het vaststellen of de termijnen correct zijn de gegevens nodig van het straffenformulier of van het beklagformulier.	
- d. Een kleine maand is niet meer 'onverwijld'.	
Ah 06.12.04 (Naschrift J.R.G.J.)	254

Vertrouwensbeginsel

- CRvB 02.12.04.	27
-----------------------	----

Wetgeving , mr J.B. Miete	67, 171
- Overzicht tot stand gekomen en aanhangige wetgeving	en 297

WETTELIJKE BEPALINGEN

Aanwijzingsbeschikking opsporingsambtenaren Koninklijke Marechaussee	
art. 1	201
Algemeen militair ambtenarenreglement	
art. 17c	329
art. 19	57
art. 19, lid 1	322
art. 115	53
.....	261
art. 131a	96
Algemene militaire pensioenwet	
artt. G1 en H1	61

Besluit alcoholonderzoeken	art. 7	201
Invoeringswet militair straf- en tuchtrecht	art. 74	157
Opiumwet	artt. 10, 10a en 13	242
Politiewet 1993	art. 6, lid 1	201
Wegenverkeerswet 1994	art. 184	287
	art. 8, lid 2	201
	art. 58	201
	art. 163, lid 1 en 2	201
Wet Administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften	art. 3, lid 1	201
Wetboek van militair strafrecht	art. 4	280
	art. 11	282
	art. 69	157
	artt. 108, lid 1	157
Wetboek van militaire strafvordering	art. 31, lid 2	157
Wetboek van strafrecht	art. 39	154
	artt. 39-41	244
	artt. 40-43	157
	artt. 44, lid 2 en	
	47, lid 1	13
	art. 242	244
	art. 285	239
	art. 30242	244
Wetboek van strafvordering	art. 12	13
	art. 141	201
	art. 152	201
Wet militair tuchtrecht	artt. 15 en 18	47
	art. 68, lid 2	254
	art. 80i, lid 1	254
	art. 80q, lid 2	254

AUTEURS

Prof. mr. G.L. Coolen

- De individuele militair in het veld moet weten waaraan hij toe is	10
- De dood van overste Mussert. Een reactie op een brochure.....	41
- Opmerkelijke zaken (4) – De officier die weigerde zich ter purge te stellen	94
- Opmerkelijke zaken (5) – Krijgsraden leggen soms bedenkelijk lichte straffen op	127
- Opmerkelijke zaken (6) – De overval op het waterfort.....	234
- Opmerkelijke zaken (7) – De scheepsarts en de muitende schepelingen.....	269
- Opmerkelijke zaken (8) – U pleegt overspel. Mag dat?.....	316
- Schadevergoeding bij dienstongevallen. Het oordeel van de Centrale Raad van Beroep;.....	349

mr. M.D. Fink

- Zeeroof.....	225
----------------	-----

Prof. dr. T.D. Gill	
- Voordracht ter Gelegenheid van de Oprichting van de Gezamenlijke Militaire Juridische Dienst.....	184
Mr. drs. I.E.W. Gonzales	
- De Nederlandse militair, waar ook ter wereld, en het beklagrecht ex art 12 Sv ...	145
Prof. mr. A.C. Hendriks	
- Harmonisatie militaire gezondheidszorg. Een zorg meer of minder?	301
mr. N. Huisman	
- Tijd van oorlog in Afghanistan.....	1
mr. J.R.G. Jofriet	
- Militair tuchtrecht en 'tijd van oorlog'	313
F.M. Koks	
- Zelfverdediging tegen niet-statelijke entiteiten	342
Mr. drs. M. Nooijen	
- De Militair Juridische Dienst Krijgsmacht.....	189
mr. W.J. Schmitz	
- Militaire pensioenen in het PensioenreglementABP: van 2001 tot 2006.....	275
mr. Ing. B. Valk	
- Natuurlijk laagvliegen?.....	333
mr. R. in het Veld	
- Voordracht Hoofd Militair Juridische Dienst Krijgsmacht in het kader van de oprichtingsceremonie van de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht op 10 april 2006.....	188
Mr J.E.D.Voetelink	
- Rechtmatigheid van geweldgebruik tussen staten in de 21e eeuw: Een moment-opname.....	81
mr. G.F. Walgemoed	
- Functiebeoordelingen en rechterlijke uitspraken.....	113
Dr. S.B. Ybema	
- Speech van de Directeur Juridische zaken in het kader van de oprichting van de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht op 10 april 2006.....	181

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
F.K.O. - Mr. F.A. Kooloos
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.

Geen hele woorden in kapitalen, zoals NASCHRIFT e.a. 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.E.D. Voetelink</i> , Luitenant-kolonel van de Koninklijke Luchtmacht;
Leden:	
voor de Koninklijke Landmacht:	Mr. <i>A.J. Ruysendaal</i> , Kolonel 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>R.R.H. Laurens</i> , Kapitein ter zee;
voor de Koninklijke Marechaussee:	Mr. <i>C.P.C. Kuijs</i> , Kolonel der Koninklijke Marechaussee;
voor de Bestuursstaf:	Mr. <i>J.J. Buirma</i> , Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie; Mr. <i>R. in het Veld</i> , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst, Hoofd Militair Juridische Dienst Krijgsmacht;
Prof. Dr. TD. <i>Gill</i>	Bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam en Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht;
Mr. R. <i>van den Heuvel</i> ,	Vice-president en voorzitter van de Militaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem;
Prof. Mr. <i>Th. A. de Roos</i> ,	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:	NLDA/FMW/Sie recht, t.a.v. Luitenant-kolonel Voetelink, Postbus 90002.4800 PA Breda

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 1-1-2007 55,-. Men abonneert zich bij abonnementen administratie M.R.T. postbus 45666, 2504 BB Den Haag, tel.: 070-3590713, E-mail: ABO@adrepak.nl. De prijs van losse afleveringen bedraagt 7,25. 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.

Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan abonnementenadministratie M.R.T. postbus 45666, 2504 BB Den Haag. 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*"