

# Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVI

Januari 2003

Aflevering

1

Sdu Uitgevers

# INHOUD

## Bijdragen

Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loop: De bevordering ter beloning; door Prof. mr. G.L. Coolen.....	1
---	---

## Strafrechtspraak

Ah 11.06.00 en Hof Ah 13.03.02	<b>Niet-ontploffte clusterbom</b> Verdachte stuit in Kosovo op kinderen die met niet-ontploffte clusterbom spelen. Door verzuim op te treden - waartoe dienstvoorschrift verplicht - ontploft het explosief: twee doden. Ontvankelijkheid openbaar ministerie. Straftoemeting. (Naschrift M.M.D.).....	4
---	---	---

## Bestuursrechtspraak

CRvB 21.02.02	<b>De enige die aan de eisen voldeed</b> Appellant voldeed als enige aan alle gestelde eisen. De functie is hem dan ook ten onrechte niet toegewezen. (Naschrift G.L.C.).....	11
CRvB 07.03.02	<b>Een huurbijdrage van 17 of van 15%?</b> In casu is van een specifiek voor militairen bestemde woning geen sprake. Dit betekent dat op grond van de Regeling huisvesting en voeding militairen een huurbijdrage geldt van 17% van de bezoldiging + duurtcorrectie.....	13
CRvB 21.03.02	<b>Overmatig alcoholgebruik tijdens uitzending</b> De Raad neemt als vaststaand aan dat appellant zich bij herhaling schuldig heeft gemaakt aan overmatig alcoholgebruik. Niet echter is komen vast te staan dat sprake is geweest van wangedrag van een zodanige ernst dat dit na ongeveer anderhalf jaar nog een ambtsbericht kon rechtvaardigen.....	15
CRvB 22.03.02	<b>De donderslag bij heldere hemel</b> De brief, zoals aangevuld, kon, ondanks de vastgestelde beoordelingen, door de Bevelhebber der Zeestrijdkrachten als ambtsbericht worden aangemerkt. (Naschrift G.L.C.).....	21
CRvB 28.03.02	<b>Blootgesteld aan asbestvezels</b> Niet met voldoende waarschijnlijkheid is komen vast te staan dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de werkzaamheden en/of werkomstandigheden van [C.] bij de marine in de periode 1957-1963 en de in 1996 bij hem manifest geworden longkanker. (Naschrift G.L.C.).....	24
CRvB 22.03.02	<b>Toegewezen is toegewezen door het bevoegde Nederlandse gezag</b> De Raad is van oordeel dat artikel 27 lid 4 AMAR slechts ziet op gevallen waarbij sprake is van functietoewijzing binnen de reguliere formatie, in die zin dat de rang die aan de functie is verbonden, moet zijn toegekend door de bevoegde Nederlandse defensieautoriteit. (Naschrift G.L.C.).....	27

## Opmerkingen en mededelingen

Resoluties Veiligheidsraad VN; door Mr. H. Herber.....	32
Nogmaals de tijdelijke aanstelling.....	36

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
	W.H.V.	- Mr W.H. Vermeer
	G.F.W.	- Mr G.F. Walgemoed

## BIJDRAGEN

### Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loep:

#### De bevordering ter beloning

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

*Een bijdrage, waarin wordt voorgesteld de in het Algemeen militair ambtenarenreglement neergelegde mogelijkheid om militairen ter beloning te bevorderen, te schrappen.*

#### *Inleiding*

Militairen worden niet naar willekeur bevorderd. Elke bevordering geschiedt op een bepaalde grond. Deze gronden voor bevordering liggen in de voorschriften vast. De belangrijkste grond voor bevordering is de voorziening in een vacature: de militair wordt bevorderd, omdat hij is aangewezen voor een functie waaraan een hogere rang is verbonden dan hij bekleedt.<sup>1)</sup>

Militairen kunnen ook ter beloning worden bevorderd. Dit kan indien zij zich door een daad of verrichting zeer bijzonder hebben onderscheiden.<sup>2)</sup>

#### *Een terugblik*

Het Algemeen militair ambtenarenreglement (Stb. 1982, 279) is per 1 januari 1983 in de plaats getreden van het Reglement rechtstoestand militairen zeemacht (Stb. 1931, 377) en het Reglement militaire ambtenaren der Koninklijke Landmacht en der Koninklijke Luchtmacht (Stb. 1931, 378). Aanvankelijk werd in hoofdstuk 4, Bevordering, van het Algemeen militair ambtenarenreglement niet gesproken van bevordering in verband met functie-toewijzing, maar - evenals in de oude reglementen - van bevordering "bij vacature". Artikel 21 lid 3 (oud) Amar bepaalde: "Bevordering vindt in beginsel slechts plaats, indien in de desbetreffende rang vacatures bestaan." Deze formulering liet ruimte voor een beleid waarin bevordering voorop werd gesteld: de functies die vrij kwamen werden in beginsel toegewezen aan militairen die op grond van het gevoerde beleid voor bevordering aan de beurt waren. Bevordering en functietoewijzing behoeften in dit stelsel niet samen te vallen.<sup>3)</sup>

Ook bevatte hoofdstuk 4 (oud) een bepaling die bevordering ter beloning mogelijk maakte. Deze bepaling (artikel 30 lid 1 Amar) luidde: "Een militair kan, met afwijking van een of meer bepalingen van dit hoofdstuk, buitengewoon worden bevorderd ter beloning van een schitterend wapenfeit of van een andere daad of verrichting, waardoor hij zich zeer bijzonder heeft onderscheiden."<sup>4)</sup> De bepaling paste in het toen geldende stelsel waar in bevordering in zekere zin losstond van functietoewijzing.

<sup>1)</sup> Zie in artikel 27 lid 4 Amar.

<sup>2)</sup> Zie artikel 130 lid 2 Amar.

<sup>3)</sup> Zo kon na functietoewijzing met bevordering worden gewacht tot een later tijdstip. Zie hieromtrent CRvB 15 mei 1968, MRT 1968, blz. 437.

<sup>4)</sup> Een soortgelijke bepaling kwam voor in de toen geldende Wet bevordering en ontslag beroepsmilitairen (Stb. 1954, 575).

Per 1 januari 1990 is het Algemeen militair ambtenarenreglement ingrijpend gewijzigd. Het oude hoofdstuk 4, Bevordering, is vervangen door een geheel nieuw hoofdstuk 4, Functie-toewijzing en bevordering. In dit nieuwe hoofdstuk is tussen bevordering en functietoewijzing een zodanig verband gelegd, dat het bevorderingsbeleid een afgeleide is geworden van het functietoewijzingsbeleid. Thans staat functietoewijzing voorop; en niet langer, zoals vroeger, bevordering.<sup>5)</sup>

Ten grondslag aan het nieuwe stelsel ligt artikel 27 lid 4 Amar: “Aan de militair die een functie is toegewezen waaraan een hogere rang is verbonden dan de rang die hij bekleedt, wordt op de datum van ingang van functievervulling die hogere rang toegekend.” Deze bepaling houdt niet alleen in dat een militair, aan wie een functie wordt toegewezen waaraan een hogere rang is verbonden dan hij bekleedt, moet worden bevorderd, maar ook dat, indien aan een militair niet een zodanige functie is toegewezen, bevordering achterwege dient te blijven. Dit is ook het standpunt van de Centrale Raad van Beroep. Zie hieromtrent CRvB 11 maart 1994, MRT 1996, blz. 364, m.nt. G.L.C.: “Mede gelet op de nota van toelichting bij het Algemeen militair ambtenarenreglement, waarin is vermeld dat artikel 27 de kernbepaling bevat dat bevordering is gerelateerd aan een functie waaraan een hogere klasse of rang is verbonden dan die welke de militair tot dan toe bekleedt, moet het ervoor worden gehouden dat het systeem van artikel 27 inhoudt dat bevordering en functietoewijzing wel degelijk onlosmakelijk zijn verbonden, behoudens de in artikel 27 en 28 Amar limitatief opgesomde (...) specifieke uitzonderingsgevallen. Het Algemeen militair ambtenarenreglement biedt derhalve geen ruimte voor de door eiser gewenste bevordering.”

De bepaling, die bevordering ter beloning mogelijk maakte, paste in het geheel niet in het nieuwe stelsel. Omdat de Minister van Defensie de bevordering ter beloning echter wenste te handhaven, werd de bepaling “uit een oogpunt van systematiek” overgebracht naar hoofdstuk 11, Andere rechten en verplichtingen.

### *De bevordering ter beloning*

Thans bepaalt artikel 130 lid 2 Amar: “De militair kan, in afwijking van de bepalingen van hoofdstuk 4, buitengewoon worden bevorderd ter beloning van een zeer belangrijk wapenfeit of van een andere daad of verrichting, waardoor hij zich zeer bijzonder heeft onderscheiden”. De tekst is dezelfde als de tekst van het oude artikel 30 lid 1 Amar. Slechts zijn de woorden “met afwijking van een of meer bepalingen van dit hoofdstuk” vervangen door: “in afwijking van de bepalingen van hoofdstuk 4”.<sup>7)</sup>

Hoofdstuk 11 bevat inzake de bevordering ter beloning geen nadere regels. Uit de in artikel 130 lid 2 Amar voorkomende zinsnede “in afwijking van de bepalingen van hoofdstuk 4” kan echter worden afgeleid dat is bedoeld dat de bepalingen van hoofdstuk 4 in beginsel ook de bevordering ter beloning beheersen. In dit verband rijst de vraag welke gevolgen het heeft indien een militair ter beloning tot een hogere rang is bevorderd. Behoudt hij, ondanks de hogere rang, de functie die hij bekleedt? En wat geschiedt, indien hem korte tijd later een functie wordt toegewezen waaraan de hogere rang, die hem ter beloning is toegekend, is verbonden? Gaat de beloning dan verloren of wordt de militair opnieuw bevorderd?

<sup>5)</sup> Wie bevoegd is tot functietoewijzing en tot ontheffing uit een functie is bepaald in artikel 19 Amar.

<sup>6)</sup> Zie hieromtrent de nota van toelichting (Stb. 1989, 368).

<sup>7)</sup> Hoofdstuk 4 bevat overigens niet alleen, zoals vroeger, bepalingen inzake bevordering, maar regelt ook de functietoewijzing en de waarneming.

*Voorstel*

Ik stel voor de bepaling die bevordering ter beloning mogelijk maakt, dus artikel 130 lid 2 Amar, te schrappen. De mogelijkheid een militair ter beloning te bevorderen past volstrekt niet in het thans geldende stelsel, waarin bevordering en functietoewijzing onlosmakelijk zijn verbonden. Handhaving geeft bovendien slechts voedsel aan de onjuiste gedachte dat in wezen elke bevordering een beloning inhoudt; en dus elke passering voor bevordering, bijvoorbeeld wegens beperkte (ver)plaatsbaarheid, een straf.<sup>8)</sup> Ook is niet duidelijk wat de beloning in geval van bevordering ter beloning precies inhoudt.

---

<sup>8)</sup> Zie artikel 19 lid 4 Amar: "Indien de militair buiten staat is de hem toegewezen functie te vervullen, kunnen daaraan door de functietoewijzingsautoriteit, als bedoeld in het eerste lid, consequenties worden verbonden met betrekking tot de toekomstige functietoewijzing." Zie ook CRvB 23 november 1995, MRT 1996, p. 257, m.nt. G.L.C.

## STRAFRECHTSPRAAK

### Arrondissementsrechtbank te Arnhem

Militaire kamer  
Vonnissen van 11 juni 2000

*Voorzitter:* Mr. B.N. Krol, *Lid:* Mr. G. Krake, *Militair lid:* Luitenant-kolonel Mr. A.M. van Gorp.

#### **Niet-ontploffte clusterbom**

*Verdachte stuit in Kosovo op kinderen die met niet-ontploffte clusterbom spelen. Door verzuim op te treden - waartoe dienstvoorschrift verplicht - ontploft het explosief: twee doden. Ontvankelijkheid openbaar ministerie. Straftoemeting.*

(Sr artt. 307 - 309; WMSr artt. 136, 137; Sv art. 359 lid 5)

#### VERKORT STRAFVONNIS

in de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen v.H., S., geboren op [...] te R., wonende: S., [...], kornet, mnr. [...], laatstelijk ingedeeld bij [...].

#### *1. De tenlastelegging*

[Aan verdachte is ten laste gelegd dat:]

hij als militair, op of omstreeks 21 mei 2000, tezamen en in vereniging met anderen of een ander, althans alleen, te of nabij Kosovo (route 'Lion'), in elk geval in voormalig Joegoslavië, opzettelijk, het dienstvoorschrift 'Vaste Order 1 (NL) GNHULPBAT KFOR', hoofdstuk 3 (operatiën), onderwerp 7 (mijnen en uxo's), waarin was voorgeschreven dat bij het te velde stuiten op (vermoed) explosief gehandeld dient te worden conform het gestelde in de instructiekaart IK 5-137 van de Koninklijke Landmacht (inhoudende 'wat te doen bij het aantreffen van een verdacht voorwerp'), niet heeft opgevolgd, aangezien hij, verdachte, en/of zijn mededader opzettelijk in strijd met het gestelde in deze instructiekaart, na het (te velde) stuiten op een zogenaamde (cluster)bom, althans een (vermoed) explosief (in handen van, althans in de nabijheid van een of meer kinderen) de basis-veiligheidsregels van die IK 5-137 niet in acht heeft/hebben genomen door: niet de vindplaats van die (cluster)bom, althans vermoed explosief, te markeren en/of er niet voor zorg te dragen dat anderen van die (cluster)bom, althans (vermoed) explosief, afbleven en/of niet zijn/hun commandant te waarschuwen en/of tevens, de eveneens in genoemde instructiekaart opgenomen aanwijzingen, niet in acht heeft/hebben genomen door niet de rest van het personeel te waarschuwen en/of niet het (gevaarlijke) gebied te markeren en/of niet (direct) zijn/hun, bevindingen aan zijn/hun commandant te rapporteren, terwijl daardoor levensgevaar voor een of meer anderen te duchten is geweest, te weten een of meer kinderen, en/of ten gevolge van welk feit een of twee van die kinderen is/zijn overleden;

[...]

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

hij als militair, op of omstreeks 21 mei 2000, tezamen en in vereniging met anderen of een ander, althans alleen, te of nabij Kosovo (route 'Lion'), in elk geval in voormalig Joegoslavië, in ernstige mate nalatig het dienstvoorschrift 'Vaste Order 1 (NL) GNHULPBAT KFOR', hoofdstuk 3 (operatiën), onderwerp 7 (mijnen en uxo's), waarin is voorgeschreven dat bij het te velde stuiten op (vermoed) explosief, gehandeld dient te worden

conform het gestelde in de instructiekaart IK 5-137 van de Koninklijke Landmacht (inhoudende 'wat te doen bij het aantreffen van een verdacht voorwerp'), niet heeft opgevolgd, aangezien hij, verdachte, en/of zijn mededader in ernstige mate nalatig en in strijd met het gestelde in deze instructiekaart, na het te velde stuiten op een zogenaamde (cluster)bom, althans een (vermoed) explosief (in handen van, althans in de nabijheid van een of meer kinderen), de basis-veiligheidsregels van die IK 5-137 niet in acht heeft/hebben genomen door: niet de vindplaats van de 'clusterbom', althans (vermoed) explosief, te markeren en/of er niet voor zorg te dragen dat anderen van die (cluster)bom, althans (vermoed) explosief, afbleven en/of niet zijn/hun commandant te waarschuwen en/of tevens, de eveneens in genoemde instructiekaart opgenomen aanwijzingen, niet in acht heeft/hebben genomen door: niet de rest van het personeel te waarschuwen en/of niet het (gevaarlijke) gebied te markeren en/of niet (direct) zijn/hun bevindingen aan zijn/hun commandant te rapporteren terwijl als gevolg daarvan levensgevaar voor een of meer anderen te duchten is geweest, te weten een of meer kinderen, en/of ten gevolge van welk feit een of twee van die kinderen is/zijn overleden;

althans, indien het vorenstaande niet tot een veroordeling leidt, meer subsidiair:

hij, als sergeant in dienst bij de krijgsmacht, en als zodanig in de uitoefening van enig ambt of beroep, op of omstreeks 21 mei 2000 te Kosovo (route 'Lion'), in ieder geval in voormalig Joegoslavië, tezamen en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen, grovelijk, althans aanmerkelijk onvoorzichtig en/of onachtzaam en/of nalatig is geweest, door toen aldaar, na het aantreffen van een zogenaamde (cluster)bom, althans een explosief, welk explosief werd aangetroffen in handen van, althans bij een of meer kinderen, nadat bij en/of zijn mededader de kinderen had/hadden bevolen/gevraagd, althans door woorden of met gebaren had/hadden verzocht/bevolen/verplicht die (cluster)bom, althans dat explosief in de berm neer te leggen, niet de plaats waar dat explosief werd neergelegd te markeren en/of er niet voor zorg te dragen dat dat explosief werd afgeschermd en/of onschadelijk gemaakt en/of niet (ter bescherming van anderen) zelf op die gevaarlijke plek achter te blijven en/of een ander op die plaats achter te laten totdat dat explosief onschadelijk werd gemaakt en/of werd opgeruimd en/of afgeschermd en/of niet zorg te dragen dat genoemde kinderen niet meer bij dat explosief konden komen en/of geen andere voorzorgsmaatregelen te nemen, waardoor het aan zijn, verdachtes en/of zijn mededader(s) schuld te wijten is geweest dat een of twee van die kinderen zodanig letsel heeft/hebben bekomen, dat deze aan de gevolgen daarvan is/zijn overleden en/of een of twee van die kinderen zwaar (levensgevaarlijk) gewond is/zijn geraakt.

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

## *2. Het onderzoek ter terechtzitting*

De zaak is op 28 mei 2001 ter terechtzitting onderzocht.

Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr P. Reitsma, advocaat te Nijkerk.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het primair tenlastegelegde zal worden vrijgesproken.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het subsidiair tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot militaire detentie voor de duur van 4 (vier) maanden voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren.

Voorts heeft de officier van justitie geëist dat verdachte zal worden veroordeeld tot een werkstraf voor de duur van 240 (twee honderd en veertig) uren, bij niet naar behoren ver-

richten te vervangen door een hechtenis voor de duur van 120 (honderd en twintig) dagen.

### 3. *De beslissing inzake het bewijs*

[Ten laste van verdachte is bewezen verklaard dat:]

hij als militair, op 21 mei 2000, tezamen en in vereniging met een ander te Kosovo (route ‘Lion’), in voormalig Joegoslavië, in ernstige mate nalatig het dienstvoorschrift ‘Vaste Order 1 (NL) GNHULPBAT KFOR’, hoofdstuk 3 (operatiën), onderwerp 7 (mijnen en uxo’s), waarin is voorgeschreven dat bij het te velde stuiten op [een] vermoed explosief, gehandeld dient te worden overeenkomstig de instructiekaart IK 5-137 van de Koninklijke Landmacht (inhoudende ‘[...] wat te doen bij het aantreffen van een verdacht voorwerp’), niet heeft opgevolgd, aangezien hij, verdachte, en zijn mededader in ernstige mate nalatig en in strijd met het gestelde in deze instructiekaart, na het te velde stuiten op een zogenaamde (cluster)bom, althans een explosief (in handen van, althans in de nabijheid van [...] kinderen), de basis-veiligheidsregels van die IK 5-137 niet in acht hebben genomen door niet de plaats van de ‘clusterbom’, althans explosief, te markeren en er niet voor zorg te dragen dat anderen die (cluster)bom, althans explosief, afbleven en niet hun commandant te waarschuwen, terwijl als gevolg daarvan levensgevaar voor een of meer anderen te duchten is geweest, te [weten] een of meer kinderen en ten gevolge van welk feit twee van die kinderen zijn overleden.

### 4. *De strafbaarheid van het bewezenverklarde*

Het bewezenverklarde levert op:

subsidiair:

“als militair aan zijn schuld te wijten zijn dat hij een dienstvoorschrift niet opvolgt, terwijl daardoor levensgevaar voor een ander is ontstaan en terwijl het feit iemands dood ten gevolge heeft”,

voorzien en strafbaar gesteld bij artikel 137 aanhef en onder 2° en 3° van het Wetboek van Militair Strafrecht.

Het feit is strafbaar.

### 5. *De strafbaarheid van verdachte*

Er is geen omstandigheid of feit aannemelijk geworden waardoor de strafbaarheid van verdachte wordt opgeheven of uitgesloten. Verdachte is dus strafbaar.

### 6. *De motivering van de sanctie(s)*

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

a. de aard en de ernst van het bewezenverklarde en met de omstandigheden waaronder dit is begaan;

b. de persoon en de persoonlijke omstandigheden van de dader, waarbij is gelet op een uittreksel uit het algemeen documentatieregister betreffende verdachte, gedateerd 12 augustus 2000 (waaruit blijkt dat verdachte niet eerder met justitie in aanraking is geweest).

Het bewezenverklarde nalatige gedrag van verdachte en zijn mededader heeft het leven gekost van twee kinderen, terwijl een ander kind zwaar werd verwond. Het is derhalve een ernstig feit dat op zichzelf een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf rechtvaardigt.

De rechtbank is van oordeel, mede gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, dat verdachte in ernstige mate nalatig is geweest door het niet acht nemen van de basisveiligheidsregels van de IK 5-137. Van verdachte kon verlangd worden dat hij zelf, als militair



meerdere, een grote zorgplicht in acht nam, en afdoende maatregelen zou treffen en het niet had gelaten bij een waarschuwing, zeker nu de slachtoffers kinderen in de leeftijd van zeven tot twaalf jaar oud betroffen. Verdachte heeft in de gegeven situatie met veronachtzaming van het grote gevaar voor derden impulsief gereageerd, uitsluitend oog gehad voor eigen veiligheid en die van zijn medeverdachte.

Als militair meerdere had het op zijn weg gelegen om binnen het kader van het dienstvoorschrift met een afweging van de veiligheidsrisico's handelend op te treden. Zijn nalatigheid als meerdere brengt mee dat voor hem een zwaardere straf past dan voor zijn mededader.

De rechtbank houdt bij het opleggen van de straf rekening met de jeugdige leeftijd van verdachte, het feit dat het gebeuren verdachte zeer heeft aangegrepen en met name de bijzondere operationele omstandigheden.

De rechtbank is derhalve, alles afwegende, van oordeel dat voor de afdoening van de onderhavige zaak oplegging van een voorwaardelijke militaire detentie een passende bestraffing is.

#### *7. Toegepaste wettelijke artikelen*

De beslissing is gegrond, behalve op het reeds aangehaalde voorschrift, op de artikelen 14a, 14b, 14c en 91 van het Wetboek van Strafrecht en op de artikelen 4 en 11 van het Wetboek van Militair Strafrecht.

[ Volgt: Veroordeling tot militaire detentie voor de tijd van vier maanden, voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar.- *Red.* ]

### **Gerechtshof te Arnhem**

Militaire kamer

Arrest van 13 maart 2002

*Voorzitter:* Mr. Lion, *Lid:* Mr. Besier, *Militair lid:* Commodore Mr. Van Groningen.

#### ARREST

gewezen op het hoger beroep, ingesteld tegen het vonnis van de militaire kamer van de arrondissementsrechtbank te Arnhem van 11 juni 2001 in de strafzaak tegen: S.v.H., geboren te R. op [...], wonende te S.

#### *Het hoger beroep*

De officier van justitie heeft tegen voormeld vonnis hoger beroep ingesteld.

#### *Onderzoek van de zaak*

Dit arrest is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting van het hof van 27 februari 2002 en, overeenkomstig het bepaalde bij artikel 422 van het Wetboek van Strafvordering, het onderzoek op de terechtzitting in eerste aanleg.

Het hof heeft kennisgenomen van de vordering van de advocaat-generaal [...], na voorlezing aan het hof overgelegd, en van hetgeen door en namens de verdachte naar voren is gebracht.

#### *Het vonnis waarvan beroep*

Het hof verenigt zich niet met het vonnis, waarvan beroep, zodat dit behoort te worden

vernietigd en opnieuw moet worden rechtgedaan.

#### *Ontvankelijkheid van het openbaar ministerie*

Door de raadsman van verdachte is ter terechtzitting van het hof aangevoerd, dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. Hiertoe is aangevoerd dat noch de Amerikanen noch UNMIK met betrekking tot de onderhavige kwestie worden vervolgd, terwijl vaststaat dat deze kennis droegen van de aanwezigheid van de onderhavige clusterbom voordat verdachte daarvan kennis kreeg en er dus sprake is van rechtsongelijkheid.

Het hof verwerpt dit verweer. Er zijn geen feiten of omstandigheden aannemelijk geworden die meebrengen de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie op grond van het feit dat - wat daarvan zij - noch Amerikanen noch UNMIK met betrekking tot de onderhavige kwestie zijn vervolgd. De desbetreffende beslissingen, zo deze zijn genomen, liggen geheel buiten de bevoegdheid van het Nederlandse openbaar ministerie.

#### *De tenlastelegging*

[Zie het 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 tenlastegelegde 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 tenlastegelegde heeft begaan, met dien verstande dat:

hij als militair, op 21 mei 2000, tezamen en in vereniging met een ander te Kosovo (route 'Lion'), in voormalig Joegoslavië, in ernstige mate nalatig het dienstvoorschrift 'Vaste Order 1 (NL) GNHULPBAT KFOR', hoofdstuk 3 (operatiën), onderwerp 7 (mijnen en uxo's), waarin is voorgeschreven dat bij het te velde stuiten op [een] vermoed explosief, gehandeld dient te worden overeenkomstig de instructiekaart IK 5-137 van de Koninklijke Landmacht (inhoudende '[...] wat te doen bij het aantreffen van een verdacht voorwerp'), niet heeft opgevolgd, aangezien hij, verdachte, en zijn mededader in ernstige mate nalatig en in strijd met het gestelde in deze instructiekaart, na het te velde stuiten op een zogenaamde (cluster)bom, althans een explosief (in handen van, althans in de nabijheid van kinderen), de basis-veiligheidsregels van die IK 5-137 niet in acht hebben genomen door niet de plaats van de 'clusterbom', althans explosief, te markeren en er niet voor zorg te dragen dat anderen die (cluster)bom, althans explosief, afbleven, terwijl als gevolg daarvan levensgevaar voor een of meer anderen te duchten is geweest, te weten een of meer kinderen en ten gevolge van welk feit twee van die kinderen zijn overleden.

Het hof acht niet bewezen hetgeen verdachte meer of anders is tenlastegelegd dan hierboven is bewezenverklaard, zodat deze daarvan behoort te worden vrijgesproken.

#### *Strafbaarheid van het bewezenverklaarde*

Het bewezene levert op het misdrijf  
ten aanzien van het subsidiair bewezenverklaarde:

“als militair aan zijn schuld te wijten zijn dat hij een dienstvoorschrift niet opvolgt, terwijl daardoor levensgevaar voor een ander ontstaat en terwijl het feit iemands dood ten gevolge heeft”.

#### *Strafbaarheid van de verdachte*

Verdachte is strafbaar, nu geen omstandigheid is gebleken of aannemelijk geworden die verdachte niet strafbaar zou doen zijn.

#### *Oplegging van straf en/of maatregel*

Het hof acht na te melden strafoplegging in overeenstemming met de aard en de ernst van het bewezenverklarde en de omstandigheden waaronder dit is begaan, mede gelet op de persoon van verdachte, zoals van een en ander bij het onderzoek ter terechtzitting is gebleken.

#### *Toepasselijke wettelijke voorschriften*

Het hof heeft gelet op de artikelen 22c en 22d van het Wetboek van Strafrecht en de artikelen 4 en 137 van het Wetboek van Militair Strafrecht.

[Volgt: Veroordeling tot werkstraf voor de duur van 180 uur, subsidiair 90 dagen hechtenis.-Red.]

#### NASCHRIFT

1. *Hoewel de bewijsmiddelen - niettegenstaande art. 365a j° 408 Sv<sup>1)</sup> - niet aan het vonnis van de rechtbank gehecht zijn - is daaruit nog wel te reconstrueren wat op 21 mei 2000 in Kosovo gebeurde. Verdachte - die toen de rang van sergeant bekleedde - en zijn mededader - soldaat der eerste klasse - zagen langs de route ‘Lion’ kinderen spelen met een (deel van een) zgn. clusterbom.<sup>2)</sup> Het dienstvoorschrift ‘Vaste Order 1 (NL) GNHULPBAT KFOR’ schreef in dit geval voor de vindplaats van het explosief te markeren en ervoor te zorgen dat anderen ervan afbleven. Dat verzuimden verdachte en zijn mededader, met fatale gevolgen: het explosief ontplofte en twee kinderen kwamen om. Uit de uitspraken blijkt niet waarom verdachte en zijn mededader dit niet voorkwamen. Hen werd primair ten laste gelegd dat zij het dienstvoorschrift opzettelijk niet nageleefd hadden (art. 136, aanhef en onder 4° WMSr), subsidiair dat aan hun schuld te wijten was dat zij het niet nageleefd hadden (art. 137, aanhef en onder 3° WMSr) en meer subsidiair dood door schuld, begaan in de uitoefening van ambt of beroep (artt. 307, 308 j° 309 Sr). Verdachte en zijn mededader werden zowel in eerste aanleg als in hoger beroep veroordeeld ter zake van het subsidiair ten laste gelegde.*

2. *In hoger beroep werd namens beide verdachten het verweer gevoerd dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk verklaard diende te worden: toen zij op het niet-ontplof-*

<sup>1)</sup> Op grond van art. 408 lid 1, aanhef en onder b moest - nu verdachte ter terechtzitting in eerste aanleg verschenen was - binnen veertien dagen na het vonnis hoger beroep worden ingesteld, zodat het vonnis op de voet van art. 365a met de bewijsmiddelen moest worden aangevuld. ‘s Hof’s arrest bevat geen bewijsmiddelen, omdat geen beroep in cassatie werd ingesteld.

<sup>2)</sup> Waarschijnlijk wordt bedoeld op een wapen van Amerikaanse makelij, dat ongeveer 200 explosieven van elk anderhalve kilo zwaar bevat. Doordat deze bij het afwerpen over een groot gebied verspreid worden, lopen burgers een verhoogd risico getroffen te worden. De felgekleurde explosieven die niet ontploft zijn oefenen grote aantrekkingskracht op kinderen uit. Om deze redenen hebben organisaties als Human Rights Watch en het Internationale Rode Kruis gepleit tegen het gebruik van clusterbommen, laatstelijk toen deze in oktober 2001 in Afghanistan werden ingezet.

te explosief stuitten zou de aanwezigheid daarvan reeds bekend geweest zijn bij het Amerikaanse contingent en bij UNMIK<sup>3)</sup>, die evenmin iets gedaan hadden. Strafvervolgning zou getuigen van rechtsongelijkheid. Dat het hof dit verweer verwerpt, wekt geen verbazing. Waar Nederland geen rechtsmacht kan doen gelden, kan niet-vervolgning niet aan het openbaar ministerie worden toegerekend.<sup>4)</sup>

3. Omdat de bewijsmiddelen ontbreken kan de vraag waarom van het primair ten laste gelegde werd vrijgesproken niet worden beantwoord. Dat is te betreuren, want te vrezen is dat gevallen als dit zich vaker zullen voordoen. Slechts de strafmotivering van de rechtbank houdt een aanwijzing in, waar zij melding maakt van "bijzondere operationele omstandigheden". Maar op de vraag wat die inhielden blijft ook de rechtbank het antwoord schuldig.

4. De omstandigheid dat verdachte de meerdere van zijn mededader was komt tot uitdrukking in de opgelegde straffen: vier maanden militaire detentie, voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar resp. drie maanden gevangenisstraf, voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar in eerste aanleg, 180 uur werkstraf, subsidiair 90 dagen hechtenis resp. 80 uur werkstraf, subsidiair 40 dagen hechtenis in hoger beroep. Maar waar de rechtbank met zoveel woorden laat meewegen dat verdachte de meerdere van zijn mededader was, volstaat het hof in beide gevallen met een standaardmotivering. De rechtbank overweegt ten aanzien van verdachte dat hij als meerdere - de veiligheidsrisico's afwegende - handelend had moeten optreden, hoewel dit niet afdeed aan de eigen verantwoordelijkheid van zijn mededader. Het hof overweegt daarentegen ten aanzien van beiden dat de opgelegde straf in overeenstemming is met aard en ernst van het bewezenverklaarde, de omstandigheden waaronder dit begaan is en de persoon van verdachte. Daarmee kon het hof m.i. niet volstaan: zijn motivering doet geen recht aan de omstandigheid dat verdachte de meerdere van zijn mededader was, noch een de 'bijzondere operationele omstandigheden' waarin zijn zich bevonden. Daardoor wordt onvoldoende uitdrukking gegeven aan het strafrechtelijke verwijt: door de nalatigheid van verdachte en zijn mededader waren twee doden gevallen.

M.M.D.

<sup>3)</sup> United Nations Interim Administration Mission in Kosovo.

<sup>4)</sup> Ingevolge de artt. 4 en 5 WMSr is de Nederlandse strafwet buiten tijd van oorlog slechts van toepassing op de Nederlandse militair die zich buiten Nederland aan een strafbaar feit schuldig maakt.

**BESTUURSRECHTSPRAAK**

**Centrale Raad van Beroep**  
 Uitspraak van 21 februari 2002  
 99/1779 MAW

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

**De enige die aan de eisen voldeed**

*Een onderofficier maakte door middel van een Vacature Reactie Formulier (VRF) zijn belangstelling kenbaar voor de functie van [Z.]. De Commissie van Advies inzake Functietoewijzing (CAFT) merkte hem, samen met een andere kandidaat, ex aequo aan als eerste voorkeur. Toen, na afloop van de sollicitatiegesprekken, aan de onderofficier werd medegedeeld dat hem de functie niet zou worden toegewezen, stelde hij tegen dit (na bezwaar gehandhaafde) besluit beroep in. De rechtbank verklaarde het beroep ongegrond. De Centrale Raad van Beroep oordeelt echter, zoals uit onderstaande uitspraak blijkt, anders. In de door de CAFT gehanteerde concept-FOFE (Functieomschrijving en Functie-eisen) zijn de eisen en wensen vastgelegd die van belang worden geacht voor een goede vervulling van de functie van [Z.], aldus de Raad. Bij de beoordeling van de sollicitanten moeten deze eisen en wensen dan ook als uitgangspunt worden gehanteerd. Nu appelland als enige aan alle gestelde eisen voldeed, is hem de functie van [Z.] ten onrechte niet toegewezen.*

(Art. 23 AMAR)

## UITSPPRAAK

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

*I. Ontstaan en loop van het geding*

Namens appelland is op bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de door rechtbank 's-Gravenhage op 9 februari 1999, onder nummer AWB 98/01786 MAWKLA gegeven uitspraak, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 10 januari 2002, waar appelland is verschenen in persoon, bijgestaan door mr. A.E.M. van Wessum, werkzaam bij de ACOM, CNV-bond van militairen. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. A. Habets, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

*II. Motivering*

1.1. Appelland, [X.] van het wapen der [Y.], heeft in mei 1997 door middel van een Vacature Reactie Formulier zijn belangstelling kenbaar gemaakt voor de functie van [Z.] [T.] van [U.] brigade. Aan deze functie was de rang van adjudant-onderofficier verbonden. De in verband met deze vacature ingestelde Commissie van Advies inzake Functietoewijzing (CAFT) heeft appelland samen met een andere kandidaat ex aequo als eerste voorkeur aangemerkt. Nadat het ressort met de door de CAFT als eerste voorkeur aangemerkte kandidaten een sollicitatiegesprek had gevoerd, is appelland bij besluit van 14 juli 1997 medegedeeld dat de functie niet aan hem werd toegewezen. Bij het bestreden

besluit van 16 januari 1998 heeft gedaagde deze afwijzing gehandhaafd.

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

3.1. Appellant heeft zich er niet mee kunnen verenigen dat hem de onderhavige functie niet is toegewezen, omdat naar zijn mening sprake is geweest van een oneerlijke sollicitatieprocedure. Hij heeft ook in hoger beroep in dit kader onder meer naar voren gebracht dat de kandidaat aan wie de functie uiteindelijk is toegewezen niet voldeed aan de eis die is opgenomen in de bij de onderhavige vacaturevervulling gehanteerde concept-FOFE (een formulier met de functieomschrijving en functie-eisen), dat de opleiding van NBC Stafofficieren/onderofficieren 1Lk/Natco met succes moest zijn gevolgd.

3.2. Gedaagde heeft erkend dat de kandidaat aan wie de functie is toegewezen niet voldeed aan deze eis. Gedaagde heeft in dit verband echter gewezen op het in deze gehanteerde dispensatiebeleid dat inhoudt dat het niet hebben gevolgd van een vereiste kortdurende opleiding, zoals in het onderhavige geval de onder 3.1. vermelde opleiding, door de CAFT niet als uitsluitingsgrond wordt gehanteerd. Hierbij geldt uiteraard dat degene die niet aan deze opleidingseis voldoet na functietoewijzing alsnog op korte termijn deze opleiding zal moeten volgen.

4. De Raad overweegt het volgende.

4.1. In de in het onderhavige geval door de CAFT gehanteerde concept-FOFE zijn de eisen en wensen vastgelegd die van belang worden geacht voor een goede vervulling van de functie van [Z.] [T.] van [U.] brigade. Bij de beoordeling van de sollicitanten moeten deze eisen en wensen naar het oordeel van de Raad dan ook als uitgangspunt worden gehanteerd. De gedingstukken laten zien dat appellant, in tegenstelling tot de kandidaat aan wie de functie uiteindelijk is toegewezen, de voormelde opleiding reeds had gevolgd terwijl hij tevens aan alle overige in de concept-FOFE opgenomen eisen en wensen voldeed. Als zodanig was appellant de enige voor benoeming in aanmerking komende sollicitant. In de omstandigheid dat de uiteindelijke benoemde kandidaat hoger in rang was dan appellant, kon voor de CAFT geen grond zijn gelegen hem “ex aequo” met appellant gelijk te stellen en vervolgens in feite de keuze over te laten aan het ressort. Naar het oordeel van de Raad is appellant dan ook ten onrechte de functie niet toegewezen. Het door gedaagde in de loop van de procedure gedane beroep op het dispensatiebeleid heeft de Raad niet tot een ander oordeel kunnen brengen. Gezien de in de FOFE gestelde opleidingseis kon naar het oordeel van de Raad niet in de loop van de procedure alsnog een beroep op dit dispensatiebeleid worden gedaan.

4.2. Het vorenstaande betekent dat de aangevallen uitspraak, evenals het bestreden besluit, voor vernietiging in aanmerking komt. Appellant zal alsnog in de positie moeten worden gebracht als ware hem de onderhavige functie per 1 juni 1997 toegewezen.

5. 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 appellant in eerste aanleg verleende rechtbijstand en van € 644,- aan kosten wegens aan appellant in hoger beroep verleende rechtbijstand, alsmede tot een bedrag groot € 32,11 aan reiskosten in eerste aanleg en tot een bedrag groot € 22,58 aan reiskosten in hoger beroep, in totaal derhalve € 1.342,69

Beslist moet worden als volgt.

### *III. Beslissing*

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,  
RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak en het besluit van gedaagde van 16 januari 1998; Bepaalt dat gedaagde een nieuw besluit neemt op het administratief beroep van appellant met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen; Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appellant tot een bedrag van € 1.342,69 betalen door de Staat der Nederlanden; Bepaalt dat de Staat der Nederlanden aan appellant het door hem betaalde griffierecht van in totaal € 249,58 (voorheen f 550,-) vergoedt.

NASCHRIFT

*Verwezen wordt in dit verband naar: (1) CRvB 12 maart 1998, MRT 1999, p. 60 (De niet geselecteerde kandidaat), (2) CRvB 6 januari 2000, MRT 2000, p. 419 (De niet geselecteerde kandidaat II) en (3) CRvB 8 maart 2001, MRT 2001, p. 328 (De niet geselecteerde kandidaat III), alle m.nt. G.L.C. In de eerste en tweede zaak beantwoordt de Centrale Raad van Beroep de vraag of de door de appellant geambieerde functie in redelijkheid aan een andere kandidaat had kunnen worden toegewezen, bevestigend. In de derde zaak beantwoordt de Raad deze vraag, evenals in de onderhavige zaak, ontkennend.*

G.L.C.

---

**Centrale Raad van Beroep**

Uitspraak van 7 maart 2002

99/1913 MAW

*Voorzitter:* Mr. G.P.A.M. Garvelink-Jonkers; *leden:* Mr. J.H. Kreveld en Mr. R. Kooper

**Een huurbijdrage van 17 of van 15%?**

*Een onderofficier, geplaatst bij de marinebasis (...) in de Nederlandse Antillen, betrok met ingang van 7 mei 1996 een woning, die hij huurde van de aldaar gevestigde Stichting (...). Op grond van de huurovereenkomst bedroeg de huurbijdrage 17% van de som van de bezoldiging (bij plaatsing in Nederland) en het bedrag van de geldende duurtcorrectie. Bij rekest van 31 januari 1997 verzocht de onderofficier, zich beroepend op artikel 8a van de Regeling voeding en huisvesting militairen, het percentage van 17 met terugwerkende kracht te verlagen tot 15. Toen dit verzoek werd afgewezen, stelde hij tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) afwijzing beroep in. De rechtbank verklaarde het beroep gegrond en vernietigde het bestreden besluit. De Centrale Raad van Beroep oordeelt echter, zoals hieronder valt te lezen, anders. Uit het bepaalde in het eerste lid van artikel 8a blijkt, aldus de Raad, dat dit artikel slechts ziet op specifiek voor militairen bestemde woningen. Daarvan is in het onderhavige geval geen sprake. Zoals ook in de statuten van de Stichting valt te lezen, kunnen de door deze Stichting beheerde woningen ook aan bij Defensie werkzaam burgers worden verhuurd.*

UITSpraak

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

*I. Ontstaan en loop van het geding*

Namens appellant is bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep

ingesteld tegen de door de rechtbank 's-Gravenhage op 8 maart 1999, onder nummer AWB 98/03454 MAWKMA gegeven uitspraak, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 24 januari 2002, waar appellant zich heeft laten vertegenwoordigen door mr. H.P. van der Lelie, werkzaam bij het Ministerie van Defensie. Voor gedaagde is verschenen J.G. de Werker-Bekx, werkzaam bij de VBM/NOV te Den Haag.

## *II. Motivering*

1.1. Gedaagde, [X.] van de logistieke dienst administratie bij de [Y.] vervulde sedert 7 mei 1996 de functie van [V.] bij de marinebasis [W.] op [Z.]. Hij heeft aldaar met ingang van die datum een woning betrokken, welke hij huurde van de Stichting [T.] in de Nederlandse Antillen en Aruba. Op grond van de huurovereenkomst die hij met deze stichting heeft gesloten, bedroeg de huurbijdrage 17% van de som van de bezoldiging waarop bij plaatsing in Nederland aanspraak bestaat en het bedrag van de duurtcorrectie berekend over het standaard Netto Nederland.

1.2. Met een beroep op het bepaalde in de Regeling huisvesting en voeding militairen (hierna: de Regeling) heeft gedaagde bij rekest van 31 januari 1997 verzocht het voormelde percentage van 17% met terugwerkende kracht tot 7 mei 1996 te verlagen tot 15%, welk verzoek bij besluit van 25 april 1997 is afgewezen. Na bezwaar heeft appellant bij het bestreden besluit van 19 februari 1998 deze afwijzing gehandhaafd.

2. Tegen dat besluit heeft gedaagde beroep ingesteld.

3. De rechtbank was van oordeel dat appellant het verzoek van gedaagde ten onrechte heeft afgewezen, daartoe in hoofdzaak overwegende dat op de woonsituatie van gedaagde onmiskenbaar artikel 8a van de Regeling van toepassing is, welk artikel voorziet in een huurbijdrage van 15%. De rechtbank heeft het beroep van gedaagde dan ook gegrond verklaard en het bestreden besluit vernietigd. Voorts heeft de rechtbank appellant opgedragen een nieuw besluit op bezwaar te nemen met inachtneming van hetgeen in de uitspraak is overwogen. Daarnaast heeft de rechtbank appellant veroordeeld tot betaling van de door gedaagde gemaakte proceskosten en vergoeding gelast van het door hem betaalde griffierecht.

4. De Raad overweegt het volgende.

4.1. In artikel 8a, eerste lid, van de Regeling is bepaald dat de militair die een passende woning huurt uit een bestand van het door het Ministerie van Defensie in eigendom verworven of gehuurde, specifiek voor militairen bestemde woningen, hiervoor maandelijks een bijdrage is verschuldigd.

4.2. Ingevolge artikel 8a, tweede lid, aanhef en onder b, ten tweede, van de Regeling bedraagt deze eigen bijdrage, indien de woning is gelegen buiten Nederland, de Bondsrepubliek Duitsland en Goose Bay (Canada), 15% van de bezoldiging vermeerderd met 15% van de duurtcorrectie - voor zover deze positief is -, berekend over het voor de militair geldend standaard Netto Nederland in zin van het Voorzieningsstelsel buitenland defensie personeel (VBD).

4.3. Gedaagde heeft verzocht om met toepassing van vorenstaande bepalingen het voormelde inhoudingspercentage van 17% te verlagen tot 15%. Uit het bepaalde in het voormelde artikel 8a, eerste lid, van de Regeling blijkt echter dat artikel 8a van de Regeling slechts ziet op specifiek voor militairen bestemde woningen en daarvan is in het onderhavige geval geen sprake. Zoals ook blijkt uit de statuten van de Stichting [T.] in de Nederlandse Antillen en Aruba, kunnen de door deze stichting beheerde woningen immers



zowel worden verhuurd aan militairen als aan burgerpersoneel van het Ministerie van Defensie zodat de door gedaagde van deze stichting gehuurde woning niet kan worden aangemerkt als een specifieke voor een militair bestemde woning als bedoeld in de Regeling. Anders dan de rechtbank is de Raad dan ook van oordeel dat gedaagdes verzoek terecht is afgewezen.

5. Het vorenstaande betekent dat de aangevallen uitspraak in rechte geen stand kan houden en dat het inleidende beroep van gedaagde tegen het besluit van 19 februari 1998 alsnog ongegrond moet worden verklaard.

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

Beslist moet worden als volgt.

### *III. Beslissing*

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak; Verklaart het inleidende beroep alsnog ongegrond.

---

### **Centrale Raad van Beroep**

21 maart 2002

99/5009 MAW

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

### **Overmatig alcoholgebruik tijdens uitzending**

*Een onderofficier maakte zich tijdens zijn uitzending naar Angola meermalen schuldig aan overmatig gebruik van alcohol. Naar aanleiding van dit gedrag ontving hij, na terugkeer in Nederland, een afkeurende brief van de Commandant Koninklijke Marechaussee, welke brief vervolgens, op een enkel punt gewijzigd, als ambtsbericht in het personeelsdossier werd opgelegd. Toen de onderofficier hiertegen bezwaar maakte, verklaarde de Staatssecretaris van Defensie dit bezwaar ongegrond. Ook het hiertegen ingestelde beroep werd door de rechtbank ongegrond verklaard. Zoals in onderstaande uitspraak valt te lezen, oordeelt de Centrale Raad van Beroep anders. De Raad is van oordeel dat het bestreden besluit (in mandaat genomen door het Hoofd Sectie Juridische Aangelegenheden) onbevoegdlijk is genomen. Omdat echter moet worden aangenomen dat de staatssecretaris zich inhoudelijk met het besluit kan verenigen, ziet de Raad aanleiding om toch in te gaan op de zaak ten gronde. Vervolgens neemt de Raad als vaststaand aan dat de onderofficier zich bij herhaling heeft schuldig gemaakt aan overmatig alcoholgebruik. Na uitvoerige overwegingen komt de Raad echter tot de slotsom "dat niet is komen vast te staan dat in het geval van appellant sprake is geweest van wangedrag van een zodanige ernst dat dit - gegeven de kennelijk door gedaagde gehanteerde normen - na ongeveer anderhalf jaar nog een ambtsbericht kon rechtvaardigen."*

(Ambtsbericht)

UITSpraak

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

### *I. Ontstaan en loop van het geding*

Namens appellant is op bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage van 12 augustus 1999, nr. 98/9974 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Op verzoek van de Raad heeft gedaagde nog enkele stukken overgelegd.

Het geding is behandeld ter zitting van 10 januari 2002, waar appelland in persoon is verscheen, bijgestaan door mr. A.E.M. van Wessum, werkzaam bij de ACOM en waar gedaagde zich heeft doen vertegenwoordigen door mr. W. Baron, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

### *II. Motivering*

1. Voor een meer uitgebreide weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden verwijst de Raad naar de aangevallen uitspraak. De Raad volstaat met vermelding van de volgende, als vaststaand aangenomen, gegevens.

1.1. Appellant, wachtmeester der eerste klasse bij de Koninklijke marechaussee, is van 13 juli 1995 tot 8 januari 1996 in de functie van United Nations Police Officer (UNPO) uitgezonden naar Angola, als lid van het Nederlandse contingent van de United Nations Angola Verification Mission (UNAVEM) aldaar.

1.2. Naar aanleiding van berichten over ernstige misdragingen van militairen van de Verenigde Naties (VN) in Angola, heeft de Inspecteur-Generaal der Krijgsmacht een onderzoek ingesteld, waarvan de bevindingen zijn neergelegd in een rapport van 30 augustus 1997. In het rapport is onder meer aangegeven dat - hoewel de Nederlandse militairen binnen UNAVEM in het algemeen hoog stonden aangeschreven - er voldoende duidelijke aanwijzingen zijn om het wangedrag van tien militairen administratiefrechtelijk te (doen) corrigeren. In vijf van deze gevallen, waaronder dat van appelland, ging het om overmatig gebruik van alcohol. Op grond van dit rapport heeft de Commandant Koninklijke marechaussee zowel mondeling als in een brief van 15 september 1997 zijn afkeuring over het gedrag van appelland uitgesproken en gedaagde verzocht de inhoud van deze brief aan te merken als een ambtsbericht.

1.3. Gedaagde heeft de zaak voor advies omtrent de verificatie van de inhoud van de brief van 15 september 1997 voorgelegd aan het Adviesorgaan Bestuursrechtelijke Geschillen Koninklijke Landmacht (ABGKL). Het ABGKL heeft, na onder meer appelland en enkele getuigen te hebben gehoord, gedaagde op 21 november 1997 geadviseerd de brief, behoudens een wijziging in de tweede alinea, als ambtsbericht aan te merken.

1.4. Bij besluit van 26 november 1997 heeft de Souchef Personeelszaken, namens gedaagde, overeenkomstig het advies van de ABGKL beslist. Het daartegen gerichte bezwaar van appelland is door het Hoofd van de Sectie Juridische Aangelegenheden, namens gedaagde, bij het bestreden besluit van 20 november 1998 ongegrond verklaard.

1.5. Tegen dit besluit heeft appelland beroep bij de rechtbank ingesteld. Dit beroep is bij de aangevallen uitspraak ongegrond verklaard.

2. Met betrekking tot de bevoegdheid om op het bezwaar van appelland te beslissen, overweegt de Raad het volgende.

2.1. Ingevolge artikel 10:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kan een bestuursorgaan mandaat verlenen, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald of de aard van de bevoegdheid zich tegen de mandaatverlening verzet. In het derde lid is bepaald dat mandaat tot het beslissen op een bezwaarschrift niet wordt verleend aan degene die het besluit waartegen het bezwaar zich richt, krachtens mandaat heeft genomen.

2.2. In het onderhavige geval is het primaire besluit in mandaat genomen door de Souchef Personeelszaken. De beslissing op bezwaar is in mandaat genomen door het Hoofd van de Sectie Juridische Aangelegenheden. Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting moet als vaststaand worden aangenomen dat het Hoofd organisatorisch ondergeschikt is aan de Souchef. Hoewel deze situatie op zichzelf niet valt onder het verbod van artikel 10:3, derde lid, van de Awb, is de Raad van oordeel dat (ook) hier sprake is van een geval waarin de aard van de bevoegdheid zich tegen mandaatverlening verzet. Blijkens het bepaalde in artikel 7:11 van de Awb, strekt de in die wet geregelde bezwaarprocedure ertoe dat het besluit waartegen het bezwaar is gericht aan een heroverweging wordt onderworpen. Dat de wetgever met zoveel woorden heeft uitgesloten dat degene die dit besluit namens het bestuursorgaan heeft genomen ook op het bezwaar beslist, is kennelijk vooral ingegeven door de opvatting dat in die situatie de heroverweging onvoldoende vrij en onbevangen kan plaatsvinden en de interne controlefunctie van de bezwaarprocedure onvoldoende tot haar recht komt. Hetzelfde moet naar het oordeel van de Raad gelden indien de heroverweging geschiedt door een ondergeschikte van degene die het besluit namens het bestuursorgaan heeft genomen. Reeds het enkele bestaan van een formele gezagsrelatie brengt hier een afhankelijkheid met zich die niet strookt met de strekking van de bezwaarprocedure zoals deze de wetgever kennelijk voor ogen heeft gestaan.

2.3. Gelet op het vorenstaande, had het Hoofd van de Sectie Juridische Aangelegenheden van de hem gemandateerde bevoegdheid in dit geval geen gebruik mogen maken. Hieraan doet niet af dat, naar van de zijde van gedaagde is aangevoerd, de Sectie Juridische Aangelegenheden juist is ingesteld om op bezwaarschriften te beslissen. Dat deze Sectie als gespecialiseerde vakafdeling in de praktijk zelfstandig en zonder inmenging van hogerhand functioneert kan, wat er verder van zij, evenmin tot een ander oordeel leiden, nu een in die zin gevestigde praktijk de formele gezagsrelatie onverlet laat.

2.4. De Raad concludeert dan ook dat het bestreden besluit onbevoegdlijk is genomen en reeds om die reden ten onrechte door de rechtbank in stand is gelaten.

3. Nu moet worden aangenomen dat gedaagde zich inhoudelijk met het bestreden besluit kan verenigen, ziet de Raad aanleiding om tevens in te gaan op de zaak ten gronde.

3.1. In de Ministeriële kennisgeving van 25 maart 1976, centrale afdeling militaire personeelszaken, nr. 388.796 D, gepubliceerd als Landmachtmededeling nr. 007-76, is het beleid met betrekking tot zogenoemde ambtsberichten nader uiteengezet. Blijkens deze Landmachtmededeling wordt in het kader van het personeelsbeleid in algemene zin onder "ambtsbericht" verstaan: ieder schriftelijk bericht, afkomstig van een ambtelijk orgaan (met inbegrip van een bondgenootschappelijke functionaris) en ter kennis gebracht van een onder het Ministerie van Defensie ressorterende autoriteit, dat gegevens behelst betreffende persoonlijke gedragingen of omstandigheden van een militair en dat tot grondslag dient voor een door de vorenbedoelde autoriteit ten aanzien van de betrokkene te nemen beslissing op rechtspositioneel gebied. Berichten die aan deze omschrijving van een ambtsbericht voldoen en die - kort gezegd - niet reeds in een ander kader zijn geregeld, worden, voor zover zij in nadelige zin (mede) bepalend zijn voor te nemen rechtspositionele beslissingen, door de tot het nemen van die beslissingen bevoegde autoriteit eerst gebruikt nadat zij zijn geverifieerd. Dit houdt in dat de betrokken militair door de zorg van die autoriteit daarmee alsnog in kennis zal worden gesteld en dat hem de gelegenheid zal worden geboden de juistheid ervan te weerleggen, tenzij vast staat dat dit reeds is gebeurd, aldus de Landmachtmededeling. Blijkens de stukken en het verhandelde ter

zitting komt de regeling er in de praktijk op neer, dat gedaagde na ontvangst van een daarvoor in aanmerking komend bericht de betrokken militair doet horen en zonodig nader onderzoek doet verrichten, waarna gedaagde beslist of het bericht al dan niet “als ambtsbericht wordt aangemerkt”. Is dit laatste het geval, dan wordt het ambtsbericht in het personeelsdossier van de militair gevoegd en daarin - anders dan gedaagde ten overstaan van de rechtbank heeft gesteld - gedurende diens gehele loopbaan bewaard. Aldus staat het ambtsbericht ter beschikking van de bevoegde autoriteiten bij het nemen van concrete beslissingen die betrekking hebben op de rechtspositie van de militair.

3.2. De Commandant Koninklijke marechaussee heeft gedaagde in kennis gesteld van de brief van 15 september 1997 waarin hij zijn afkeuring heeft uitgesproken over door hem als zeer laakbaar bestempeld gedrag van appellant in Angola.

3.3. Gedaagde heeft dit bericht, na onderzoek en advies door de ABGKL, als ambtsbericht aangemerkt. Daarbij is het gedrag van appellant (nader) aldus omschreven, dat hij zich tijdens zijn verblijf in Angola in het kader van UNAVEM veelvuldig heeft schuldig gemaakt aan overmatig alcoholgebruik, althans gebruik in zodanige mate, dat meerderen zich daaraan ernstig hebben gestoord. Dit besluit is door gedaagde in bezwaar gehandhaafd. Het daartegen gerichte beroep van appellant is door de rechtbank bij de aangevalnen uitspraak ongegrond verklaard.

3.4. Appellant heeft op zichzelf erkend dat hij in Angola enkele malen teveel alcohol heeft gedronken. Dit is met name gebeurd tijdens zijn driedaagse verblijven op het VN-hoofdkwartier te Luanda, waar hij vanaf zijn buitenpost periodiek heen moest voor het regelen van zaken. Tegenover de rechtbank heeft hij verklaard dat het dan ging om ongeveer acht biertjes over een hele dag, te beginnen rond het middaguur. Appellant heeft evenwel benadrukt dat dit overmatige gebruik zich op VN-terrein heeft afgespeeld en niet tot incidenten heeft geleid. Hij heeft erop gewezen dat de meerderen die zich volgens hun verklaringen aan zijn gedrag hebben gestoord hem daarop destijds nimmer hebben aangesproken. Van zijn gedrag is hem pas zo'n anderhalf jaar na terugkeer in Nederland een verwijt gemaakt, in het kader van een onderzoek dat is ingesteld naar aanleiding van berichten over veel ernstiger misdragingen van VN-militairen. Appellant kan zich niet aan de indruk onttrekken, dat de militaire leiding de bij dit onderzoek alsnog afgelegde verklaringen over zijn drankgebruik heeft aangegrepen om hoe dan ook een voorbeeld te kunnen stellen. Daar komt nog bij, dat de tegen hem gerichte getuigenverklaringen mede waren ingegeven door de animositeit die destijds bestond tussen twee groepen binnen het Nederlandse contingent. Het handhaven van het ambtsbericht valt naar de mening van appellant ook niet te rijmen met het feit dat gedaagde in een vergelijkbaar geval, betrekking hebbende op de majoor [C.] (hierna te noemen: de majoor[C.]), het ambtsbericht inzake diens overmatige drankgebruik uit het personeelsdossier heeft doen verwijderen.

3.5. De Raad stelt voorop dat appellant als VN-militair gehouden was tot naleving van de voor leden van de UNAVEM vastgestelde gedragsregels. Deze komen er voor zover hier van belang op neer, dat het gebruik van alcoholische dranken verboden is tijdens diensttijd en in gebieden waarin de plaatselijke bevolking daaraan op godsdienstige gronden aanstoot zou nemen. Voor het overige wordt er in de gedragsregels op gewezen dat overmatig alcoholgebruik tot ernstige incidenten zou kunnen leiden en wordt een normaal gebruik van alcohol aanbevolen (“A normal use of alcohol is recommended”). Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting moet ervan worden uitgegaan dat appellant gedurende zijn verblijf op het VN-hoofdkwartier ingevolge de voormelde gedragsregels een beperkt gebruik van alcoholische dranken was toegestaan. De op zichzelf terechte vaststelling van gedaagde dat appellant tijdens zijn uitzending naar Angola gedurende 24

uur per etmaal en 7 dagen per week VN-militair was, kan hieraan niet afdoen.

3.6. De Raad is voorts van oordeel dat consumptie van bier in de orde van grootte zoals door appelland erkend voor een VN-militair een normaal gebruik van alcohol ruimschoots te boven gaat. Als vaststaand moet worden aangenomen dat appelland zich hieraan bij herhaling heeft schuldig gemaakt en daarmee de door hem in acht te nemen gedragsregels heeft overtreden.

3.7. De Raad stelt echter tevens vast dat het gedrag van appelland blijktbaar niet heeft geleid tot incidenten van enige betekenis en dat de ter plaatse aanwezige Nederlandse militairen hem destijds hooguit in de collegiale sfeer op zijn drankgebruik hebben aangesproken. Van klachten bij of reprimandes door meerderen is niet gebleken. Evenmin is sprake geweest van disciplinair onderzoek, laat staan van krijgstuchtelijke bestraffing. De appelland in het ambtsbericht verweten feiten zijn eerst geruime tijd na afloop van de uitzending opnieuw boven water gekomen, uitsluitend als gevolg van de omstandigheid dat in algemene zin - dus niet specifiek op appelland betrokken - verhalen de ronde zijn gaan doen over ernstige misdragingen door VN-militairen in Angola en daarnaar in opdracht van de Minister van Defensie een omvangrijk en intensief onderzoek is ingesteld.

3.8. Voorts kan de Raad er niet aan voorbij zien dat gedaagde heeft erkend dat hij in het geval van de majoor[C.], waarin eveneens sprake was van herhaald overmatig drankgebruik, een vrijwel gelijkkluidend ambtsbericht uit het personeelsdossier heeft verwijderd nadat de beslissing op bezwaar in die zaak door de rechtbank was vernietigd op de grond dat deze in strijd was met het rechtszekerheidsbeginsel, omdat tegen majoor[C.] reeds in Angola een huishoudelijk onderzoek was ingesteld dat toen niet tot krijgstuchtelijke maatregelen heeft geleid. Voorts achtte de rechtbank de beslissing in strijd met het evenredigheidsbeginsel, omdat de tekst van het ambtsbericht, hoewel letterlijk genomen niet onjuist, bij kennisneming daarvan buiten de context van de ingestelde onderzoeken aanleiding zou kunnen geven tot voor de majoor[C.] ongunstige rechtspositionele consequenties die niet worden gerechtvaardigd door hetgeen hem in de sfeer van zijn alcoholgebruik tijdens verlof in Luanda te verwijten valt. Tegen deze uitspraak heeft gedaagde geen hoger beroep ingesteld, hetgeen niet anders kan worden aangemerkt dan als berusting in de juistheid ervan. Gedaagde heeft de Raad er niet van kunnen overtuigen dat het geval van de majoor[C.] dusdanig verschilde van het geval van appelland dat het uit beleidsmatig oogpunt gerechtvaardigd zou kunnen zijn om beiden niet op gelijke wijze te behandelen. Dat de majoor[C.] de consumptie van vijf of zes biertjes per dag heeft toegegeven, kan zulk een verschil in behandeling niet verklaren, nu dit evenals de door appelland erkende consumptie van ongeveer acht biertjes na zoveel tijd niet anders meer kan zijn geweest dan een ruwe schatting. Dat tegen de majoor[C.] een huishoudelijk onderzoek is ingesteld en tegen appelland niet, heeft uit een oogpunt van rechtszekerheid een zeker gewicht, maar valt bij de vergelijking weg tegen de omstandigheid dat de ernst van appellands drankgebruik kennelijk in de ogen van zijn meerderen zulk een onderzoek niet eens rechtvaardigde. Gedaagde heeft nog aangevoerd dat appelland niet alleen in Luanda doch ook op zijn post in Lobito overmatig drank heeft gebruikt, maar de daarvoor bestaande aanwijzingen zijn naar het oordeel van de Raad onvoldoende stellig en duidelijk om daaruit een wezenlijk verschil met het geval van de majoor[C.] te distilleren. Tenslotte wijst de Raad erop dat de majoor[C.] hoger in rang was dan appelland, zodat een vergelijkbare mate van drankgebruik in het geval van de majoor[C.] eerder ernstiger dan minder ernstig zou moeten worden opgenomen.

3.9. Al het vorenstaande leidt de Raad tot het oordeel dat niet is komen vast te staan dat in het geval van appelland sprake is geweest van wangedrag van een zodanige ernst dat dit

- gegeven de kennelijk door gedaagde gehanteerde normen - na ongeveer anderhalf jaar nog een ambtsbericht kon rechtvaardigen.

3.10. Daarbij merkt de Raad nog op dat - evenals de rechtbank heeft geconstateerd in de zaak van de majoor[C.] - ook 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. Dit klemt temeer nu een ambtsbericht consequenties kan hebben voor een veelheid aan rechtspositionele beslissingen, waarvan de aard en het gewicht niet op voorhand zijn te overzien.

3.11. Onder deze omstandigheden kan ook het primaire besluit niet in stand blijven.

4. Het hoger beroep treft doel. De aangevallen uitspraak, het bestreden besluit en het primaire besluit dienen alle te worden vernietigd.

5. 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 eerste aanleg verleende rechtsbijstand en van een bedrag groot € 644,- aan kosten wegens aan appelland in hoger beroep verleende rechtsbijstand, in totaal derhalve € 1.288,-.

### *III. Beslissing*

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak, het namens gedaagde genomen besluit van 20 november 1998 en het besluit van gedaagde van 26 november 1997;

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appelland tot een bedrag van € 1.288,-, te betalen door de Staat der Nederlanden;

Bepaalt dat de Staat der Nederlanden aan appelland het door hem in eerste aanleg en in hoger beroep betaalde griffierecht van in totaal € 249,58 (voorheen f 550,- ) vergoedt.

**Centrale Raad van Beroep**

22 maart 2002

99/2393 MAW

*Voorzitter:* Mr. J.C.F. Talman; *leden:* Mr. K. Zeilemaker en Mr. R. Kooper

**De donderslag bij heldere hemel**

*Van een sergeant, belast met de functie van chef bureau bevoorrading a/b van een marineschip, waren over de perioden juni 1995-juli 1996 en juli 1996-juni 1997 twee beoordelingen vastgesteld, beide met als totaalbeeld de waardering D ("Beoordeelde vertoonde kwaliteiten die duidelijk uitgingen boven de eisen die de uitoefening van de functie stelt"). Voorts was hem in december 1995 een functioneringsgratificatie toegekend en in augustus 1997 een blijk van waardering. Toen vond, in september 1997, een controle materieellogistiek plaats over de periode september 1995-augustus 1997, uitgevoerd door de dienst Interne Controle Koninklijke Marine (ICKM). Deze controle mondde uit in een rapport met de voorlopige waardering "onvoldoende". Naar aanleiding van dit rapport werd de sergeant per brief medegedeeld dat hij tekort was geschoten in zijn functie en dat het hoge beoordelingsbeeld in de over hem opgemaakte beoordelingen niet in een juiste verhouding stond met de bevindingen van de ICKM. De brief werd vervolgens, op enkele punten aangevuld, krachtens besluit van de Bevelhebber der Zeestrijdkrachten, als ambtsbericht in het persoonsdossier van de sergeant opgelegd. De rechtbank beantwoordde de vraag of de Bevelhebber de brief (zoals aangevuld), ondanks de reeds vastgestelde beoordelingen, als ambtsbericht had mogen aanmerken, bevestigend: de brief bevatte informatie over het functioneren van de sergeant aan boord. Zoals in de onderstaande uitspraak valt te lezen, acht de Centrale Raad van Beroep dit standpunt van de rechtbank juist. Ook onderschrijft de Raad de overwegingen waarop het standpunt berust. Voorts is de Raad niet gebleken dat de inhoud van de brief, gelezen in samenhang met het besluit van de Bevelhebber, voor onjuist dient te worden gehouden.*

(Ambtsbericht)

## UITSpraak

in het geding A., wonende te B. appellant, en de Bevelhebber der Zeestrijdkrachten, 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 29 maart 1999, nr. AWB 98/7487 MAWKMA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 8 februari 2002, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. M.A. de Jonge, werkzaam bij de Vakbond voor Defensiepersoneel VBM/NOV. Gedaagde heeft zich doen vertegenwoordigen door mr. M.C.J. Varkevisser-van den Brekel, 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, sergeant van de logistieke dienst goederenbeheer, heeft van 17 oktober 1994 tot 7 september 1997 de functie van chef bureau bevoorrading vervuld aan boord van Hr. Ms. [X.]. Over het functioneren van appellant zijn twee beoordelingen vastgesteld, respectievelijk over de periode 19 juni 1995 tot 3 juli 1996 en de periode 3 juli 1996 tot 16 juni 1997. Deze beoordelingen hebben als totaaloordeel de waardering D en geven aan dat appellant in het algemeen kwaliteiten bezit die duidelijk uitgaan boven de eisen die de vervulling van de functie stelt. Voorts is appellant op 12 december 1995 een functionerings-gratificatie toegekend en op 15 augustus 1997 een blijk van waardering.

1.2. In september 1997 is door de Interne Controle Koninklijke Marine (hierna: ICKM) bij Hr. Ms. [X.] een controle materieelslogistiek uitgevoerd over de periode 9 september 1995 tot en met 31 augustus 1997. De ICKM heeft op 16 oktober 1997 een rapport uitgebracht met de voorlopige waardering "onvoldoende".

1.3. Naar aanleiding van het ICKM-rapport is appellant bij brief van 2 februari 1998 onder meer medegedeeld dat hij tekort is geschoten in de organisatie en controle op zijn bureau en de uitvoering van zijn eigen werkzaamheden en dat het (zeer) hoge beoordelingsbeeld in de over hem opgemaakte beoordelingen aan boord van Hr. Ms. [X.] niet in een juiste verhouding staat tot de bevindingen van de ICKM. De brief van 2 februari 1998 is opgenomen in het personeelsdossier van appellant.

2. Bij het bestreden besluit van 25 augustus 1998 heeft gedaagde de brief van 2 februari 1998, zoals bij die beslissing aangevuld, als ambtsbericht gehandhaafd.

3. In geschil is thans de vraag of gedaagde de brief van 2 februari 1998, zoals aangevuld, ondanks de vastgestelde beoordeling heeft mogen aanmerken als een ambtsbericht en voorts wat er zij van de inhoud van die brief, gelezen in samenhang met het bestreden besluit van 25 augustus 1998.

4.1. De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak geoordeeld dat gedaagde de brief van 2 februari 1998, zoals aangevuld, terecht heeft aangemerkt als een ambtsbericht, nu deze brief informatie bevat over appellants functioneren aan boord, en de Procedureregels ambtsberichten militaire zeemacht hiertoe de mogelijkheid bieden. De Raad acht dit oordeel van de rechtbank juist en onderschrijft de overwegingen waarop het berust. Naar aanleiding van hetgeen appellant in hoger beroep daartoe nog heeft aangevoerd, overweegt de Raad als volgt.

4.2. Ten betoge dat het ambtsbericht in strijd is met het gelijkheidsbeginsel stelt appellant dat het ICKM-rapport slechts voor hem rechtspositionele gevolgen heeft gehad en niet voor het Hoofd Logistieke Dienst (HLD) en andere medewerkers. Appellant is van mening dat het rapport ook voor het HLD gevolgen moet hebben, aangezien appellant ten aanzien van zijn werkzaamheden wel een bepaalde verantwoordelijkheid had, maar de eindverantwoordelijkheid veelal bij de HLD lag. Deze grief treft geen doel nu, naar namens gedaagde ter zitting van de Raad is medegedeeld, het ICKM-rapport wel degelijk ook voor de ambtelijke positie van het HLD gevolgen heeft gehad. Gelet op appellants positie ten opzichte van andere medewerkers, met andere taken en verantwoordelijkheden, kan de Raad niet inzien dat hier sprake is van gelijke gevallen die gelijk behandeld dienen te worden.

4.3. De Raad is voorts niet gebleken dat de inhoud van de brief van 2 februari 1998, gelezen in samenhang met het bestreden besluit van 25 augustus 1998 voor onjuist dient te worden gehouden. Appellant heeft de in het bestreden besluit genoemde, op het ICKM-rapport gebaseerde onvolkomenheden en tekortkomingen in essentie niet weersproken. Gedaagdes standpunt dat appellant gezien diens positie binnen de organisatie, deze onvol-



komenheden en tekortkomingen althans mede kunnen worden aangerekend is door appellant niet inhoudelijk betwist.

4.4. Dat appellant, naar hij heeft aangevoerd, niet in de gelegenheid is gesteld zijn functioneren te verbeteren, is een gevolg van het feit dat de ICKM-controle aan het einde van zijn diensttijd aan boord van Hr. Ms. [X.] heeft plaatsgevonden en doet aan de juistheid van de bevindingen van de ICKM niet af. Gedaagde heeft met juistheid gesteld dat het feit dat de geconstateerde tekortkomingen pas in een later stadium bekend werden, niet betekent dat zij niet meer tot de verantwoordelijkheid van appellant behoorden.

5. Gelet op het vorenstaande kan het hoger beroep niet slagen en dient de aangevallen uitspraak te worden bevestigd.

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

7. Beslist wordt zoals in rubriek III is vermeld.

### III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

#### NASCHRIFT

1. Naast beoordelingen (in de zin van artikel 131 AMAR) staan ambtsberichten. Onder een ambtsbericht wordt verstaan: een schriftelijk bericht, afkomstig van een ambtelijk orgaan (met inbegrip van een bondgenootschappelijke functionaris) en ter kennis gebracht van een tot het nemen van rechtspositionele beslissingen bevoegde autoriteit, dat gegevens bevat aangaande het functioneren en/of het gedrag van een militair en dat niet als een beoordeling kan worden aangemerkt. Op een ambtsbericht mag, bij het nemen van een rechtspositionele beslissing ten nadele van de geadresseerde militair, geen acht worden geslagen dan nadat de militair van de inhoud van het bericht schriftelijk in kennis is gesteld. Deze kennisgeving dient gepaard te gaan met de mededeling dat het bericht als een ambtsbericht in het persoonsdossier van de militair zal worden opgelegd.

2. De mededeling dat het ambtsbericht in het persoonsdossier zal worden opgeslagen is een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Zie hieromtrent bijvoorbeeld CRvB 27 februari 1997, MRT 1997, p. 305, m.nt. G.L.C.: "Met het aanmerken van een bericht van de commandant als een ambtsbericht wordt immers aan de in dat bericht vervatte mededeling omtrent het functioneren een status gegeven vergelijkbaar met die van een beoordeling van de betrokken militair." Dit betekent dat tegen de kennisgeving schriftelijk bezwaar kan worden gemaakt en vervolgens tegen het op het bezwaarschrift genomen besluit beroep kan worden ingesteld.

3. Evenals een beoordeling moet een ambtsbericht dat het functioneren van een militair tot onderwerp heeft, van dit functioneren een juist beeld geven. In de onderhavige zaak is naar het oordeel van de Raad aan deze eis voldaan. Zie hieromtrent rechtsoverweging 4.3. Ook kunnen, zoals de onderhavige uitspraak leert, een beoordeling en een ambtsbericht op dezelfde periode betrekking hebben.

4. Naast ambtsberichten staan berichten (brieven) die slechts corrigerende opmerkingen bevatten. Tegen zodanige brieven staat geen beroep open. Zie hieromtrent CRvB 18 oktober 2001, TAR 2002, nr. 8: "(De Raad is) van oordeel dat ook onder de werking van de Algemene wet bestuursrecht brieven als hier in het geding slechts zijn op te vatten als een normaal sturingsmiddel in de interne verhoudingen. Zij zijn daarom niet aan te mer-

*ken als besluiten waarbij het (rechtspositioneel) belang van de geadresseerde ambtenaar rechtstreeks is betrokken of als andere handelingen als bedoeld in artikel 8:1, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht en derhalve niet als voor bezwaar en beroep vatbare besluiten of andere handelingen.”*

G.L.C.

---

**Centrale Raad van Beroep**  
Uitspraak van 28 maart 2002  
99/1214 MAW

*Voorzitter:* Mr. M.M. van der Kade; *leden:* Mr. T. Hoogenboom en Mr. K. Zeilemaker

**Blootgesteld aan asbestvezels**

*De weduwe van een in 1996 aan longkanker overleden gewezen marineman [C.] verzocht de Staatssecretaris van Defensie om aansprakelijkheid te erkennen voor de door haar ten gevolge van dit overlijden geleden en nog te lijden schade en deze schade te vergoeden. De longkanker zou zijn veroorzaakt door de blootstelling van [C.] tijdens zijn marinejaren (van april 1957 tot april 1963) aan asbestvezels. Toen dit verzoek werd afgewezen, stelde de weduwe tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) afwijzing beroep in. De rechtbank verklaarde het beroep ongegrond. Deze uitspraak wordt door de Centrale Raad van Beroep, zoals hieronder valt te lezen, bevestigd. De Raad komt tot de slotsom dat niet met voldoende waarschijnlijkheid is komen vast te staan dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de werkzaamheden en/of werkomstandigheden van [C.] bij de Koninklijke Marine (in de periode april 1957-april 1963) en de in 1996 bij hem manifest geworden longkanker.*

(Schadevergoeding)

UITSpraak

in het geding A., wonende te B. appellant, en de Bevelhebber der Zeestrijdkrachten, gedaagde.

*I. Ontstaan en loop van het geding*

Namens appellante is op de daartoe bij aanvullend beroepschrift (met bijlagen) aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 18 januari 1999, nr. AWB 98/7839 MAWKMA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift (met bijlagen) ingediend.

Vanwege appellante is daarop een reactie gegeven.

Bij schrijven van 7 februari 2002 zijn namens appellante nog nadere stukken in het geding gebracht.

Het geding is behandeld ter zitting van 15 februari 2002, waar appellante in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. R.F. Ruers, advocaat te Utrecht. Gedaagde heeft zich doen vertegenwoordigen door mr. M.C.J. Varkevisser-van den Brekel, bijgestaan door L.G. Koenen, medisch adviseur, en mr. M. van Reigersberg Versluys, allen werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

## II. Motivering

1. De Raad gaat bij zijn oordeelsvorming uit van de volgende feiten en omstandigheden, welke niet door partijen worden betwist.

1.1. Appellante is gehuwd geweest met [C.] (hierna: [C.]) die van 23 april 1957 tot 23 april 1963 in dienst was bij de Koninklijke Marine, laatstelijk als [X.]. Op 14 juli 1996 is [C.] aan de gevolgen van een adenocarcinoom van de longen (longkanker) overleden. Voor de door appellante als gevolg daarvan geleden en nog te lijden schade heeft zij gedaagde bij brief van 22 augustus 1997 verzocht om de aansprakelijkheid te erkennen en de schade te vergoeden.

1.2. Bij besluit van 6 januari 1998 heeft gedaagde geweigerd aansprakelijkheid te erkennen op de grond dat het overlijden van [C.] niet in verband kan worden gebracht met blootstelling aan asbestvezels. Bij het bestreden besluit van 3 juni 1998 heeft gedaagde de bezwaren van appellante ongegrond verklaard.

1.3. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het namens appellante tegen dat besluit ingestelde beroep ongegrond verklaard. Daartoe heeft de rechtbank overwogen dat gedaagde in beginsel in zijn stelling kan worden gevolgd dat een rechtstreeks en oorzake-lijk of verergerend verband tussen de door [C.] voor gedaagde verrichte werkzaamheden en zijn ziekte niet kan worden aanvaard, aangezien [C.] maximaal zes jaren voor gedaagde werkzaamheden heeft verricht - en hoogstwaarschijnlijk minder - zodat niet is voldaan aan het door deskundigen gehanteerde en door gedaagde naar het oordeel van de rechtbank terecht omarmde criterium dat de longkanker zoals die zich bij [C.] heeft ontwikkeld, eerst geacht wordt als gevolg van blootstelling aan asbest te zijn ontstaan indien zodanige blootstelling ten minste tien jaren in intensieve mate heeft geduurd.

1.4. Namens appellante is in hoger beroep het standpunt ingenomen dat de rechtbank ten onrechte voorbij is gegaan aan een juiste berekening van de cumulatieve blootstelling aan asbest, waarbij de duur van de blootstelling moet worden vermenigvuldigd met de gemiddelde blootstelling, zodat uiteindelijk het aantal zogenoemde vezeljaren wordt verkregen. Naar de stelling van appellante heeft [C.] gedurende zijn dienstverband bij gedaagde intensief blootgestaan aan asbestvezels. In dit verband heeft appellante naar voren doen brengen dat de rechtbank ten onrechte geen aandacht heeft geschonken aan het deskundigenrapport waarin is beslist door de kantonrechter te Middelburg in de zaak [D.]/[E.]. Appellante is van oordeel dat ook in dit geding de in dat rapport gehanteerde rekenkundige formule moet worden gehanteerd, zodat een percentage wordt verkregen dat aangeeft in hoeverre de ziekte van [C.] kan worden toegerekend aan de blootstelling aan asbestvezels. Appellante heeft de Raad verzocht om alsnog door een onafhankelijk deskundige deze berekening te laten verrichten.

2. Alvorens over te gaan tot een beoordeling van het geding ten gronde overweegt de Raad dat hij de in rubriek I genoemde stukken die namens appellante bij brief van 7 februari 2002 zijn ingezonden, niet in zijn beoordeling zal betrekken. In artikel 8:58, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is bepaald dat partijen tot tien dagen voor de zitting stukken kunnen indienen. Appellantes gemachtigde heeft zich niet aan deze termijn gehouden. Nu gedaagde - zoals ter zitting is meegedeeld - niet tijdig van deze stukken kennis heeft kunnen nemen, is hij in zijn processuele belangen geschaad. De Raad ziet hierin aanleiding die stukken buiten beschouwing te laten.

3. Ten aanzien van de partijen primair verdeeld houdende vraag of de longkanker van [C.] (mede) is veroorzaakt door inademing van vrije asbestvezels tijdens zijn dienstverband bij de Koninklijke Marine overweegt de Raad als volgt.

3.1. Zoals de Raad reeds eerder heeft overwogen (bijvoorbeeld in zijn uitspraak van 12

maart 1998, TAR 1998, 78) acht hij eerst sprake van een causaal verband tussen oorzaak en schade, indien er een voldoende mate van waarschijnlijkheid bestaat dat de werkzaamheden en/of werkomstandigheden van de betrokken ambtenaar de bij die ambtenaar gemanifesteerde ziekte daadwerkelijk hebben veroorzaakt. In het onderhavige geval dient de Raad derhalve te beoordelen of er een voldoende mate van waarschijnlijkheid bestaat dat de bij [C.] in 1996 manifest geworden longkanker is veroorzaakt door de werkzaamheden en/of werkomstandigheden bij de Koninklijke Marine in de periode van 23 april 1957 tot 23 april 1963.

3.2. Tussen partijen is niet in geschil dat in de hier van belang zijnde periode aan boord van varende eenheden van de Koninklijke Marine in de machinekamers, dan wel ketelruimcomplexen reparatiewerkzaamheden werden uitgevoerd waarbij asbesthoudende materialen werden verwijderd, zodat ervan moet worden uitgegaan dat de betrokken machinisten een zeker risico hebben gelopen in aanraking te zijn geweest met vrije asbestvezels.

3.3. Gedaagde heeft gedetailleerd aangegeven dat [C.] slechts in een (klein) deel van zijn zesjarig dienstverband bij de Koninklijke Marine kan worden geacht te zijn blootgesteld geweest aan asbestvezels. Gedaagde heeft eveneens gemotiveerd gesteld dat de intensiteit van die blootstelling gering is geweest, aangezien [C.] slechts een deel van zijn werktijd besteedde aan het wegbreken van asbesthoudend isolatiemateriaal. Ter onderbouwing van dat standpunt heeft gedaagde onder meer gewezen op een in de gedingstukken aanwezige wetenschappelijke publicatie van empirische studies waaruit blijkt dat een onderhoudsmonteur die bij voortdurende asbesthoudend isolatiemateriaal verwijdert, aan 0,07-0,6 asbestvezels per cm<sup>3</sup> ingeademde lucht per jaar wordt blootgesteld. Appellante heeft deze stellingen niet onderbouwd weerlegd, doch is gebleven bij het in overweging 1.4. weergegeven standpunt dat [C.] intensief was blootgesteld aan asbest.

3.4. Nu sprake moet zijn van een in voldoende mate van waarschijnlijkheid, zoals in overweging 3.1. is weergegeven, kan niet - zoals appellante kennelijk beoogt - iedere blootstelling aan asbest (hoe gering ook) in aanmerking worden genomen. Het standpunt van gedaagde, onder verwijzing naar de internationale medische opvattingen hieromtrent, dat van een bepaalde mate van blootstelling sprake moet zijn geweest, wil causaliteit met de ziekte kunnen worden aanvaard, acht de Raad niet onjuist.

3.5. Gelet op het door gedaagde verrichte dossieronderzoek naar het arbeidsverleden van [C.] bij de Koninklijke Marine is het voor de Raad voldoende aannemelijk geworden dat [C.] (aanmerkelijk) minder dan zes jaren onderhoudswerkzaamheden heeft verricht en dat hij daarbij in (zeer) geringe mate is blootgesteld geweest aan asbestvezels. Nu naar het oordeel van de Raad gedaagde op deugdelijk wijze onderzoek heeft verricht, terwijl van de zijde van appellante daar onvoldoende tegenover is gesteld om aan de uitkomsten van dat onderzoek te twijfelen, ziet de Raad geen aanleiding om een nader deskundigenonderzoek te laten verrichten.

3.6. Het voorgaande leidt de Raad tot de conclusie dat niet met voldoende mate van waarschijnlijkheid is komen vast te staan dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de werkzaamheden en/of werkomstandigheden van [C.] bij de Koninklijke Marine in de periode 23 april 1957 tot 23 april 1963 en de in 1996 bij hem manifest geworden longkanker.

3.7. Gelet op het vorenoverwogene kan het hoger beroep niet slagen en moet de aangevallen uitspraak worden bevestigd.

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

5. Beslist wordt derhalve zoals in rubriek III vermeld.

### III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

#### NASCHRIFT

*Volgens vaste jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep is het bestuur in beginsel gehouden de aan een militair toegebrachte schade te vergoeden. Wat deze gehoudenheid in concrete gevallen betreft zoekt de Raad, indien de schade is geleden na 1 januari 1993, in alle gevallen aansluiting bij het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht, met name bij artikel 6:162 lid 1 BW: "Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden." Dit betekent dat geleden schade voor vergoeding in aanmerking indien:*

- *de schade door toedoen van het bestuur is ontstaan; dus tussen het handelen of nalaten van het bestuur en de schade een oorzakelijk verband bestaat;*
- *het handelen of nalaten van het bestuur als onrechtmatig kan worden aangemerkt; het bestuur dus op een of meer punten is tekortgeschoten.*

*Wat het oorzakelijk verband betreft, stelt de Raad in bovenstaande uitspraak: "Zoals de Raad reeds eerder heeft overwogen (bijvoorbeeld in zijn uitspraak van 12 maart 1998, TAR 1998, 78) acht hij eerst sprake van een causaal verband tussen oorzaak en schade, indien er een voldoende mate van waarschijnlijkheid bestaat dat de werkzaamheden en/of werkomstandigheden van de betrokken ambtenaar de bij die ambtenaar gemanifesteerde ziekte daadwerkelijk hebben veroorzaakt." Vervolgens komt de Raad, gelezen de stukken en gehoord partijen, tot de slotsom dat de vereiste mate van waarschijnlijkheid in de onderhavige zaak niet aanwezig is.*

G.L.C.

---

#### Centrale Raad van Beroep

11 april 2002

99/288 + 01/3158 MAW

*Voorzitter:* Mr. J.C.F. Talman; *leden:* Mr. T. Hoogenboom en Mr. A. Beuker-Tilstra.  
Zeilemaker

#### **Toegewezen is toegewezen door het bevoegde Nederlandse gezag**

*Een officier verzocht, na terugkeer van een uitzending in het kader van de vredesoperatie UNTAES, hem met terugwerkende kracht tijdelijk te bevorderen tot de rang van kolonel. Deze rang was, zo stelde hij, aan de door hem tijdens de uitzending vervulde functie verbonden. Toen dit verzoek werd afgewezen, kwam hij tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) afwijzing in beroep. De rechtbank verklaarde het beroep ongegrond. Vervolgens verzocht de officier de Staatssecretaris van Defensie hem met terugwerkende kracht effec-  
tief tot kolonel te bevorderen. Toen ook dit verzoek werd afgewezen, kwam hij wederom in beroep. Ook nu verklaarde de rechtbank het beroep ongegrond. Tegen beide uitspraken*

*stelde de officier hoger beroep in. Zoals in onderstaande uitspraak valt te lezen, bevestigt de Centrale Raad van Beroep de uitspraak van de rechtbank in beide gevallen. Met betrekking tot het standpunt van de officier dat hij tijdelijk bevorderd had dienen te worden, overweegt de Raad dat ingevolge artikel 27 lid 5 AMAR tijdelijke bevordering mogelijk is indien het gewenste optreden van de militair daartoe noodzaakt en het optreden een wezenlijk onderdeel vormt van zijn functie. Naar het oordeel van de Raad kon de staatssecretaris tot het oordeel komen dat een zodanige noodzaak in het onderhavige geval niet aanwezig was. Wat de effectieve bevordering betreft, is de Raad, evenals de rechtbank, van oordeel dat artikel 27 lid 4 AMAR slechts ziet op gevallen waarbij sprake is van functie-toewijzing binnen de reguliere formatie, "in die zin dat de rang die aan de te vervullen functie is verbonden, moet zijn toegekend door de bevoegde Nederlandse defensieautoriteit". Aan deze eis was in casu niet voldaan: de rang van kolonel was aan de functie verbonden door UNTEAS, "zijnde een organisatie die geen deel uitmaakt van de Nederlandse defensieorganisatie".*

(Art. 25 lid 1, 27 lid 4 en 27 lid 5 AMAR)

#### UITSpraak

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

#### *I. Ontstaan en loop van de gedingen*

Namens appellant is op de daartoe bij aanvullende beroepschriften aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraken van de rechtbank 's-Gravenhage van 14 december 1998 en 17 mei 2001, respectievelijk nr. AWB 98/01432 MAWKLA en nr. AWB 00/07588 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is in beide zaken een verweerschrift ingediend.

De gedingen zijn gevoegd met de gedingen die zijn geregistreerd onder de nummers 99/292, 99/294, 99/1775, 01/3156 en 01/3159 MAW, en behandeld ter zitting van 28 februari 2002, waar voor appellant is verschenen mr. P. Reitsma, advocaat te Nijkerk. Gedaagde heeft zich doen vertegenwoordigen door mr. A. H. Habets, werkzaam bij het Ministerie van Defensie. Na de behandeling ter zitting zijn de zaken gesplitst en wordt in de onderhavige gedingen afzonderlijk uitspraak gedaan.

#### *II. Motivering*

1.1. Appellant, ten tijde hier in geding tijdelijk [X.] van het wapen der [Y.], is in het kader van uitzending gedurende de periode van 25 oktober 1996 tot 25 april 1997 geplaatst geweest bij de United Nations Transitional Administration for Eastern Slavonia (UNTAES) in het voormalig Joegoslavië. Bij rekest van 25 november 1996 heeft appellant gedaagde verzocht hem met terugwerkende kracht tijdelijk te bevorderen tot kolonel of hem een waarnemingstoelage toe te kennen, aangezien hij als lid van de militaire staf van UNTAES een functie uitoefent waaraan de rang van kolonel is verbonden. Bij besluit van 5 februari 1997 heeft gedaagde dit verzoek afgewezen.

Bij besluit van 21 januari 1998 heeft gedaagde geoordeeld in de bezwaren van appellant geen aanleiding te hebben gevonden om zijn eerdere afwijzing van appellants rekest te herroepen. De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak van 14 december 1998 het tegen dat besluit ingestelde beroep ongegrond verklaard.

1.2. Nadien heeft appellant gedaagde bij rekest van 2 augustus 1999 verzocht hem met

ingang van 25 oktober 1996 effectief te bevorderen tot de rang van [X.].

Bij gewijzigd besluit van 5 april 2001 heeft gedaagde na gemaakt bezwaar zijn bij besluit van 12 november 1999 gegeven weigering om appelland effectief tot [X.] te doen bevorderen, gehandhaafd. Bij de aangevallen uitspraak van 17 mei 2001 heeft de rechtbank het tegen dat besluit ingestelde beroep ongegrond verklaard.

2. Appelland heeft zich met beide uitspraken niet kunnen verenigen en heeft daartegen hoger beroep doen instellen. De Raad overweegt als volgt.

3.1. Ingevolge artikel 27, vierde lid, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) wordt aan de militair die een functie is toegewezen waaraan een hogere rang is verbonden dan de rang die hij bekleedt, op de datum van ingang van functie vervulling die hogere rang toegekend. Het toekennen van die rang kan tevens, voor een korte periode van voorbereiding, daaraan voorafgaand geschieden.

Op grond van het vijfde lid van artikel 27 van het AMAR kan - voor zover hier van belang - in afwijking van het vierde lid aan de militair in bijzondere gevallen tijdelijk een hogere rang worden toegekend dan die welke hij bekleedt, indien het gewenste optreden van de betrokken militair daartoe noodzaakt en het optreden een wezenlijk onderdeel vormt van zijn functie.

Ingevolge artikel 25, eerste lid, van het AMAR kan de militair, in afwijking van artikel 19, eerste lid, naar regelen te stellen door de minister, voor een periode van maximaal 12 maanden worden belast met de volledige waarneming van een functie. Onder volledige waarneming van een functie wordt verstaan het op aanwijzing van de minister verrichten van het volledige samenstel van werkzaamheden verbonden aan een andere functie dan die aan de militair is toegewezen, met de daarmee gepaard gaande bevoegdheden en verantwoordelijkheden.

3.2. Met betrekking tot de effectieve bevordering zoals deze is geregeld in artikel 27, vierde lid, van het AMAR heeft appelland zich in hoger beroep op het standpunt gesteld dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat bedoeld artikel onderdeel slechts toepassing kan vinden in gevallen waarin sprake is van een reguliere functietoewijzing. Ter onderbouwing van zijn standpunt heeft appelland gewezen op 's Raads uitspraak van 19 november 1998, gepubliceerd in MRT 1999, blz. 172. Naar de opvatting van appelland blijkt uit voormelde uitspraak dat in het daar besliste geval tot effectieve bevordering van een militair werd overgegaan ondanks het feit dat er geen sprake was van een geformaliseerde bemanningslijst en er met tijdelijke en fluctuerende bemanningslijsten werd gewerkt al naar gelang de behoefte van de desbetreffende NAVO-operatie.

Voorts heeft appelland naar voren gebracht dat, indien zou worden vastgehouden aan het vereiste van reguliere functietoewijzing, gedaagde zich bij de uitzending van een militair voor een vredesoperatie telkenmale daarachter kan verschuilen, terwijl de betrokken militair voor geruime tijd wordt ingezet in crisisgebieden onder veelal zware omstandigheden en met grote verantwoordelijkheden.

3.3. De Raad kan appelland niet in zijn zienswijze volgen. Evenals de rechtbank is de Raad van oordeel dat het hier bedoelde artikel onderdeel slechts ziet op die gevallen waarbij sprake is van een functietoewijzing binnen de reguliere formatie, in die zin dat de rang die aan de te vervullen functie is verbonden moet zijn toegekend door de bevoegde Nederlandse defensieautoriteit. In het geval van appelland is aan zijn functie van liaison officier IFOR de hogere rang (van kolonel) toegekend door UNTAES, zijnde een organisatie die geen deel uitmaakt van de Nederlandse defensieorganisatie.

Anders dan de gemachtigde van appelland kennelijk meent, kan voor zijn standpunt ook geen steun worden gevonden in de onder 3.2. genoemde uitspraak van de Raad. Die uit-

spraak betrof een militair die in het detachement Koninklijke Marine Bosnië-1 ten behoeve van een VN-vredesmissie was uitgezonden, derhalve in een binnen de Nederlandse defensieorganisatie geformeerd detachement, zodat onverkort de regels met betrekking tot functietoewijzing en bevordering, zoals nader uitgewerkt in de Regeling functietoewijzing en bevordering KL 1990 golden. De grief van appellant dat hij in het kader van uitzending naar crisisgebieden zijn werkzaamheden onder zware omstandigheden en met grote verantwoordelijkheden moest verrichten, en hij - althans zo begrijpt de Raad - reeds daarom bevorderd moest worden, kan naar het oordeel van de Raad geen doel treffen nu daarvoor geen steun in de van toepassing zijnde regelingen is te vinden.

3.4. Ten aanzien van de tijdelijke bevordering zoals is geregeld in artikel 27, vijfde lid, van het AMAR heeft appellant naar voren doen brengen dat hij beter had kunnen functioneren, indien hij de rang van kolonel had gehad en dat hij bij diverse gelegenheden heeft moeten bemerken dat de door hem verrichte werkzaamheden door hogere officieren van andere nationaliteiten niet voldoende op hun waarde werden geschat. Appellant meent dan ook dat het tijdelijk toekennen van de rang van kolonel voor zijn gewenste optreden noodzakelijk was. Ter ondersteuning van zijn standpunt heeft appellant ook nog een brief van 27 augustus 1996 overgelegd van de kolonel J.M. Jockin, Chief of Staff UNTAES.

3.5. Met betrekking tot dat standpunt overweegt de Raad dat, gelet op het bepaalde in artikel 27, vijfde lid, van het AMAR, tijdelijke bevordering tot de mogelijkheden behoort indien het gewenste optreden van de betrokken militair daartoe noodzaakt en het optreden een wezenlijk onderdeel vormt van zijn functie. Volgens de Raad kon gedaagde tot het oordeel komen dat een dergelijke noodzaak in het geval van appellant niet aanwezig was. De omstandigheid dat hogere buitenlandse officieren appellant, naar diens gevoelen, in zijn functioneren bij UNTAES niet voldoende op zijn waarde schatten, acht de Raad van onvoldoende gewicht om tot een ander oordeel te komen omdat daarmee onvoldoende is aangetoond dat appellant daardoor niet goed of op het juiste niveau zijn functie heeft kunnen uitoefenen. Ten aanzien van de door appellant ingebrachte schriftelijke verklaring van voornoemde kolonel Jockin is de Raad - evenals de rechtbank - van oordeel dat deze verklaring niets zegt over het functioneren van appellant in het licht van de door hem beklede rang, aangezien die verklaring in te algemene termen is gesteld.

3.6. In het kader van de tijdelijke bevordering heeft appellant met een beroep op het gelijkheidsbeginsel nog gewezen op het feit dat twee met name genoemde militairen wel een tijdelijke bevordering kregen. De Raad overweegt dienaangaande dat in één van de genoemde gevallen gedaagde een vergissing had gemaakt door de desbetreffende militair tijdelijk te bevorderen en gedaagde is, gelet op 's Raads bestendige jurisprudentie terzake, niet gehouden aan een dergelijke vergissing de consequentie te verbinden die appellant kennelijk voorstaat. Voorts heeft appellant onvoldoende weersproken dat de militair, die de functie van tolk vervulde, niet in het kader van UNTAES was uitgezonden. Naar het oordeel van de Raad kan appellants beroep op het gelijkheidsbeginsel, nu hij niet aanmerkelijk heeft gemaakt dat hier sprake is van vergelijkbare gevallen, geen doel treffen.

3.7. Omtrent appellants aanspraak op een waarnemingstoelage overweegt de Raad tot slot dat hem - evenals de rechtbank - niet is gebleken dat appellant gedurende de periode van plaatsing bij UNTAES een andere functie heeft vervuld dan waarvoor hij was aangevoerd. Naar het oordeel van de Raad heeft gedaagde, nu geen sprake was van waarneming in de zin van artikel 25, eerste lid, van het AMAR, terecht geen reden gezien om appellant een waarnemingstoelage toe te kennen.

4. Uit het vorenstaande volgt dat de hoger beroepen niet kunnen slagen en de aangevallen uitspraken moeten worden bevestigd.



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

Mitsdien wordt beslist als volgt.

### III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraken.

#### NASCHRIFT

1. *In de onderhavige zaak beriep de officier zich, ter onderbouwing van het door hem ingenomen standpunt, op de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 19 november 1998, gepubliceerd in MRT 1999, p. 172 (m.nt. G.L.C.). Die zaak betrof een sergeant die, uitgezonden in het kader van een vredesmissie, een functie vervulde bij het KM-detachment Bosnië-1, dus bij een binnen de Nederlandse defensieorganisatie gevormd detachment. Dit betekende, aldus toen de Raad, dat de regels inzake functietoewijzing en bevordering onverkort van toepassing waren (hetgeen inhield dat de sergeant tot de aan de functie verbonden rang van sergeant-majoor bevorderd diende te worden). Thans echter was niet door de Nederlandse defensieorganisatie, maar door de UN Transitional Administration for Eastern Slavonia aan de functie de rang van kolonel verbonden. Bevordering, althans effectieve bevordering, diende dus achterwege te worden gelaten.*

2. *In het naschrift bij ArrRb Den Haag 14 december 1998, MRT 1999, p. 167, schreef ik dat artikel 27 lid 4 AMAR zonder enige beperking bepaalt dat - indien aan een militair een functie wordt toegewezen waaraan een hogere rang is verbonden dan hij bekleedt - hij tot die rang moet worden bevorderd. Ik voegde daaraan toe: "Enig onderscheid tussen reguliere functietoewijzing en andere vormen van toewijzing van een functie wordt niet gemaakt." Dit standpunt is (dus) door de onderhavige uitspraak achterhaald. Naar het oordeel van de Raad (en van de rechtbank) ziet artikel 27 lid 4 AMAR slechts op gevallen waarbij sprake is van functietoewijzing binnen de reguliere formatie, "in die zin dat de rang die aan de te vervullen functie is verbonden moet zijn toegekend door de bevoegde Nederlandse defensieautoriteit". Dit betekent dat in artikel 27 lid 4 AMAR voor de woorden "waaraan een hogere rang is verbonden" moet gelezen: waaraan door het bevoegde Nederlandse gezag een hogere rang is verbonden; een alleszins redelijke uitleg.*

3. *Wanneer wel door het bevoegde Nederlandse gezag aan een functie een hogere rang is verbonden, zal effectieve bevordering niet achterwege kunnen blijven, ook niet indien het om een tijdelijke bemanningslijst, geënt op een kortlopende vredesoperatie, gaat. Effectieve bevordering wordt in die gevallen door de defensieorganisatie echter ongewenst geacht. Het heeft een verstorend effect op de (aan het reguliere functiebestand gekoppelde) opbouw van rangen. Om verstorend effecten in gevallen als bedoeld te kunnen voorkomen, blijft aanpassing van het Algemeen militair ambtenarenreglement noodzakelijk. Zie hieromtrent nader: G.L. Coolen, De tijdelijke bevordering, MRT 2002, p. 272-275.*

G.L.C.

## OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

### Resoluties Veiligheidsraad VN

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

#### *De resolutie nader beschouwd*

Sinds 1998 heb ik voor de invulling van deze rubriek gezorgd. Voor die tijd heeft collega Kolonel mr. H.J van der Maesen dat enkele jaren gedaan. In de loop van de jaren is de rubriek inhoudelijk veranderd. Voor 1998 werd een samenvatting gegeven van ontwikkelingen, uitspraken en resoluties van diverse internationale organisaties (NAVO, EU, WEU, VN, etc). Het bleek in de praktijk onmogelijk op alle gebieden de ontwikkelingen bij te houden. Zelf ben ik toen begonnen met het samenvatten van alle door de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties uitgegeven resoluties. Vervolgens heb ik de resoluties gerubriceerd naar het land waarover de resolutie ging. Op deze wijze kon de geïnteresseerde lezer direct zien wat er door de Veiligheidsraad voor een specifiek land of interessegebied was besloten. Mede door mijn uitzending als *Legal Advisor* naar Bosnië heeft de rubriek even stilgelegen. Het onderwerp is momenteel weer met enige regelmaat in de media. Niet alleen als het gaat over vredesmissies en operaties, maar ook sinds 11 september 2001 wordt gediscussieerd over de juridische grondslagen voor militair optreden en de rol van de Veiligheidsraad. Hoogste tijd om weer 'in te zoemen' op de relevante ontwikkelingen. Niet door weer een opsomming te geven van de door de Veiligheidsraad uitgegeven resoluties maar meer door wat dieper op het begrip resolutie in te gaan. In deze rubriek beperk ik me tot de resolutie zelf. In een vervolgrubriek zal ik ingaan op een specifieke missie en de daaraan ten grondslag liggende resoluties.

Een tweetal onderwerpen dat zeer nauw samenhangt met de resolutie zijn het mandaat voor het militair optreden en de daaraan gekoppelde *rules of engagement*. In het geval van een vredesoperatie (IFOR, SFOR, KFOR etc.) ziet het eerste op de taak van de aan de operatie deelnemende militairen en het tweede op de bevoegdheid tot eventueel geweldgebruik bij de uitoefening van die taken. In de praktijk worden deze begrippen nog wel eens door elkaar gehaald en het gevolg kan dan zijn dat wordt besloten tot een bepaald optreden terwijl dit strikt genomen niet tot de militaire taak behoort. Zoals gezegd heeft de rubriek een nieuwe opzet. Ik zal eerst kort iets vertellen over de totstandkoming van een resolutie. Vervolgens zal ik laten zien dat, net als deze rubriek, de resolutie zelf ook aan verandering onderhevig is. Uiteindelijk is in de meeste gevallen de resolutie het juridische brondocument als het gaat om de vraag "wat mag ik in welke gevallen?". Het is daarom van belang te weten hoe een resolutie tot stand komt en wat er in kan staan.

Zoals eerder gezegd zal het in deze en aankomende rubrieken draaien om het begrip resolutie en de daarbij nauw samenhangende onderwerpen als mandaat en *rules of engagement*. Omdat de groep lezers van dit tijdschrift erg divers is en wellicht niet iedereen in de praktijk met dit onderwerp te maken heeft ga ik kort terug naar de 'basics'. Resoluties worden uitgevaardigd door de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties. Deze organisatie is kort na de Tweede Wereldoorlog opgericht met als hoofddoelstelling het handhaven van de internationale vrede en veiligheid. Inmiddels kent de organisatie 190<sup>1)</sup> leden. Staten

<sup>1)</sup> Peildatum 21 september 2002

kunnen zich aanmelden voor het lidmaatschap. De Algemene Vergadering beslist over het lidmaatschap op advies van de Veiligheidsraad<sup>2)</sup>. De Verenigde Naties bestaat uit zes hoofdorganen: de Veiligheidsraad, de Algemene Vergadering, de Economische en Sociale Raad, de Trustschapsraad, het Internationaal Gerechtshof en het Secretariaat. De Veiligheidsraad heeft de primaire verantwoordelijkheid voor de handhaving van internationale vrede en veiligheid (art. 24, eerste lid Handvest). De lidstaten hebben zich door hun lidmaatschap verplicht dit primaat te accepteren<sup>3)</sup>. De Veiligheidsraad bestaat uit 15 leden. Voor dit relatief kleine aantal is gekozen omdat effectief moest kunnen worden opgetreden. Juist omdat men zich realiseerde dat de wereldvrede met name beïnvloed kan worden door enkele grote mogendheden is besloten deze een permanente plaats te geven in de Raad<sup>4)</sup>. De tien andere zetels rouleren onder de overige VN-leden. Omdat werd voorzien dat een besluit tegen de wil van een mogendheid met een permanente zetel een gevaar zou kunnen opleveren, is aan die leden een vetorecht toegekend<sup>5)</sup>. Overigens is op 8 oktober 1998 het Koninkrijk der Nederlanden verkozen tot niet-permanent lid van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties. Het lidmaatschap begon op 1 januari 1999 en liep af op 31 december 2000, middernacht.

De bevoegdheden die aan de Raad zijn toegekend staan genoemd in het Handvest van de Verenigde Naties. De mogelijkheid om in bepaalde situaties lidstaten te machtigen (of zelfs opdracht te geven) tot het gebruik van geweld staat genoemd in Hoofdstuk VII van het Handvest. In zijn algemeenheid geldt er een verbod van het gebruik van geweld. Artikel 2 vierde lid van het Handvest bepaalt dat de lidstaten zich zullen onthouden van de bedreiging met of het gebruik van geweld dat gericht is tegen de territoriale integriteit of de politieke onafhankelijkheid van een staat of op enige andere wijze onverenigbaar is met de doeleinden van de Verenigde Naties. Gebruik van geweld is slechts in twee gevallen toegestaan: bij zelfverdediging of na toestemming van de Veiligheidsraad<sup>6)</sup>. Voor deze rubriek is met name van belang te weten dat de Raad eerst dient vast te stellen dat in een specifiek geval sprake is van een actuele verstoring of bedreiging van de internationale vrede en veiligheid voordat besloten kan worden tot gewapend ingrijpen (art. 39 Handvest). Vervolgens kan de Raad besluiten tot het opleggen van sancties. In het uiterste geval kan de Raad lidstaten machtigen tot het gebruik van geweld tegen de agressor. In het laatste geval wordt die toestemming geformuleerd in een resolutie. De resolutie geeft dus de juridische legitimatie tot gewapend optreden. De Raad vergadert meerdere malen per week, in de regel 's-ochtends. Naast de officiële vergaderingen vinden de zogeheten informele consultaties plaats. Als overeenstemming is bereikt over de tekst van een resolutie komt de Raad bijeen in de grote raadszaal (de bekende hoefijzervormige tafel). Vervolgens wordt doorgaans door de leden een verklaring afgegeven over hetgeen als onderwerp ter

<sup>2)</sup> *“Membership in the United Nations is open to all peace-loving states which accept the obligations of the Charter and, in the judgement of the Organization, are willing and able to carry out these obligations. The admission of any such State to membership in the United Nations will be effected by a decision of the General Assembly upon the recommendation of the Security Council.”*

*Article 4, Chapter 2, United Nations Charter*

<sup>3)</sup> VN Handvest artikel 25: De Leden van de Verenigde Naties komen overeen de besluiten van de Veiligheidsraad overeenkomstig dit Handvest te aanvaarden en uit te voeren.

<sup>4)</sup> Het gaat hier om de Verenigde Staten, China, Rusland, het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk.

<sup>5)</sup> Zie voor een uitgebreide beschrijving over het ontstaan, de samenstelling en de werkwijze van de Verenigde Naties Prof. mr. P.H. Kooijmans, Internationaal publiekrecht in vogelvlucht 1997.

<sup>6)</sup> Handvest VN respectievelijk artikel 51 en 42. Overigens is het eventuele gebruik van geweld ook in deze twee omstandigheden aan regels gebonden. Gelet op het onderwerp van deze rubriek zal ik daar echter niet verder op ingaan.

tafel ligt. Voor zover de resolutie een besluit betreft is zij bindend voor alle lidstaten. Voor het aanvaarden van resoluties is een meerderheid van negen van de vijftien stemmen nodig waarbij altijd de stemmen van de permanente vijf. In de volgende rubriek zal ik iets dieper ingaan op de totstandkoming en de lay-out van de resolutie.

Zoals in de inleiding gezegd is de resolutie in de loop van de jaren veranderd. Traditioneel was het aantal resoluties van de Raad erg laag, maar het begon einde jaren tachtig snel te stijgen, vooral als gevolg van het toenemende aantal vredesoperaties. In 1992 nam de Raad al 74 resoluties aan en in 1993, de absolute piek, 93. Hierna begon het jaarlijkse aantal weer af te nemen. In 2001 heeft de Raad 52 resoluties uitgevaardigd en in 2002 (tot september) 48. Ook de verscheidenheid aan onderwerpen is toegenomen zo heeft de Raad zich, naast alle vredesoperaties, onder andere uitgelaten over de rechten van kinderen die betrokken zijn bij gewapende conflicten<sup>7)</sup>, de samenstelling, kwalificaties en benoeming van rechters bij het ICTY<sup>8)</sup>, het internationaal terrorisme<sup>9)</sup> waaronder de aanslag op Pan Am vlucht 103 (Lockerbie trial)<sup>10)</sup>(Nb. ná 11 september is dit duidelijk toegenomen), kindsoldaten<sup>11)</sup>, het versterken van UN vredesoperaties<sup>12)</sup> en HIV/aids<sup>13)</sup>. Naast deze resoluties over specifieke onderwerpen zie je ook regelmatig relatief eenvoudige resoluties (van geringe omvang) waarin bijvoorbeeld een mandaat voor een vredesmissie wordt verlengd<sup>14)</sup>, instemming voor de benoeming van een functionaris wordt gegeven<sup>15)</sup> of wordt aangegeven dat een vacature bij een Internationaal Hof bestaat<sup>16)</sup>.

De resolutie is inhoudelijk ook veranderd. Enkele jaren geleden werd in eerste instantie volstaan met het vaststellen dat een bepaalde situatie een bedreiging vormde voor de internationale vrede en veiligheid, een feitelijke toestand werd veroordeeld en de schendende staat werd opgedragen zijn acties te beëindigen. Vervolgens werden enkele sancties opgelegd om de staat te dwingen zijn onrechtmatig handelen te stoppen<sup>17)</sup>. Als ook de opgelegde sancties niet het beoogde effect bereikten machtigde de Veiligheidsraad lidstaten tot het gebruik van alle noodzakelijke middelen (waaronder het gebruik van geweld) om de ongewenste situatie te beëindigen<sup>18)</sup>. Om adequaat je taken uit te kunnen voeren is het noodzakelijk dat je de bevoegdheid krijgt tot het gebruik van zoveel geweld als noodzakelijk is ter uitvoering van je missie. Ik heb in het begin al aangegeven dat het gebruik van geweld slechts in twee situaties is toegestaan: *Self Defence* of toestemming van de Veiligheidsraad. Bij het uitvoeren van een (vredes)operatie moet je derhalve in de resolutie zoeken naar die toestemming. De veiligheidsraad zal eerst aangeven dat de situatie een bedreiging vormt voor de internationale vrede en veiligheid (*conditio sine qua non*) en vervolgens zal moeten worden aangegeven of geweld kan worden gebruikt. Dit wordt

<sup>7)</sup> S/RES 1314 (2000) d.d. 11 augustus 2000 en S/RES 1325 (2000) d.d. 31 oktober 2000

<sup>8)</sup> S/RES 1329 (2000) d.d. 20 november 2000

<sup>9)</sup> S/RES 1269 (1999) d.d. 19 oktober 1999

<sup>10)</sup> o.a. S/RES 748 en 883 (1993) d.d. 11 november 1993

<sup>11)</sup> S/RES 1261 (1999) d.d. 25 augustus 1999

<sup>12)</sup> S/RES 1327 (2000) d.d. 13 november 2000

<sup>13)</sup> S/RES 1308 (2000) d.d. 17 juli 2000

<sup>14)</sup> S/RES 1328 (2000) d.d. 27 november 2000 (verlenging mandaat UNDOF)

<sup>15)</sup> S/RES 1256 (1999) d.d. 03 augustus 1999

<sup>16)</sup> S/RES 1278 (1999) d.d. 30 november 1999

<sup>17)</sup> Zie als voorbeeld: S/RES 661 (1990) d.d. 06 augustus 1990 afkondiging van een handelsembar-go tegen Irak, na de invasie in Koeweit.

<sup>18)</sup> Voorbeelden: S/RES 678 (bevrijding Koeweit) en S/RES 816 (afdwingen vluchtverbod boven Bosnië-Herzegovina)

vaak aangegeven met de woorden “*all necessary means*”. Ook in het geval van bijvoorbeeld KFOR werd aangegeven dat gebruik van geweld was toegestaan als het noodzakelijk was om de missie uit te voeren.

In de meer recente resoluties wordt door de Veiligheidsraad ook nauwkeurig aangegeven wat het doel van de missie is, wat het mandaat is en voor welke periode dit geldt. Verder wordt in voorkomend geval onderscheid gemaakt tussen een militaire en een civiele component die in een bepaald gebied worden gestationeerd. Een mooi voorbeeld is S/RES 1244<sup>19)</sup>, in deze resolutie staat vermeld dat de Veiligheidsraad besloot tot “*the deployment in Kosovo, under United Nations auspices, of international civil (...) presences, with appropriate equipment and personnel as required, and welcomes the agreement of the Federal Republic of Yugoslavia to such presences*”. Verder werd de Secretaris-Generaal verzocht een speciale VN-gezant aan te stellen om de implementatie van de civiele component te monitoren. De hoofdverantwoordelijkheden van die civiele component waren onder andere het beschermen en promoten van de mensenrechten, het zorgen voor terugkeer van *displaced persons* en vluchtelingen, het handhaven van de openbare orde, het oprichten van lokale politie-eenheden, het ondersteunen van de wederopbouw van de infrastructuur en het verzorgen van de elementaire bestuurlijke voorzieningen voor zolang als dat nodig mocht zijn. Hier wordt dus duidelijk aangegeven wat de taken van die civiele component zijn.

Voor de veiligheidscomponent (KFOR) stond onder andere beschreven dat ze verantwoordelijk was voor het handhaven van de *cease fire* en dat ze de nieuwe vijandelijkheden moest voorkomen. Tevens was die component belast met het verzorgen van een “*secure environment*” waarin de vluchtelingen en *displaced persons* veilig konden terugkomen. Ook was zij verantwoordelijk voor het in eerste instantie handhaven van de openbare orde tot het moment dat de civiele component deze taak kon overnemen. Op deze wijze blijkt al uit de resolutie hoe de taken zijn verdeeld. Eventuele vervolgspraken in bijvoorbeeld een *Military Technical Agreement* vinden derhalve hun basis in deze resolutie. Vervolgens worden alle doelstellingen en afspraken door de *Force Commander* in operatiebevelen verwoord en ter uitvoering uitgewerkt in concrete opdrachten. Op deze wijze handelt de militair in het veld, op het water of in de lucht conform hetgeen op internationaal niveau is afgesproken. In een van de vervolgrubrieken kom ik hier op terug.

Een andere ontwikkeling is dat reeds in de eerste resoluties bij een bepaalde situatie of conflict de Secretaris-Generaal wordt verzocht periodiek aan de Veiligheidsraad te rapporteren. Vaak wordt hieraan een tijdspad gegeven<sup>20)</sup>. In andere gevallen wordt zelfs een speciale commissie ingesteld om de implementatie van de resolutie te monitoren en periodiek aan de Veiligheidsraad te rapporteren<sup>21)</sup>. Op deze wijze is terugkoppeling omtrent het-

<sup>19)</sup> S/RES/1244 (1999) d.d. 10 juni 1999

<sup>20)</sup> Ook hier is S/RES 1244 een mooi voorbeeld. In deze resolutie staat verwoord dat de Veiligheidsraad “*requests the Secretary-General to report to the Council at regular intervals on the implementation of this resolution, including reports from the leaderships of the international civil and security presences, the first reports to be submitted within 30 days of the adoption of this resolution*”.

<sup>21)</sup> Zie S/RES 1298 (2000) d.d. 17 mei 2000 (Eritrea/Ethiopië). Hier ging de Raad nog verder. “De Raad besluit tot het instellen van een commissie die tot taak heeft informatie te verzamelen aangaande de genomen maatregelen, en schendingen daarvan, als genoemd in deze resolutie. Ook moet de commissie richtlijnen opstellen om de genoemde maatregelen te helpen implementeren”.

geen wordt toegestaan en daadwerkelijk uitgevoerd gewaarborgd.

Ik heb kort proberen aan te geven dat de resolutie aardig is geëvolueerd. Ze bevat tegenwoordig in veel gevallen een duidelijke opsomming van taken en verantwoordelijkheden. Tevens geeft ze aan voor hoelang het mandaat is gegeven. Ook de mate van het eventueel gebruik van geweld wordt omschreven. In een aantal gevallen houdt de Raad de vinger aan de pols middels de werkzaamheden en rapportages van een speciaal daarvoor aange-stelde commissie. Als het (internationaal veiligheids)systeem werkt kan je als militair het kader van je werkzaamheden halen uit de resolutie die ten grondslag ligt aan het optreden. Het is natuurlijk de vraag of dit in de praktijk altijd zo is. In de volgende rubriek “Hoe resoluut is een resolutie?” zal ik daar nader op in gaan.

---

### **Nogmaals de tijdelijke aanstelling**

1. Niet alleen mr. H.J.J. Talsma reageerde op mijn naschrift bij CRvB 8 juni 2001, MRT 2002, p. 155 e.v. (zie MRT 2002, p. 258-260). ook mr. B. Damen (zie MRT 2002, p. 370-371). Op de opmerkingen van mr. Talsma heb ik reeds een reactie gegeven (zie MRT 2002, p. 300). Voor het eerste deel van de opmerkingen van mr. Damen kan ik naar die reactie verwijzen: ook naar mijn oordeel eist een redelijke uitleg van artikel 4 AMAR dat de tijdelijke aanstelling van een officier geschiedt bij koninklijk besluit.

2. Wat het tweede deel van de opmerkingen van mr. Damen betreft: hij ziet het juist; een tijdelijke aanstelling bij het beroepspersoneel voor een bepaalde of onbepaalde tijd is naar mijn mening niet mogelijk. Een tijdelijke aanstelling is een aanstelling in tijdelijke dienst; een aanstelling voor bepaalde of onbepaalde tijd is een aanstelling in vaste dienst. Beide vormen van aanstelling kunnen niet samengaan.

3. Mr. Damen reageert ook op mijn bijdrage “De tijdelijke aanstelling” (MRT 2002, p. 225-228). In die bijdrage stel ik voor de tijdelijke aanstelling van artikel 11 AMAR over te brengen naar artikel 4. Naar het oordeel van mr. Damen is het juister de tijdelijke aanstelling in een afzonderlijk (nieuw) artikel te regelen en dat artikel te plaatsen onmiddellijk na het artikel dat thans de aanstelling in vaste dienst regelt (artikel 4). In een nieuw artikel daarna kan dan de wijze van aanstelling (in vaste of in tijdelijke dienst) worden geregeld).

4. Voor deze gedachte van mr. Damen is veel te zeggen. Het leidt onmiskenbaar tot een overzichtelijker geheel. Ik heb me in mijn eerder gedane voorstel echter bewust terughoudend opgesteld. De kans dat voorstellen worden overgenomen is toch al zo klein.

*Prof. Mr. G.L. Coolen*

Het onderwerp tijdelijke aanstelling is hierbij voldoende besproken. De discussie wordt gesloten.

*Redactie*

### **Auteursaanwijzingen**

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

- Géén afbreekstreepjes gebruiken.
- Geen tabs, inspringingen of verschillende lettertypes gebruiken.
- Zo weinig mogelijk 'opmaken' van de tekst, doch zoveel mogelijk achter elkaar door typen. Slechts bij het begin van een nieuwe alinea 'Enter' gebruiken.

REDACTIECOMMISSIE:

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

VASTE MEDEWERKERS:

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

WIJZE VAN UITGAVE:

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

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

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

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

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



# Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVI

Februari 2003

Aflevering

2

Sdu Uitgevers

# INHOUD

## Bijdragen

Terrorism and the Military, International Legal Implications. Verslag van een conferentie; door Luitenant-kolonel mr Ben Klappe.....	37
Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loop: De dienverplichting; door Prof. mr. G.L. Coolen.....	43

## Strafrechtspraak

Ah 05.11.01 en Hof Ah 19.06.02	<b>Tegemoetkoming in kosten van rechtsbijstand.</b> Bij de Bevelhebber der Koninklijke Marechaussee ingediende declaraties ter zake van rechtsbijstand in strafzaak worden voldaan conform Voorlopige Voorziening Rechtsbijstand. Komen dergelijke betalingen uiteindelijk ten laste van de gewezen verdachte? (Naschrift M.M.D.).....	45
---	---	----

## Bestuursrechtspraak

CRvB 11.04.02	<b>Geen interne ordemaatregel, maar een besluit</b> De opschorting van appellantes diensten is naar haar aard en uitwerking op één lijn te stellen met een(besluit tot) schorsing. (Naschrift G.L.C.).....	51
CRvB 25.04.02	<b>Ontslag tijdens de proeftijd</b> Het ontslagbesluit is niet genomen vóór het einde van de proeftijd. Beroep gegrond. (Naschrift G.L.C.).....	53
CRvB 25.04.02	<b>Lange haren</b> De Raad is het niet eens met de stelling dat in het buitenland een mannelijke militair met lang haar afbreuk doet aan de professionele uitstraling van de krijgsmacht. De noodzaak tot afwijking van de vrije haardracht is niet aangetoond. (Naschrift G.L.C.).....	57
CRvB 25.04.02	<b>Ontslag wegens een vonnis van de strafrechter</b> Een beroepsmilitair wordt met toepassing van artikel 39 lid 2 onder m AMAR uit de dienst ontslagen wegens een ten aanzien van hem gewezen vonnis ter zake van enkele misdrijven. Beroep ongegrond. (Naschrift G.L.C.).....	62
CRvB 12.07.02	<b>Geen militair pensioen na 65 jaar (II)</b> Een gewezen dienstplichtig militair (geboren 1927) is op 1 oktober 1967 uit de militaire dienst ontslagen. Vanaf 2 september 1990 is aan hem een invaliditeitspensioen van 30% toegekend. Het door hem op 4 januari 1997 ingediende verzoek om verhoging van dit pensioen is door de staatssecretaris afgewezen omdat verhoging van het pensioen na 65 jaar op grond van de geldende pensioenwet niet meer mogelijk is (Naschrift W.J.S.).....	66

## Opmerkingen en mededelingen

Boeken en tijdschriften.....	70
- boekbespreking.....	70
- boekaan kondiging.....	71
- Military Law Journal 2002/5.....	72
- International Society for Military Law and the Law of War.....	72

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

## BIJDRAGEN

### **Terrorism and the Military, International Legal Implications, verslag van een conferentie**

door

LUITENANT-KOLONEL MR BEN KLAPPE

Op 14 en 15 November 2002, vond in het Kurhaus te Scheveningen een zeer geslaagde tweedaagse conferentie plaats, georganiseerd door de International Society for Military Law and the Law of Wars.<sup>1)</sup> Onderwerp van de conferentie: *'Terrorism and the Military, International Legal Implications'*. Ruim zeventig (militair) juristen, beleidsmedewerkers, wetenschappers en militairen uit zeventien landen, waaronder Australië en China, namen aan de bijeenkomst deel. In het navolgende artikel belicht ik enkele bijdragen aan de conferentie die onder leiding stond van de voorzitter van de Nederlandse groep van de Society, Kolonel mr J.P. Spijk. Een volledig verslag van de bijeenkomst zal door de Society in de tweede helft van 2003 worden verspreid.

In zijn openingstoespraak schetste minister van Defensie B. Korthals de noodzaak om stil te staan bij de complexe vraagstukken die zich hebben aangediend naar aanleiding van terreuraanslagen in de afgelopen jaren. Niet alleen politici en militairen maar ook juristen spelen een belangrijke rol waar het betreft het oplossen van deze vraagstukken. Korthals gaf aan dat het huidige rechtsstelsel niet altijd voldoende aanknopingspunten biedt om de realiteit van de dag voldoende het hoofd te bieden en wees op de noodzaak om het bestaande recht dan te interpreteren en waar nodig uit te breiden. Als voorbeeld noemde hij het feit dat niet alle staten gevolg hebben gegeven aan een oproep van de internationale gemeenschap om terroristische groeperingen die een relatie hebben met Al Qaida, uit hun staat te verwijderen. Wat nu, als een land daar geen gevolg aan geeft. Mag er dan gewapend geïntervenieerd worden? Verwijzend naar het VN-Handvest ging Korthals in op het onderwerp anticiperende zelfverdediging en de moeilijkheid van het vaststellen van een *'imminent threat'*. Hij stelde dat de VN-Veiligheidsraad, door gebruik te maken van haar bevoegdheid om vast te stellen of er sprake is van een dergelijke dreiging, het beeld van vooringenomen besluiten kan wegnemen en kan bijdragen aan het creëren van internationale steun.

De president van de Society, Dr. S.B. Ybema, betoogde dat hoewel terrorisme een eeuwenoud fenomeen is, er na de aanslagen op het WTC en het Pentagon feitelijk sprake is van een nieuwe vorm van oorlogvoering, namelijk een combinatie van *'catastrophic terrorism'* en de principes van asymmetrische oorlogvoering. Deze vorm beïnvloedt de maatschappij en de wereld waarin wij leven. Daarom dienen ook fundamentele vragen te worden beantwoord van belang voor de gehele internationale gemeenschap. Bijvoorbeeld op het gebied van constitutionele rechten en democratische waarden. In hoeverre zijn we bereid verworven vrijheden op te geven in ruil voor een hogere graad van veiligheid? Daarnaast dient antwoord gezocht te worden op de vraag welke methodes geoorloofd zijn

<sup>1)</sup> <http://www.soc-mil-law.org/>

bij het bestrijden van terrorisme, met andere woorden welk recht is van toepassing en is dit (internationale) recht nog wel toegesneden op de nieuwe situatie. Ook Ybema sneed de kwestie aan van zelfverdediging.<sup>2)</sup> Hij wees daarbij op de frase '*in the event of an armed attack occurring*' en stelde dat indien één land besluit om zelf vast te stellen of er sprake is van een '*imminent threat*', niets andere landen ervan kan weerhouden om eenzelfde doctrine te aanvaarden.

Het seminar ging vervolgens over in een meer interactieve vorm. In zijn betoog: "*Ius ad bellum, Aspects on the war on terrorism*", gaf Professor Dinstein<sup>3)</sup> aan dat art. 2 lid 4 van het VN Handvest<sup>4)</sup> nog steeds de hoeksteen is van het internationale recht als het gaat om het gebruik van geweld tussen staten. Hij noemde twee uitzonderingen op deze hoofdregel. Eerstens is er de mogelijkheid dat de VN Veiligheidsraad vaststelt dat er sprake is van een bedreiging van de vrede.<sup>5)</sup> Voorts is er het reeds eerder aangehaalde recht op zelfverdediging. Als negatief voorbeeld voor de eerste uitzondering noemde Dinstein de door de NAVO geleide operatie '*Allied Force*' in Kosovo in 1999, waarbij er volgens Dinstein sprake was van handelen in strijd met het Handvest. Als voorbeeld voor de tweede uitzondering haalde Dinstein de Japanse kamikazeaanval op de Amerikaanse vloot in Pearl Harbor in 1942. Hierbij was sprake van het op enig moment overschrijden van een 'rode lijn' op basis waarvan de Verenigde Staten mochten ingrijpen zonder een eerste aanvalsgolf af te wachten.

Dinstein gaf aan dat er in diverse verdragen weliswaar definities zijn voor het begrip 'terrorisme', maar er is geen internationaal geaccepteerde definitie. Wel kan men stellen dat het bij terrorisme gaat om ongerechtvaardigd gebruik van geweld waarbij willekeurig (burger)slachtoffers vallen. Ook kan een terreurdaad op enig moment een gewapende aanval in de zin van het internationaal recht vormen. Alsdan is het zaak om de feiten te bezien en uit te sluiten dat het om een vergissing gaat. Alvorens strijdkrachten worden ingezet, moeten alternatieve vormen van tegengeweld worden overwogen. Als een gewapende actie plaatsvindt, moet dit binnen een redelijke termijn met inachtneming van de beginselen van proportionaliteit. Dit laatste is een belangrijk verschil, aangezien het bij terrorisme niet gaat om een gewapende militaire aanval waarbij het grondgebied wordt aangevallen met het oogmerk dit te bezetten. Vervolgens ging Dinstein in op het begrip 'agressie', zoals dit in het gewoonterecht is geaccepteerd.<sup>6)</sup> Het omvat ook een artikel aangaande

<sup>2)</sup> UN Charter, Art. 51: Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.

<sup>3)</sup> Professor Yoram Dinstein, Professor of International Law, Tel Aviv University

<sup>4)</sup> UN Charter, Art. 2 para 4: All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.

<sup>5)</sup> UN Charter, Art. 39: The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security.

<sup>6)</sup> UN General Assembly Resolution 3314[XXIX]), Aggression: Art 1 - Aggression is the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations, as set out in this definition.

gewapende bendes en groepen die namens een staat optreden.<sup>7)</sup> Indien zulks het geval is (zowel de facto als de jure) bestaat er geen twijfel over de mogelijkheid tot zelfverdediging. Hij noemde als voorbeeld het Iraanse/Amerikaans gijzelingsdrama<sup>8)</sup>, waarbij er op dag één nog géén sprake was van optreden namens Iran, maar op dag acht, toen de Ayatollah Khomeini in een verklaring zijn steun voor het optreden van de gijzelnemers bekendmaakte, wèl (*followed their followers*). In de zaak van Al Qaida, na 11 september, was de relatie met het Taliban regime in Afghanistan niet vanaf het eerste moment duidelijk. Pas toen bleek dat het Taliban regime weigerde mee te werken aan het opsporen en uitleveren van de hoofdverdachte Bin Laden en zijn volgelingen, ontstond er een staat versus staat verhouding en het daarop volgend conflict met een interstatelijk karakter. Een andere situatie ontstaat indien zich op het grondgebied van een staat terroristen bevinden en deze niet gesteund worden door het regime. Mag er dan eventueel zonder instemming van die staat worden ingegrepen? Dinstein verwees naar de raketaanval op vermeende terroristen in Yemen<sup>9)</sup>, waarin die toestemming er wel was.

Professor Gill<sup>10)</sup> vergeleek in zijn bijdrage ‘The Eleventh of September and the Right of Self-defence’, de toepasselijkheid van het recht op zelfverdediging voor en na 11 september aanvallen. Hij betoogde dat de internationale doctrine en praktijk verdeeld was over de vraag of het recht op zelfverdediging toepasselijk was voor terreurdaden gepleegd door *‘non-State entities*’. Deze verdeeldheid hing samen met de zienswijze dat het internationaal recht in het algemeen slechts van toepassing is tussen staten (*‘Statist-presumption*’). Ook de tendens om terreurdaden te relateren aan het begrip ‘Indirect armed attack’ droeg bij aan deze ambivalente praktijk. Aldus was er in de regel sprake van reacties op de terreuraanslagen vanuit een internationaal strafrechtelijk perspectief. Gill noemde het *‘Caroline incident<sup>11)</sup>*’ als voorbeeld van een situatie waarbij wèl sprake kan zijn van zelfverdediging tegen geweld door *‘non-State entities*’. Ook de Israëliëse luchtmobiele actie

<sup>7)</sup> Zie voetnoot 6, Art 3 - Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, subject to and in accordance with the provisions of Article 2, qualify as an act of aggression:

f. The sending by, or on behalf of, a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or the substantial involvement therein;

<sup>8)</sup> Op 4 november 1979, werd de Amerikaanse Ambassade te Teheran door een groep jonge Iraanse revolutionairen bezet en werden meer dan 60 Amerikanen gegijzeld. In oktober 1980 werd een bevrijdingspoging ondernomen die moest worden afgeblazen na technisch problemen met helikopters en een crash waarbij een helikopter tegen een opstijgende C-130 vloog. Na 444 dagen kwam een einde aan het drama, enkele minuten na de inauguratie van Ronald Reagan als president van de Verenigde Staten

<sup>9)</sup> Op 3 november 2002 werd door een Amerikaanse Predator (onbemand verkenningsvliegtuig), opgestegen vanaf een basis in Djibouti, een Hellfire-raket afgevuurd op een auto waarin een Al Qaida verdachte werd vermoed. De aanval vond plaats in de woestijn in de Marib provincie, ver van overig verkeer en getuigen. De verdachte, Al Harethi en de vijf overige inzittenden, naar later werd vastgesteld allen Al Qaida handlangers, werden daarbij gedood. De aanval getuigde van een hoge graad van samenwerking en vertrouwen tussen Amerikaanse- en Yemenitische inlichtingendiensten. (Manhunt by Seymour Hersh, The New Yorker, 23 December, 2002).

<sup>10)</sup> Professor Terry D. Gill, Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht en bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam.

<sup>11)</sup> In 1837 werd het Amerikaanse schip de ‘Caroline’, gebruikt door Amerikaanse burgers om een rebellenopstand tegen het Britse gezag aan de andere kant van Canadese grens te ondersteunen en te bevoorraden. Britse en Canadese mariniers enterden het schip dat vervolgens brandend en zinkend afdreef naar de Niagara watervallen. Twee bemanningleden vonden de dood. Na arrestatie van een van de Britse daders en de in gang gezette strafrechtelijke vervolging, claimden de Britten dat er sprake was van een legitieme militaire operatie op basis van zelfverdediging.

op het vliegveld van Entebbe in 1976, waarbij een gekaapt Frans passagiersvliegtuig werd bestormd, was gebaseerd op zelfverdediging, namelijk het redden van Israëliische onderdanen aan boord. De actie verwierf brede steun, zowel in als buiten de VN-Veiligheidsraad. Sprekend over *'anticipatory self-defence'* ging Gill in op de criteria die dan hebben te gelden. De in het *'Caroline'* incident aangehaalde begrippen zoals noodzaak en proportionaliteit blijken ook hier een rol te spelen. Volgens Gill voldeed de *'pre-emptive strike'* van Israël in 1981 op Iraakse nucleaire installaties niet aan de criteria. Ingaand op de Amerikaanse reactie na 11 september, betoogde Gill dat er inderdaad sprake was van een gewapende aanval. Dit bleek immers uit de resolutie van de Veiligheidsraad en de reacties vanuit de internationale gemeenschap. De reactie voldeed ook aan de criteria *'immediacy'* en *'necessity'*. Immers wat een redelijke tijd is om te reageren hangt mede af van de omstandigheden (voorbeeld Falklandoorlog: het kost wat tijd voordat er ontplooid is). Voorts waren alle alternatieven bezien<sup>12)</sup> en was er nog steeds sprake van een ernstige dreiging.

Professor Heintschel von Heinegg<sup>13)</sup> ging in zijn presentatie: *'The Legality of Maritime Interception'* in op de vraag of er bij de operatie *'Enduring Freedom'* nog wel voldoende juridische basis was voor uitgebreide controle van buitenlandse schepen op internationale zee routes. Met name voor het doorzoeken en het inbeslag nemen van voorraden en gevangenen nemen van opvarenden, moet er voldoende verdragsrechtelijke grondslag zijn. Dit is wel het geval bij piraterij en vervuiling en in het geval van een internationaal gewapend conflict, maar van dit laatste is op dit moment in strikte zin volgens von Heinegg geen sprake. Wel kan sprake zijn van maatregelen gebaseerd op VN-resoluties<sup>14)</sup> waarin het recht op zelfverdediging wordt aangehaald. Maatregelen op open zee zijn toegestaan, mits er sprake is van proportionaliteit. Als voorbeeld noemde von Heinegg de VN-resoluties<sup>15)</sup> met betrekking tot Somalië. Het daarin vervatte wapenembargo was door alle betrokken landen afdwingbaar met alle noodzakelijke middelen. Voor wat betreft de interventie in territoriale wateren van derden, stelde von Heinegg dat indien een kuststaat niet ingrijpt, en aldus in gebreke blijft, de bedreigde staat niet hoeft af te wachten maar gerechtigd is in te grijpen.

Professor Morris<sup>16)</sup> stelde in haar bijdrage *'Jurisdiction over Crimes of Terrorism'* dat vanwege het feit dat terreuracties vaak een politiek motief hebben en staten regelmatig het doelwit zijn van een actie, het onderwerp criminele jurisdictie enorm wordt gecompliceerd. Gelet ook op de betrokkenheid van staten, als doelwit of als sponsor van terreur, bestaat de neiging te zoeken naar een autoriteit boven de staat wanneer het alternatief zou zijn te vertrouwen op vervolging door de staat die de terreurdaden ondersteunt. Als voorbeeld werd door Morris Lockerbie<sup>17)</sup> genoemd. Morris ging voorts in op de mogelijkheid

<sup>12)</sup> De Taliban had een ultimatum gekregen om de gezochte personen uit te leveren en negeerde reeds geruime tijd Veiligheidsraadresoluties om mee te werken aan het oprollen van terreurnetwerken.

<sup>13)</sup> Professor Dr. Wolf Heintschel von Heinegg, Professor of International Law, European University of Viedrina, Frankfurt (a/d Oder).

<sup>14)</sup> VN Veiligheidsraad resoluties 1368 en 1373.

<sup>15)</sup> VN Veiligheidsraad resoluties 1356 en 733.

<sup>16)</sup> Professor Dr. Madeline Morris, Professor of Law, Duke University School of Law, Durham North Carolina.

<sup>17)</sup> Bombing of Pan Am flight 103, SCRC Res. 731, Preamble (1992) in which the Security Council states that it is "deeply concerned over the results of the investigations, which implicate officials of the Libyan government" in the bombing of Pan Am flight 103.

van berechting door het International Criminal Court. Op dit moment is dat alleen mogelijk indien de terreuracties tevens zijn te kwalificeren als genocide, oorlogsmisdaad, of misdaad tegen de menselijkheid. In de toekomst zou berechting van een 'daad van terreur' mogelijk zijn indien men internationaal tot een eensluidende definitie van terrorisme kan komen<sup>18</sup>). Tot slot stelde Morris dat het '*aut dedere, aut judicare*' (uitleveren of berechten) regime van de verdragen die zien op terrorisme, het fundamentele dilemma van criminele jurisdictie niet kan oplossen. Politiek gevoelige zaken en internationale relaties spelen immers een belangrijke rol. De aangevallen staat, de staat die bescherming biedt aan de dader en een eventuele derde-partij staat, kunnen en zullen niet geacht worden neutraal te zijn.

Professor Roberts<sup>19</sup>) stelt dat er verschillen zijn tussen het karakter van anti-terreur operaties en het oorlogsrecht. In zijn algemeenheid is oorlogsrecht niet van toepassing en zijn regeringen terughoudend bij het toepasselijk verklaren van het oorlogsrecht. De recente strijd tegen Al Qaida heeft aangetoond dat er echter oorlogsrechtelijke onderwerpen zijn die zich in een gevoelige richting hebben ontwikkeld. Zowel bij de regering Bush, als bij hen die kritiek geuit hebben op zijn beleid, leven er misverstanden op het gebied van de toepasselijkheid van het oorlogsrecht bij contra-terreur operaties. Volgens Roberts leidt een strikte uitleg van de definities van de belangrijkste verdragen die zien op het internationaal gewapend conflict, tot de conclusie dat de verdragen van toepassing zijn bij anti-terreur operaties, *indien deze het karakter hebben van een interstatelijk conflict*. Ook al zijn er verschillende fasen en situaties te onderkennen, die afwijken van de bepalingen in de verdragen, dan toch zal het oorlogsrecht zoveel mogelijk dienen te worden toegepast. Deze conclusie wordt versterkt door besluiten van onderzoekscommissies, een VN-Veiligheidsresolutie en de praktijk van staten. Roberts stelde dat in het algemeen een grote meerderheid van gevangenen in een oorlog voldoet aan de criteria die gelden voor de status van krijgsgevangene. In een oorlog tegen terroristen zijn er waarschijnlijk ook velen die zich niet kwalificeren voor die status. Volgens internationale verdragen en ook Amerikaanse militaire handboeken dient de gevangene dan behandeld te worden als ware hij krijgsgevangene, zonder hem echter die status toe te kennen. Ook als uiteindelijk door een tribunaal is vastgesteld dat de krijgsgevangenenstatus niet wordt toegekend, dient de gevangene volgens zekere fundamentele beginselen te worden behandeld en kan hij vervolgd worden voor daden gepleegd voor zijn gevangenneming. Roberts onderkent in zijn betoog dat er inderdaad zekere problemen kunnen ontstaan bij het toepassen van oorlogsrecht bij contra-terreur operaties. Slordig met het oorlogsrecht omspringen creëert echter meer en nieuwe problemen. Indien een grootmacht zekere basisnormen negeert kan dit een negatieve invloed hebben op bondgenoten of de tegenpartij. Het kan ook andere staten in andere conflicten beïnvloeden. De Zwitserse overheid organiseert in 2003 een conferentie om te bezien of het oorlogsrecht moet worden herzien, maar juristen zijn terughoudend. Volgens Roberts zijn bestaande wetten onvervangbaar en komt het aan op duidelijkheid waar het betreft het navolgen van de beginselen van het oorlogsrecht en het vaststellen welke principes hebben te gelden als partijen menen dat speciale omstandigheden aanleiding zijn om van het oorlogsrecht af te wijken.

<sup>18</sup>) Final Act of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Annex I, resolution E, adopted 17 July 1998, UN Doc. A/CONF.183/10.

<sup>19</sup>) Professor Adam Roberts, Montague Burton Professor of International Relations at Oxford University.

Professor Keijzer<sup>20)</sup> besprak in zijn bijdrage ‘Terrorism as Crime’ de rol van het strafrecht. Om terrorisme te bestrijden moet men volgens Keijzer ook kijken naar de oorzaken van het terrorisme. Bevolkingsgroepen voelen zich vernederd of buitengesloten en grijpen dan als laatste poging om aandacht voor hun zaak te krijgen naar terreur. Als voorbeeld noemde hij de Palestijnen in de huidige tijd en de Molukkers in de 80-er jaren. Op korte termijn zijn er volgens Keijzer drie mogelijke maatregelen om terroristen aan te pakken: ‘wiping out’ (Keijzer bedoelde hier naar mijn mening ‘in het gevecht uitschakelen’, BK), bestuurlijke maatregelen om terreuracties te voorkomen, zoals gevangenneming, en tot slot het strafrecht zelf. Voor welke maatregel er ook gekozen wordt, de maatregel moet in overeenstemming zijn met de rechten van de mens. Keijzer noemde vervolgens enkele recente conventies die samenhangen met terrorisme en strafrecht<sup>21)</sup> en wees op het belang hiervan voor opsporingsautoriteiten en strafrechtsmacht. Als het gaat om een definitie van terrorisme in dergelijke verdragen, geeft Keijzer de voorkeur aan een eenvoudige definitie, zonder daarbij in te gaan op het doel of motief van een terreurdaad, aangezien dit voor de opsporingsautoriteiten niet van belang is.

Bij het onderwerp ‘terrorisme als misdrijf tegen de menselijkheid’, zoals ook door Morris werd aangehaald, overwoog Keijzer dat niet alle terreuracties onder de werkingsfeer van het ICC Statuut zouden vallen.<sup>22)</sup> De 11 september aanval op het WTC zou hier in ieder geval wel onder kunnen vallen, aangezien de slachtoffers burgers waren. Keijzer had naar de betekenis van het begrip ‘civilian’ gezocht en betoogde dat onder ‘civilian population’ mede dient te worden begrepen ‘military in civilian circumstances, outside armed conflict’. Daardoor zou volgens Keijzer ook de aanslag op het Pentagon te kwalificeren zijn als een misdaad onder de werkingssfeer van het Statuut, aangezien bij die aanslag met name militairen omkwamen.

Concluderend kan worden gesteld dat de bijeenkomst in het Kurhaus er een was met een aantal uiterst deskundige en gekwalificeerde sprekers. Hun bijdragen leverden veel nieuwe gezichtspunten en voldoende stof tot nadenken op. De actieve bijdrage van de deelnemers met belangwekkende interventies en uitvoerige discussie tijdens en na de sessies, zorgde voor een nuttige en aangename conferentie.

<sup>20)</sup> Professor Mr. Nico Keijzer, emeritus hoogleraar en raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden

<sup>21)</sup> Onder andere de ‘International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism’, adopted by the General Assembly of the United Nations on 9 December 1999.

<sup>22)</sup> ICC Statute article 7, Crimes against humanity 1. For the purpose of this Statute, “crime against humanity” means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack: (a) Murder; etc.....



## Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loep:

### De dienverplichting

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

*Een bijdrage, waarin wordt voorgesteld de op BBT-ers rustende dienverplichting op dezelfde wijze te regelen als de dienverplichting rustend op BOT-ers.*

#### *Inleiding*

Het Algemeen militair ambtenarenreglement kent drie categorieën beroepsmilitairen: beroepsmilitairen aangesteld voor onbepaalde tijd, beroepsmilitairen aangesteld voor een bepaalde tijd en tijdelijk aangestelde beroepsmilitairen. Beroepsmilitairen aangesteld voor onbepaalde tijd worden in de regel aangeduid als BOT-ers; beroepsmilitairen aangesteld voor een bepaalde tijd als BBT-ers.

Aan een aanstelling als BOT-er is de verplichting verbonden dat de aangestelde gedurende ten minste een door de Minister van Defensie te bepalen tijd deel zal blijven uitmaken van het beroepspersoneel. Een soortgelijke verplichting, echter op een andere wijze geregeld, is verbonden aan een aanstelling als BBT-er. Beide verplichtingen zullen in deze bijdrage worden aangeduid als dienverplichting.<sup>1)</sup>

#### *Een terugblik*

Vóór de inwerkingtreding van het Algemeen militair ambtenarenreglement per 1 januari 1983 gold voor militairen van de zeemacht het Reglement rechtstoestand militairen zee-macht (Stb. 1931, 377) en voor militairen van de land- en luchtmacht het Reglement militaire ambtenaren der Koninklijke Landmacht en der Koninklijke Luchtmacht (Stb. 1931, 378). In beide reglementen werd niet gesproken van het (in geval van aanstelling) opleggen van een dienverplichting, maar van het sluiten van een overeenkomst of het aangaan van een verbintenis. De toen geldende regelingen hielden in grote lijnen het volgende in.

Officieren sloten, alvorens zij werden aangesteld, een overeenkomst waarbij zij zich verbonden om, na aanstelling, gedurende een bepaald aantal jaren in (werkelijke) dienst te blijven. De overeenkomst werd gesloten met (een vertegenwoordiger van) de Minister van Defensie; de aanstelling geschiedde door de Kroon. Niet-officieren werden aangesteld door (althans namens) de Minister van Defensie. Ook zij sloten een overeenkomst. Anders dan bij officieren werd tussen het sluiten van de overeenkomst en de (eigenlijke) aanstelling echter geen duidelijk onderscheid gemaakt. Bij de marine ondertekende een gegadigde een verbintenisbiljet waarbij hij zich verbond om gedurende een bepaald aantal jaren doorlopende werkelijke dienst te verrichten. Deze verbintenis werd vervolgens namens de minister aanvaard door de aannemingsofficier. Door deze aanvaarding kwam de aanstel-

<sup>1)</sup> Met betrekking tot de dienverplichting is in 1992 door de Centrale Raad van Beroep een belangrijke uitspraak gedaan: CRvB 10 december 1992, MRT 1993, p. 108, m.nt. G.L.C. Naar het oordeel van de Raad behoort de dienverplichting - omdat zij een inbreuk betekent op het ook militairen toekomende recht op vrije keuze van arbeid - steun te vinden in een wet in formele zin. Naar het (jongste) oordeel van de Raad is, wat artikel 7 Amar betreft, aan deze eis voldaan. Zie hieromtrent CRvB 10 oktober 1996, MRT 1996, p. 413, m.nt. G.L.C.

ling tot stand. Bij de land- en luchtmacht ondertekende een gegadigde een verbandakte. Deze verbandakte (inhoudende een verbintenis) werd vervolgens namens de minister bekrachtigd door een daartoe aangewezen functionaris. Door deze bekrachtiging kwam de aanstelling tot stand.

#### *De nieuwe regeling*

Het Algemeen militair ambtenaren-reglement bracht een ingrijpende wijziging van de regels inzake aanstelling.<sup>2)</sup> In de nieuwe regeling werd (wel) een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de aanstelling als zodanig en het opleggen van de dienverplichting. Ook werd niet langer een overeenkomst gesloten of een verbintenis aangegaan, maar werd aan elke aangestelde eenzijdig een dienverplichting opgelegd. De nieuwe regels inzake aanstelling zijn neergelegd in artikel 4 Amar, de dienverplichting is geregeld in artikel 7 Amar.

#### *Hoe is de dienverplichting voor BOT-ers geregeld?*

Wie als BOT-er is aangesteld, kan in beginsel in dienst blijven totdat hij de voor zijn categorie geldende ontslagleeftijd heeft bereikt. Ingevolge artikel 7 lid 1 Amar is aan een aanstelling als BOT-er tevens de verplichting verbonden dat de aangestelde gedurende ten minste een door de Minister van Defensie te bepalen tijd deel zal blijven uitmaken van het beroepspersoneel. Zolang deze tijd niet is verstreken, kan een aanvraag om ontslag worden afgewezen. Zie hieromtrent artikel 42 lid 1 Amar.

De minister bepaalt dus de duur van de dienverplichting, ook indien aanstelling op grond van artikel 4 Amar geschiedt door de Kroon. Bovendien bestaat tussen de duur van de dienverplichting en de duur van de aanstelling geen (enkel) verband.

#### *Hoe is de dienverplichting voor BBT-ers geregeld?*

Wie als BBT-er is aangesteld, wordt in beginsel ontslagen zodra de tijd waarvoor aanstelling is geschied, is verstreken. Artikel 7 lid 2 Amar verbindt aan een aanstelling als BBT-er tevens de verplichting dat de aangestelde gedurende de tijd, waarvoor hij is aangesteld, deel zal blijven uitmaken van het beroepspersoneel.

Deze regeling verschilt op twee punten van de regeling voor BOT-ers. In de eerste plaats is de duur van de dienverplichting (nog steeds), evenals vóór 1 januari 1983, gekoppeld aan de duur van de aanstelling. Wie voor zes jaar is aangesteld, moet ook zes jaar in dienst blijven. Waarom voor handhaving van deze (toch beperkende) koppeling is gekozen, is niet duidelijk. In de tweede plaats wordt, ten gevolge van de koppeling, de duur van de dienverplichting bepaald door het gezag dat bevoegd is tot aanstelling; en niet, zoals in geval van aanstelling voor onbepaalde tijd, in alle gevallen door de Minister van Defensie.

#### *Voorstel*

Artikel 7 lid 2 Amar bepaalt: "Aan een aanstelling voor een bepaalde tijd bij het beroepspersoneel is de verplichting verbonden dat de aangestelde gedurende die tijd deel zal uitmaken van het beroepspersoneel." Ik stel voor in deze bepaling de woorden "gedurende die tijd" te vervangen door: gedurende een door Onze Minister te bepalen tijd. In de eerste plaats ontstaat op deze wijze voor het bestuur een grotere beleidsruimte. In de tweede plaats wordt bereikt dat de duur van de dienverplichting in alle gevallen door hetzelfde gezag, de Minister van Defensie, wordt bepaald.<sup>3)</sup>

<sup>2)</sup> Zie hieromtrent de nota van toelichting (Stb. 1982, 279).

<sup>3)</sup> (Ook) artikel 7 lid 1 (eerste volzin) luidt: "Aan een aanstelling voor onbepaalde tijd bij het beroepspersoneel is de verplichting verbonden gedurende een door Onze Minister te bepalen tijd deel uit te maken van het beroepspersoneel."

## STRAFRECHTSPRAAK

### Arrondissementsrechtbank te Arnhem

Militaire raadkamer

Beschikking van 5 november 2001

*Voorzitter:* Mr. B.N. Krol, *Lid:* Mr. A.T.M. Vrijhoeven, *Militair lid:* Luitenant-kolonel Mr. A.M. van Gorp.

#### **Tegemoetkoming in kosten van rechtsbijstand: voorschot of vergoeding?**

*Bij de Bevelhebber der Koninklijke Marechaussee ingediende declaraties ter zake van rechtsbijstand in strafzaak worden voldaan conform Voorlopige Voorziening Rechtsbijstand. Komen dergelijke betalingen uiteindelijk ten laste van de gewezen verdachte?*

(Sv artt. 591, 591a; Voorlopige Voorziening Rechtsbijstand)

#### BESCHIKKING

De militaire raadkamer heeft de navolgende beschikking gegeven op het op 12 juni 2001 ter griffie van deze rechtbank ingekomen verzoekschrift van: R., P.H., geboren op [...] te B., wonende V., [...], domicilie kiezende te G., [...], strekkende tot toekenning van een vergoeding op grond van artikel 591a van het Wetboek van Strafvordering.

Raadsman: mr L.P.J. baron van Utenhove, advocaat te 's-Gravenhage.

#### *De procedure*

De mondelinge behandeling van het verzoekschrift is gehouden ter terechtzitting van 22 oktober 2001.

Daarbij zijn gehoord de officier van justitie en de raadsman van verzoeker, mr baron van Utenhove voornoemd.

Via de raadsman is verzoeker in kennis gesteld van deze mondelinge behandeling. Verzoeker heeft kennelijk geen reden gezien bij die behandeling aanwezig te zijn en de raadkamer achtte zijn aanwezigheid daarbij ook niet noodzakelijk.

#### *De feiten*

De strafzaak tegen verzoeker is geëindigd bij de beslissing van de hoofdofficier van justitie van 21 maart 2001, waarbij deze de zaak tegen verzoeker heeft geseponneerd (code 01, ten onrechte als verdachte aangemerkt).

Bij brief van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem, gedateerd 30 april 2001, is aan verdachte medegedeeld dat verdachte niet verder zal worden vervolgd, aangezien hij ten onrechte als verdachte is aangemerkt.

#### *Het verzoek*

Verzoeker vraagt de militaire raadkamer van de rechtbank hem een vergoeding toe te kennen ter zake van kosten van rechtsbijstand wegens de strafzaak ten bedrage van f [...], te vermeerderen met de forfaitaire vergoeding van f [...], + kantoorkosten en BTW voor het concipiëren en indienen van dit verzoekschrift, vermeerderd met de kosten die voor hem gepaard zijn gegaan met de mondelinge behandeling van dit verzoek door zijn raadsman, zijnde f [...] zoals dat blijkt uit de na de behandeling in raadkamer door de raadsman aan de rechtbank in fotokopie toegezonden declaratie van 23 oktober 2001.

### *Het standpunt van de officier van justitie*

De officier van justitie heeft als haar standpunt kenbaar gemaakt dat verzoeker haars inziens geen recht heeft op een vergoeding ingevolge artikel 591a van het Wetboek van Strafvordering, nu alle kosten van de raadsman zijn vergoed door het ministerie van defensie op de voet van het bepaalde in de Voorlopige Voorziening Rechtsbijstand van 2 mei 2000.

### *De beoordeling*

Het verzoek is tijdig ingediend, immers binnen drie maanden na beëindiging van de zaak.

De zaak is geëindigd door een sepotbeslissing als hierboven vermeld.

Verzoeker is om die reden ontvankelijk in zijn verzoek.

Voor zover van belang is uit het verzoekschrift en de mondelinge behandeling het navolgende gebleken:

- De raadsman heeft aanvankelijk kosten gemaakt tot het verzochte bedrag van  $f$  [...], hetgeen blijkt uit de bij het verzoekschrift overgelegde kopie-declaraties.
- Deze declaraties zijn tenaamgesteld van verzoeker, doch rechtstreeks door de raadsman ingediend bij de Bevelhebber der Koninklijke Marechaussee.
- Ingevolge het besluit Voorlopige Voorziening Rechtsbijstand van de Staatssecretaris van Defensie van 2 mei 2000, zijn deze declaraties integraal en zonder enig voorbehoud vanwege het Ministerie van Defensie (in casu de Bevelhebber der Koninklijke Marechaussee) aan de raadsman uitgekeerd.
- De kosten voor het concipiëren en indienen van het verzoekschrift alsmede de kosten van de behandeling gepaard gaande met de mondelinge behandeling zijn (nog) niet aan de raadsman uitgekeerd.

Uit de bepaling van artikel 591a, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering, waarop het verzoek is gegrond, alsmede uit de rechtspraak volgt, dat aan verzoeker als gewezen verdachte uit 's Rijks kas een vergoeding kan worden toegekend ter zake van kosten van rechtsbijstand indien daarvoor gronden van billijkheid aanwezig zijn.

Uit die wettelijke bepaling en die rechtspraak blijkt tevens dat de verdachte die - naar later blijkt - ten onrechte in een strafproces is betrokken en rechtsbijstand heeft gezocht geen financiële schade behoeft te lijden ten gevolge van die rechtsbijstand. Het gaat dus om kosten die feitelijk ten laste van verzoeker als gewezen verdachte komen en daadwerkelijk door hem zijn geleden.

De militaire raadkamer is van oordeel, nu feitelijk door de Bevelhebber der Koninklijke Marechaussee, althans het Ministerie van Defensie, alle door of namens verzoeker gedeclareerde kosten voor rechtsbijstand zijn vergoed, dat verzoeker geen rechtstreekse financiële schade heeft ondervonden tengevolge van deze hem verleende rechtsbijstand. Verzoeker dient daarom in zijn verzoek niet-ontvankelijk te worden verklaard.

De militaire raadkamer is voorts van oordeel dat verzoeker ook niet kan worden ontvangen in zijn verzoek tot vergoeding van de kosten ten behoeve van de indiening van dit verzoekschrift en de mondelinge behandeling, omdat deze kosten nodeloos zijn gemaakt nu het initiële verzoek tot vergoeding van de advocaatkosten niet toewijsbaar is.

De militaire raadkamer neemt bij de navolgende beslissing de artikelen 90, 91, 591 lid 2 tot en met lid 5 en 591a van het Wetboek van Strafvordering in aanmerking.

### *De beslissing*

Verklaart verzoeker [...] niet-ontvankelijk in zijn verzoek.

**Gerechtshof te Arnhem**  
Militaire kamer  
Beschikking van 19 juni 2002

*Voorzitter:* Mr. Boerwinkel, *Lid:* Mr. Van Kuijck, *Militair lid:* Comodore Mr. Van Groningen.

BESCHIKKING

Het gerechtshof te Arnhem heeft te beschikking op het hoger beroep ingesteld door: P.H.R., majoor [...], geboren te B. op [...], wonende te V., [...], hierna te noemen: appellant.

Het hoger beroep is ingesteld tegen de beschikking van de militaire meervoudige strafraadkamer in de arrondissementsrechtbank te Arnhem van 5 november 2001, houdende de beslissing op het verzoek ex artikel 591a van het Wetboek van Strafvordering.

Het hof heeft gehoord ter openbare terechtzittingen van onderscheidenlijk 20 februari 2002 en 10 april 2002 de raadsman van de niet verschenen appellant, mr L.Ph.J. baron van Utenhove, advocaat te 's-Gravenhage, en de advocaat-generaal.

Het hof heeft gezien de akte opgemaakt door de griffier bij die rechtbank van 30 november 2001.

Het hof heeft kennisgenomen van de overige zich in het strafdossier bevindende stukken.

*Overwegingen*

1. Het hoger beroep is tijdig ingesteld. Appellant kan daarin worden ontvangen.

2. De strafzaak tegen appellant is geëindigd bij de beslissing van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem van 21 maart 2001, waarbij deze de zaak tegen appellant heeft geseponneerd. Bij brief van de officier van justitie, gedateerd 30 april 2001, is aan appellant medegedeeld dat hij niet verder zal worden vervolgd, aangezien hij ten onrechte als verdachte is aangemerkt.

3. Bij beslissing van de rechtbank is appellant op 5 november 2001 niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek ex artikel 591a van het Wetboek van Strafvordering.

4. Het inleidende verzoekschrift behelst het verzoek om aan appellant ten laste van 's Rijks kas een vergoeding toe te kennen ter zake van kosten van rechtsbijstand ten bedrage van  $f$  [...], te vermeerderen met de forfaitaire vergoeding van  $f$  [...],-- en kantoorkosten en BTW voor het indienen van het verzoekschrift. Bij de behandeling van het hoger beroep ter zitting van 20 februari 2002 heeft de raadsman het verzoek gedaan tot toekenning van een bedrag van  $f$  [...] ter zake van de kosten van de mondelinge behandeling van het verzoek in eerste aanleg en een bedrag van  $f$  [...] en  $f$  [...] ter zake van het instellen en voorbereiden van het hoger beroep.

5. Bij de voortzetting van de mondelinge behandeling van het hoger beroep op 10 april 2002 heeft de raadsman bij het inleidende verzoek volhard en geconcludeerd tot vernietiging van de bestreden beschikking en tot toewijzing van de gevraagde vergoeding. Tevens heeft de raadsman opnieuw een aanvullend verzoek gedaan tot toekenning van een bedrag van  $f$  [...] ter zake van de verdere kosten van behandeling van het hoger beroep (werkzaamheden in de maanden maart en april 2002).

6. De advocaat-generaal heeft geconcludeerd tot bevestiging van de beschikking waarvan beroep.

7. Met betrekking tot het inleidende verzoekschrift overweegt het hof als volgt:

7.1. Ingevolge het eerste lid van artikel 115 van het Algemeen militair ambtenarenreglement (hierna Amar) kan de Minister van Defensie de militair naar billijkheid schadeloos stellen, kosten vergoeden of overigens een geldelijke tegemoetkoming verlenen, voor zover daar niet uit anderen hoofde aanspraak op bestaat.

De ministeriële regeling houdende nadere regels omtrent de schadeloosstelling, kostenvergoedingen en overige geldelijke tegemoetkomingen aan de militair is neergelegd in de hier aan de orde zijnde Voorlopige Voorziening Rechtsbijstand van 2 mei 2000, hierna VVR.

7.2. Ingevolge artikel 3, eerste lid van de VVR kent het bevoegd gezag aan de militair die in strafrechtelijke zin als verdachte wordt aangemerkt op basis van artikel 115 Amar een tegemoetkoming in de kosten van rechtskundige hulp toe, tenzij zich een van de - hier verder niet aan de orde zijnde - gevallen voordoet.

7.3. Blijkens het bepaalde in artikel 5, eerste lid, van de VVR kan het bevoegd gezag verdere tegemoetkoming in de kosten van rechtskundige hulp staken of de tegemoetkoming in de kosten van rechtskundige hulp terugvorderen indien:

a. etc.

b. (de) werknemer strafrechtelijk wordt veroordeeld en er blijkens het vonnis sprake is van opzettelijk wederrechtelijk handelen, bewuste roekeloosheid of grove nalatigheid van de werknemer.

7.4. Vaststaat dat appelland militair en werknemer is in de zin van de VVR en dat tegen hem een strafrechtelijke vervolging wegens misdrijf is ingesteld.

7.5. Verder staat vast dat door de Bevelhebber der Marechaussee (hierna BDM) de door de raadsman aan appelland gerichte declaraties steeds integraal zijn voldaan.

7.6. Tenslotte staat vast dat de officier van justitie van strafvervolging jegens appelland heeft afgezien, waarbij als reden is gegeven dat appelland ten onrechte als verdachte is aangemerkt.

7.7. Het hof overweegt dat noch uit de tekst van de VVR, noch uit de daarbij behorende toelichting, noch uit de aanbiedingsbrief van de Staatssecretaris van Defensie van 2 mei 2000 eenduidig valt af te leiden dat de betalingen die de BDM heeft gedaan een voorwaardelijk karakter hadden op grond waarvan de BDM in [het] geval appelland niet strafrechtelijk zou worden veroordeeld het recht zou hebben de door hem aan de raadsman betaalde declaraties terug te vorderen van appelland.

7.8. Een redelijke uitleg echter van de door de Staatssecretaris van Defensie getroffen regeling leidt niettemin tot de conclusie dat bedoeld is een voorziening te treffen die in aard en strekking een zelfde regeling geeft als een rechtsbijstandsverzekering en een tegemoetkoming in rechtsbijstand door vakorganisaties.

7.9. Uit het behandelde in raadkamer is genoegzaam komen vast te staan dat de BDM voornemens is de door hem betaalde declaraties terug te vorderen van appelland. Appelland lijdt daardoor alsnog schade, welke hem op de voet van artikel 591a van het Wetboek van Strafvordering behoort te worden vergoed, nu daarvoor gronden van billijkheid bestaan.

8. Op grond van het voorgaande is het hof van oordeel dat appelland ontvankelijk is in het gedane verzoek ex artikel 591a. Nu het hof tot een andere beslissing komt dan de rechtbank moet de beschikking waarvan beroep worden vernietigd.

9. Het hof is van oordeel dat de aanvullende kosten van de raadsman in verband met de behandeling in hoger beroep van het verzoek, in totaal belopende  $f$  [...], als bovenmatig niet tot het volle bedrag kunnen worden toegewezen.

Het hof houdt enerzijds rekening met de ernst en de bewerkelijkheid van de zaak, anderzijds met de landelijke aanbeveling inzake verzoekschriften ex artikel 591a van het

Wetboek van Strafvordering en stelt deze kosten in redelijkheid en billijkheid vast op  $f$  [...].

10. Met inachtneming van het bovenstaande kan aan appellant worden toegekend ter zake van:

- kosten van rechtsbijstand :  $f$  [...]
  - kosten van indiening van het verzoekschrift :  $f$  [...]
  - kosten van de mondelinge behandeling van het verzoekschrift in eerste aanleg:  $f$  [...]
- Bovenvermeld bedrag komt overeen met : € [...]

### *Beslissing*

Het hof vernietigt de beslissing waarvan beroep en kent toe aan appellant op gronden als hiervoor omschreven een vergoeding uit 's Rijks kas ten bedrage van € [...] en wijst het verzoek voor het overige af.

Het hof beveelt dat voormeld bedrag aan appellant zal worden betaald door overschrijving op bankrekeningnummer [...] ten name van [...], onder vermelding van [...].

### NASCHRIFT

1. *Voor de feiten verwijs ik naar de hiervoor gepubliceerde beschikkingen: nadat aan verzoeker was meegedeeld dat hij niet verder vervolgd zou worden - hij was ten onrechte als verdachte aangemerkt -, verzocht hij op grond van art. 591a Sv om vergoeding van de kosten van genoten rechtsbijstand. Het verzoek betrof de kosten van rechtsbijstand in de strafzaak en de kosten van indiening en toelichting van het verzoekschrift. Dat deze kosten gemaakt waren stond vast. De vraag was echter of zij ten laste van verzoeker waren gekomen of zouden komen. Immers, alleen in dat geval zouden die kosten voor vergoeding in aanmerking komen.*

2. *De Rechtbank beantwoordt die vraag ontkennend. Daarbij onderscheidt zij tussen de kosten van rechtsbijstand in de strafzaak enerzijds en de kosten van indiening en toelichting van het verzoekschrift anderzijds. De declaraties ter zake van rechtsbijstand in de strafzaak - die de raadsman rechtstreeks bij de Bevelhebber der Koninklijke Marechaussee (BDM) had ingediend - waren door deze zonder voorbehoud voldaan, op de voet van de V(oorlopige) V(oorziening) R(echtsbijstand).<sup>1)</sup> Omdat verzoeker geen financiële schade geleden had, waren er geen 'gronden van billijkheid' om hem een vergoeding toe te kennen.*

*Wat de kosten van indiening en toelichting van het verzoekschrift betreft krijgt verzoeker het lid op de neus. Die waren nodeloos gemaakt, nu de kosten van rechtsbijstand reeds vergoed waren.*

3. *Volgens het Hof waren de kosten van rechtsbijstand echter nog niet vergoed, maar was sprake van een geldelijke tegemoetkoming. De grondslag daarvoor is art. 115 van het Algemeen militair ambtenarenreglement (Amar)<sup>2)</sup>, waaraan uitvoering is gegeven in de VVR. Weliswaar blijkt uit de VVR niet dat de betalingen door de BDM een voorwaardelijk karakter hadden, een redelijke uitleg brengt - aldus het Hof - mee dat beoogd is een regeling te treffen vergelijkbaar met een rechtsbijstandsverzekering of een tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand door een vakorganisatie. In raadkamer was vastgesteld dat de BDM voornemens was de door hem gedane betalingen op verzoeker te verhalen. Omdat*

<sup>1)</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Defensie van 2 mei 2000, P/2000002701 (niet gepubliceerd).

<sup>2)</sup> Art. 115 Amar luidt: 1. Onze Minister kan de militair naar billijkheid schadeloos stellen, kosten vergoeden of overigens een geldelijke tegemoetkoming verlenen, voor zover daar niet uit anderen hoofde aanspraak op bestaat. 2. Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden gesteld omtrent de schadeloosstelling, kostenvergoedingen en overige geldelijke tegemoetkomingen aan de militair dan wel groepen van militairen.

*de kosten van rechtsbijstand uiteindelijk ten laste van verzoeker zouden komen, kwamen zij voor vergoeding in aanmerking. Dus waren de kosten verbonden aan het verzoekschrift niet nodeeloos gemaakt.*

*4. Helemaal overtuigen doet het Hof niet, maar dat kan hem niet worden verweten: de VVR blinkt bepaald niet uit in duidelijkheid. In art. 3 lid 1 is sprake van 'tegemoetkoming', wat duidt op een voorschot: voor zover de werknemer buiten zijn schuld in rechte wordt betrokken, worden de kosten van rechtsbijstand door het bevoegd gezag voorgeschoten<sup>3)</sup>. Art. 5 lid 1 verleent steun aan deze lezing, doordat tegemoetkoming kan worden gestaakt of teruggevorderd op dezelfde gronden als zij kan worden geweigerd.<sup>4)</sup> Bij nader inzien blijkt dat de werknemer geen aanspraak op tegemoetkoming kon maken. Maar hoe is dit te rijmen met het vierde en het vijfde lid van art. 3, waar sprake is van vergoeding van de kosten van rechtskundige hulp? Betreffen deze bepalingen alleen de verhouding tussen Defensie en de raadsman? Het meeste houvast biedt nog art. 115 Amar, dat onderscheidt tussen schadeloosstelling, vergoeding van kosten en geldelijke tegemoetkoming: kosten waarin de Minister een tegemoetkoming verleent worden niet vergoed. Maar dat had de Staatssecretaris wel wat duidelijker mogen opschrijven.*

*M.M.D.*

---

<sup>3)</sup> Art. 3 VVR luidt, voor zover van belang: 1. Indien een werknemer wegens de uitvoering van zijn functie [...] in strafrechtelijke zin als verdachte wordt aangemerkt, kent het bevoegd gezag hem op basis van artikel [...] 115 Amar een tegemoetkoming in de kosten van rechtskundige hulp toe, tenzij hij naar het oordeel van het bevoegd gezag [...] opzettelijk wederrechtelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld, of hem grote nalatigheid kan worden verweten. [...] 4. De kosten voor het verlenen van rechtskundige hulp door de raadsman die optreedt door tussenkomst van Defensie worden volledig vergoed. 5. De kosten van een raadsman die door de werknemer is aangezocht worden vergoed tot ten hoogste het bedrag dat zou zijn betaald, indien de rechtskundige hulp zou zijn verleend overeenkomstig het vierde lid. [...].

<sup>4)</sup> Art. 5 VVR luidt, voor zover van belang: 1. Het bevoegd gezag kan verdere tegemoetkoming in de kosten van rechtskundige hulp staken of de tegemoetkoming in de kosten van de rechtskundige hulp terugvorderen, indien: [...] b. [de] werknemer strafrechtelijk wordt veroordeeld en er blijkens het vonnis sprake is van opzettelijk wederrechtelijk handelen, bewuste roekeloosheid of grove nalatigheid van de werknemer. [...].



**BESTUURSRECHTSPRAAK****Centrale Raad van Beroep**

11 april 2002

99/6372 MAW

*Voorzitter:* Mr. H.A.A.G. Vermeulen; *leden:* Mr. M.M. van der Kade en Mr. R. Kooper.

**Geen interne ordemaatregel, maar een besluit**

*Tussen een vrouwelijke wachtmeester, werkzaam bij de Brigade Koninklijk Marechaussee [X.] van het District [Y.] en de commandant van de brigade deed zich op woensdag 29 april 1998 een verschil van mening voor. Dit resulteerde erin dat de wachtmeester zich ziek meldde en naar huis ging. Na contact te hebben gezocht met de onderdeelarts gaf zij dezelfde avond aan de brigade te kennen dat zij op vrijdag 1 mei weer zou komen werken. Op donderdag 30 april deelde de commandant van de brigade haar echter per brief mede dat haar diensten tot en met 5 mei waren opgeschort en dat haar tot en met die datum de toegang tot de brigade werd ontzegd. Toen zij tegen deze brief schriftelijk bezwaar maakte, verklaarde de commandant van de brigade het bezwaar, in overeenstemming met het advies van het Adviesorgaan Geschillen KL, niet-ontvankelijk: het bepaalde in de brief moest worden gezien als een interne ordemaatregel, zonder rechtsgevolgen. Het tegen dit besluit ingestelde beroep werd door de rechtbank ongegrond verklaard: de rechtbank deelde het standpunt van de commandant. Zoals in onderstaande uitspraak valt te lezen, ziet de Centrale Raad van Beroep de zaak anders. Naar het oordeel van de Raad overstijgen de ten aanzien van de wachtmeester getroffen maatregelen het niveau van een interne ordemaatregel: er is (wel) sprake van een besluit in de zin van artikel 3:1 Awb. "De Raad neemt daarbij in aanmerking dat de opschorting van appellantes diensten naar haar aard en uitwerking op één lijn is te stellen met een schorsing, terwijl de ontzegging van de toegang tot de brigade een in het verlengde van die schorsing liggende, verder gaande inbreuk betekent op appellantes positie van militair ambtenaar." Tevens constateert de Raad dat de van toepassing zijnde voorschriften de commandant van de brigade niet de bevoegdheid toekennen tot het treffen van rechtspositionele maatregelen als hier aan de orde.*

(Schorsing; interne ordemaatregel)

**UITSPPRAAK**

in het geding A., wonende te B., appellant, en de Commandant Brigade KMAR [X.], gedaagde.

*I. Ontstaan en loop van het geding*

Namens appellante is op bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de door de rechtbank 's-Gravenhage op 16 november 1999 onder nummer 99/05956 MAWKLA gegeven uitspraak, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 7 maart 2002, waar appellante in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. H.J.M.G.M. van der Meijden, advocaat te Nijkerk. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. A.J.M. van Daal, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

## II. Motivering

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

1.1. Appellante, wachtmeester der eerste klasse bij de Koninklijke Marechaussee, was ten tijde hier van belang werkzaam bij de Brigade Koninklijke Marechaussee (Kmar) [X.] van het District [Y.]. Zij werkte in deeltijd volgens rooster in onregelmatige dienst. Op woensdag 29 april 1998 heeft zich tussen appellante en gedaagde een verschil van mening voorgedaan over de door haar te verrichten diensten. Een en ander heeft er in geresulteerd dat appellante zich ziek heeft gemeld en naar huis is gegaan. Nadat zij contact had gehad met de onderdeelarts en de personeelsofficier van het district, heeft zij op 29 april 1998 's-avonds telefonisch aan de dienstdoende functionaris van de Kmar brigade [X.] doorgegeven dat zij op 1 mei daaropvolgend weer zou komen werken. Dit is voor gedaagde aanleiding geweest nog dezelfde avond telefonisch contact te zoeken met appellante. Daarbij heeft hij niet appellante aan de lijn gehad, maar wel haar echtgenoot en deze heeft hij medegedeeld dat het beter was dat appellante nog enige dagen thuis bleef. Vervolgens heeft gedaagde appellante bij brief 30 april 1998, voorzover hier van belang, medegedeeld dat haar diensten tot en met 5 mei 1995 werden opgeschort en dat appellante voorlopig tot en met die datum de toegang tot de brigade Kmar te [X.] werd ontzegd.

1.3. Tegen het bepaalde in deze brief is namens appellante bezwaar gemaakt, dat door gedaagde bij het besluit van 31 mei 1999, overeenkomstig het advies van het Adviesorgaan Geschillen Koninklijke Landmacht (ABGKL), niet-ontvankelijk is verklaard. Gedaagde heeft zich daarbij op het standpunt gesteld dat het bepaalde in de brief van 30 april 1998 moest worden gezien als een interne ordemaatregel die geen rechtsgevolgen voor appellante heeft gehad. Derhalve was er naar de mening van gedaagde geen sprake van een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

2. Het namens appellante tegen dat besluit ingestelde beroep is door de rechtbank ongegrond verklaard, waarbij de rechtbank het door gedaagde ingenomen standpunt heeft onderschreven.

3. Appellante is de mening toegedaan dat de onderhavige maatregelen hebben ingegrepen in haar rechtspositie en dat deze wel degelijk rechtsgevolgen voor haar hebben gehad.

4. De Raad overweegt het volgende.

4.1. De ten aanzien van appellante getroffen maatregelen, waardoor zij, hoewel beschikbaar, gedurende een aantal dagen haar werkzaamheden niet heeft kunnen verrichten en haar werkplek niet heeft kunnen betreden, overstijgen naar het oordeel van de Raad het niveau van een regeling van de dagelijkse werkzaamheden of van een interne ordemaatregel die gedaagde in het kader van een normale bedrijfsvoering kan treffen. De Raad neemt daarbij in aanmerking dat de opschorting van appellantes diensten naar haar aard en uitwerking op één lijn is te stellen met een schorsing, terwijl de ontzegging van de toegang tot de brigade een in het verlengde van die schorsing liggende, verder gaande inbreuk betekent op appellantes positie van militair ambtenaar. De Raad is dan ook met appellante van oordeel dat de onderhavige maatregelen ertoe strekten in te grijpen in haar rechtspositie en derhalve op - extern - rechtsgevolg waren gericht. De Raad kan zich dan ook niet verenigen met het door gedaagde ingenomen en door de rechtbank onderschreven standpunt dat het primaire besluit geen besluit is in de zin van artikel 1:3 van de Awb. Dit betekent dat het bestreden besluit en de aangevallen uitspraak voor vernietiging in aanmerking komen.

4.2. Voorts heeft de Raad geconstateerd dat de van toepassing zijnde voorschriften gedaagde geen bevoegdheid toekennen voor het treffen van rechtspositionele maatregelen

zoals deze thans naar het oordeel van de Raad in geding zijn, hetgeen betekent dat het primaire besluit van 30 april 1998 evenmin in rechte stand kan houden. Dit besluit zal derhalve met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, van de Awb eveneens worden vernietigd.

5. 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 appellante in eerste aanleg verleende rechtsbijstand en van € 644,- aan kosten wegens aan appellante in hoger beroep verleende bijstand.

Beslist moet worden als volgt.

### *III. Beslissing*

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het inleidend beroep tegen het bestreden besluit van 31 mei 1999 alsnog gegrond en vernietigt dat besluit alsmede het daaraan ten grondslag liggende besluit van 30 april 1998;

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appellante in eerste aanleg tot een bedrag groot € 644,- en in hoger beroep tot een bedrag groot € 644,-, derhalve in totaal € 1.288,-, te betalen door de Staat der Nederlanden;

Bepaalt dat de Staat der Nederlanden aan appellante het door haar betaalde griffierecht van in totaal € 256,39 (voorheen f 565,-) vergoedt.

### NASCHRIFT

*De uitspraak in eerste aanleg is destijds ook in dit tijdschrift geplaatst: zie ArrRb Den Haag 16 november 1999, MRT 2001, p. 74, m.nt. G.F.W. In de noot wordt verwezen naar ArrRb 16 november 1999, MRT 2000, p. 377, eveneens m.nt. G.F.W. Deze laatste zaak betrof een adjudant-onderofficier die door de Bevelhebber der Koninklijke Marechaussee (BDM) huiswaarts was gezonden. Naar het oordeel van de rechtbank ging deze huiswaartzending het bestek van een interne ordemaatregel te buiten: er was sprake van een besluit, gericht op extern rechtsgevolg, dus van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. In de (uitvoerige) noot bij de uitspraak gaat de annotator (G.F.W.) nader in op het onderscheid dat in de jurisprudentie wordt gemaakt tussen (interne) ordemaatregelen en (op extern rechtsgevolg gerichte) besluiten.*

G.L.C.

---

### **Centrale Raad van Beroep**

25 april 2002

99/6074 MAW

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

### **Ontslag tijdens de proeftijd**

*Een beroepsofficier werd uit de dienst ontslagen met toepassing van artikel 39 lid 7 AMAR: "Aan de militair voor wie na de aanstelling een proeftijd geldt, kan tijdens die proeftijd ontslag worden verleend zonder toepassing van een van de in het tweede lid.*

*genoemde ontslaggronden.” Toen hij tegen dit (na bezwaar gehandhaafde) besluit beroep instelde, verklaarde de rechtbank het beroep ongegrond. Zoals in onderstaande uitspraak valt te lezen, oordeelt de Centrale Raad van Beroep anders. De Raad kan de rechtbank niet volgen in het oordeel dat het ontslagbesluit vóór 1 december 1998, de datum waarop de proeftijd eindigde, is genomen. De aankondiging door de Staatssecretaris van Defensie, gedaan op 25 november 1998, dat de officier voor ontslag zou worden voorgedragen, acht de Raad hiertoe onvoldoende.*

(Art. 39 lid 7 AMAR)

#### UITSpraak

in het geding 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 bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank ‘s-Gravenhage van 29 november 1999, nr. AWB 99/06089 MAWKLU, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 14 maart 2002, waar namens appellant zijn verschenen mr. P. Reitsma, advocaat te Nijkerk en [C.], partner van appellant. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. A.H. Beijer, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

#### *II. Motivering*

1. Appellant is van 26 januari 1990 tot en met 31 december 1995 aangesteld geweest als beroepsmilitair voor bepaalde tijd bij de Koninklijke luchtmacht en werkzaam geweest als [X.].

Na een verzoek van appellant dienaangaande is hij bij koninklijk besluit van 28 mei 1998 met ingang van 1 juni 1998 (opnieuw) aangesteld bij het beroepspersoneel voor bepaalde tijd in de rang van eerste luitenant met een proeftijd van zes maanden.

Bij brief van 25 november 1998 is appellant ervan in kennis gesteld dat hij bij Hare Majesteit de Koningin zal worden voorgedragen voor ontslag op grond van artikel 39, zevende lid, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) met ingang van 1 januari 1999. Namens appellant is op 15 december 1998 een bezwaarschrift ingediend.

Bij koninklijk besluit van 11 december 1998, aan appellant toegezonden bij brief van 23 december 1998, is aan appellant op de hiervoor aangegeven grond ontslag verleend met ingang van 1 januari 1999.

Bij het bestreden besluit van gedaagde van 8 juli 1999 is het bezwaar van appellant ongegrond verklaard.

1.1. De rechtbank heeft het namens appellant tegen dit besluit ingestelde beroep ongegrond verklaard. Hierbij is onder meer het volgende overwogen:

“Aan eiser is ontslag verleend met toepassing van het zevende lid van artikel 39 van het AMAR, dat als volgt luidt:

‘Aan de militair voor wie na de aanstelling een proeftijd geldt, kan tijdens die proeftijd ontslag worden verleend zonder toepassing van één van de in het tweede lid genoemde ontslaggronden’.

Eiser heeft in beroep aangevoerd dat het ontslag in strijd met dit artikel is verleend,

omdat het is ingegaan op een datum, gelegen na afloop van de proeftijd. Ter ondersteuning van dit standpunt heeft eiser gewezen op de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 30 oktober 1986, TAR 1987, 6.

De rechtbank overweegt met betrekking tot deze beroepsgrond dat het besluit tot ontslagverlening in het onderhavige geval is genomen vóór 1 december 1998, datum waarop de proeftijd eindigde. Na de verzending van dit besluit van 25 november 1998 kon reeds tegen de ontslagverlening in rechte worden opgekomen, hetgeen eiser ook heeft gedaan. Het bezwaarschrift van eiser is immers niet ingediend naar aanleiding van de ontslagbrief van 23 december 1998, waarbij het Koninklijk Besluit tot verlening van ontslag aan hem werd toegezonden, maar naar aanleiding van het besluit van 25 november 1998. Het is thans ook vaste jurisprudentie dat het voorstel tot verlening van ontslag en het (Koninklijk) ontslagbesluit onverbrekkelijk samenhangen en als één geheel kunnen worden beschouwd. Hiervan uitgaande kan derhalve, anders dan door de Centrale Raad in genoemde uitspraak werd vastgesteld, worden gezegd dat het besluit tot ontslag van eiser nog tijdens de proeftijd van eiser tot stand is gekomen.

Met betrekking tot de hiervoor genoemde uitspraak van de Centrale Raad van Beroep merkt de rechtbank nog op dat, zoals ook terecht door verweerder naar voren is gebracht, de situatie niet geheel gelijk was aan de situatie, die thans voorligt. Immers, bij de kennisgeving van het ontslag, voorafgaande aan het formele ontslagbesluit, was in dat geval niet aangegeven op welke grond het ontslag zou worden verleend. In dat geval was de ontslaggrond op het moment dat het ontslag inging zelfs nog niet aan de betrokken militair medegedeeld, omdat de ingangsdatum van het ontslag werd vastgesteld op een eerdere datum dan de dagtekening van het -formele- ontslagbesluit.

Voorts overweegt de rechtbank dat de bewoordingen van artikel 39, zevende lid AMAR, niet dwingen tot de opvatting dat het ontslag dient in te gaan tijdens de proeftijd. Hierbij merkt de rechtbank op dat, hoewel in de casus van meergenoemde uitspraak van de Centrale Raad van Beroep de ingangsdatum van het ontslag gelegen was na ommekomst van de proeftijd, dit niet heeft geleid tot een overweging van die Raad dat het besluit ook om die reden niet kon worden gebaseerd op artikel 37, zevende lid, (destijds: zesde lid) van het AMAR.

Ingevolge het bepaalde in artikel 47, derde lid, van het AMAR gaat een ontslag op grond van artikel 39, zevende lid, AMAR niet eerder in dan nadat tenminste een maand is verstreken sedert het tijdstip waarop de militair van het voorstel tot ontslagverlening schriftelijk in kennis is gesteld. Aan dit voorschrift is in het onderhavige geval voldaan.

De rechtbank is op bovenstaande gronden tot de slotsom gekomen dat de formele bezwaren, die eiser in zijn beroepschrift naar voren heeft gebracht, niet kunnen leiden tot vernietiging van het bestreden besluit.”

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

2.1. Allereerst overweegt de Raad dat het namens appelland op 15 december 1998 tegen het ontslagbesluit gemaakte bezwaar weliswaar prematuur is, maar dat niet-ontvankelijkverklaring op grond daarvan ingevolge artikel 6:10 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) achterwege kan blijven, nu het ontslagbesluit ten tijde van de indiening van dit bezwaarschrift wel reeds tot stand was gekomen.

2.2. De Raad kan de rechtbank niet volgen in het oordeel dat het ontslagbesluit in het onderhavige geval is genomen vóór 1 december 1998, de datum waarop de proeftijd eindigde. De aankondiging door de Staatssecretaris op 25 november 1998 dat appelland zal worden voorgedragen voor ontslag acht de Raad hiertoe niet voldoende. Dat de Raad bij

de beoordeling van prematuur gemaakt bezwaar in gevallen als de onderhavige ter sauvering van rechten een bezwaar tegen de voordracht mede gericht acht tegen het later genomen ontslagbesluit, brengt niet met zich mee dat een door gedaagde na de proeftijd genomen ontslagbesluit, ten nadele van de ambtenaar, als tijdens de proeftijd genomen kan worden aangemerkt. Voorzover op grond van een vóór het einde van de proeftijd door de Staatssecretaris gedane voordracht wellicht wel tot een tijdig genomen ontslagbesluit zou kunnen worden geconcludeerd, is hiervan in het onderhavige geval ook geen sprake. Blijkens het koninklijk besluit van 11 december 1998 is de voordracht tot het ontslag door de Staatssecretaris gedaan op 2 december 1998, dus is ook deze voordracht niet vóór het einde van de proeftijd gedaan.

3. Gezien het vorenstaande komen de aangevallen uitspraak en het bestreden besluit voor vernietiging in aanmerking. De Raad ziet voorts aanleiding om met toepassing van artikel 8:74, vierde lid, van de Awb het primaire ontslagbesluit te vernietigen. De Raad acht tenslotte termen aanwezig om gedaagde met toepassing van artikel 8:75 van de Awb te veroordelen in de proceskosten van appellant in beroep en in hoger beroep ten bedrage van € 1.288,-.

### III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Vernietigt het bestreden besluit alsmede het primaire besluit van 11 december 1998;

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appellant in beroep en in hoger beroep tot een bedrag van € 1.288,-, te betalen door de Staat der Nederlanden;

Bepaalt dat de Staat der Nederlanden aan appellant het door hem in beroep en in hoger beroep betaalde griffierecht ad € 256,39 (f 225,- en f 340,-) vergoedt.

### NASCHRIFT

1. *In de onderhavige zaak gaat het om de vraag of het ontslag, in overeenstemming met het bepaalde in artikel 39 lid 7 AMAR, wel tijdens de proeftijd is verleend. Vast staat dat de staatssecretaris tijdens de proeftijd schriftelijk aan de officier heeft medegedeeld dat hij bij Hare Majesteit de Koningin voor ontslag op grond van artikel 39 lid 7 AMAR zou worden voorgedragen. Naar het oordeel van de rechtbank was hiermee aan de gestelde eis voldaan. Het is vaste jurisprudentie, aldus de rechtbank, "dat het voorstel tot verlening van ontslag en het (Koninklijk) ontslagbesluit onverbrekkelijk samenhangen en als één geheel kunnen worden beschouwd". De Centrale Raad van Beroep oordeelt echter anders. De Raad stelt voorop dat (hoe dan ook) het ontslagbesluit zelf niet vóór het einde van de proeftijd is genomen. Vervolgens overweegt de Raad dat ook de voordracht tot ontslag aan de Koningin pas op 2 december 1998 is gedaan, dus niet vóór het einde van de proeftijd op 1 december. De Raad laat hierbij in het midden of, als de voordracht wel vóór 1 december zou zijn gedaan, "wel tot een tijdig genomen ontslag besluit zou kunnen worden geconcludeerd". Gelet op de jurisprudentie van de Raad kan mijns inziens echter, indien in een geval als het onderhavige de voordracht tot ontslag binnen de proeftijd is gedaan, de conclusie slechts zijn dat ook het ontslagbesluit tijdig is genomen.*

2. *Door de ontslagen officier was in eerste aanleg gesteld dat in strijd met artikel 39 lid 7 AMAR was gehandeld "omdat het ontslag is ingegaan op een datum, gelegen na afloop van de proeftijd". Deze stelling snijdt in het geheel geen hout. Artikel 39 lid 7 spreekt van het verlenen van ontslag tijdens de proeftijd. De ingangsdatum van het ontslag kan dus*

best later liggen. Dit volgt ook uit het bepaalde in artikel 47 lid 3 AMAR dat, voor zover in dit kader van belang, zegt dat een ontslag als bedoeld in artikel 39 lid 7 AMAR niet eerder ingaat dan nadat ten minste een maand is verstreken sedert het tijdstip waarop de militair van het voorstel tot ontslagverlening schriftelijk in kennis is gesteld.

3. Naar de letter van artikel 39 lid 7 AMAR kan een militair voor wie een proeftijd geldt, op elke willekeurige grond worden ontslagen, als het ontslagbesluit maar tijdens de proeftijd is genomen. In feite is deze voorwaarde slechts een bijkomende voorwaarde. De hoofdvoorwaarde is dat het ontslagbesluit berust op het functioneren (op het gedrag, op de houding) van de militair tijdens de proeftijd. Zo kan een militair, die aan alle gestelde vooropleidingseisen voldoet, niet tijdens de proeftijd worden ontslagen uitsluitend omdat aan een andere gegadigde met een hogere vooropleiding de voorkeur wordt gegeven. Hij kan wel worden ontslagen (bijvoorbeeld) omdat hij op een bepaald terrein onaanvaardbare tekortkomingen vertoont. Naar vaste jurisprudentie brengt het karakter van de proeftijd met zich mee dat aan een militair tijdens de proeftijd ontslag kan worden verleend indien hij niet beantwoordt aan de verwachtingen die bij het bestuursorgaan bestonden en redelijkerwijs konden bestaan. Zie hieromtrent bijvoorbeeld CRvB 27 maart 1986, TAR 1986, nr. 135.

In de onderhavige zaak lette de rechtbank vooral op de hoofdvoorwaarde. En wat de bijkomende voorwaarde betreft: weliswaar was (zelfs) de voordracht tot ontslag één dag na het einde van de proeftijd gedaan, maar hier stond tegenover dat de officier tijdig van het voornemen tot ontslagverlening op de hoogte was gesteld. De Centrale Raad van Beroep vernietigde het ontslagbesluit echter uitsluitend omdat niet aan de bijkomende voorwaarde was voldaan.

4. Een proeftijd werkt naar twee kanten. Enerzijds kan een militair voor wie een proeftijd geldt, tijdens de proeftijd worden ontslagen op een niet nader in de voorschriften genoemde grond, anderzijds kan een aanvraag om ontslag (gedaan door de militair zelf) tijdens de proeftijd niet worden afgewezen. Dit laatste volgt niet alleen uit het karakter van de proeftijd, het blijkt ook uit artikel 42 lid 2 AMAR, dat bepaalt dat het eerste lid van artikel 42 (dat aangeeft in welke gevallen aan aanvraag om ontslag kan worden afgewezen) niet van toepassing is op een militair voor wie een proeftijd geldt, “gedurende die proeftijd”. Een redelijke uitleg van deze bepaling eist dat ook na het einde van de proeftijd een aanvraag om ontslag niet kan worden afgewezen indien de aanvraag vóór het einde van de proeftijd is ingediend.

G.L.C.

---

### Centrale Raad van Beroep

25 april 2002

98/3868 + 98/3870 + 98/8245 MAW

Voorzitter: Mr. J.C.F. Talman; leden: Mr. K. Zeilemaker en Mr. R.Kooper.

#### Lange haren

Een (mannelijke) onderofficier van de Koninklijke Luchtmacht, in 1996 uitgezonden naar Italië in het kader van een NAVO-missie, werd teruggeroepen naar Nederland: hij had zich, door zijn haar lang te dragen, niet gehouden aan de door de Commandant Tactische Luchtstrijdkrachten vastgestelde aanwijzing inzake het uiterlijk voorkomen. Na

*terugkeer stelde hij tegen dit (door de Staatssecretaris van Defensie gehandhaafde) besluit beroep in. In 1997 werd aan de onderofficier bericht dat hij wederom zou worden uitgezonden, met de toevoeging dat van hem werd verwacht dat hij zich (deze keer wel) aan de ter plaatse geldende aanwijzing inzake het uiterlijk voorkomen zou houden. Ook tegen dit (door de staatssecretaris gehandhaafde besluit) stelde de onderofficier beroep in. Beide beroepen werden door de rechtbank ongegrond verklaard (uitspraak 1). Omdat de onderofficier bij zijn standpunt bleef dat hij in geval van uitzending niet zou voldoen aan de eis het haar kort te dragen, werd de aangekondigde uitzending ingetrokken. Ook tegen dit (door de staatssecretaris gehandhaafde) besluit stelde de onderofficier beroep in en ook dit beroep werd door de rechtbank ongegrond verklaard (uitspraak 2). Zoals hieronder valt te lezen, vernietigt de Centrale Raad van Beroep beide uitspraken (1 en 2) van de rechtbank. Met betrekking tot de aanwijzing van de Commandant Tactische Luchtstrijdkrachten komt de Raad tot de slotsom dat deze aanwijzing onbevoegd is gegeven. Ook heeft de staatssecretaris naar het oordeel van de Raad onvoldoende aannemelijk gemaakt dat in het buitenland geplaatste mannelijke militairen met lang haar afbreuk doen aan de professionele uitstraling van de Koninklijke Luchtmacht. Evenmin is aannemelijk gemaakt dat in het geval van de onderofficier bijzondere omstandigheden afwijking van de vrije haardracht noodzakelijk maakten.*

(Haardracht)

#### UITSpraak

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

#### *I. Ontstaan en loop van de gedingen*

Appellant heeft op de daartoe bij aanvullende beroepschriften aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraken van de rechtbank 's-Gravenhage van 6 mei 1998, nrs. AWB 97/9441 MAWKLU en 97/10592 MAWKLU (uitspraak 1) en van 6 oktober 1998, nr. AWB 98/1795 MAWKLU (uitspraak 2), waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft verweerschriften ingediend.

De gedingen zijn gevoegd behandeld ter zitting van 8 februari 2002, waar appellant - daartoe opgeroepen - in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. P. Reitsma, advocaat te Nijkerk. Gedaagde heeft zich - daartoe opgeroepen - doen vertegenwoordigen door mr. J.B.J. Driessen, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

#### *II. Motivering*

1.1. Voor een uitgebreidere weergave van de in deze gedingen van belang zijnde feiten en omstandigheden wordt verwezen naar de aangevallen uitspraken. De Raad volstaat met het volgende.

1.2. Appellant, sergeant der eerste klasse bij de Koninklijke luchtmacht, is in juni 1996 uitgezonden naar [Y.] in Italië in het kader van een NAVO-missie. Bij besluit van 31 juli 1996 is zijn uitzending beëindigd, omdat hij zich niet heeft gehouden aan de aanwijzing C-TL, nr. A-001 met betrekking tot de haardracht. Dit besluit is gehandhaafd bij het bestreden besluit van 30 juli 1997.

1.3. Bij besluit van 25 juni 1997 is appellant meegedeeld dat hij is aangewezen voor uitzending naar [Y.] per 1 oktober 1997. Daarbij is appellant erop gewezen dat hij dient te voldoen aan het gestelde in de aanwijzing C-TL, nr. A-001 met betrekking tot het uiterlijk voorkomen (haardracht). Tegen deze voorwaarde is appellant in administratief beroep



gekomen, welk beroep ongegrond is verklaard bij het bestreden besluit van 16 september 1997.

1.4. De tegen de besluiten van 30 juli 1997 en 16 september 1997 ingestelde beroepen zijn door de rechtbank bij de aangevallen uitspraak 1 ongegrond verklaard.

1.5. Bij besluit van 9 september 1997 is het besluit van 25 juni 1997 ingetrokken, omdat appelland niet wilde voldoen aan de aanwijzing C-TL, nr. A-001 en hij derhalve niet uitzendbaar is. Dit besluit is na administratief beroep gehandhaafd bij besluit van 22 januari 1998. Bij de aangevallen uitspraak 2 is het hiertegen gerichte beroep van appelland ongegrond verklaard.

2.1. Appelland is - kort gezegd - van mening dat de eis om zijn haar op de door gedaagde gebezigde gronden kort te dragen, een niet noodzakelijke inbreuk maakt op zijn persoonlijke levenssfeer en dus in strijd komt met artikel 10 van de Grondwet, met artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en met artikel 17 van het Internationale Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Meer in het bijzonder heeft appelland betoogd dat de aanwijzing C-TL, nr. A-001 zich niet verdraagt met het Besluit van de Minister van Defensie van 8 juli 1971 (hierna: het Besluit), op grond waarvan de militair vrij is in de keuze van haardracht, tenzij een noodzaak bestaat om daarvan af te wijken. Zodanige noodzaak is volgens appelland niet te vinden in de door gedaagde voorgestane professionele uitstraling welke een korte haardracht zou vereisen. Appelland heeft meegedeeld er geen moeite mee te hebben zijn haar kort te dragen in verband met veiligheidseisen.

2.2. Anders dan namens gedaagde is betoogd heeft appelland, die inmiddels zijn haar kort draagt, naar het oordeel van de Raad wel degelijk belang bij een beoordeling van de bestreden besluiten door de Raad, reeds vanwege de door hem in administratief beroep gevraagde schadevergoeding.

### *Uitspraak 1*

3. Zoals hiervoor weergegeven heeft het geschil zich toegespitst op de vraag of de aanwijzing C-TL, nr. A-001 zich verdraagt met het onder 2.1. genoemde Besluit.

4.1. Ingevolge artikel 2 van het Besluit is de militair vrij in de keuze van zijn haardracht, met inachtneming van het daarna bepaalde. In de volgende bepalingen zijn persoonlijke en bedrijfsveiligheidseisen, groepshygiënische eisen en operationele eisen nader uitgewerkt, die - globaal samengevat - voorzien in het in voorkomende gevallen dragen van een beschutting (haarkap of haarnetje). In artikel 6 van het Besluit is bepaald dat, indien het noodzakelijk is om tengevolge van bepaalde omstandigheden of in verband met het verrichten van speciale werkzaamheden af te wijken van de in deze beschikking opgenomen bepalingen, door de bevelhebbers daartoe strekkende regelen voor het betreffende krijgsmachtdeel kunnen worden gesteld, zonodig na overleg met de Directeur-Generaal van de Arbeid. Bij de aanwijzing C-TL, nr. A-001 van 9 januari 1996 heeft de Commandant Taktische Luchtmacht aanwijzingen gegeven inzake tenue, haardracht en sieraden met betrekking tot crisisbeheersings-, vredes-, en humanitaire operaties. In artikel 3.1. van deze aanwijzing is bepaald dat gelet op het karakter van de (VN/NAVO-) missies de haardracht van mannelijke militairen kort dient te zijn; het haar dient niet over de boord danwel over de oren te vallen. Bij vrouwelijke militairen dient de haardracht afgestemd te zijn op de hygiënische omstandigheden. De aan appelland gestelde eis zijn haar kort te dragen is gestoeld op dit artikel 3.1.

4.2. De Raad stelt vast dat deze aanwijzing niet in overeenstemming met het bepaalde in artikel 6 van het Besluit is gegeven door de bevelhebber. Van bekrachtiging door deze,

zoals door de gemachtigde van gedaagde is gesteld, is de Raad niet kunnen blijken. Noch de brief van 6 februari 1996, nr. BLD 96.010.217/302, waarin als gezamenlijke activiteit van de Bevelhebbers kenbaar wordt gemaakt dat de regelgeving op het gebied van uiterlijk voorkomen zal worden aangepast noch de brief van 14 oktober 1996, nr. B.96.068.103/1279, waarin een beslissing in een concreet, niet op appellandt betrekking hebbend geschil wordt genomen kan naar het oordeel van de Raad als bekrachtiging van de aanwijzing worden aangemerkt. De Raad komt dan ook tot de slotsom dat bedoelde aanwijzing onbevoegd is gegeven, zodat de aan appellandt opgelegde eis daarop niet kon worden gebaseerd.

5.1. Zo wel bekrachtiging als vorenbedoeld had plaatsgevonden, dan heeft de Raad anderszins bedenkingen tegen de aan appellandt opgelegde eis. De bewuste aanwijzing, waarop de eis is gebaseerd, is in zijn algemeenheid gesteld, zo blijkt uit de stukken en het verhandelde ter zitting, omdat een mannelijke militair met lang haar afbreuk zal doen aan de professionele uitstraling van de Koninklijke luchtmacht. Daarbij is erop gewezen dat het hebben van lang haar bij mannelijke militairen naar Nederlandse maatstaven maatschappelijk aanvaard is, maar dat dit bij buitenlandse samenlevingen en bondgenootschappelijke strijdkrachten in overwegende mate niet het geval is. De verminderde professionele uitstraling van mannelijke militairen met lang haar zou bij buitenlandse missies de samenwerking en de slagkracht onevenredig schade toebrengen, aldus gedaagde.

5.2. De Raad heeft geconstateerd dat ten aanzien van de haardracht van Europese militairen vanwege de NAVO geen eisen zijn gesteld. Met betrekking tot het uiterlijk is in de regelgeving van die verdragsorganisatie uitdrukkelijk verwezen naar de nationale normen. Hieruit leidt de Raad af, nu van tegengestelde signalen niet is gebleken, dat bij de NAVO geen overwegende bezwaren bestaan tegen langharige mannelijke militairen.

5.3. Gedaagde is er ook overigens niet in geslaagd genoegzaam aannemelijk te maken dat het in het geval van appellandt ten gevolge van bepaalde omstandigheden als bedoeld in het Besluit noodzakelijk was af te wijken van de daarin neergelegde vrije haardrachtkeuze. In geen enkel opzicht heeft gedaagde geconcretiseerd op welke wijze de slagkracht van de Koninklijke luchtmacht in gevaar wordt gebracht door appellandts haardracht. Daarbij heeft de Raad van belang geacht dat het al gedurende enkele decennia voorkomt dat sommige Nederlandse militairen op buitenlandse missies lang haar dragen - zo droeg ook de militair die appellandt afloste zijn haar lang - en dat niet eerder gesteld of gebleken is dat daardoor de slagkracht in gevaar zou komen. Integendeel, ook gedaagdes gemachtigde heeft ter zitting verklaard dat van Nederlandse militairen met lang haar internationaal bekend was dat hun haardracht niet afdoet aan hun professionaliteit. Waarom daar thans verandering in zou zijn gekomen en welke omstandigheden daarbij van belang zijn, heeft gedaagde voor de Raad niet kunnen duidelijk maken.

5.4. Evenmin heeft gedaagde aannemelijk weten te maken dat appellandts speciale werkzaamheden afwijking van de vrije haardracht noodzakelijk maakten. Appellandt, die niet in een gevechtsgebied was gestationeerd, was belast met het bewaken van Nederlandse F 16's in de zogenoemde binnenste ring, en had als zodanig niet of nauwelijks contact met buitenlandse militairen. Overigens was appellandts voorganger met exact dezelfde werkzaamheden belast en werd zijn lange haardracht blijkbaar niet geacht daaraan in de weg te staan.

6. Gelet op het vorenstaande en in aanmerking voorts dat bij het in administratief beroep genomen besluit van 16 september 1997 ten onrechte niet het nader genomen besluit van 9 september 1997 is betrokken, welk besluit immers moet worden opgevat als een nader besluit als bedoeld in artikel 6:18 van de Algemene wet bestuursrecht ten opzichte van het

besluit van 25 juni 1997, kunnen de bestreden besluiten van 30 juli 1997 en 16 september 1997 niet in stand blijven, evenmin als uitspraak 1.

### *Uitspraak 2*

7. Bij het bestreden besluit van 22 januari 1998 heeft gedaagde het beroep van appellant tegen het besluit van 9 september 1997 tot intrekking van het besluit van 25 juni 1997 ongegrond verklaard. Gedaagde had, zoals hiervoor onder 6. reeds is vermeld, bij zijn besluit van 16 september 1997 tevens moeten beslissen op het beroep tegen het besluit van 9 september 1997 zodat daaromtrent ten onrechte op 22 januari 1998 een besluit is genomen. Dat besluit kan dan ook niet in stand blijven, evenmin als de aangevallen uitspraak 2, waarin aan deze gang van zaken geen consequenties zijn verbonden en het beroep tegen het besluit van 22 januari 1998, ten onrechte ongegrond is verklaard.

8. In het vorenstaande vindt de Raad aanleiding gedaagde op grond van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht te veroordelen tot betaling van de proceskosten van appellant in eerste aanleg en in hoger beroep. Deze worden begroot op € 1.288, - in eerste aanleg en € 966, - in hoger beroep voor verleende rechtsbijstand, derhalve in totaal € 2.254,-

### *III. Beslissing*

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraken;

Verklaart de beroepen tegen de bestreden besluiten van 30 juli 1997, 16 september 1997 en 22 januari 1998 gegrond en vernietigt die besluiten;

Bepaalt dat gedaagde opnieuw beslist op de administratieve beroepen met betrekking tot de besluiten van 31 juli 1996, 25 juni 1997 en 9 september 1997;

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appellant tot een totaalbedrag van € 2.254,-, 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 € 571,77 (voorheen f 1.260,-) vergoedt.

### NASCHRIFT

*Men kan er anders over denken, maar ik vind dat mannelijke militairen met lang haar wel degelijk een mindere professionele uitstraling hebben dan militairen die het haar gewoon kort dragen. Langharige mannelijke militairen passen niet in het beeld dat velen van een militair hebben, zeker niet van een militair op een buitenlandse missie. Dit doet afbreuk aan het vertrouwen dat men in de krijgsmacht behoort te kunnen stellen. Ook gaat het mijns inziens te ver de toch alleszins redelijke eis dat militairen het haar kort dienen te dragen, te zien als een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer (in de zin van artikel 10 van de Grondwet) of als een schending van het recht op de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam (in de zin van artikel 11 van de Grondwet).*

G.L.C.

*Maalstedhof, af.*

**Centrale Raad van Beroep**

25 april 2002

99/3525 MAW

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

**Ontslag wegens een vonnis van de strafrechter**

*Een beroepsmilitair werd, na een veroordeling wegens enkele ernstige misdrijven, in zijn ambt geschorst en vervolgens, in overeenstemming met het advies van de Commissie van onderzoek ontslag militairen (COOM), uit de dienst ontslagen met toepassing van artikel 39 lid 2 onder m AMAR ("wegens een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan en is geweest in verband met een feit van zodanige aard, dat, mede gelet op het algemeen gedrag van de militair, diens ontslag in het belang van de dienst noodzakelijk is"). Toen de onderofficier tegen dit (na bezwaar gehandhaafde) besluit beroep instelde, verklaarde de rechtbank het beroep ongegrond. Zoals hieronder valt te lezen, bevestigt de Centrale Raad van Beroep de uitspraak van de eerste rechter. Ook de Raad is van oordeel dat de ernst van de misdrijven, hoewel begaan in de privé-sfeer, zodanig is dat ontslag uit de dienst diende te volgen. Met betrekking tot het standpunt van de ontslagen militair dat een nader onderzoek ingesteld had moeten worden naar zijn dienstgeschiktheid en bij vaststelling van dienstongeschiktheid, ontslag wegens medische gebreken had dienen te volgen, overweegt de Raad: "Indien de (wel) geconstateerde persoonlijkheidsstoornis al met zich zou meebrengen dat sprake is van dienstongeschiktheid (...), dan nog ziet de Raad in het onderhavige geval onvoldoende grond voor het oordeel dat het vereiste van een behoorlijke belangenafweging met zich zou meebrengen dat de gekozen ontslaggrond niet had mogen worden gehanteerd. Naar vaste jurisprudentie kan bij samenloop van meerdere ontslaggronden een bestuursorgaan een keuzevrijheid niet worden ontzegd." Ook onderschrijft de Raad de opvatting van de Staatssecretaris van Defensie dat de ontslagen beroepsmilitair met de door hem gepleegde misdrijven ervan blijk heeft gegeven niet te beschikken over de normen en waarden die de krijgsmacht (zeker) van haar kaderleden mag verlangen, met name op het punt van respect voor andermans lichamelijke integriteit en het vermogen tot beheerst en gedoseerd omgaan met geweld.*

(Art. 39 lid 2 onder m AMAR)

**UITSpraak**

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

**I. Ontstaan en loop van het geding**

Namens appellant is op de daartoe bij aanvullend beroepsschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 30 juni 1999, nr. AWB 98/7099 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 14 maart 2002, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. P. Reitsma, advocaat te Nijkerk. Namens gedaagde is ter zitting verschenen mr. W. Baron, 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, destijds beroepsmilitair bij de Koninklijke landmacht, was laatstelijk werkzaam als [X.] in de rang van [Y.]. Bij vonnis van 29 december 1995 van de militaire kamer van de rechtbank Arnhem is appellant wegens poging tot zware mishandeling (1) en wegens verkrachting (2) veroordeeld tot een gevangenisstraf van in totaal 30 maanden, waarvan 9 maanden voorwaardelijk.

In verband met deze veroordeling is appellant op 15 februari 1996 geschorst en is voorgesteld tot ontslag over te gaan. Bij arrest van het gerechtshof Arnhem van 2 oktober 1996 is appellant, met vernietiging van het vonnis van de rechtbank, wegens mishandeling en verkrachting veroordeeld tot een gevangenisstraf van 24 maanden, waarvan 8 maanden voorwaardelijk, met een proeftijd van 2 jaren.

1.2. Nadat de Commissie van onderzoek ontslag militairen (Coom) in augustus 1996 nog negatief had geadviseerd omtrent eerdergenoemd ontslagvoorstel, heeft gedaagde appellant, in overeenstemming met een hernieuwd advies van de Coom van 29 augustus 1997, bij besluit van 15 september 1997 ontslagen op grond van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder m, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) wegens een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan en is geweest in verband met een feit van zodanige aard, dat, mede gelet op het algemeen gedrag van de militair, diens ontslag in het belang van de dienst noodzakelijk is. Dit besluit is na bezwaar gehandhaafd bij het thans in geding zijnde besluit van 13 augustus 1998.

2. In geschil is of gedaagde zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de ernst van de feiten waarvoor appellant is veroordeeld zodanig was, dat ontslag van appellant, mede gelet op zijn algemeen gedrag, noodzakelijk was. De rechtbank heeft die vraag bevestigend beantwoord. De Raad kan zich vinden in dat oordeel en in de overwegingen die de rechtbank aan haar oordeel ten grondslag heeft gelegd. Naar aanleiding van hetgeen namens appellant in hoger beroep is aangevoerd overweegt de Raad nog het volgende.

2.1. De Raad kan (de gemachtigde van) appellant niet volgen in zijn stelling dat het besluit onvoldoende is gemotiveerd. Gedaagde heeft in het primaire besluit voor de motivering van het ontslag verwezen naar het advies van 29 augustus 1997 van de Coom. Die commissie heeft geadviseerd dat de ontslaggrond van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder m, van het AMAR zich voordoet en dat en waarom de ernst van het bewezenverklarde, ondanks de verstrekkende gevolgen voor appellant, het ontslag noodzakelijk maakt. In het bestreden besluit heeft gedaagde voor de motivering verwezen naar het bij het besluit gevoegde advies van het Adviesorgaan Bestuursrechtelijke Geschillen Koninklijke Landmacht. In dit advies wordt een beschouwing gegeven over de toegepaste ontslaggrond, over de aangevoerde bezwaren en de bij de afweging te betrekken belangen. Het advies mondt uit in een stellige conclusie dat en waarom, ondanks enkele tekortkomingen in de voorbereiding, het bezwaar ongegrond moet worden verklaard en het ontslagbesluit kan worden gehandhaafd. Nu gedaagde dit advies heeft overgenomen is van een tekort in de motivering dat tot vernietiging van het bestreden besluit zou moeten leiden geen sprake.

2.2. De Raad kan appellant evenmin volgen in zijn standpunt dat, indien ontslag in het dienstbelang al noodzakelijk is, gedaagde nader onderzoek had dienen in te stellen naar zijn dienstgeschiktheid en bij constatering van dienstongeschiktheid, hem op grond van

medische gebreken had dienen te ontslaan. Evenals de rechtbank acht de Raad van belang dat in het omtrent appelland uitgebrachte psychiatrisch rapport uitdrukkelijk is vermeld dat er geen sprake is van een ziekelijke stoornis of gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens. Appelland had en heeft voldoende inzicht in de wederrechtelijkheid van de delicten en is in staat om zijn wil overeenkomstig dat besef te bepalen. Indien de wel geconstateerde persoonlijkheidsstoornis al met zich zou meebrengen dat sprake is van dienstongeschiktheid en dat ook de ontslaggrond van blijvende ongeschiktheid voor het vervullen van de dienst uit hoofde van een ziekte of gebrek zich voordoet, dat nog ziet de Raad in het onderhavige geval onvoldoende grond voor het oordeel dat het vereiste van een behoorlijke belangenafweging met zich zou meebrengen dat de gekozen ontslaggrond niet had mogen worden gehanteerd. Naar vaste jurisprudentie kan bij samenloop van meerdere ontslaggronden een bestuursorgaan een keuzevrijheid niet worden ontzegd. Voor de gekozen ontslaggrond was de feitelijke grondslag evident aanwezig zodat aan gedaagde de bevoegdheid om appelland op deze zogenoemde m-grond te ontslaan niet kan worden ontzegd.

2.3. De Raad is voorts van oordeel dat gedaagde de noodzaak van het ontslag, ondanks het feit dat de misdrijven hebben plaatsgevonden in de privé-sfeer, voldoende heeft onderbouwd. De Raad onderschrijft de opvatting van gedaagde dat appelland met de door hem gepleegde misdrijven ervan blijk heeft gegeven niet te beschikken over de normen en waarden die de krijgsmacht (zeker) van haar kaderleden mag verlangen, met name op het punt van respect voor andermans lichamelijke integriteit en het vermogen tot beheerst en gedoseerd omgaan met geweld. Ook de Raad acht daarbij van belang dat de veroordeling betrekking heeft op twee gespreid in de tijd gepleegde misdrijven en dat herhaling naar de mening van de ingeschakelde psycholoog onder omstandigheden zeker mogelijk is. De Raad acht voorts met gedaagde van belang dat appelland als [X.] een voorbeeldfunctie heeft te vervullen en dat de veroordeling de acceptatie van appelland als leidinggevende heeft aangetast. Dat oordeel wordt niet anders wanneer mede in aanmerking wordt genomen dat het algemeen gedrag van appelland zowel in als buiten de dienst overigens als doorgaand goed moet worden aangemerkt.

2.4. Aan dat oordeel doet evenmin af dat appelland - behoudens een periode van ruim vier maanden voorlopige hechtenis aansluitend aan 6 mei 1995 - tot zijn schorsing in februari 1996 nog normaal heeft kunnen functioneren. Naar uit de gedingstukken blijkt ontkende appelland de feiten waarvan hij werd verdacht ten stelligste, zodat gedaagde vooralsnog onvoldoende harde grond meende te hebben om appelland buiten functie te stellen en hem daarom het voordeel van de twijfel heeft gegeven. Met de onherroepelijke veroordeling was van die omstandigheid echter geen sprake meer.

3. Met betrekking tot het besluit van gedaagde dat appelland ook niet kan toetreden tot het reserve-personeel, is de Raad met gedaagde van oordeel dat niet valt in te zien waarom aan het normen- en waardenpatroon van het reserve-personeel minder zware eisen behoeven te worden gesteld.

4. Het vorenstaande leidt er toe dat het hoger beroep niet kan slagen. De Raad ziet geen aanleiding om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht. Beslist is als hierna vermeld.

### *III. Beslissing*

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

## NASCHRIFT

1. *Op welke gronden een beroepsmilitair uit de dienst kan worden ontslagen, is bepaald in de artikelen 39 en 40 AMAR en artikel 12g lid 2 MAW 1931. Artikel 39 lid 2 onder m AMAR noemt als ontslaggrond: een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan en is gewezen in verband met een feit van zodanige aard, dat, mede gelet op het algemeen gedrag van de militair, diens ontslag in het belang van de dienst noodzakelijk is. In de onderhavige zaak onderschrijft de Centrale Raad van Beroep de opvatting van de staatssecretaris dat de ontslagen beroepsmilitair met de door hem gepleegde misdrijven er blijk van heeft gegeven niet te beschikken over de normen en waarden die de krijgsmacht, zeker van haar kaderleden, mag verlangen. De beroepsmilitair kon dus met toepassing van artikel 39 lid 2 onder m AMAR uit de dienst worden ontslagen. De Raad acht het hierbij van belang dat de veroordeling betrekking heeft op twee gespreid in de tijd gepleegde misdrijven en dat, naar het oordeel van de ingeschakelde psycholoog, herhaling geenszins is uitgesloten "Dat oordeel wordt niet anders", aldus de Raad, "wanneer mede in aanmerking wordt genomen dat het algemeen gedrag van appellant zowel in als buiten de dienst overigens als doorgaand goed moet worden aangemerkt.". De toevoeging "mede gelet op het algemeen gedrag van de militair" in artikel 39 lid 2 onder m AMAR betekent dus niet dat, indien - de veroordeling buiten beschouwing gelaten - het algemeen gedrag in de regel goed is, de ontslaggrond niet kan worden toegepast. Wel dient bij het nemen van het ontslagbesluit het algemeen gedrag mede in beschouwing te worden genomen.*

2. *Artikel 39 lid 2 AMAR noemt - naast enkele algemene ontslaggronden - vele bijzondere gronden waarop aan een militair ongevraagd ontslag kan worden verleend. Indien zich in een bepaald geval meer dan één ontslaggrond voordoet, is het tot ontslag bevoegde gezag in beginsel vrij in de keuze tussen deze gronden. "Naar vaste jurisprudentie kan bij samenloop van meerdere ontslaggronden een bestuursorgaan een keuzevrijheid niet worden ontzegd", aldus de Raad in de onderhavige uitspraak. Wel mag het besluit dat uiteindelijk wordt genomen niet in strijd komen met een algemeen rechtsbeginsel of een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. In de onderhavige zaak was van zodanige strijd geen sprake. Zie voor een geval, waarin zodanige strijd zich naar het oordeel Raad wel voordeed: CRvB 10 oktober 1988, MRT 1989, p. 358, m.nt. G.L.C.: "Dienaangaande overweegt de Raad dat (...) in de onderhavige gevallen het kenmerkende van de situatie van gedaagden in een zo doorslaggevende mate in de medische ongeschiktheid is gelegen, dat, mede gelet op mogelijke toekomstige belangen van gedaagden in de pensioensfeer, eiser de keuze niet in redelijkheid op art. 39, tweede lid onder j (lees thans: h) had mogen laten vallen, doch de weg van art. 39, tweede lid onder g (lees thans: f) AMAR, had behoren te bewandelen."*

G.L.C.

**Centrale Raad van Beroep**

Uitspraak van 12 juli 2002

99/249 MPW

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

**Geen militair pensioen na 65 jaar (II)**

*Appellant, die als dienstplichtig militair op 1 oktober 1967 op 40-jarige leeftijd uit de militaire dienst is ontslagen, ontvangt vanaf 2 september 1990 een militair invaliditeitspensioen naar een mate van invaliditeit van 30%. Op 4 januari 1997 verzoekt hij om verhoging van dit pensioen omdat in zijn ogen het totale klachtenpatroon een invaliditeit van meer dan 30% met zich zou meebrengen.*

*Gedaagde, de Staatssecretaris van Defensie, heeft dit verzoek afgewezen omdat een wijziging van het invaliditeitspensioen na de leeftijd van 65 jaar op grond van artikel F7, lid 15, laatste volzin van de Algemene militaire pensioenwet niet meer mogelijk is. Appellant is op 4 juli 1992 al 65 jaar geworden.*

*De rechtbank verklaart het door appellant ingestelde beroep om die reden dan ook ongegrond.*

*Appellant heeft in hoger beroep aangevoerd dat hier sprake is van een niet te rechtvaardigen ongelijkheid. Een met hem vergelijkbare gewezen dienstplichtige die vóór 1 januari 1966 is ontslagen kan namelijk wel na de 65-jarige leeftijd in aanmerking komen voor verhoging van zijn pensioen.*

*De Raad geeft aan dat voor toekenning van een militair invaliditeitspensioen is vereist dat er een causaal verband bestaat tussen de invaliditeit en de uitoefening van de militaire dienst. In de praktijk is het steeds moeilijker deze causaliteit na 65 jaar vast te stellen. Voorts is de keuze voor deze leeftijdsgrens in de pensioenwet ook ingegeven door de algemeen aanvaarde pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar.*

*Naar het oordeel van de Raad is de onderhavige leeftijdsgrens hiermee redelijk en objectief gerechtvaardigd. De Raad bevestigt dan ook de aangevallen uitspraak.*

(Algemene militaire pensioenwet, artikel F7, lid 15)

**UITSpraak**

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

**I. Ontstaan en loop van het geding**

Namens appellant is op bij beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 11 december 1998, nr. AWB 97/6986 MPWKL, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 19 april 2002, waar appellant in persoon is verschenen en waar gedaagde, zoals tevoren aangekondigd, zich niet heeft doen vertegenwoordigen.

**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.

Ten aanzien van de hier van belang zijnde feiten en omstandigheden volstaat de Raad, onder verwijzing voor het overige naar rubriek 3 van de aangevallen uitspraak, met het volgende.

Appellant, die als dienstplichtig militair in 1967 op 40-jarige leeftijd uit de militaire dienst is ontslagen, ontvangt een militair invaliditeitspensioen krachtens de Wet naar een mate van invaliditeit van 30%. Bij brief van 4 januari 1997 heeft hij verzocht om een verhoging van dit pensioen omdat zijn totale klachten een invaliditeit van meer dan 30% met zich zouden meebrengen.

Gedaagde heeft op dit verzoek afwijzend beslist en heeft zijn afwijzing ook na bezwaar gehandhaafd. Daarbij heeft gedaagde aangegeven dat een wijziging van het pensioen ingevolge artikel F 7, vijftiende lid, laatste volzin, van de Wet niet meer mogelijk is, gelet op het feit dat appellant op 4 juli 1992 65 jaar is geworden. Daaraan kan volgens gedaagde niet afdoen dat er ook gewezen dienstplichtigen zijn voor wie deze leeftijdsgrens niet geldt omdat zij reeds vóór 1 januari 1966 uit de militaire dienst zijn ontslagen en dientengevolge de toen geldende pensioenwetgeving op hen van kracht is gebleven waarin de leeftijdsgrens van 65 jaar niet is opgenomen.

Bij de aangevallen uitspraak is het hiertegen door appellant ingestelde beroep ongegrond verklaard.

Appellant kan zich met die uitspraak niet verenigen omdat volgens hem sprake is van een niet te rechtvaardigen ongelijkheid. Appellant heeft in hoger beroep verduidelijkt dat het hem daarbij niet gaat om het feit dat dienstplichtigen, die net als hij dienstdiende in het voormalig Nederlands-Indië hebben doorgebracht, ingevolge de Dienstplichtwet naar gelang hun rang zijn ontslagen op verschillende leeftijden, doch om het effect van de inwerkingtreding van de Wet per 1 januari 1966, waardoor degenen die zijn ontslagen vóór 1 januari 1966 wél, en degenen die zijn ontslagen vanaf deze datum géén (verdere) aanspraak op militair invaliditeitspensioen hebben na het bereiken van de leeftijd van 65 jaar. Appellant acht dit in strijd met het verbod van discriminatie zoals dit is neergelegd in artikel 26 in verbinding met artikel 2 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR).

De Raad overweegt het volgende.

In de op appellant toepasselijke Wet is geen grondslag aanwezig om na het bereiken van de 65-jarige leeftijd door de betrokkene tot een wijziging van een eerder toegekend invaliditeitspensioen over te gaan. Hierin is geen verandering gebracht door de door appellant genoemde brief van 11 februari 1998 van de directeur arbeidsvoorwaardenbeleid van het Ministerie van Defensie, waarin voor dienstplichtigen die vóór 1 januari 1966 feitelijk de militaire dienst reeds hadden verlaten maar pas op of na die datum werden ontslagen, bij wie kan worden aangetoond dat er al bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar van een zekere mate van invaliditeit sprake was en die na het bereiken van de 65-jarige leeftijd voor het eerst om invaliditeitspensioen hebben verzocht, een mogelijkheid van eerste toekenning wordt genoemd. De Raad stelt dan ook vast dat de afwijzing van appellants verzoek in overeenstemming met de Wet is geschied.

De Raad kan appellant niet volgen in zijn standpunt dat door het uit de Wet voortvloeiende gevolg, dat de onderhavige leeftijdsgrens alleen geldt voor degenen die vanaf 1 januari 1966 met ontslag zijn gegaan, een ongerechtvaardigde ongelijkheid is ontstaan tussen ontslagen dienstplichtigen die in eenzelfde tijdvak dienst hebben gedaan.

Daartoe neemt de Raad in aanmerking dat voor de toekenning van een militair invali-

diteitspensioen is vereist dat er een causaal verband bestaat tussen de invaliditeit en de uitoefening van de militaire dienst. In het door gedaagde ingediende verweerschrift is vermeld dat aan de leeftijdsgrens van 65 jaar de gedachte ten grondslag ligt dat met het toenemen van de leeftijd het steeds moeilijker werd deze causaliteit vast te stellen, en dat de keuze voor deze leeftijdsgrens voorts is ingegeven door de algemeen aanvaarde pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar, alsmede de hantering daarvan in onder meer de sociale verzekeringswetgeving. Naar het oordeel van de Raad is de onderhavige leeftijdsgrens hiermee redelijk en objectief gerechtvaardigd.

De invoering van een dergelijke leeftijdsgrens brengt mee dat ergens een scheidslijn moet worden getrokken tussen degenen voor wie de grens wel en voor wie deze niet geldt. Dat die lijn is getrokken tussen degenen die wel en die niet waren ontslagen bij de inwerkingtreding van de Wet kan in het licht van het voorgaande en de systematiek van de onderhavige pensioenwetgeving niet als een verboden vorm van discriminatie worden aangemerkt.

Gegeven dit oordeel kan de Raad in het midden laten wat er zij van het antwoord op de vraag of appellants grief kan worden gebaseerd op het bepaalde in de artikelen 26 en 2 van het IVBPR.

Hetgeen appellant in hoger beroep overigens heeft aangevoerd kan evenmin leiden tot vernietiging van de bestreden uitspraak. In het bijzonder is de Raad niet gebleken van omstandigheden op grond waarvan gezegd moet worden dat strikte toepassing van het onderhavige dwingendrechtelijke voorschrift in die mate in strijd komt met een algemeen rechtsbeginsel dat die toepassing geen rechtsplicht meer kan zijn. Zoals de Raad eerder heeft overwogen in de zaak 99/1052 MPW (MRT 01, 253) geeft ook het buitenwettelijke beleid zoals bedoeld in de eerdergenoemde brief van de directeur arbeidsvoorwaardenbeleid daartoe in een situatie als de onderhavige geen aanleiding.

Uit het vorenstaande volgt dat de aangevallen uitspraak voor bevestiging in aanmerking komt.

De Raad acht tenslotte geen termen aanwezig om toepassing te geven aan het bepaalde in artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht inzake een vergoeding van proceskosten.

### III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,  
RECHT DOENDE:  
Bevestigt de aangevallen uitspraak.

#### NASCHRIFT

*1. Het komt geregeld voor dat een verzoek om een militair invaliditeitspensioen of een verhoging van een dergelijk pensioen wordt gedaan op het moment dat iemand al ouder is dan 65 jaar. Soms worden de klachten, meestal psychische klachten, dan pas goed merkbaar, soms realiseert men zich niet dat de huidige militaire pensioenwetgeving er niet meer in voorziet dat na de 65 jarige leeftijd een dergelijk invaliditeitspensioen wordt toegekend of verhoogd.*

*Zoals bekend voorzagen de zgn. vroegere militaire pensioenwetten (Pensioenwetten voor de landmacht en zeemacht van 1922) er wel in dat na 65 jaar een pensioen voor het eerst kon worden toegekend dan wel na die leeftijd nog kon worden herzien. Bij de invoering van de Algemene militaire pensioenwet in 1966 (wet van 6 oktober 1966, Stb. 445) is in artikel F7, lid 15 bepaald dat geen toekenning of herziening van een militair invalidi-*

teitspensioen meer plaatsvindt met ingang van of na de eerste dag van de maand waarin de ontslagen militair 65 jaar wordt. De vroegere militaire pensioenwetten golden, zoals bekend, voor degene die was ontslagen vóór 1 januari 1966 en de Algemene militaire pensioenwet was van toepassing op degene die is ontslagen ná 1 januari 1966. Bij de introductie in juni 2001 van het nieuwe complex aan militaire pensioenwetgeving is in artikel 19 van het Besluit bijzondere militaire pensioenen (Besluit van 6 februari 2001, Stb. 139) een beschermende bepaling opgenomen die er in voorzorg dat degene die was ontslagen vóór 1 januari 1966 te allen tijde een verzoek om invaliditeitspensioen of een verzoek om verhoging kon indienen. Zie voor een uiteenzetting over de nieuwe regelgeving het artikel "Militairen onder ABP-pensioenreglement" van mr. J.G.F.M. van Kessel in het MRT van september 2001, blz. 307 e.v.

2. In de loop van de tijd is met name vanuit de belangenorganisaties voor militairen steeds meer kritiek gekomen op de gevolgde systematiek dat iemand, die ná 1 januari 1966 is ontslagen, op grond van de Algemene militaire pensioenwet na 65 jaar geen invaliditeitspensioen meer kan ontvangen. De gevolgde systematiek is logisch als het ontslagmoment gelijk valt met het einde van de werkelijke dienst. Bij het dienstplichtig personeel is dit discutabel. Er ligt soms meer dan 15 jaar tussen het moment van groot verlof en het daadwerkelijke ontslag op grond van de Dienstplichtwet. Zoals bekend gold op grond van de laatste wet, afhankelijk van de rang, een ontslagleeftijd van 35, 40 of 45 jaar.

Bij de introductie van de nieuwe militaire pensioenwetgeving in 2001 is de wetgever dan ook enigermate tegemoet gekomen aan de bestaande kritiek op de geldende regel dat toekenning van een invaliditeitspensioen na het 65e jaar niet meer mogelijk is.

Beleidsmatig is dit nader uitgewerkt in die zin dat er een verruiming van artikel F7, lid 15 is geïntroduceerd. De verruiming betreft alleen de categorie dienstplichtigen die vóór de totstandkoming van de Algemene militaire pensioenwet (per 1 januari 1966) de militaire dienst (met groot verlof) feitelijk heeft verlaten, maar pas na 1 januari 1966 wordt ontslagen. Voor deze categorie is de mogelijkheid van een verzoek om eerste toekenning ook na 65 jaar geopend. In die gevallen wordt door de verzekeringsarts de vraag beantwoord of er op 65-jarige leeftijd reeds invaliditeit met dienstverband bestond en op welk percentage deze invaliditeit wordt ingeschat (beoordeling achteraf). Dit percentage wordt nadien vervolgens niet meer gewijzigd.

3. In de onderhavige uitspraak gaat het om een militair (geboren in 1927) die tijdens zijn dienstplicht eerst tot korporaal en in 1953 tot sergeant is bevorderd en om die reden pas op 40-jarige leeftijd in de hoedanigheid van onderofficier uit de militaire dienst is ontslagen. Omdat het moment van ontslag (1 oktober 1967) na de datum van 1 januari 1966 is gelegen valt betrokkene dus onder de bepalingen van de Algemene militaire pensioenwet.

Het door hem in 1997 gedane verzoek om verhoging van het reeds bestaande invaliditeitspensioen van 30% is door de staatssecretaris afgewezen. De rechtbank verklaart het beroep ongegrond. De Centrale Raad van Beroep bevestigt de aangevallen uitspraak met verwijzing naar een eerdere uitspraak (gepubliceerd in MRT juni 2001, blz. 253 m.nt. W.J.S.).

Ook toetst de Raad aan het hierboven vermelde beleid. Toetsing van betrokkenes situatie aan deze beleidlijn leidt echter tot de conclusie dat hij als gewezen dienstplichtige weliswaar aan de voorwaarden van datum groot verlof vóór 1 januari 1966 en datum ontslag ná die datum voldoet, maar dat hij desalniettemin niet voor verhoging van zijn pensioen in aanmerking kan komen: betrokkene is immers reeds vanaf 1990 in het genot van een invaliditeitspensioen van 30%. De Raad bevestigt dan ook de aangevallen uitspraak.

W.J.S.

## OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

### Boeken en tijdschriften

#### Boekbespreking

*Dr. A.H.M. van Iersel, dr. Th.A. van Baarda (red.): Militaire ethiek. Morele dilemma's van militairen in theorie en praktijk. Met een voorwoord van de Chef Defensiestaf Lt. Admiraal L. Kroon. Uitg. Damon (Budel) 2002. 398 pagina's.*

De Nederlandse krijgsmacht kende het afgelopen decennium een groeiende behoefte aan ethische reflectie maar ervoer tegelijkertijd een grote verlegenheid om hieraan vorm te geven. Om de nood te lenigen zijn verschillende stappen genomen. Zo zijn in 1996 gedragscodes aangenomen en is aan IDL, KIM en KMA ethiek een vast onderdeel van het curriculum geworden. In 1999 is het Bureau voor Ethiek en Krijgsmacht ingesteld, dat thans verantwoordelijk is voor een nieuwe mijlpaal: het verschijnen van dit basisboek Militaire Ethiek, medio 2003 te volgen door een praktijkboek. Het is zo goed als geheel door de redacteurs geschreven. Alleen het hoofdstuk over gedragscodes is van de hand van Generaal-majoor der mariniers b.d. mr. C. Homan.

Zoals aangekondigd in het voorwoord, is het boek vooral bestemd voor onderwijsverantwoordelijken en officieren. Daarmee nemen de auteurs de handschoen op om de ethische materie zoals die door filosofen, juristen en sociale wetenschappers is doordacht te ontsluiten voor mensen die "niet meer dan" rijke praktische ervaring hierin bezitten. Een oordeel over dit boek staat of valt met de mate waarin dit gelukt is. Welnu, de auteurs hebben degelijke studie geschreven, die voor de doelgroep toegankelijk is.

Onvermijdelijk heeft een studie als deze het karakter van een handboek, dat beoogt recht te doen aan het spectrum van militaire ethiek. Een korte aanduiding van de thema's van het boek leert hoe breed dit spectrum is. Als maatschappelijke achtergrondfactoren komen de verhouding tussen militair en samenleving en het beeld van de militair aan bod. Vervolgens krijgen de klassieke en de moderne taken van de krijgsmacht behandeling. Daarna komen de gangbare ethische theorieën aan de beurt, en krijgen de concepten vrede, rechtvaardigheid en veiligheid uitdieping. De focus op de praktijk krijgt vorm door een hoofdstuk over dilemmatraining en een hoofdstuk 'Tips en Tools'. De studie sluit af met zeven bijlagen, waaronder een verklarende woordenlijst en een lijst met internetsites.

De pretentie die uit deze opsomming spreekt wordt waargemaakt. Maar de brede opzet brengt wel enige nadelen met zich mee. Zo zijn er de onvermijdelijke thematische overlappingsen. Een onderwerp als de veranderde taakstelling van de krijgsmacht komt meerdere keren naar voren. Bovendien, hoe breed de auteurs proberen te zijn, er treden accenten naar voren. Het rechtvaardigheidsbegrip leunt sterk op de theorievorming van John Rawls. Dit komt sterk naar voren in een mooi hoofdstuk waar de waarden veiligheid, rechtvaardigheid en vrede tegen elkaar worden uitgespeeld. Deze accenten gaan ten koste van aandacht voor de praktische betekenis van klassieke ethische theorieën als gevolgen-ethiek, plichtsethiek en deugdethiek.

Ten aanzien van de vormingsdoelen zet het boek sterk in op bewustwording en conceptuele verheldering. Dit gebeurt met name door de raakvlakken die de ethiek heeft met de sociale wetenschappen en het recht te verkennen. Het heeft voor- en nadelen. Ten aanzien van de verhouding tussen ethiek en recht zijn dit de volgende. Het boek blinkt uit door vele juridische casuïstiek. De meest uiteenlopende problemen krijgen adstructie met een aan de

juridische sfeer ontleende casus. Dit is een van de aantrekkelijke kanten van het boek en maakt het zeer leesbaar. Verdienstelijk is daarbij, dat in de casuïstiek altijd de ethische inzet van het recht wordt erkend. Het boek maakt zich geen enkele keer schuldig aan juridische haarkloverijen waarin de ethische dimensie op de achtergrond geraakt. Dat is een groot compliment waard. Helaas biedt het boek nagenoeg geen fundamentele reflectie waarin de verschillende kanten van de verhouding tussen ethiek en recht worden uitgediept.

Ten aanzien van de sociale wetenschappen speelt een ander spanningsveld. Enerzijds kent het boek voortreffelijke besprekingen van de (voornamelijk psychologische) factoren die bijdragen tot morele passiviteit. De onderwijskundige inzet krijgt overtuigend handen en voeten met het vormingsmodel van Kohlberg, waarin verschillende stadia van morele ontwikkeling worden geschetst. Maar anderzijds dreigt met deze modelmatige benadering de ethiek in zuivere vorm terrein verliezen. De analyses lijden aan een afstandelijkheid waardoor ze niet direct tot de morele ervaring van de doelgroep spreken. Expliciete behandeling van morele emoties is dan ook weinig aanwezig. Weliswaar is een hoofdstuk gewijd aan de deugd moed. Maar integriteit, verantwoordelijkheid en rechtvaardigheid worden niet als karaktereigenschappen gethematiseerd. En thematieken als leiderschap, het belang van militair ceremonieel voor bewustwording en solidariteit hadden meer uitwerking verdiend. Wellicht dat het nog te verschijnen praktijkboek deze lacune enigszins vult.

Met dit boek is een prestatie van formaat neergezet. De Nederlandse krijgsmacht mag trots zijn op de wijze waarop de (mede door de politiek ingegeven) impuls om meer aan ethiek te doen is opgepakt. Het is nu aan de eigenlijke doelgroep, de opleidingsverantwoordelijken, met dit materiaal aan de slag te gaan.

*Marcel Becker*

*(Dr. Marcel Becker is universitair docent ethiek aan de Katholieke Universiteit Nijmegen. Daarnaast is hij gastdocent aan het Instituut Defensie Leergangen, het Koninklijk Instituut voor de Marine, en de School voor Vredesmissies.)*

---

## **Boekaankondiging**

Onlangs is de tweede druk verschenen van het S&J-deel nr. 81, Militair straf-, strafproces- en tuchtrecht, bewerkt door prof. mr. G.L.Coolen. In het deel, uitgegeven door Kluwer, zijn opgenomen het Wetboek van Militair Strafrecht, de Wet militaire strafrecht-spraak en de Wet militair tuchtrecht, alsmede de op deze wetten steunende uitvoeringsvoorschriften. Ook zijn opgenomen de Rijkswet en het Besluit geweldgebruik defensiepersoneel, alsmede een uittreksel uit het NAVO-Statusverdrag en het Verdrag status krijgsmachten Partnerschap voor de Vrede. Met name bij het Wetboek van Militair Strafrecht en de Wet militair tuchtrecht is verhoudingsgewijs veel jurisprudentie vermeld.

Het deel is bijgewerkt tot 1 juli 2002.

---

## **Military Law Journal 2002/5**

Dit omvangrijke en fraai uitgegeven nummer van de Britse tegenhanger van het MRT is een 'special', geheel gewijd aan 'The First 50 Years of Army Legal Services'. Dat gouden jubileum is in feite al gevierd in 1998, maar het kostte 'wat tijd' om de gevraagde bijdragen te bundelen. In het voorwoord van het boekwerk (want dat is het geworden, 266 pagina's) wordt dat als volgt toegelicht: "Anyone who has ever had to organise a group of ALS officers knows that the moving of a recalcitrant elephant is easier."

In de jubileumuitgave worden de totstandkoming en de ontwikkeling van de Army Legal Services (ALS) uit de doeken gedaan. Dat is heel informatief. Zeker zo aardig is het te lezen hoe een groot aantal (voormalige) ALS officieren -en enkele echtgenotes- hun met de geschiedenis van de ALS verweven persoonlijke lotgevallen beschrijven. Zij doen dat merendeels met de benijdenswaardige luchthartigheid die voor Britten zo kenmerkend is.

Bepaalde functies van de hedendaagse ALS werden al uitgeoefend door de Judge Advocate General (JAG) en de aan hem toegevoegde judge advocates, ambten waarvan de geschiedenis teruggaat tot 1666. In de 'special' valt te lezen hoe de functies en organisaties in samenhang met de eisen van de tijd (oorlogen, uitbreiding, inkrimping en taakveranderingen van de krijgsmacht, de Conventies van Genève c.a. en -niet te vergeten- het Europees Verdrag voor de bescherming van de rechten van de mens) ingrijpend zijn veranderd.

Het Directorate of Army Legal Services is onderverdeeld in een aantal sectoren die zich bezig houden met functies als het zijn van 'prosecuting authority' in strafzaken, de advisering van commandanten in juridische kwesties, met name disciplinaire zaken en -in snel toenemende mate- 'operational law', het geven van lessen en het samenstellen van handboeken. Voorts, de behartiging van internationale juridische aangelegenheden en het verlenen van 'legal aid' aan militairen en hun gezinsleden, met name in het buitenland. Kortom, er is werk genoeg, en er kan worden geconcludeerd: "We must be the only branch whose numbers have drastically increased since drawdown."

*Mr. A.J.T. Dörenberg*

---

## **International Society for Military Law and the Law of War**

Het driejaarlijkse congres van deze vereniging zal in Rome worden gehouden van 1 tot 5 april 2003. Het hoofdthema zal zijn gewijd aan het actuele onderwerp 'Compatibility of National Legal Systems with the Statute of the Permanent International Criminal Court (ICC)'. Zoals gebruikelijk zullen daarnaast door de 'Specialised Committees' van de vereniging neventhema's worden behandeld. Daarbij zal onder meer aandacht worden gegeven aan juridische aspecten van terrorismebestrijding.

Aanmelding voor het congres kan plaats vinden bij het Secretarial office van de vereniging p/a Auditorat Général près la Cour Militaire, Palais de Justice, Place Poelaert, B-1000, Brussel; tel/fax:003225086087, e-mail:soc-mil-law@planetinternet.be. Ook kan terzake de website van de vereniging worden geraadpleegd: <http://www.soc-mil-law.org/>.

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

VASTE MEDEWERKERS:

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

WIJZE VAN UITGAVE:

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

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

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

**Kennisgeving van adreswijziging** (uitsluitend betalende abonnees) te richten tot Sdu Servicecentrum Uitgeverijen, Postbus 20014, 2500 EA 's-Gravenhage. Telefoon (070) 3789887, fax (070) 3789783.

Zij die het tijdschrift van rijkswege verstrekt krijgen dienen zich voor kennisgeving van adreswijziging te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren.

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



# Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVI

Maart 2003

Aflevering

3

Sdu Uitgevers

# INHOUD

## Bijdragen

Militair tuchtrecht tijdens uitzendingen; door mr. Aart Jan de Haan.....	73
Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loep: Het vergoeden van schade; door Prof. mr. G.L. Coolen.....	79

## Strafrechtspraak

Ah 18.01.02 en Hof Ah 05.06.02	<b>Nasleep Herculesramp; kostenvergoedingen</b> Gewezen verdachte verzoekt vergoeding van kosten die krachtens overeenkomsten tussen raadslieden en vakbonden door deze betaald zijn. Door wie is overeengekomen dat deze kosten ten laste van verzoeker zouden komen? Beïnvloedt afspraak tussen verdachte en raadsman inz. hoogte tarief welke kosten voor vergoeding in aanmerking komen? (Naschrift M.M.D.).....	82
---	---	----

## Bestuursrechtspraak

CRvB 18.04.02	<b>De sprong van de hindernisbaan</b> Het verzoek om schadevergoeding is terecht afgewezen. De omstandigheden waaronder het ongeval plaats had, dienen als normaal te worden aangemerkt. Ook is door de staatssecretaris genoegzaam aangetoond dat hij zijn verplichtingen is nagekomen. (Naschrift G.L.C.).....	90
CRvB 02.05.02	<b>Toekomstverwachting onvoldoende gemotiveerd</b> Beoordeling militair Korps Mariniers. Negatieve toekomstverwachting onvoldoende onderbouwd; niet te verenigen met een aantal relevante waarderingen in andere rubrieken van de beoordeling. (Naschrift G.F.W.).....	93
CRvB 02.05.02	<b>Geen sprake van onderwaardering</b> Beoordeling militair KM. Beoordeling berust niet op onvoldoende gronden. Verplichting tot 'waarschuwen' ziet niet op de inschatting van de toekomstmogelijkheden van beoordeelde.....	96
CRvB 08.05.02	<b>Geen (volledige) risicoaansprakelijkheid voor Defensie (II)</b> Appellant (sergeant 1e klasse van de KL) overkomt een dienstongeval met zeer ernstig lichamenlijk letsel als gevolg. De Staatssecretaris van Defensie heeft voldoende aangetoond dat hij zijn verplichtingen in de werkomgeving is nagekomen en afdoende maatregelen getroffen. Geen aanspraak op schadevergoeding naast het al toegekende maximale invaliditeitspensioen. (Naschrift W.J.S.).....	98
Rb Den Haag 14.05.02	<b>De ingetrokken verklaring van geen bezwaar</b> Van een onderofficier wordt de verklaring als bedoeld in art. 1 lid 1 onder b Wvo ingetrokken. Beroep ongegrond. (Naschrift G.L.C.).....	102
CRvB 01.08.02	<b>Ongeschikt omdat niet uitzendbaar (II)</b> Een officier wordt ontslagen omdat hij vanwege zijn niet-uitzendbaarheid ongeschikt moet worden geacht voor de militaire dienst. Beroep ongegrond. (Naschrift G.L.C.).....	106

## Opmerkingen en mededelingen

Reactie.....	111
Hague Joint Conference on Contemporary Issues of International Law - 2003.....	114
The Hague Legal Portal.....	115
Asser Newsletter.....	115
Tijdelijke bevordering.....	116

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

## BIJDRAGEN

### Militair tuchtrecht tijdens uitzendingen

door

MR. AART JAN DE HAAN

LUITENANT-KOLONEL VAN DE MILITAIR JURIDISCHE DIENST<sup>1)</sup>

#### *Inleiding*

Het militair tuchtrecht, vastgelegd in de Wet militair tuchtrecht (WMT), is een belangrijk instrument voor de handhaving van de discipline. De effectiviteit van het tuchtrecht is onder andere afhankelijk van het sanctiepakket en van de omstandigheden waaronder het tuchtrecht wordt gehanteerd. In deze bijdrage ga ik in op de toepasbaarheid van het tuchtrecht tijdens uitzendingen. Centraal staat de vraag of het militaire tuchtrecht in zijn huidige vorm voldoet als methode van disciplinehandhaving tijdens uitzending. Tevens zal ik aan de orde stellen of repatriëring een juist alternatief is voor het tuchtrecht in de handhaving van de discipline.

In 1999 hebben de luitenant-kolonels Van Gorp en Jofriet een uitgebreide beschouwing gewijd aan de correctie van ongewenst gedrag bij uitzendingen<sup>2)</sup>. Daarbij halen zij uit het in 1993 verschenen rapport van Research voor Beleid B.V., ‘Douw of straf?’, aan dat commandanten van mening zijn dat de straffen van geldboete en uitgaansverbod niet effectief zijn. Van Gorp en Jofriet menen - meer in het algemeen - met betrekking tot het toepassen van militair straf- en tuchtrecht tijdens uitzendingen dat de opinies van commandanten hierover deels zijn terug te voeren op verkeerde veronderstellingen, maar ook op gebrek aan kennis en kunde bij commandanten. In deze bijdrage zal blijken dat ik tot een positiever oordeel kom.

#### *Afbakening*

Voor deze bijdrage heb ik gebruik gemaakt van de ervaringen die ik heb opgedaan tijdens mijn uitzending naar Bosnië in de periode van oktober 2001 tot en met april 2002. Ik vervulde daar de functie van contingentsjurist, normaliter aangeduid als Legal Advisor (en Claims Officer), van het Contingentscommando (Contco) ten behoeve van de Nederlandse troepen ingedeeld bij SFOR in Bosnië-Herzegovina en Kroatië. Na mijn uitzending heb ik de commandanten<sup>3)</sup> die in de genoemde periode in Bosnië en Kroatië werkzaam waren gevraagd een vragenlijst in te vullen. De vragen waren gericht op de toepasbaarheid en de feitelijke toepassing van het tuchtrecht, en op de scheiding tussen straf- en tuchtrecht. Het strafrecht als zodanig en het bestuursrecht kwamen niet aan de orde. Met deze vragenlijsten heb ik mijn eigen waarnemingen kunnen aanvullen.

Bedacht dient te worden dat de omstandigheden in andere uitzendgebieden of in andere perioden in hetzelfde uitzendgebied kunnen verschillen van de omstandigheden zoals ik

<sup>1)</sup> De auteur is momenteel werkzaam als hoofd van de sectie Juridische Zaken van het Nederlands Armed Forces Support Agency Germany (NASAG) te Seedorf. Het artikel is geschreven op persoonlijke titel.

<sup>2)</sup> Lkol mr. A.M. van Gorp en lkol mr. J.R.G. Jofriet in *De correctie van ongewenst gedrag onder moeilijke omstandigheden*, MRT 1999, p. 37 e.v.

<sup>3)</sup> Met de term commandant wordt in dit artikel, tenzij anders aangegeven, bedoeld de commandant zoals omschreven in artikel 49 WMT.

die aangetroffen heb. Zo hebben de gebeurtenissen van 11 september 2001, iets meer dan een maand voorafgaand aan de ontplooiing van SFOR11/Contco13, ontegenzeggelijk invloed gehad op zaken als *force protection* en *walking-out policy*.

Het Nederlandse contingent telde tijdens de periode van SFOR 11/Contco 13 ongeveer 1400 militairen, ingedeeld bij het gemechaniseerde bataljon (1NL Mechbat), het National Support Element (1NL NSE), de verbindingscompagnie (1NL Vbdcie), het Contingentscommando en het helikopterdetachement (Helidet). Vermeldenswaard in dit verband is dat zowel bij de Vbdcie als bij de NSE eenheden ADMINCON<sup>4)</sup> waren ingedeeld. Personeel werkzaam bij het hoofdkwartier van de Multinationale Divisie South-West in Banja Luka en bij het geneeskundig detachement te Sipovo, was ingedeeld bij de Vbdcie, en het personeel van het hoofdkwartier van SFOR in Sarajevo en van de UNIPTF was ingedeeld bij de NSE<sup>5)</sup>. Ik kom hierop nog terug bij de bespreking van het onderscheid tussen de operationele commandant en de commandant in de zin van art. 49 WMT. Verder is nog relevant dat het leeuwendeel van de militairen werkzaam was in Bosnië-Herzegovina. Slechts het Helidet te Split en een aantal min of meer autonoom werkende militairen waren werkzaam in Kroatië, hetgeen voor de nog te bespreken *walking-out policy* en daardoor voor het sanctiepakket van het tuchtrecht van belang zal blijken.

### *De gedragsregels*

De schendingen van de gedragsregels blijken zich tijdens de uitzending in volgorde van afnemende frequentie toe te spitsen op de volgende groepen van gedragsregels: gedragingen tegen het dienstvoorschrift, gedragingen waardoor de militair dienstverplichtingen niet nakomt, gedragingen tegen het dienstbevel en misdragingen in verband met goederen en diensten. Schendingen van de overige gedragsregels uit de WMT kwamen niet of veel minder voor.

Van de overtreden groepen van gedragsregels wil ik er twee nader toelichten. De eerste groep betreft gedragingen waardoor de militair dienstverplichtingen niet nakomt. In de vredessituatie is dit eveneens een veel voorkomende categorie aangezien hieronder ook de ongeoorloofde afwezigheid valt. In het uitzendgebied komt ongeoorloofde afwezigheid als tuchtvergrijp nauwelijks voor. Als strafbaar feit komt zij wel voor, hetgeen ik later nog toelicht. Onder ongeoorloofde afwezigheid wordt verstaan het feit dat “de militair zijn dienstverplichtingen niet nakomt doordat hij zich zonder verlof verwijdert (...) van de plaats waar hij zich ter vervulling van de op hem rustende dienstverplichtingen behoort te bevinden”<sup>6)</sup>. In de uitzendsituatie betekent dit dat hij zich zonder toestemming van de compound heeft verwijderd. Indien hij zich wel op de compound bevindt maar niet op de plaats waar hij dienst behoort te doen is er geen sprake van ongeoorloofde afwezigheid maar wordt de gedragsregel van artikel 9 WMT (het zich onttrekken aan dienstverplichtingen) overtreden. Overigens werd in deze gevallen toch wel eens, ten onrechte, artikel 7 WMT (ongeorloofde afwezigheid) ten laste gelegd. Is de militair daadwerkelijk ongeoor-

<sup>4)</sup> ADMINCON, administrative control: Een nader vast te stellen bevoegdheid over eenheden op het gebied van verzorging, zoals personeelsbeheer, personeelszorg, bevoorrading en diensten. (deze definitie is o.a. opgenomen in Landmacht Doctrine Publicatie III - Vredesoperaties, blz. 145).

<sup>5)</sup> Deze opsomming is niet volledig. Zie voor de complete lijst van deelnemende eenheden in SFOR bijlage A (gevechtsorganisatie) bij Operatiebevel 10030 van BLS. Raadpleegbaar via Intranet: [http://www.pps.army.mindef.nl/domein/publiek/opsbls/home/missies/sfor/rompbevel%20nr%2010030%20nov%202002/bijlage%20a%20\(gevechtsorganisatie\)%2010030-2002.ppt](http://www.pps.army.mindef.nl/domein/publiek/opsbls/home/missies/sfor/rompbevel%20nr%2010030%20nov%202002/bijlage%20a%20(gevechtsorganisatie)%2010030-2002.ppt).

<sup>6)</sup> Deze omschrijving is van Coolen. Zie Van den Bosch c.s., Militair Straf- en Tuchtrecht, deel 2, WMT Art 7-1.

loofd afwezig, met andere woorden heeft hij zich zonder verlof van de compound verwijderd, bijvoorbeeld voor een niet toegestaan bezoek aan de plaatselijke horeca, dan brengt hij daarmee de *force protection* in gevaar. Om die reden is al snel sprake van een strafbaar feit aangezien dan wordt voldaan aan “het criterium” dat als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg van de afwezigheid schade ontstaat aan of is te duchten voor de gereedheid tot het daadwerkelijk uitvoeren van een operatie. Hier komt de scheiding tussen straf- en tuchtrecht naar voren in die zin dat een gedraging die normaal gesproken een overtreding van de WMT zou opleveren in de uitzendsituatie veel eerder een strafbaar feit oplevert.

Deze scheiding roept nogal eens vraagtekens op bij de tweede situatie die ik hier wil bespreken, namelijk in het geval dat onbedoeld een schot uit het persoonlijk wapen afgaat. Ook hier dient aan “het criterium” te worden getoetst. In de praktijk komt het geregeld voor dat een schot afgaat door een foutieve ontlaadprocedure in de zogeheten ontlaadpijp. In tegenstelling tot hetgeen veelal wordt aangenomen, is het niet zo dat dit automatisch een strafbaar feit zou opleveren en dat om die reden aangifte bij de Koninklijke Marechaussee moet worden gedaan. Gaat het schot af in de ontlaadpijp dan wordt, ik zou haast zeggen per definitie, geen schade toegebracht en is die ook niet te duchten geweest aangezien de ontlaadpijp nu juist bedoeld is om schoten op te vangen. Niettemin kan tuchtrechtelijke bestraffing zeer wel plaatsvinden omdat een foutieve ontlaadprocedure in strijd is met het geldende dienstvoorschrift, zijnde de handleiding voor het betreffende wapen.

Een aparte kwestie is de vraag of militairen die werkzaam zijn in een internationale omgeving, zoals de hoofdkwartieren van SFOR en van de Multinationale Divisie, zich schuldig kunnen maken aan overtreding van een dienstvoorschrift indien zij handelen in strijd met de voor dat hoofdkwartier geldende multinationale bepalingen. Hiervoor is in de vaste order van het Contingentscommando de verplichting opgenomen dat militairen zich dienen te houden aan bevoegd gegeven opdrachten van buitenlandse militaire meerderen, aan de internationale dienstvoorschriften en aan de *Standing Orders* van het betreffende hoofdkwartier. Handelen in strijd met die bepalingen levert dan ook een gedraging tegen een dienstvoorschrift op, in casu overtreding van de vaste order van het Contingentscommando<sup>7)</sup>. Hoewel deze constructie enigszins gekunsteld lijkt, blijkt zij in de praktijk goed te werken en zelden tot discussie te leiden.

#### *Het sanctiepakket*

Het sanctiepakket tijdens uitzendingen is in grote lijnen gelijk aan het sanctiepakket in de vredessituatie. Slechts de geldboete kent een eigen regime bij uitzendingen, in die zin dat de maximale geldboete tweemaal zo hoog is, te weten € 90 in plaats van € 45, terwijl het maximum op te leggen bedrag per maand driemaal zo hoog is, namelijk € 270 in plaats van € 90. Alhoewel dit ogenschijnlijk forse bedragen zijn voor relatief lichte vergrijpen, anders zouden het immers geen tuchtvergrijpen zijn, dient hierbij bedacht te worden dat de financiële positie van de uitgezonden militair gunstiger is dan die van de militair in

<sup>7)</sup> De Vaste Order Contco is vastgesteld door de Sous-chef Operatiën (SC-O) van de Chef Defensiestaf (CDS). De bevoegdheid van de CDS om dienstvoorschriften uit te geven en om deze bevoegdheid te mandateren aan de SC-O is gebaseerd op art 135 Wetboek van Militair Strafrecht en nader uitgewerkt in art. 9, tweede lid, onder b, van het Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht, en in art. 4, eerste lid, onder a., jo art. 4, tweede lid, van de Uitvoeringsregeling militair straf- en tuchtrecht 2000.

Nederland. De gemiddelde dagvergoeding bedroeg tijdens de uitzending van SFOR 11 ca. € 50 netto voor militairen in de laagste belastingschaal.<sup>8)</sup> Ondanks dat de meeste commandanten het sanctiepakket als geheel niet ontoereikend achten tijdens uitzendingen wordt de maximaal op te leggen geldboete door velen wel als ontoereikend ervaren, juist gelet op de extra inkomsten tijdens uitzending. Ook het feit dat de maxima tweemaal zo hoog zijn als in de vredessituatie is naar de mening van de commandanten ontoereikend. Overigens is er al geruime tijd een voorstel van rijkswet in de maak dat de maxima verder verhoogt, te weten tijdens uitzending € 250 per keer met een maximum van € 750 per maand. Deze verhoging zal naar verwachting de effectiviteit van de straf doen toenemen. Hoewel commandanten deze verhoging toejuichen kan men zich afvragen of dergelijke hoge straffen nog wel passen bij het karakter van het tuchtrecht.

De berisping wordt tijdens uitzending slechts bij uitzondering toegepast.

Het uitgaansverbod werd door de ondervraagde commandanten in het geheel niet opgelegd. Overigens is het uitgaansverbod ook in de vredessituatie de minst opgelegde straf, waarschijnlijk omdat deze straf slechts voor een beperkt aantal tuchtrechtelijke vergrijpen kan worden opgelegd.<sup>9)</sup> In het uitzendgebied mist het uitgaansverbod bovendien vrijwel iedere praktische toepasbaarheid aangezien de mogelijkheden om de compound anders dan om dienstredenen te verlaten vrijwel nihil zijn. Deze zogeheten *walking-out* mogelijkheden verschillen overigens nogal naar tijd en plaats. Zoals eerder reeds gesteld, werd de uitzending van SFOR 11 sterk beïnvloed door de gebeurtenissen van 11 september, hetgeen zijn weerslag had op de *walking-out* voor de gehele area of responsibility. Los daarvan kunnen de *walking-out* mogelijkheden ook naar plaats verschillen. Zo zijn vanwege de stabielere situatie in Kroatië de mogelijkheden daar over het algemeen wat groter dan in Bosnië. Maar ook lokaal kunnen de omstandigheden verschillen. In Banja Luka bijvoorbeeld was men zeer terughoudend om *walking-out* mogelijk te maken vanwege negatieve ervaringen met passagierende Britse militairen. In zijn algemeenheid kan gesteld worden dat de straf van uitgaansverbod slechts praktische waarde heeft indien er ruime mogelijkheden zijn om de compound te verlaten. Daarvan was in de onderhavige uitzending geen sprake.

De strafdienst wordt, naast de geldboete, frequent toegepast. Doordat de effectiviteit van de geldboete gebukt gaat onder de huidige maxima en het uitgaansverbod geen praktische betekenis heeft, is de strafdienst een goed alternatief. Afhankelijk van de wijze waarop invulling aan de straf wordt gegeven, waarbij vindingrijkheid van commandanten niet onbelangrijk is, heeft de strafdienst een grotere uitstraling dan de andere straffen vanwege de zichtbaarheid voor de omgeving. Juist in de gesloten gemeenschap van een compound gaat daar mogelijk een generaal-preventieve werking vanuit.

Anders dan Jofriet en Van Gorp ben ik van mening dat commandanten tijdens uitzending wel degelijk blijk geven van een gedegen kennis van het militaire tuchtrecht. Daarbij speelt ongetwijfeld een rol dat het merendeel van de commandanten reeds voorafgaand aan de uitzending uitgebreide ervaring had met het tuchtrecht. Daarnaast heb ik ervaren dat commandanten die voorafgaand aan de uitzending niet of nauwelijks ervaring hadden met het tuchtrecht er niet voor schroomden om advies te vragen. Een facilitaire instelling

<sup>8)</sup> De bruto-vergoeding is voor iedere militair gelijk. De netto-vergoeding is niet alleen afhankelijk van het belastingtarief maar ook van de dollarkoers. De opbouw van de vergoeding is geregeld in de Regeling Voorzieningen bij Vredes- en Humanitaire Operaties (VVHO) MP31-400-1250.

<sup>9)</sup> Zie de brief van de Staatssecretaris van Defensie van 11 maart 2002 aan de Tweede Kamer waarin hij rapporteert over de toepassing van de WMT over de jaren 1999 en 2000, gepubliceerd op Internet: <http://www.mindef.nl:30280/nieuws/parlement/brieven/>.

van de militair jurist is daarbij naar mijn mening van groot belang; hij moet “de boer op”. Tegelijkertijd moet ik constateren dat de klacht over de hoogte van de geldboete nog steeds leeft, terwijl de maxima tijdens uitzendingen tweemaal zo hoog waren als ten tijde van het verschijnen van het artikel van Jofriet en Van Gorp.

### *Een alternatief voor het tuchtrecht?*

Alhoewel commandanten in zijn algemeenheid redelijk uit de voeten kunnen met het sanctiepakket dat het tuchtrecht hen biedt, zijn er toch situaties waarin andere oplossingen nodig zijn, bijvoorbeeld omdat een militair ongevoelig blijkt te zijn voor geldboetes of omdat het maximum van de geldboetes per maand bij herhaling wordt opgelegd zonder dat het gedrag van de betrokken militair daardoor verbetert. Als ook de strafdienst en de berisping niet leiden tot de gewenste gedragsverandering blijft er vaak maar één mogelijkheid over en dat is repatriëring. Repatriëring is de gangbare maar niet officiële aanduiding voor de terugzending van de militair naar zijn vredeseenheid onder gelijktijdige ontheffing uit zijn functie in het uitzendgebied. Repatriëring is dus geen straf maar een rechtspositionele maatregel die echter veelal wel als straf wordt ervaren. Dat is niet onbegrijpelijk gezien de vergaande gevolgen die repatriëring kan hebben. Een direct gevolg is het verlies van de uitzendtoelage dat een grote invloed heeft op de financiële situatie van de militair. Indirect speelt vaak de angst voor het niet langer uitzendgeschikt zijn waardoor in het uiterste geval niet meer wordt voldaan aan de eisen die aan iedere militair gesteld worden. Daarnaast wordt voortijdige terugkeer vaak ervaren als gezichtsverlies ten opzichte van collega's maar ook ten opzichte van het thuisfront.

Alhoewel de Legal Advisor van het Contingentscommando bij vrijwel iedere repatriëring betrokken is, ga ik hier alleen in op de repatriëring op grond van disfunctioneren<sup>10)</sup>. De militair die ondanks meerdere tuchtrechtelijke straffen zijn gedrag niet verbetert, vormt een bedreiging voor zijn omgeving. Te denken valt daarbij aan de negatieve uitstraling naar de rest van een eenheid maar ook aan de uitstraling in internationaal verband. Als het tuchtrecht niet (langer) het gewenste effect heeft dan is er voor een commandant eigenlijk maar één oplossing: de militair moet weg bij zijn eenheid, omwille van het functioneren van die eenheid. In zo'n geval wordt een voordracht tot repatriëring bij het Contingentscommando ingediend. Deze voordracht doet de operationele commandant en dat is in veel gevallen niet de commandant in de zin van de WMT. De term operationele commandant is afkomstig uit de personeelsaanwijzing van de Operationele Staf van de BLS en in die aanwijzing is omschreven wie die operationele commandant is. In veel gevallen is dat een hogere commandant dan de commandant die het tuchtrecht toepast. Het indienen van een voorstel tot repatriëring betekent dan ook dat de commandant de zaak uit handen moet geven. Dat wordt meestal als onplezierig ervaren aangezien commandanten problemen nu eenmaal het liefst in eigen huis oplossen. Dat heeft tot gevolg dat een voordracht tot repatriëring naar mijn mening veelal goed overwogen wordt gedaan, hetgeen gezien de zwaarte van de maatregel is toe te juichen. Aan de andere kant is een repatriëring vanwege disfunctioneren soms wellicht een noodsprong omdat het sanctiepakket van de WMT als ontoereikend wordt ervaren. Overigens zij nogmaals benadrukt dat niet lichtzinnig tot repatriëring wordt overgegaan. De voordracht van de operationele commandant

<sup>10)</sup> Voor de volledigheid merk ik op dat de repatriëring grond “disfunctioneren” een dusdanige dossiervorming vereist dat het in de praktijk van een zesmaands-uitzending veelal onmogelijk blijkt om aan die eis te voldoen. Daarom wordt bij disfunctioneren meestal om “overige redenen” gerepatriëerd, waarbij wordt aangegeven dat er sprake is van een verstoorde werkverhouding of van het niet langer kunnen garanderen van de veiligheid van de militair.

dient goed gefundeerd aan het Contingentscommando te worden aangeboden en in vrijwel alle gevallen wordt overwogen of een tewerkstelling elders in het uitzendgebied een oplossing kan bieden. Vervolgens adviseert de contingentscommandant over de voordracht en uiteindelijk neemt de Directeur Operationele Staf namens de bevelhebber het besluit. Dit besluit is vatbaar voor bezwaar en beroep.

### *Conclusie*

De meeste commandanten blijken met het sanctiepakket als geheel redelijk uit de voeten te kunnen. Wel geven zij aan dat er beperkingen zijn die zij als storend ervaren.

De geldboete mist door de huidige maxima voor een deel praktische uitwerking tijdens uitzendingen. De hoogte van de toelage tijdens vredesoperaties is dusdanig dat de maximale boete in geen verhouding staat tot de inkomsten van de te straffen militair. De op handen zijnde wijziging van de WMT zal hierin een aanzienlijke verbetering brengen.

Het uitgaansverbod heeft nauwelijks praktische waarde aangezien de mogelijkheden om de compound te verlaten veelal zeer beperkt zijn. In gebieden waar ruimere *walking-out* mogelijkheden bestaan, heeft deze straf wellicht iets meer betekenis.

De strafdienst blijkt een bruikbare straf te zijn mede vanwege de toepassing in de besloten omgeving van een compound.

De berisping ten slotte blijkt tijdens uitzendingen nauwelijks te worden toegepast.

De repatriëring als alternatief voor ontoereikende tuchtrechtelijke sancties is een noodsporg die, hoewel soms onontkoombaar, met de nodige prudentie dient te worden gehanteerd. Wellicht dat de verhoging van de geldboete ook hier enig soelaas kan bieden.



## Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loep:

### Het vergoeden van schade

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

*Een bijdrage, waarin wordt voorgesteld in het Algemeen militair ambtenarenreglement een artikel op te nemen dat bepaalt dat een militair recht heeft op vergoeding van schade die hij door toedoen van het bestuur heeft geleden.*

#### *Inleiding*

Te onderscheiden valt tussen schadevergoeding en schadeverhaal. Bezien vanuit het standpunt van de militair is van schadevergoeding sprake, indien de militair van overheidswege een vergoeding ontvangt voor schade die hij heeft geleden; en van schadeverhaal, indien op de militair door de overheid een bedrag wordt verhaald wegens schade die hij heeft veroorzaakt. In deze bijdrage gaat het om schadevergoeding; en bovendien om vergoeding van schade die de militair heeft geleden door toedoen van het bestuur.

Vast staat dat een militair, indien hij door toedoen van het bestuur (materiële of immateriële) schade heeft geleden, in beginsel voor vergoeding van deze schade in aanmerking komt. Zie hieromtrent bijvoorbeeld CRvB 8 december 1994, TAR 1995, nr. 39: “Zoals de Raad reeds meermalen heeft overwogen is een administratief orgaan in beginsel gehouden de aan een ambtenaar toegebrachte schade te vergoeden.”) In het Algemeen militair ambtenarenreglement ontbreekt echter een bepaling waarin dit beginsel is vastgelegd.

#### *Een terugblik*

In het verleden bevatte het Algemeen militair ambtenarenreglement een bepaling, vervat in artikel 116, die luidde: “De militair, wiens persoonlijke eigendommen door omstandigheden, verband houdende met de uitoefening van de dienst, geheel of gedeeltelijk verloren zijn gegaan of zijn beschadigd, kan deswege, in door de minister aan te wijzen gevallen en naar door hem te stellen regelen, aanspraak maken op een schadevergoeding, voor zover daarop niet uit anderen hoofde aanspraak bestaat. Het vorenstaande geldt eveneens ten aanzien van goederen die door derden aan de zorgen van de militair zijn toevertrouwd.” Deze bepaling is per 1 januari 1998 geschrapt. De nota van toelichting (Stb. 1998, 528) vermeldt hieromtrent: “Onder de werking van dit artikel (116 Amar) konden twee situaties onderscheiden worden. De eerste situatie bestaat uit schadeveroorzakende omstandigheden verband houdende met de uitoefening van de dienst, die zodanig zijn dat gesproken kan worden van een onrechtmatige daad, waarvoor de Staat der Nederlanden rechtens aansprakelijk is. De tweede situatie is dat de schade weliswaar het gevolg is van omstandigheden verband houdende met de uitoefening van de dienst, maar er geen schadevergoedingsplicht bestaat. Dit neemt niet weg dat er soms aanleiding kan bestaan om op grond van billijkheid een schadevergoeding toe te kennen. Aangezien de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wettelijk geregeld is en thans op basis van artikel 115 Amar een schadevergoeding op

<sup>1)</sup> 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 hieromtrent CRvB 30 december 1994, MRT 1995, p. 202, m.nt. G.L.C.

grond van billijkheid kan worden toegekend, is artikel 116 komen te vervallen.”

Het eerste lid van het in deze passage genoemde (en gehandhaafde) artikel 115 Amar luidt: “Onze Minister kan de militair naar billijkheid schadeloos stellen, kosten vergoeden of overigens een geldelijke tegemoetkoming verlenen, voorzover daar niet uit anderen hoofde aanspraak op bestaat.”<sup>2)</sup>

#### *De jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep*

Volgens vaste jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep is het bestuur in beginsel gehouden de aan een militair toegebrachte schade te vergoeden. Wat deze gehoudenheid in concrete gevallen betreft zoekt de Raad, indien de schade is geleden na 1 januari 1993, in alle gevallen aansluiting bij het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht. Zie hieromtrent bijvoorbeeld CRvB 24 oktober 1996, TAR 1997, nr. 19: “De Raad overweegt hieromtrent in de eerste plaats dat hij, volgens vaste jurisprudentie, bij een verzoek om toepassing van artikel 8:73 Awb in gevallen als het onderhavige voor wat betreft de materiële en immateriële schade aansluiting zoekt bij het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht.”<sup>3)</sup>

Dit aansluiting zoeken bij het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht betekent niet dat de Raad, indien een militair in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden, de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek rechtstreeks op de militair toepast. Zie hieromtrent bijvoorbeeld CRvB 31 mei 2001, TAR 2001 nr. 140: “De Raad overweegt (...) dat de vraag welk recht op schadevergoeding voor appellant (een gewezen militair) uit zijn dienstbetrekking voortvloeit, niet kan worden beantwoord door rechtstreekse toepassing van een regel van burgerlijk recht. Dit staat er evenwel niet aan in de weg dat appellant jegens gedaagde (de Staatssecretaris van Defensie) aanspraak kan hebben op vergoeding van door hem in de uitoefening van zijn werkzaamheden geleden schade (...).”

Dat het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht niet rechtstreeks wordt toegepast, betekent ook dat een militair, in geval van afwijzing van een verzoek om schadevergoeding, zich niet tot de burgerlijke rechter, maar tot de bestuursrechter dient te wenden. Zie hieromtrent bijvoorbeeld CRvB 1 december 1994, TAR 1995, nr. 33: “Wanneer een ambtenaar in het kader van zijn ambtelijke rechtsverhouding tot een bestuursorgaan een vergoeding van schade vraagt en dat orgaan dat verzoek afwijst, levert een dergelijke afwijzing een besluit of weigering op waartegen in beginsel, dat wil zeggen indien ook aan de overige voorwaarden is voldaan, beroep op de bestuursrechter - in eerste aanleg de rechtbank en in hoger beroep de Centrale Raad van Beroep - openstaat.”<sup>4)</sup>

<sup>2)</sup> Naast artikel 115 bevat het Algemeen militair ambtenarenreglement ook enkele bijzondere bepalingen inzake schadevergoeding. Artikel 67 Amar bijvoorbeeld regelt de vergoeding van schade die een militair heeft geleden ten gevolge van het niet doorgaan van hem eerder verleend verlof.

<sup>3)</sup> Zie ook CRvB 26 oktober 1995, TAR 1995, nr. 272: “Voorzover het bestreden besluit betrekking heeft op schade die gedaagde stelt te hebben geleden in de periode na 1 januari 1993 is de Raad op grond van zijn verruimde jurisprudentie van oordeel dat het bestreden besluit niet in rechte stand kan houden. Door onrechtmatig handelen van appellant is aan gedaagde de tijdige uitbetaling van de door hem aangevraagde wachtgelduitkering onthouden. Dit brengt in beginsel voor appellant de verplichting mee de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden.”

<sup>4)</sup> Naar het oordeel van de Hoge Raad dient de burgerlijke rechter een ambtenaar, die zich in geval van schade (wel) tot hem wendt, in zijn vordering niet-ontvankelijk te verklaren. Zie hieromtrent HR 28 februari 1992, TAR 1992, nr. 86 (Changoe-arrest). De Centrale Raad heeft zich bij dit standpunt aangesloten. Zie CRvB 1 december 1994, TAR 1995, nr. 33: “Ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad dient een eiser door de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk te worden verklaard, wanneer, kort gezegd, de administratieve rechter voldoende rechtsbescherming biedt. Van dat laatste is hier sprake.”

*Door schrapping van artikl 116 Amar is een leemte ontstaan*

Zoals in de hierboven aangehaalde passage uit de nota van toelichting valt te lezen, is artikel 116 Amar per 1 januari 1998 geschrapt, “aangezien de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wettelijk geregeld is”. Met “wettelijk geregeld” is, gelet op de context, bedoeld: geregeld in boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.

Dat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wettelijk is geregeld, is juist. Deze wettelijke regeling is echter, zoals gebleken, niet rechtstreeks van toepassing op militairen. Door schrapping van artikel 116 Amar is dus in zoverre een leemte ontstaan, dat thans in het Algemeen militair ambtenarenreglement een algemene bepaling inzake schadevergoeding ontbreekt. Dit stelt ook de Centrale Raad van Beroep vast. Zie hieromtrent CRvB 31 mei 2001, TAR 2001, nr. 140: “(Het bestreden besluit) betreft derhalve een zogeheten zuiver schadebesluit dat betrekking heeft op schade die appellant (een gewezen militair) stelt te hebben geleden als gevolg van het hem in ambtelijke dienstbetrekking (...) overkomen ongeval. In de op deze dienstbetrekking van toepassing zijnde voorschriften ontbreekt een bepaling waaraan appellant aanspraak kan maken op vergoeding van schade als door hem gesteld.”

*Conclusie*

Het vorenstaande laat slechts één conclusie toe: artikel 116 Amar is destijds ten onrechte geschrapt. Het artikel had vervangen dienen te worden door een bepaling die in het algemeen vergoeding mogelijk maakt van schade die een militair door toedoen van het bestuur heeft geleden.

## STRAFRECHTSPRAAK

### Arrondissementsrechtbank te Arnhem

Militaire kamer

Beschikkingen van 18 januari 2002

*Voorzitter:* Mr. G. Bracht, *Lid:* Mr. Th.P.E.E. Groeningen, *Militair lid:* Luitenant-kolonel Mr. A.M. van Gorp

#### Nasleep Herculesramp; kostenvergoedingen

*Gewezen verdachte verzoekt vergoeding van kosten die krachtens overeenkomsten tussen raadslieden en vakbonden door deze betaald zijn. Door wie is overeengekomen dat deze kosten ten laste van verzoeker zouden komen? Beïnvloedt afspraak tussen verdachte en raadsman inz. hoogte tarief welke kosten voor vergoeding in aanmerking komen?*

(Sv artt. 591, 591a)

#### BESCHIKKING

van de arrondissementsrechtbank te Arnhem, militaire meervoudige raadkamer, op het op 7 mei 2001 ter griffie van deze rechtbank ingekomen verzoekschrift ex artikel 591 van het Wetboek van Strafvordering van: A.G.W.Z., geboren te E. op [...], wonende te L., [...], in deze zaak woonplaats kiezende [...] ten kantore van zijn raadsman mr H.J.M.G.M. van der Meijden,

#### *De procedure*

De militaire raadkamer heeft kennisgenomen van de volgende stukken:

- het verzoekschrift met bijlagen dat strekt tot toekenning van een geldelijke vergoeding ten laste van de staatskas tot een bedrag (inclusief BTW) van: f [...] (€ [...]) ter zake van de uitgebrachte deskundigenrapporten.
- het vonnis van de meervoudige kamer van deze rechtbank van 1 maart 2001 waarbij verdachte van de hem tenlastegelegde feiten is vrijgesproken;

De behandeling van onderhavig verzoekschrift is aangevangen op 16 november 2001. De behandeling is toen geschorst ten einde de raadman in de gelegenheid te stellen op het betoog van de officier ter zitting schriftelijk te reageren.

De behandeling is voortgezet in openbare militaire raadkamer van 7 december 2001 alwaar de officier van justitie en de raadsman mr H.J.M.G.M. van der Meijden zijn gehoord.

Verzoeker is, hoewel behoorlijk opgeroepen, niet in raadkamer verschenen.

#### *De beoordeling*

Het verzoekschrift is tijdig ingediend, immers binnen drie maanden na beëindiging van de zaak.

De militaire raadkamer overweegt voorts met betrekking tot de gevraagde schadevergoeding gezien de gestelde relevante feiten en de bijzondere omstandigheden het volgende. Artikel 591 van het Wetboek van Strafvordering geeft de mogelijkheid tot het toekennen van een vergoeding aan de gewezen verdachte voor proceskosten. Een vergoeding kan ingevolge het eerste lid van artikel 591 van het Wetboek van Strafvordering worden toegekend voor kosten welke ingevolge het bij en krachtens de Wet Tarieven in Strafzaken

(WTS) [bepaalde ten laste van de gewezen verdachte zijn gekomen,] voor zover de aanwending van die kosten het belang van het onderzoek hebben gediend of door de intrekking van dagvaardingen of rechtsmiddelen door het openbaar ministerie nutteloos zijn geworden.

Door het openbaar ministerie is gesteld dat slechts de werkelijk gemaakte kosten door verdachten voor vergoeding in aanmerking komen. Door een derde (bijvoorbeeld een rechtsbijstandverzekering) betaalde proceskosten komen slechts voor vergoeding in aanmerking indien voorafgaande aan de betaling daarvan overeengekomen is dat die betaling als voorschot dient te worden beschouwd. Overeengekomen dient te zijn dat kosten alsnog ten laste van de gewezen verdachte komen indien een vergoeding kan worden gevraagd op grond van de artikelen 591 en 591a van het Wetboek van Strafvordering. Nu de vakbonden de proceskosten hebben betaald, terwijl van een dergelijke voorafgaande overeenkomst niet is gebleken is, aldus de officier van justitie, voor vergoeding geen plaats.

De raadslieden onderschrijven voornoemde eis van een voorafgaande overeenkomst, maar stellen tevens dat dit geen schriftelijke overeenkomst behoeft te zijn. Onder verwijzing naar de schriftelijke afspraken van de raadslieden met onder andere de AFMP (zie punt 5 van de overeenkomst van 11 april 1994) en mondelinge afspraken met de NOV wordt door hen gesteld dat de betaling door de vakbonden gezien moeten worden als betalingen door een derde op basis van de bovenbedoelde voorschotconstructie en dat deze 'voorgesloten' kosten dus voor vergoeding in aanmerking komen.

De verdediging miskent dat niet in de overeenkomst tussen de raadslieden en de vakbond maar tussen verzoeker en de vakbond moet zijn opgenomen dat het een voorwaardelijke betaling betreft. Hoewel van een dergelijke overeenkomst tussen verzoeker zelf en diens vakbond niet duidelijk is gebleken, is de militaire raadkamer echter in dit geval op grond van de voornoemde afspraken tussen de raadslieden en de vakbonden van oordeel dat aannemelijk is geworden dat de betalingen van de vakbonden een voorschot betreffen dat van verzoeker wordt teruggevorderd indien vergoeding op basis van de artikelen 591 en 591a van het Wetboek van Strafvordering mogelijk is.

De militaire raadkamer is derhalve van oordeel dat de desbetreffende kosten voor vergoeding ex artikel 591 van het Wetboek van Strafvordering in aanmerking komen.

De kosten van de deskundigen kunnen naar het oordeel van de militaire raadkamer gezien het bepaalde in artikel 591 van het Wetboek van Strafvordering en titel I WTS in aanmerking komen voor vergoeding aan de gewezen verdachte. Hoewel het openbaar ministerie de werkzaamheden van twee van de genoemde deskundigen bagatelliseert dan wel de noodzaak daarvan niet onderschrijft is de militaire raadkamer van oordeel dat de aanwending van de kosten verbonden aan hun werkzaamheden (rapportages) het belang van het onderzoek hebben gediend. De toe te kennen vergoeding dient te worden berekend op grond van de tarieven bepaald in de WTS en Besluit Tarieven in Strafzaken (BTS). De gemaakte kosten, zoals die door verzoeker zijn overgelegd, gaan de tarieven genoemd in de WTS en het BTS te boven. De militaire raadkamer is evenwel van oordeel dat de gemaakte kosten niet onredelijk zijn naar huidige externe tariefstelling. Nu de kosten voor rekening komen van verzoeker is het naar het oordeel van de militaire raadkamer niet onbillijk om verzoeker ook voor vergoeding van het meerdere in aanmerking te laten komen.

De militaire raadkamer overweegt in dit verband dat verzoeker met zijn gewezen medeverdachte gebruik heeft gemaakt van dezelfde deskundigen. Dit heeft een niet onaanzienlijke kostenbesparing opgeleverd.

De militaire raadkamer zal derhalve beslissen als hierna te melden en neemt daarbij de desbetreffende wetsartikelen in aanmerking.

#### *De beslissing*

Kent aan A.G.W.Z. voornoemd een vergoeding toe uit 's Rijks kas ten bedrage van € [...].

Gelast de griffier van deze rechtbank om aan A.G.W.Z. voornoemd uit te betalen de somma van € [...] door overmaking op rekeningnummer [...], ten name van [...], onder vermelding van dossiernummer [...].

Beveelt de tenuitvoerlegging van deze beslissing, nadat deze in kracht van gewijsde is gegaan.

#### BESCHIKKING

van de arrondissementsrechtbank te Arnhem, militaire meervoudige raadkamer, op het op 7 mei 2001 ter griffie van deze rechtbank ingediende verzoekschrift ex artikel 591a van het Wetboek van Strafvordering van: A.G.W.Z., geboren te E. op [...], wonende te L., [...], in deze zaak woonplaats kiezende [...] ten kantore van zijn raadsman mr H.J.M.G.M. van der Meijden.

#### *De procedure*

De militaire raadkamer heeft kennisgenomen van de volgende stukken:

- het verzoekschrift met bijlagen dat strekt tot toekenning van een geldelijke vergoeding ten laste van de staatskas tot een bedrag (inclusief BTW) van:

- f [...] (€ [...]) ter zake van de kosten van rechtsbijstand voor de procedure tijdens het gerechtelijk vooronderzoek;

- f [...] (€ [...]) ter zake van de rechtsbijstand verleend door het kantoor van mr Van der Meijden;

- f [...] (€ [...]) ter zake van de kosten van rechtsbijstand verleend door het kantoor van mr Boekhorst, waaronder een bedrag van f [...] (€ [...]), zijnde een suppletienota d.d. 27 april 2001;

- f [...] (€ [...]) ter zake van de ter zake van de kosten met betrekking tot de indiening van dit verzoekschrift en het verzoekschrift ex artikel 591 Wetboek van Strafvordering;

- f [...] (€ [...]) ter zake van gemaakte reiskosten.

- het vonnis van de meervoudige kamer van deze rechtbank van 1 maart 2001 waarbij verdachte van de hem tenlastegelegde feiten is vrijgesproken;

- de beschikking van de raadkamer van deze rechtbank van 18 januari 2002, waarbij het verzoek van verzoeker ingevolge artikel 591 Wetboek van Strafvordering, na een mondelinge behandeling, is toegewezen.

De behandeling van onderhevig verzoekschrift is aangevangen op 16 november 2001. De behandeling is toen geschorst teneinde de raadman in de gelegenheid te stellen op het betoog van de officier ter zitting schriftelijk te reageren.

De behandeling is voortgezet in openbare militaire raadkamer van 7 december 2001 alwaar de officier van justitie en de raadsman mr H.J.M.G.M. van der Meijden zijn gehoord.

Verzoeker is, hoewel behoorlijk opgeroepen, niet in raadkamer verschenen.

#### *De beoordeling*

Het verzoekschrift is tijdig ingediend, immers binnen drie maanden na beëindiging van de zaak. De rechtbank constateert dat de zaak is geëindigd zonder oplegging van straf of

maatregel en zonder dat toepassing is gegeven aan artikel 9a van het Wetboek van Strafrecht.

De militaire raadkamer overweegt voorts met betrekking tot de gevraagde schadevergoeding gezien de gestelde relevante feiten en de bijzondere omstandigheden het volgende. Artikel 591a van het Wetboek van Strafvordering geeft de mogelijkheid tot het toekennen van een vergoeding aan de gewezen verdachte voor proceskosten, reis- en verblijfkosten alsmede voor de kosten van de raadman. Algehele vergoeding is mogelijk op basis van het in de wet gehanteerde begrip ‘vergoeding’. De vergoeding kan evenwel beperkt worden in bepaalde gevallen op grond van redelijkheid en billijkheid.

Ingevolge de artikelen 591 en 591a van het Wetboek van Strafvordering dienen de kosten van de verdediging te worden vergoed op gronden van billijkheid waarbij alle omstandigheden in aanmerking worden genomen.

Door het openbaar ministerie is gesteld dat slechts de werkelijk gemaakte kosten door verdachten voor vergoeding in aanmerking komen. Door een derde (bijvoorbeeld een rechtsbijstandverzekering) betaalde kosten voor rechtsbijstand komen slechts voor vergoeding in aanmerking indien voorafgaande aan de betaling daarvan overeengekomen is dat die betaling als voorschot dient te worden beschouwd. Overeengekomen dient te zijn dat kosten alsnog ten laste van de gewezen verdachte komen indien een vergoeding kan worden gevraagd op grond van de artikelen 591 en 591a van het Wetboek van Strafvordering. Nu de vakbonden de kosten van de rechtsbijstand hebben betaald terwijl van een dergelijke voorafgaande overeenkomst niet is gebleken is, aldus de officier van justitie, voor vergoeding geen plaats.

De raadslieden onderschrijven voornoemde eis van een voorafgaande overeenkomst, maar stellen tevens dat dit geen schriftelijke overeenkomst behoeft te zijn. Onder verwijzing naar de schriftelijke afspraken van de raadslieden met onder andere de AFMP (zie punt 5 van de overeenkomst van 11 april 1994) en mondelinge afspraken met de NOV wordt door hen gesteld dat de betaling door de vakbonden gezien moeten worden als betalingen op basis van de bovenbedoelde voorschotconstructie en dat deze ‘voorgesloten’ kosten dus voor vergoeding in aanmerking komen.

De verdediging miskent dat niet in de overeenkomst tussen de raadslieden en de vakbond maar tussen verzoeker en de vakbond moet zijn opgenomen dat het een voorwaardelijke betaling betreft. Hoewel van een dergelijke overeenkomst tussen verzoeker zelf en diens vakbond niet duidelijk is gebleken, is de militaire raadkamer echter in dit geval op grond van de voornoemde afspraken tussen de raadslieden en de vakbonden van oordeel dat aannemelijk is geworden dat de betalingen van de vakbonden een voorschot betreffen dat van verzoeker wordt teruggevorderd indien vergoeding op basis van de artikelen 591 en 591a van het Wetboek van Strafvordering mogelijk is.

De militaire raadkamer is derhalve van oordeel dat de desbetreffende kosten voor vergoeding ex artikel 591a van het Wetboek van Strafvordering in aanmerking komen.

De stelling van het openbaar ministerie dat slechts recht bestaat op vergoeding van één raadsman nu er geen sprake is van enige noodzaak tot het optreden van twee raadslieden wordt door de militaire raadkamer niet gedeeld. De onderhavige zaak is naar het oordeel van de militaire raadkamer van bijzondere aard geweest en bracht de noodzaak met zich, gezien de convergerende belangen van de beide gewezen verdachten, dat de belangen van beiden afzonderlijk dienden te worden behartigd. Dat vervolgens is gekozen voor het samen verdedigen van de beide gewezen verdachten met inachtneming van hun bijzondere eigen positie doet daaraan niet af. Voor de militaire raadkamer komt het er op neer dat verzoeker en zijn gewezen medeverdachte beide een eigen raadsman hadden. Het is der-

halve billijk dat de kosten van beide raadslieden worden vergoed. Een en ander is immers gelijk te stellen met één raadsman voor elke gewezen verdachte. De militaire raadkamer overweegt in dit verband, dat het aannemelijk is dat de thans gevolgde werkwijze een niet onaanzienlijke besparing heeft opgeleverd, nu beiden gebruik konden maken van dezelfde deskundigen.

Uit de stukken en de behandeling van de verzoekschriften ter zitting blijkt dat verzoeker met één van zijn raadslieden een zogenaamde 'hoog-laag constructie' is overeengekomen. Daarbij is overeengekomen dat verzoeker of zijn beroepsorganisatie als vergoeding voor de rechtsbijstand van die raadsman in beginsel een 'laag' uurtarief verschuldigd is. Uit de brief van 7 juni 1999 van die raadsman blijkt dat verzoeker deze slechts een 'hoog' uurtarief dient te betalen voor zover verzoeker in aanmerking komt voor een vergoeding op grond van artikel 591/591a van het Wetboek van Strafvordering of anderszins. Het verschil in de vergoeding rechtsbijstand op basis van het 'lage' tarief en het 'hoge' tarief is aan verzoeker gedeclareerd middels een suppletienota van 27 april 2001 ten bedrage van € [...] (f [...]).

De militaire raadkamer is van oordeel dat deze suppletienota niet voor vergoeding in aanmerking komt. Immers, uit voormelde overeenkomst volgt dat voor zover ten aanzien van de suppletie geen vergoeding wordt toegekend deze kosten [...] niet in rekening worden gebracht. Er is derhalve geen sprake van werkelijk door verzoeker gemaakte kosten. Ten aanzien van dit bedrag zal het verzoek derhalve worden afgewezen.

Gezien de extra werkzaamheden verbonden aan de huidige procedure worden de zogenaamde nakosten, zijnde de kosten gemaakt ter zake van onderhavige schadevergoedingsverzoek, toegewezen.

De vergoeding reiskosten zal worden toegekend zoals verzocht.

De rechtbank zal derhalve beslissen als hierna te melden en neemt daarbij de desbetreffende wetsartikelen in aanmerking.

### *Beslissing*

Kent aan A.G.W. Z. voornoemd een vergoeding toe uit 's Rijks kas ten bedrage van: € [...]

Gelast de griffier van deze rechtbank om aan A.G.W.Z. voornoemd uit te betalen de somma van € [...] door overmaking op rekeningnummer [...], onder vermelding van [...].

Beveelt de tenuitvoerlegging van deze beslissing, nadat deze in kracht van gewijsde is gegaan.

Wijst af het meer of anders verzochte.

## **Gerechtshof te Arnhem**

Militaire kamer

Beschikking van 5 juni 2002<sup>1)</sup>

*Voorzitter:* Mr. Boerwinkel, *Lid:* Mr. Dee, *Militair lid:* Commandeur van administratie Mr. Gilissen

<sup>1)</sup> Ook tegen de beschikking op grond van art. 591 Sv werd hoger beroep ingesteld, maar dit werd niet-ontvankelijk verklaard omdat de wet niet in een rechtsmiddel voorziet. Dat is - sinds de inwerkingtreding van de Wet van 18 januari 1996, Stb. 1996, 36 op 1 mei 1996 - anders bij beschikkingen op grond van art. 591a Sv.



## BESCHIKKING

Het gerechtshof te Arnhem heeft te beslissen op het hoger beroep ingesteld door de officier van justitie in het arrondissement Arnhem en door: A.G.W.Z., majoor [...], geboren te E. op [...], wonende te L., [...], hierna te noemen: appellant.

Het hoger beroep is ingesteld tegen de beschikking van de militaire meervoudige strafraadkamer in de arrondissementsrechtbank te Arnhem van 18 januari 2002, zoals nadien bij bijlage 1 aan voormelde beschikking gehecht is gewijzigd, houdende de beslissing op het verzoek ex artikel 591a van het Wetboek van Strafvordering.

Het hof heeft gehoord ter openbare terechtzitting van 17 april 2002 de raadsman van de niet-verschenen appelland, mr H.J.M.G.M. van der Meijden, advocaat te Nijkerk, en de advocaat-generaal.

Het hof heeft gezien de akten opgemaakt door de griffier bij die rechtbank van onderscheidenlijk 24 januari 2002 en 15 februari 2002.

Het hof heeft kennisgenomen van de overige zich in het strafdossier bevindende stukken.

*Overwegingen*

1. Het hoger beroep is tijdig ingesteld. Appellant en de officier van justitie kunnen daarin worden ontvangen.

2. Bij in kracht van gewijsde gegaan vonnis van de militaire kamer van de arrondissementsrechtbank Arnhem van 1 maart 2001 is appelland vrijgesproken van het hem ten lastegelegde.

3. Bij beslissing van de rechtbank is op 18 januari 2002, op grond van artikel 591a van het Wetboek van Strafvordering, aan appelland toegewezen een bedrag van totaal € [...].

4. Het inleidende verzoekschrift behelst het verzoek om aan appelland ten laste van 's Rijks kas een vergoeding toe te kennen van:

a. f [...] ter zake van de kosten van rechtsbijstand voor de procedure tijdens het gerechtelijk vooronderzoek;

b. f [...] ter zake van de rechtsbijstand verleend door het kantoor van mr Van der Meijden;

c. f [...] ter zake van de kosten van rechtsbijstand verleend door het kantoor van mr Boekhorst, waaronder een bedrag van f [...], opgenomen in een als suppletienota omschreven stuk, van 27 april 2001;

d. f [...] ter zake van de kosten en behandeling van dit verzoekschrift en het verzoekschrift ex artikel 591 van het Wetboek van Strafvordering, en

e. f [...] ter zake van gemaakte reiskosten.

4. Bij de mondelinge behandeling van het hoger beroep op 17 april 2002 heeft de raadsman bij het inleidende verzoek volhard en geconcludeerd tot vernietiging van de bestreden beschikking voorzover daarbij niet alle hierboven genoemde bedragen (posten) zijn toegewezen.

Tevens heeft de raadsman een aanvullend verzoek gedaan tot toekenning van een bedrag van € [...] ter zake van de kosten en behandeling van het verzoekschrift in hoger beroep.

5. De advocaat-generaal heeft geconcludeerd tot bevestiging van de beschikking waarvan beroep, met dien verstande dat naar zijn oordeel niet voor toewijzing in aanmerking zouden kunnen komen de kosten ter zake van de persconferentie en mogelijk evenmin de kosten van de suppletienota, alsmede de kosten van het advies van professor mr Th.A. de Roos.

6. Met betrekking tot de thans nog in geschil zijnde posten overweegt het hof als volgt:

6.1. Suppletienota

Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat het er voor gehouden moet worden dat deze kosten door appellant zijn gedragen en dat onder die omstandigheid er gronden van redelijkheid en billijkheid aanwezig zijn deze post in zijn geheel toe te wijzen.

6.2. Kosten van de persconferentie e.d.

Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat deze kosten niet voor vergoeding in aanmerking komen aangezien dit geen kosten zijn zoals bedoeld in artikel 591a van het Wetboek van Strafvordering.

6.3. Kosten van het advies van professor mr Th.A. de Roos

Het hof is van oordeel dat deze kosten niet moeten worden beschouwd als de in artikel 591 van het Wetboek van Strafvordering bedoelde kosten van een deskundige, doch als te zijn gemaakt ter zake van een door prof. De Roos voormeld gegeven confraterneel advies aan mr Boekhorst. Dit gegeven, gevoegd met de omstandigheid dat deze kosten als een wezenlijk onderdeel moeten worden beschouwd van de declaratie van mr Boekhorst maakt dat de kosten voor vergoeding in aanmerking komen.

7. Voor het overige is het hof van oordeel dat de rechtbank op goede gronden en op juiste wijze heeft beslist. Nu het hof evenwel tot een andere beslissing komt dan de rechtbank moet de beschikking waarvan beroep worden vernietigd.

Met inachtneming van het bovenstaande kan aan appellant worden toegekend:

- ter zake van de kosten van rechtsbijstand voor de procedure tijdens het gerechtelijk vooronderzoek	: f [...]
- ter zake van rechtsbijstand verleend door het kantoor van mr Van der Meijden	: f [...]
- ter zake van de kosten van rechtsbijstand verleend door het kantoor van mr Boekhorst, minus de kosten van de persconferentie	: f [...]
- ter zake van de kosten en behandeling van de verzoekschriften	: f [...]
- ter zake van gemaakte reiskosten	: f [...]
	: f [...]

Bovenvermeld bedrag komt overeen met : € [...]

Dit bedrag dient te worden vermeerderd met de kosten en behandeling van het verzoekschrift in hoger beroep : € [...]

Derhalve dient totaal te worden toegewezen : € [...]

*Beslissing*

Het hof vernietigt de beslissing waarvan beroep en kent toe aan appellant op gronden als hiervoor omschreven een vergoeding uit 's Rijks kas ten bedrage van € [...].

Het hof beveelt dat voormeld bedrag aan appellant zal worden betaald door overschrijving op

bankrekeningnummer [...], onder vermelding van [...].

NASCHRIFT

*De hiervoor gepubliceerde beschikkingen betreffen de luchtverkeersleider van de vlieg-basis Welschap, die bij vonnis 1 maart 2001 is vrijgesproken ter zake van - kort gezegd - het veroorzaken van de dood, c.q. zwaar lichamelijk letsel door schuld, begaan in de uitoefening van een ambt of beroep.<sup>2)</sup> Op grond van de artt. 591 en 591a Sv verzoekt hij om*

<sup>2)</sup> Rb. Arnhem 1 maart 2001, MRT XCV (2002), p. 325 - 328.

*vergoeding van de kosten van deskundigenrapporten ,resp. vergoeding van de kosten van rechtsbijstand, reiskosten en de kosten verbonden aan indiening van de verzoekschriften.*

*In beide zaken moest de vraag worden beantwoord of de gemaakte kosten ten laste van verzoeker waren gekomen. Met de vakbonden AFMP en NOV was overeengekomen dat deze de kosten van verdediging van verzoeker en zijn medeverdachten zouden dragen, dus voor vergoedingen op de voet van de artt. 591 en 591a zou slechts plaats zijn als de door de bonden gedane betalingen het karakter van voorschotten droegen. Dat de kosten alsnog ten laste van de gewezen verdachten zouden komen als een vergoeding zou worden verkregen was echter slechts ten dele schriftelijk vastgelegd. Bovendien waren de bonden met de raadslieden - niet met de verdachten - overeengekomen dat het voorwaardelijke betalingen betrof. De Rechtbank ziet echter door de formele constructie heen, en dat is niet onredelijk: de raadslieden vertegenwoordigden hun cliënten. Zij waren met de bonden overeengekomen dat deze de kosten van de verdediging zouden dragen voor zover deze niet vergoed zouden worden.*

*Met betrekking tot het verzoekschrift op grond van art. 591a Sv rees voorts de vraag in hoeverre een overeenkomst tussen verdachte en zijn raadsman de hoogte van de vergoeding beïnvloedt waarop de gewezen verdachte aanspraak kan maken. Verdachte en zijn raadsman waren overeengekomen dat verdachte in beginsel een laag uurtarief verschuldigd was, en slechts een hoog tarief verschuldigd zou zijn voor zover de kosten vergoed zouden worden. De Rechtbank wilde niet van dit opzetje weten: als het meerdere niet in rekening gebracht zou worden, betrof het geen werkelijk gemaakte kosten. Des te opmerkelijker is dat de Hof het verzoek in zoverre wel toewijst. Verzoeker zou geen schade lijden; alleen zijn advocaat wordt er beter van.*

M.M.D.

**BESTUURSRECHTSPRAAK****Centrale Raad van Beroep**

18 april 2002

99/1349 MAW

*Voorzitter:* Mr. M.M. van der Kade; *leden:* Mr. T. Hoogenboom en Mr. K. Zeilemaker.

**De sprong van de hindernisbaan**

*Een dienstplichtige in werkelijke dienst verwondde bij een sprong van de hindernisbaan zijn linkerknie. Dit leidde er toe dat hij wegens gebreken uit de dienst werd ontslagen, met toekenning van een pensioen berekend naar een mate van invaliditeit met dienstverband van 15%. Toen de (intussen gewezen) dienstplichtige de Staatssecretaris van Defensie later verzocht de aansprakelijkheid voor het ongeval te erkennen en hem een aantal nader aangeduide schadeposten te vergoeden, werd dit verzoek afgewezen. Toen de gewezen dienstplichtige tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) afwijzing beroep instelde, verklaarde de rechtbank het beroep ongegrond. Zoals hieronder valt te lezen, bevestigt de Centrale Raad van Beroep de uitspraak van de rechtbank. Voor de Raad staat vast dat de omstandigheden, waaronder de dienstplichtige de hindernisbaan destijds had genomen, als normaal dienen te worden aangemerkt. Ook is de Raad van oordeel dat de staatssecretaris genoegzaam heeft aangetoond dat hij zijn verplichtingen jegens de dienstplichtige is nagekomen.*

(Dienstongeval en schadevergoeding)

## UITSpraak

in het geding tussen:[A.], wonende te [B.], appelllant, en de Staatssecretaris van Defensie, gedaagde.

*I. Ontstaan en loopvan het geding.*

Namens appelllant is op de daartoe bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 1 februari 1999, nr. AWB 98/02566 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 24 januari 2002, waar appelllant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. P. Reitsma, advocaat te Nijkerk. Gedaagde heeft zich doen vertegenwoordigen door mr. R.A. van Deelee, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

*II. Motiverings*

1.1. Appelllant is op 31 januari 1994 als dienstplichtige opgekomen in militaire dienst. Op 9 februari 1994 is appelllant bij het nemen van de hindernisbaan van een schuin/horizontaal rek met houten palen gesprongen, waarbij hij zijn linkerknie heeft geblesseerd. Gedaagde heeft dit ongeval aangemerkt als een dienstongeval. Met ingang van 1 januari 1996 is appelllant wegens gebreken uit de militaire dienst ontslagen. Bij besluit van 17 april 1997 is hem per 1 januari 1996 een pensioen ingevolge de Algemene militaire pensioenwet (AMPw) toegekend, berekend naar een mate van invaliditeit met dienstverband van 15%.

1.2. Bij brief van 3 december 1996 heeft appelllant gedaagde verzocht om de aanspra-

kelijkheid van hetgeen hem is overkomen te erkennen en hem de volgende (nog nader te specificeren) schadeposten te vergoeden: verlies aan arbeidscapaciteit, zelfwerkzaamheid, huishoudelijke hulp, immateriële schade, overige schade en nog te maken kosten. Voorts maakt appelland aanspraak op de wettelijke rente over de hem toekomende schadevergoeding en op een door gedaagde af te geven belastinggarantie.

1.3. Bij het bestreden besluit van 6 maart 1998 heeft gedaagde na bezwaar zijn besluit van 24 september 1997 gehandhaafd. Bij laatstgenoemd besluit was geweigerd aansprakelijkheid te erkennen voor de door appelland gestelde geleden schade ten gevolge van het hem overkomen dienstongeval. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het namens appelland tegen het bestreden besluit ingestelde beroep ongegrond verklaard.

2. In zijn uitspraken, onder meer van 22 juni 2000, gepubliceerd in TAR 2000, 112 en van 31 mei 2001, gepubliceerd in TAR 2001, 140, heeft de Raad, de norm bij de toetsing van zuivere schadebesluiten die betrekking hebben op schade die de betrokkene stelt te hebben geleden als gevolg van een hem in de dienstbetrekking overkomen ongeval, als volgt vastgesteld. Voorzover zulks niet reeds voortvloeit uit de op de ambtenaar van toepassing zijnde rechtspositionele voorschriften heeft de ambtenaar recht op vergoeding van de schade die hij lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, tenzij het betrokken bestuursorgaan aantoont dat het zijn verplichtingen is nagekomen de werkzaamheden van de ambtenaar op zodanige wijze in te richten, alsmede 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.

3.1. Appellants gemachtigde heeft naar voren gebracht dat uitgaande van deze norm gedaagde aansprakelijk is voor de gevolgen van het appelland overkomen dienstongeval, aangezien appelland het ongeval is overkomen door vermoeidheid alsmede de tijdsdruk die op de oefening is gesteld, waardoor hij uiteindelijk een ongecontroleerde beweging maakte met alle gevolgen van dien. Indien aan de oefening niet de tijdsdruk zou zijn verbonden en appelland had de oefening kunnen volbrengen op een wijze waarbij bij elke hindernis een begeleidend instructeur had gestaan die bij eventuele valpartijen preventief had kunnen optreden, zou hij niet de schade hebben opgelopen waarvan thans sprake is, aldus appellants gemachtigde.

3.2. Appellants gemachtigde heeft zich bovendien op het standpunt gesteld dat gedaagde de aansprakelijkheid dient te aanvaarden, ook in het geval de Raad zou oordelen dat geen sprake is van enige onzorgvuldigheid of onvolkomenheid, omdat appelland is opgetreden als dienstplichtige en derhalve zonder enige vrijwilligheid wettelijk verplicht was deel te nemen aan de werkzaamheden en oefeningen bij gedaagde. Naar zijn oordeel is derhalve geen sprake van een relatie tussen een werknemer en een werkgever zoals waarvan het Burgerlijk Wetboek uitgaat, en is, gezien de verplichtheid van de dienstbetrekking, gedaagde risico-aansprakelijk voor alle schade die optreedt, mits niet veroorzaakt door grove nalatigheid of opzet van de dienstplichtige.

4. Gedaagde is van mening dat hij, uitgaande van de onder 2. omschreven norm niet onrechtmatig heeft gehandeld. Hij heeft opgemerkt aan zijn zorgverplichting jegens appelland te hebben voldaan door uitleg te geven hoe de hindernisbaan genomen moest worden en deze per object voor te laten oefenen alvorens de volledige hindernisbaan gelopen moest worden. Voorts heeft gedaagde erop gewezen dat aan appelland reeds een pensioen ingevolge de AMPw is toegekend.

5. De Raad overweegt het volgende.

5.1. De Raad begrijpt appellants verzoek aldus dat hij vergoeding wenst van schade die

niet reeds voortvloeit uit op hem van toepassing zijnde rechtspositionele voorschriften. Aldus bezien kan gedaagdes verweer dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan door appellant in aanmerking te brengen voor een uitkering ingevolge de AMPw niet slagen. Het gaat hier immers juist om de vergoeding van niet door die uitkering gedekte schade.

5.2. Met betrekking tot appellants betoog dat aan de kant van gedaagde risicoaansprakelijkheid moet worden aangenomen overweegt de Raad dat hij er niet aan voorbij ziet dat de ontstaansgrond van het dienstverband van de dienstplichtige militair gezien het verplichte karakter daarvan een andere is dan die van de beroepsmilitair. De Raad vermag evenwel niet in te zien dat op het moment dat de dienstplichtige in werkelijke dienst is opgekomen, dat verplichte karakter ertoe zou moeten leiden dat voor de vraag of een zelfstandig schadebesluit als hier aan de orde de rechterlijke toetsing kan doorstaan een andere maatstaf heeft te gelden dan die hierboven onder 2 is vermeld. De Raad volgt appellant dan ook niet in dat betoog.

5.3. Voor de Raad staat vast - en dit is tussen partijen ook niet in geschil - dat de omstandigheden waaronder appellant ten tijde van het ongeval de hindernisbaan heeft genomen, als normaal waren aan te merken. De Raad is voorts van oordeel dat door gedaagde genoegzaam is aangetoond dat hij zijn verplichtingen jegens appellant is nagekomen. Hij heeft daartoe overwogen dat met betrekking tot de uit te voeren oefeningen op de hindernisbaan voldoende is komen vast te staan dat gedaagde appellant vooraf inlichtingen heeft verstrekt over de wijze waarop de hindernisbaan genomen diende te worden en dat elke hindernis een keer is geoefend voordat de gehele hindernisbaan diende te worden afgelegd. De Raad volgt appellant niet in zijn stelling dat gedaagde in het onderhavige geval, waarin sprake is van net opgekomen dienstplichtig personeel, gehouden zou zijn tot het nemen van meer voorzorgsmaatregelen dan reeds waren getroffen, zoals het posteren van een instructeur bij iedere hindernis en het afschaffen van de tijdslimiet waarbinnen de hindernisbaan genomen moet worden. Naar het oordeel van de Raad kan in redelijkheid niet van gedaagde worden verwacht dat hij bij iedere hindernis een instructeur opstelt en is een tijdslimiet een normaal gegeven bij uitoefening van de hindernisbaan, waarbij hij nogmaals opmerkt dat de hindernissen eerst afzonderlijk, zonder tijdslimiet, waren geoefend.

6. Uit het vorenstaande volgt dat het hoger beroep niet kan slagen en de aangevallen uitspraak moet worden bevestigd.

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

### III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

### NASCHRIFT

*1. In de onderhavige zaak gaat het om een zogeheten zuiver (of zelfstandig) schadebesluit dat betrekking heeft op schade, geleden ten gevolge van een dienstongeval. Dit betekent volgens vaste jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep dat de volgende norm dient te worden gehanteerd: "Voorzover zulks niet reeds voortvloeit uit de op de ambtenaar van toepassing zijnde rechtspositionele voorschriften, heeft de ambtenaar recht op vergoeding van de schade die hij lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, tenzij het betrokken bestuursorgaan aantoont dat het zijn verplichtingen is nagekomen de werkzaamheden van de ambtenaar op zodanige wijze in te richten, alsmede voor het verrich-*

*ten van die werkzaamheden zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, of aantoont dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar.”*

*Uitgaande van deze norm stelt de Raad in de onderhavige vast dat de omstandigheden waaronder het ongeval plaats had, als normaal dienen te worden aangemerkt en dat de staatssecretaris genoegzaam heeft aangetoond dat hij zijn verplichtingen jegens appellant is nagekomen.*

*2. In dit verband wordt tevens verwezen naar het naschrift bij CRvB 31 mei 2001, MRT 2002, p. 25.*

G.L.C.

---

## Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 2 mei 2002

nr. 99/4260 MAW

*Voorzitter:* Mr. J.C.F. Talman; *Leden:* Mr. J.H. van Kreveld en Mr. C.P.J. Goorden

### **Toekomstverwachting onvoldoende gemotiveerd**

*Over een militair van het Korps Mariniers werd in 1998 een beoordeling opgemaakt. Met wijziging van de aanvangsdatum van de beoordelingsperiode werd de beoordeling na ingediend bezwaarschrift door de Commandant van de Van Ghentkazerne gehandhaafd. De Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage verklaarde vervolgens het ingestelde beroep ongegrond.*

*De Centrale Raad van Beroep heeft thans de uitspraak van de rechtbank vernietigd en ook de beslissing op bezwaar van de Commandant van de Van Ghentkazerne. Naar het oordeel van de Raad dient de commandant het standpunt dat de militair zijn functie op chaotische, onzekere en verwarrende wijze vervulde te onderbouwen, wil dit standpunt ten grondslag kunnen worden gelegd aan een negatieve toekomstverwachting (betrokkene werd niet geschikt geacht voor functies in de naasthogere rang). Concretisering aan de hand van voorbeelden is, aldus de Raad, te meer geboden omdat het totaaloordeel bij de beoordeling uitkwam op 'c', waarbij onder meer het aspect zelfstandigheid met 'cd' en het aspect verantwoordelijkheidsbesef met 'c' was gewaardeerd.*

Beoordeling. Toekomstverwachting. Motiveringsbeginsel

### UITSPRAAK

In het geding tussen: [A.], wonende te [B.], appellant, en de Commandant van de Van Ghentkazerne, 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 21 juni 1999, nr. AWB 98/7492 MAWKMA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Appellant heeft nog een stuk ingediend en dit van een toelichting voorzien.

Het geding is behandeld ter zitting van 21 maart 2002, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. B. Damen, advocaat te Amersfoort, en waar gedaagde zich heeft doen vertegenwoordigen door mr. H.P. van der Lelie, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

## *II. Motivering*

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

1.2. Appellant was sedert 28 april 1997 werkzaam als [functie] bij het [onderdeel]opleidingscentrum. Nadat over de periode van 18 juni 1997 tot 26 maart 1998 met toepassing van de toenmalige Regeling beoordelingen zeemacht 1995 een beoordeling over appellant was vastgesteld, is deze beoordeling, met wijziging van de aanvangsdatum van de beoordelingsperiode in 18 augustus 1997, bij de thans in geding zijn beslissing op bezwaar van 7 september 1998 gehandhaafd.

1.3. De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak het daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Dit beroep had uitsluitend betrekking op het in de vastgestelde beoordeling in rubriek X, getiteld Toekomstverwachting, onder nummer 6, gegeven en bij het bestreden besluit gehandhaafde oordeel dat appellant niet geschikt werd geacht voor functies in de naasthogere rang.

2. Appellant heeft in hoger beroep wederom aangevoerd, kort gezegd, dat de conclusie dat hij ongeschikt zou zijn voor functies in de naasthogere rang niet strookt met de eerder in de beoordeling vermelde onverdeeld gunstige waarderingen en voorts dat deze conclusie ook verder niet op genoegzame wijze is onderbouwd.

3.1. Gedaagde heeft terecht opgemerkt dat bij een toekomstverwachting niet meer dan een inschatting kan worden gemaakt van het toekomstige functioneren van de betrokkene en dat pas wanneer de betrokkene in de naasthogere functie is benoemd, de juistheid van de uitgesproken toekomstverwachting kan worden vastgesteld. De rechterlijke toetsing in een geval als het onderhavige zal dan ook een terughoudende dienen te zijn, in die zin dat de Raad zich, naast de overigens in aanmerking komende toetsing van het aangevochten gedeelte van het bestreden besluit aan regels van geschreven en ongeschreven recht en algemene rechtsbeginselen, moet beperken tot de vraag of het in geding zijnde gedeelte van de toekomstverwachting op onvoldoende gronden berust.

3.2. Blijkens het bestreden besluit is de aangevochten toekomstverwachting met name gebaseerd op de visie dat appellant, gelet op de zwaarte, de naasthogere functie van opvolgend pelotonscommandant (OPC) niet zal aankunnen, in verband met de chaotische, onzekere en verwarrende wijze, waarop appellant zijn huidige relatief eenvoudige functie vervulde.

3.3. Naar het oordeel van de Raad dient gedaagde het door hem ingenomen standpunt dat appellant zijn functie op chaotische, onzekere en verwarrende wijze vervulde te onderbouwen, wil dit standpunt ten grondslag kunnen worden gelegd aan een negatieve toekomstverwachting. Dit standpunt is evenwel niet genoegzaam onderbouwd, nu het slechts berust op het gevoelen van de tweede beoordelaar die dit gevoelen niet nader, aan de hand van voorbeelden, heeft geconcretiseerd. Voor dit laatste bestond te meer reden aangezien het totaal oordeel bij de beoordeling van appellant uitkwam op een C, hetgeen inhoudt dat geheel aan de gestelde functie-eisen wordt voldaan, waarbij onder meer het aspect zelf-



standigheid met cd (beoordeelde vertoonde kwaliteiten die uitgingen boven de gestelde functie-eisen) en het aspect verantwoordelijkheidsbesef met een C was gewaardeerd. Zulks duidt geenszins op een wijze van functievervulling als door gedaagde weergegeven. Ook de in de rubriek X onder de punten 1 tot en met 5 uitgesproken positieve toekomstverwachtingen met betrekking tot de aspecten inzicht, realiteitszin, overzicht en visie, zelfvertrouwen en verbeeldingskracht lijken niet te rijmen met de gestelde chaotische, onzekere en verwarrende wijze van functievervulling.

3.4. Verder acht de Raad van belang dat de aan het bestreden besluit ten grondslag liggende verklaringen alsmede het verslag van een functioneringsgesprek, voorzover deze wel concreet aangeduide minder gunstige informatie omtrent appellant bevatten, bijna in alle opzichten gemotiveerd door appellant zijn weersproken, hetgeen gedaagde evenwel geen aanleiding heeft gegeven die verklaringen of dat verslag te verifiërende dan wel nader te onderbouwen. Zo heeft appellant, om een voorbeeld te noemen, naar aanleiding van een mededeling van de eerste beoordelaar dat er problemen zouden hebben bestaan rond de planning, in de bezwarenfase gesteld dat zich, op één keer na, geen problemen hebben voorgedaan, hetgeen kon worden nagevraagd bij de toenmalige coördinator. Gedaagde heeft evenwel geen aanleiding gezien dat te doen. Ook appellants uitgebreide reactie op het verslag van het functioneringsgesprek vroeg, naar het oordeel van de Raad, om een nadere beschouwing.

3.5. De Raad overweegt voorts dat, nu appellant op medische gronden niet in staat wordt geacht de functie van OPC te vervullen, gedaagde zijn bij rubriek X uitgesproken verwachting dat appellant ongeschikt is voor functies in de naasthogere rang ten onrechte heeft beperkt tot deze functie. Gedaagde zal de bij dit gezichtspunt gestelde vraag dienen te beantwoorden aan de hand van andere naasthogere functies, voor de vervulling waarvan appellant uit medisch oogpunt wel geschikt is te achten.

4. Uit het vorenstaande volgt dat het bestreden besluit ondeugdelijk is gemotiveerd, zodat dit besluit wegens strijd met artikel 7:12 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) dient te worden vernietigd. Derhalve kan ook de aangevallen uitspraak niet in stand blijven.

5. In het vorenstaande vindt de Raad aanleiding gedaagde op grond van artikel 8:75 van de Awb te veroordelen in de proceskosten van appellant. Deze kosten worden begroot in eerste aanleg op € 644,- wegens rechtsbijstand en € 17,27 wegens reiskosten, en in hoger beroep op eveneens € 644,- wegens rechtsbijstand en € 23,28 wegens reiskosten, derhalve in totaal op € 1.328,55.

Beslist wordt als volgt.

### *III. Beslissing*

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het inleidend beroep gegrond en vernietigt het bestreden besluit van 7 september 1998;

Bepaalt dat gedaagde een nieuwe beslissing op bezwaar neemt, met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen;

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appellant tot een bedrag van € 1.328,55, te betalen door de Staat der Nederlanden;

Bepaalt dat de Staat der Nederlanden aan appellant het betaalde griffierecht van € 256,39 (voorheen f 565,-) vergoedt.

## NASCHRIFT

*Een uitspraak over geschiktheid voor andere, mogelijk hogere functies is van een andere orde dan de kwalificatie van prestaties en gedragingen die in het beoordelingstijdvak hebben plaatsgevonden. Bij een toekomstverwachting wordt vanuit het huidige functioneren een schatting gemaakt naar mogelijke doorgroei. Er is in het algemeen geen rechtstreeks verband tussen de hoogte van de functiebeoordeling en een toekomstverwachting. Het is echter aannemelijk dat uit een functiebeoordeling op het niveau 'bc' - (kleine) tekortkomingen - de conclusie kan worden getrokken dat beoordeelde niet of nog niet geschikt is voor een functie op het hogere niveau. Een hoge functiebeoordeling behoeft daarentegen niet als vanzelf tot een positieve toekomstverwachting voor wat betreft het functioneren op een hoger niveau te leiden. Wel moet ook een toekomstverwachting in voldoende mate kunnen worden gemotiveerd. Hetgeen is vermeld in de rubriek Toekomstverwachting mag niet onverenigbaar zijn met relevante waarderingen in rubrieken als 'Algemene gezichtspunten' en 'Vervulling van de functie'.*

G.F.W.

**Centrale Raad van Beroep**

Uitspraak van 2 mei 2002

Nr. 99/4958 MAW

Voorzitter: Mr. G.A.P.M. Garvelink-Jonkers; Leden: Mr. T. Hoogenboom en Mr. K. Zeilmaker

**Geen sprake van onderwaardering**

*Over een militair van de Koninklijke Marine, werkzaam als controller communicatie aan boord van een schip, werd in 1998 een beoordeling opgemaakt. Het tegen deze beoordeling gemaakte bezwaar werd door zijn commandant ongegrond verklaard. De Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage verklaarde vervolgens het ingestelde beroep ongegrond.*

*De Centrale Raad van Beroep heeft de uitspraak van de rechtbank bevestigd. De Raad heeft geen aanknopingspunten kunnen vinden voor het oordeel dat de waarderingen voor de betreffende gezichtspunten op onvoldoende gronden berusten.*

*De verplichting - neergelegd in artikel 9, eerste lid van de Regeling beoordeling militairen zeemacht 1995 - om tekortkomingen of minder goede gedragingen zo spoedig mogelijk aan de te beoordelen militair mee te delen door middel van een functioneringsgesprek ziet slechts op de beoordeling van de functie vervulling, en niet op de inschatting van de toekomstmogelijkheden van de beoordeelde.*

Beoordeling. Motiveringsbeginsel. Toekomstverwachting

## UITSpraak

In het geding tussen: [A], wonende te [B], appellant, en de Commandant van[X.], gedaagde.

*I. Ontstaan en loop van het geding*

Appellant heeft op de daartoe bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger

beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 10 augustus 1999, nr.99/1531 MAWKMA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Appellant heeft vervolgens nog andere stukken in het geding gebracht.

Het geding is behandeld ter zitting van 28 maart 2002, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. N.I. van Os, werkzaam bij de VBM/NOV te Den Haag. Gedaagde heeft zich doen vertegenwoordigen door mr. M.C.J. Varkevisser-van den Berkel, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

## *II. Motivering*

1. Appellant was ten tijde hier van belang werkzaam als controller communicatie aan boord van [X.]. Op 30 maart 1998 is over zijn functie vervulling in de periode 2 december 1996 tot 2 december 1997 een beoordeling opgemaakt als bedoeld in de Regeling beoordeling militairen zeemacht 1995 (hierna: de Regeling). Het tegen die beoordeling gemaakte bezwaar is bij het thans in geding zijnde besluit van 21 januari 1999 ongegrond verklaard. De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak het tegen dat besluit ingestelde beroep ongegrond verklaard.

1.1. Appellant heeft zich met die uitspraak niet kunnen verenigen. Onder herhaling van de grieven die hij reeds in de bezwaarfase naar voren heeft gebracht, heeft appellant de Raad verzocht de door hem betwiste waarderings ("BC/C/CD") met tenminste een segment te verhogen en te bepalen dat hij geschikt is voor functies van naasthogere rang. Voorts heeft appellant zijn standpunt herhaald dat gedaagde gelet op artikel 9, eerste lid, van de Regeling, gehouden was hem te waarschuwen voor de op handen zijnde negatieve uitspraken ten aanzien van de, in de rubriek Toekomstverwachtingen voorkomende gezichtspunten "zelfvertrouwen" (X.4) en "geschiktheid voor functies van naasthogere rang" (X.6).

2. De Raad overweegt hieromtrent als volgt.

2.1. Ingevolge 's Raads bestendige jurisprudentie terzake ligt het op de weg van de betrokkene om, bij een beoordeling van gezichtspunten met een waardering "C" of hoger, aan te tonen dat zijn functioneren met een dergelijke waardering is ondergewaardeerd. Betreft het een waardering "BC" of lager dan dient het bestuursorgaan aannemelijk te maken dat die waardering op goede gronden is gebaseerd.

2.2. Naar aanleiding van de door appellant aangevoerde bezwaren heeft gedaagde in het bestreden besluit van 21 januari 1999 nader gemotiveerd op welke gronden hij de beoordeling van de betwiste gezichtspunten juist heeft geacht. Aangezien appellant - ook in hoger beroep - op generlei wijze met feiten heeft onderbouwd dat die nadere motivering onjuist is, heeft de Raad geen aanknopingspunten kunnen vinden voor het oordeel dat de beoordeling van die gezichtspunten op onvoldoende gronden berust.

2.3. Het gezichtspunt "zelfvertrouwen", dat volgens de Regeling wordt omschreven als de mate waarin de betrokkene blijk geeft van een gerechtvaardigd vertrouwen in eigen kunnen, heeft gedaagde als onvoldoende (BC) beoordeeld. Op grond daarvan heeft hij vervolgens geoordeeld dat appellant niet geschikt is voor het bekleden van een functie in een naasthogere rang. Blijkens de stukken heeft gedaagde die verwachting doen steunen op de wijze waarop appellant in zijn functie van controller communicatie leiding gaf en op de voorgrond trad, alsmede op grond van de omstandigheid dat hij naar het oordeel van gedaagde bij BOZ-operaties meermalen de indruk wekte niet zeker van zichzelf te zijn en zichtbaar nerveus werd wanneer leidinggevend hem daarover vragen stelden. Nu de Raad in het voorgaande geen reden heeft gevonden de waardering BC voor onhoudbaar te

houden, heeft gedaagde naar zijn oordeel op goede gronden de verwachting kunnen uitspreken dat appelllant niet geschikt kan worden geacht voor functies van een naasthogere rang.

2.4. Met betrekking tot appellants grief dat gedaagde op grond van artikel 9, eerste lid, van de Regeling gehouden was hem te waarschuwen, overweegt de Raad - zoals hij reeds eerder heeft overwogen - dat voormeld artikel slechts ziet op de beoordeling van de wijze van functioneren in de door de beoordeelde beklede functie en niet op de inschatting van de beoordelaars van de toekomstmogelijkheden van de beoordeelde aan het einde van een beoordelingsperiode. Deze grief kan derhalve geen doel treffen. Overigens heeft appelllant geen bijzondere feiten of omstandigheden naar voren gebracht die de Raad tot het oordeel zouden moeten leiden dat zodanige waarschuwing op grond van zorgvuldigheidseisen in dit geval was vereist.

3. Gezien het vorenstaande komt de aangevallen uitspraak voor bevestiging in aanmerking en acht de Raad geen termen aanwezig om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht.

4. Beslist wordt als volgt.

### III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

---

## Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 8 mei 2002

99/3955 MAW

*Voorzitter:* Mr. J.C.L. Talman; *leden:* Mr. T. Hoogenboom en Mr. A. Beuker-Tilstra.

### Geen (volledige) risicoansprakelijkheid voor Defensie (II)

*Aan appelllant, sergeant der eerste klasse van de KL, is op 12 december 1993 bij de uitoefening van de dienst een dienstongeval overkomen; hij werd in zijn rechter pink gebeten. Dit ongeval heeft zodanig ernstige gevolgen gehad dat appelllant wegens gebreken uit de militaire dienst is ontslagen en dat aan hem door gedaagde, de Staatssecretaris van Defensie, een maximaal invaliditeitspensioen van 100% plus 40% smartengeld is toegekend.*

*Appelllant heeft verzocht om vergoeding van alle materiële en immateriële schade die hij lijdt of nog zal lijden ten gevolge van het ongeval. Dit verzoek is door gedaagde bij besluit van 11 maart 1996 afgewezen. De rechtbank heeft op 30 juni 1999 het namens appelllant tegen dit besluit ingestelde beroep ongegrond verklaard.*

*De Raad is met de rechtbank van oordeel dat gedaagde genoegzaam heeft aangetoond dat hij zijn verplichtingen is nagekomen om de werkzaamheden van appelllant op zodanige wijze in te richten, alsmede voor het verrichten van de werkzaamheden zodanige maatregelen te treffen, als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat hij schade lijdt. De Raad bevestigt dan ook de aangevallen uitspraak.*

(Schadevergoeding)

## UITSpraak

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

### *I. Ontstaan en loop van het geding*

Namens appellant is op bij aanvullende beroepschriften aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 30 juni 1999, nr. 98/5009 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift en een aanvullend verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 28 februari 2001, waar namens appellant is verschenen mr. H.J.M.G.M. van der Meijden, advocaat te Nijkerk en waar gedaagde zich heeft laten vertegenwoordigen door mr. W. Baron en mr. R.A. van Deelee, beide werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

Als van de zijde van appellant aangemelde getuige is verschenen en gehoord luitenant-kolonel [C.].

### *II. Motivering*

1. Appellant, destijds sergeant der eerste klasse van de Koninklijke landmacht en werkzaam als gestraftenbewaarder in het [X.], is op 12 december 1993 bij het, samen met een collega, aandoen van handboeien bij een gedetineerde door deze in zijn rechter pink gebeten. Appellant droeg ten tijde van het ongeval latex handschoenen, zogenaamde "medical gloves". Als gevolg van dit ongeval is bij appellant, bij wie reeds eerder dystrofie was geconstateerd, zeer ernstige sympathische reflexdystrofie opgetreden, waardoor hij uiteindelijk volledig is geïnvalideerd. Aan gedaagde is verzocht om vergoeding van alle materiële en immateriële schade, die appellant lijdt en nog zal lijden ten gevolge van het ongeval en tengevolge van twee andere, inmiddels niet meer aan de orde zijnde, aan gedaagde verweten tekortkomingen, en die niet wordt of zal worden vergoed op grond van rechtspositionele voorschriften. Gedaagde heeft bij besluit van 11 maart 1996 geweigerd dit verzoek te honoreren. Na gemaakt bezwaar heeft gedaagde deze weigering gehandhaafd bij het in dit geding bestreden besluit van 29 mei 1998. De rechtbank heeft het namens appellant tegen dit besluit ingestelde beroep ongegrond verklaard.

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

2.1. Het bestreden besluit, voorzover thans nog aan de orde, betreft de handhaving van een zuiver schadebesluit dat betrekking heeft op schade die appellant stelt te hebben geleden als gevolg van het hem in ambtelijke dienstbetrekking op 12 december 1993 overkomen ongeval. Indien sprake is van een zuiver schadebesluit dat geen verband houdt met een vernietigd(e) of als onrechtmatig erkend(e) besluit of handeling van het bestuursorgaan, maar dat zoals in het onderhavige geval verband houdt met de door de militaire ambtenaar in de uitoefening van zijn dienstbetrekking geleden schade hanteert de Raad, - in lijn met hetgeen is overwogen in 's Raads uitspraak van 22 juni 2000, TAR 2000, 112 - de norm, die hij ook tot uitdrukking gebracht ziet in het thans in artikel 7:658 van het Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalde: voorzover zulks niet reeds voortvloeit uit op de militaire ambtenaar van toepassing zijnde rechtspositionele voorschriften heeft de militaire 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 militaire 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 militaire ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, of aantoonde dat de schade in belangrijke mate een gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de militaire ambtenaar.

2.2. De Raad is van oordeel dat gedaagde genoegzaam heeft aangetoond dat hij zijn verplichtingen is nagekomen de werkzaamheden van appelland 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 hij schade lijdt.

2.3. Ten tijde van het ongeval was in het [X.] van toepassing de “geweldsinstructie gestichtspersoneel”, de standaard-geweldsinstructie van het Ministerie van Justitie voor de penitentiaire inrichtingen in Nederland. Gedaagde heeft erop gewezen dat appelland goed op de hoogte was met deze geweldsinstructie, reeds omdat hij ten aanzien van nieuwe personeelsleden op dit gebied een instructietaak had. Blijkens deze instructie is het dragen van “medical gloves” onder andere verplicht als de mogelijkheid aanwezig is dat men in aanraking komt met bloed of andere lichaamsvloeistoffen en bij fouillering van gedetineerden aan de kleding. Voorts is in deze instructie bepaald dat het aanbrengen van hand- of transportboeien altijd dient te geschieden door minimaal drie bewaarders. Dat deze instructie in dit geval had dienen te worden gevolgd is ook bevestigd door de onder I genoemde getuige, die ten tijde van het ongeval commandant was van het [X.].

2.4. Vast staat voorts dat appelland, die commandant van de dienstploeg was, in het onderhavige geval met één collega de cel heeft betreden teneinde de handboeien bij de gedetineerde aan te brengen, omdat deze luid kabaal maakte en de orde verstoorde. Appelland heeft niet aannemelijk gemaakt dat deze of andere omstandigheden zodanig dringend waren dat het onmogelijk was aan de instructie om met minimaal drie bewaarders de handboeien aan te brengen te voldoen. In dit verband is van belang dat er, weliswaar verdeeld over verschillende locaties, gemiddeld 20 personeelsleden aanwezig waren in de inrichting.

2.5. Appelland heeft aangevoerd dat het ongeval hem niet zou zijn overkomen wanneer de geweldsinstructie voor dit soort gevallen had voorzien in het dragen van werkhandschoenen. Deze grief treft evenwel geen doel, omdat, zoals gedaagde met juistheid heeft betoogd, met werkhandschoenen niet de fijne motoriek kan worden bereikt die vereist is om handboeien te kunnen aanleggen.

3.1. Namens appelland is verder een beroep gedaan op toepassing van een soortgelijke norm als is neergelegd in artikel 7:611 van het BW, inhoudende dat de werkgever en de werknemer zich als een goed werkgever en werknemer dienen te gedragen. De jurisprudentie van de Hoge Raad en lagere rechters met betrekking tot deze norm zou, met name als het gaat om aansprakelijkheid van de werkgever voor ongevalsschade van werknemers, dienen te worden getransformeerd naar het ambtenarenrecht, waarbij de redelijkheid en billijkheid in de relatie werkgever-werknemer en/of de eisen van goed werkgeverschap een uitbreiding van de verplichting van de werkgever tot vergoeding van schade naast de met artikel 7:658 van het BW overeenkomende norm zou betekenen.

3.2. De Raad overweegt dienaangaande dat een, waar het betreft de vergoeding van schade vergelijkbare, norm als door appelland bedoeld voor militaire ambtenaren is neergelegd in artikel 115 van het Algemeen militair ambtenarenreglement (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.

3.3. De Raad is voorts van oordeel dat indien appelland zou hebben beoogd een beroep te doen op artikel 115 van het AMAR gedaagde - overigens onder erkenning van de ernst van appellants lichamelijke en geestelijke situatie - onder verwijzing naar de omstandigheden waaronder het ongeval plaatsvond alsmede de diverse andere voor appelland geldende en ook toegepaste rechtspositionele bepalingen, ervan mocht afzien om toepassing te geven aan deze bepaling. Het beroep dat appelland in dit verband heeft gedaan op het gelijkheidsbeginsel gaat niet op. Appelland heeft niet aannemelijk gemaakt dat bij militairen die tijdens een buitenlandse missie gewond waren geraakt en aan wie een extra op artikel 115 van het AMAR gebaseerde schadevergoeding was toegekend gesproken zou kunnen worden van een situatie waarmee zijn situatie vergelijkbaar is.

4. Gezien het vorenstaande treft het hoger beroep van appelland geen doel en komt de aangevallen uitspraak, zij het op enigszins andere gronden, voor bevestiging in aanmerking. De Raad ziet voorts geen aanleiding om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht, zodat wordt beslist als volgt.

### III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

#### NASCHRIFT

*1. Met deze uitspraak van de Centrale Raad van Beroep komt een einde aan een lang lopend juridisch traject dat in de ogen van appelland had moeten leiden tot een schadevergoeding.*

*Appelland, sergeant der eerste klasse, werd tijdens de uitoefening van de dienst als gestraftenbewaarder in het Militair Penitentiair Centrum op 12 december 1993 in zijn rechterpink gebeten. Dit op het eerste oog niet zo ernstige ongeval leidde, in combinatie met bij appelland reeds bestaande dystrofie, tot het oordeel dienstongeschikt en aansluitend tot een ontslag wegens gebreken. Aan appelland werd een maximaal militair invaliditeitspensioen toegekend van 100% van de pensioengrondslag (laatst genoten bezoldiging) alsmede 40% bijzondere invaliditeitsverhoging (smartengeld). Daarnaast werden aan hem de noodzakelijke voorzieningen en geneeskundige verstrekkingen toegekend.*

*Voor de voorgeschiedenis in deze zaak verwijs ik naar de uitspraak van 8 juli 1996 van de President van de Arrondissementsrechtbank te 's Gravenhage (MRT 1997, blz. 46, m.nt. W.J.S.) en de uitspraak van de Rechtbank van 30 juni 1999 (MRT juni 2000, blz. 251, m.nt. W.J.S.). Zie in dat verband ook de Bijdrage van Prof. Coolen (Schadevergoeding) in het MRT van 1998, blz. 51 e.v.*

*Zie voor een uitspraak van de rechtbank met betrekking tot aansprakelijkheid voor de gevolgen van een aan een militair overkomen dienstongeval: MRT nov/dec. 2000, blz. 406 (m.nt. G.F.W.).*

*2. Deze uitspraak van de Raad is in lijn met die van de rechtbank uit 1999. De Raad sluit thans verder aan bij haar uitspraak van 22 juni 2000, TAR 2000, 112, waarin is bepaald dat de militaire ambtenaar recht heeft 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. Dit laatste betekent dat de werkzaamheden van de militaire ambtenaar op zodanige wijze zijn ingericht alsmede dat voor het verrichten van die werkzaamheden zodanige maatregelen zijn getroffen en aanwijzingen zijn ver-*

*strekt als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de militaire ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.*

*De Raad is in deze zaak van oordeel dat gedaagde, de Staatssecretaris van Defensie, voldoende heeft aangetoond dat hij zijn verplichtingen is nagekomen.*

W.J.S.

---

**Rechtbank 's-Gravenhage**  
sector bestuursrecht  
Uitspraak van 14 mei 2002  
AWB 01/671

*Tweede afdeling, enkelvoudige kamer: Mr. C.W. de Wit*

**De ingetrokken verklaring van geen bezwaar**

*Van een onderofficier van de Koninklijke Marechaussee werd de verklaring als bedoeld in artikel 1 lid 1 onder b van de Wet veiligheidsonderzoeken ingetrokken: hij was tweemaal veroordeeld door de strafrechter. Toen hij tegen dit (na bezwaar gehandhaafde) besluit van de Minister van Defensie beroep instelde, verklaarde de rechtbank het beroep ongegrond. De rechtbank zag geen grond voor het oordeel dat de minister niet in redelijkheid tot het bestreden besluit had kunnen komen.*

(Artikel 5 lid 3 AMAR; art. 12g lid 2 MAW 1931)

UITSpraak

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

*I. Ontstaan en loop van het geding*

Eiser is sinds 1986 aangesteld als beroepsmilitair en heeft de functie van wachtmeester der 1<sup>e</sup> klasse bij de Koninklijke Marechaussee (hierna: KMar). Eiser is op 10 maart 2000 veroordeeld door de Correctionele Rechtbank te Turnhout, België, wegens het bezit van een hoeveelheid anabole steroïden tot een onvoorwaardelijke geldboete van Bfr 60.000,-. Voorts is eiser op 19 april 2000 door de politierechter bij de Militaire Kamer van de rechtbank te Arnhem veroordeeld tot een geldboete van fl 1000,- wegens het onbevoegd voorhanden hebben van een vuurwapen op de luchthaven Eindhoven. Tegen beide uitspraken is geen hoger beroep ingesteld.

Bij besluit van 11 september 2000 heeft verweerder de verklaring als bedoeld in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder b van de Wet Veiligheidsonderzoeken (hierna: verklaring van geen bezwaar) van eiser ingetrokken. Daarbij werd als reden de beide veroordelingen aangegeven.

Tegen dit besluit heeft eiser bij brief van 29 september 2000, van gronden voorzien bij brief van 24 oktober 2000, een bezwaarschrift bij verweerder ingediend.

Eiser is gehoord omtrent zijn bezwaar op 19 december 2000.

Bij besluit van 15 februari 2001, verzonden op gelijke datum, heeft verweerder overeenkomstig het advies van het Adviesorgaan Bestuursrechtelijke Geschillen Koninklijke Landmacht, de bezwaren van eiser ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit heeft eiser bij brief van 20 februari 2001, ingekomen bij de rechtbank



op 21 februari 2001 en van gronden voorzien bij brief van 19 maart 2001, beroep ingesteld.

Verweerder heeft de op de zaak betrekking hebbende stukken overgelegd en tevens bij brief van 11 april 2001 een verweerschrift ingediend.

Het beroep is op 6 februari 2001 ter zitting behandeld. Eiser is in persoon verschenen, bijgestaan door gemachtigde mr. P. Reitsma. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mw mr. J.S.K. Fortuin en D.E. Bijl.

De rechtbank heeft na het sluiten van het onderzoek ter zitting het onderzoek op grond van artikel 8:68, eerste lid, van de Awb heropend. Na afloop van het hervatte vooronderzoek heeft de rechtbank, mede gelet op de daarvoor door partijen gegeven toestemming, aanleiding gezien om op grond van artikel 8:57 van de Awb te bepalen dat het onderzoek ter nadere zitting achterwege blijft, waarna zij het onderzoek heeft gesloten.

## *II. Motivering*

Beoordeeld dient te worden of het besluit van 15 februari 2001, waarbij het besluit van 11 september 2000 om de verklaring van geen bezwaar in te trekken gehandhaafd werd, in rechte stand kan houden.

De Wet veiligheidsonderzoeken (hierna Wvo) stelt in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder a, dat onder vertrouwensfunctie wordt verstaan een functie die krachtens artikel 3, eerste lid, Wvo als zodanig is aangewezen.

Artikel 3, eerste lid Wvo, gelezen in samenhang met artikel 2 Wvo, bepaalt dat verweerder functies die de mogelijkheid bieden de veiligheid of andere gewichtige belangen van de staat te schaden aanwijst als vertrouwensfuncties.

Artikel 4, eerste en tweede lid, Wvo, gelezen in samenhang met artikel 2 Wvo, stelt dat verweerder een persoon die hij wil belasten met de vervulling van een vertrouwensfunctie aanmeldt bij het hoofd van de Militaire Inlichtingendienst. Deze aanmelding geschiedt slechts met schriftelijke instemming van de betrokkene. Verweerder licht de betrokkene in over de betekenis en de rechtsgevolgen van deze aanmelding.

In artikel 9 Wvo, gelezen in samenhang met artikel 2 Wvo, is bepaald dat verweerder bevoegd is, indien hem blijkt van feiten of omstandigheden die een hernieuwd veiligheidsonderzoek rechtvaardigen, een veiligheidsonderzoek te doen instellen naar een persoon die een vertrouwensfunctie vervult.

In artikel 10 Wvo, gelezen in samenhang met artikel 2 Wvo, is bepaald dat verweerder bevoegd is tot het intrekken van de verklaring van geen bezwaar, indien hem blijkt dat onvoldoende waarborgen aanwezig zijn dat de betrokkene onder alle omstandigheden de uit de vertrouwensfunctie voortvloeiende plichten getrouwelijk zal volbrengen.

In artikel 4 van de Beleidsregeling justitiële antecedenten bij veiligheidsonderzoeken Koninklijke Marechaussee (hierna: de Beleidsregeling) is bepaald dat, gelet op de taakstelling Politiewet 1993 alsmede artikel 18 Wet Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten, de verklaring van geen bezwaar met betrekking tot vertrouwensfuncties bij de KMar geweigerd dan wel ingetrokken wordt indien betrokkene is veroordeeld voor een misdrijf.

In artikel 3 van de Beleidsregeling is opgenomen dat verweerder kan afwijken van de beleidsregel als dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.

In bijlage A behorende bij het besluit Aanwijzen van vertrouwensfuncties ingevolge de Wet veiligheidsonderzoeken (hierna: het Aanwijzingsbesluit) zijn alle functies bij de KMar aangewezen als vertrouwensfuncties in de zin van de Wvo.

Eiser stelt dat hem onduidelijk was dat de functie die hij vervulde ook als een vertrou-

wensfunctie moest worden aangemerkt. Eiser stelt verder dat verweerder, gelet op alle feiten en omstandigheden, gebruik had moeten maken van zijn inherente afwijkingsbevoegdheid. De strafbare feiten zijn, naar mening van eiser, van een dergelijk geringe ernst dat daarvoor geenszins de verklaring van geen bezwaar dient te worden ingetrokken. Het verboden wapenbezit houdt volgens eiser verband met een test van de beveiliging op de luchthaven, in goed overleg met zijn collega's, evenwel zonder zijn commandant hiervan vooraf in kennis te stellen. Het bezit van de spierversterkende middelen, waarvoor eiser in België is veroordeeld, is in Nederland toegestaan. De lange en zeer goede staat van dienst van eiser dient te worden afgezet tegen het uiterst marginale verwijt dat met betrekking tot de beide strafrechtelijke veroordelingen kan worden gemaakt, aldus eiser. Naar mening van eiser misbruikt verweerder zijn bevoegdheid om eiser hiermee op een gemakkelijke wijze uit de militaire dienst te kunnen verwijderen. Eiser verzoekt om vernietiging van het bestreden besluit.

Verweerder heeft ten aanzien van de vraag of gebruik had moeten worden gemaakt van de inherente afwijkingsbevoegdheid, aangegeven dat bij de afweging van de betrokken belangen hij meer gewicht heeft gehecht aan het uitgangspunt dat van eenieder die werkzaam is bij de KMar verwacht wordt dat hij van onbesproken gedrag is. Verweerder wijst er voorts op dat de KMar organisatie slechts goed kan functioneren indien erop vertrouwd kan worden dat de militair ingedeeld bij de KMar onder alle omstandigheden zijn verplichtingen getrouwelijk volbrengt. Verweerder wijst erop dat de beide veroordelingen deze garantie voor hem in de weg staan.

De rechtbank overweegt het volgende:

De rechtbank kan eiser niet volgen in zijn stelling dat hem niet duidelijk was dat zijn functie een vertrouwensfunctie betreft. Hiertoe overweegt de rechtbank dat verweerder ter zitting heeft aangegeven dat aan eiser bij zijn aanstelling is medegedeeld dat zijn functie als vertrouwensfunctie is aangewezen. In het Aanwijzingsbesluit zijn voorts enkele passages opgenomen omtrent het informeren van betrokkenen waarvan de functie als vertrouwensfunctie is, of wordt, aangemerkt. Hoewel de datum van inwerkingtreding van het Aanwijzingsbesluit gelegen is ná de aanstelling van eiser bij de KMar, ziet de rechtbank hierin echter wel een bevestiging van verweerdens stelling. Aannemelijk is dat deze werkwijze ook reeds ten tijde van eisers aanstelling bestond. Bovendien overweegt de rechtbank dat, gelet op de aard van de werkzaamheden en de duur van zijn loopbaan bij de KMar, ook van eiser verwacht kan worden dat hij op de hoogte was van de status van zijn functie, alsmede van de toepasselijke voorschriften op dit punt.

Overigens is de rechtbank van oordeel de beslissing van verweerder niet anders had kunnen luiden wanneer aan eiser niet was medegedeeld dat hij een vertrouwensfunctie uitoefent. Hoewel artikel 4, tweede lid, Wvo de werkgever de verplichting oplegt de betrokkene in te lichten over de betekenis en de rechtsgevolgen van zijn aanmelding, staat deze bepaling de toepassing van de overige artikelen van de Wvo niet in de weg.

Uit artikel 10 Wvo blijkt dat verweerder ten aanzien van het intrekken van een verklaring van geen bezwaar een discretionaire bevoegdheid toekomt. De rechtbank dient de wijze waarop verweerder gebruik gemaakt heeft van deze bevoegdheid dan ook terughoudend te toetsen. Bij die toetsing dient de rechtbank te beoordelen of verweerder na afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen dan wel daarbij anderszins heeft gehandeld in strijd met enige ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur daaronder begrepen.

Verweerder heeft de wijze waarop hij gebruik maakt van zijn bevoegdheid neergelegd

in de Beleidsregeling. Hieruit blijkt dat verweerder ten aanzien van de intrekking van verklaringen van geen bezwaar een stringent beleid voert, dit met het oog op de taakstelling van de KMar in de Politiewet 1993 en de Wet op de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten. De rechtbank acht dit beleid niet onredelijk.

Ten aanzien van de toepassing van de inherente afwijkingsbevoegdheid overweegt de rechtbank allereerst dat ook hierbij geldt dat de rechtbank deze toepassing terughoudend dient te toetsten. Voorts overweegt de rechtbank dat het met Wvo en de Beleidsregeling te dienen doel, zijnde het bieden van waarborgen voor de veiligheid of andere gewichtige belangen van de Staat, tevens met zich brengt dat ook voldoende waarborg aanwezig dient zijn dat een betrokkene in een vertrouwensfunctie onder alle omstandigheden de uit zijn vertrouwensfunctie voortvloeiende plichten getrouwelijk zal volbrengen. Gelet op dit doel alsmede gelet op hetgeen door eiser en verweerder naar voren is gebracht, is de rechtbank van oordeel dat verweerder in redelijkheid heeft kunnen oordelen dat niet van bijzondere omstandigheden sprake was op grond waarvan onverkorte toepassing van het bepaalde in artikel 4 van de Beleidsregeling zou leiden tot een onredelijke beslissing.

Concluderend ziet de rechtbank geen grond voor het oordeel dat verweerder niet in redelijkheid heeft kunnen besluiten de verklaring van geen bezwaar, als bedoeld in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder a, Wvo in te trekken. Ook in hetgeen door eiser overigens ter motivering van zijn beroep is aangevoerd ziet de rechtbank geen gronden voor inwilliging van zijn verzoek

Het beroep dient ongegrond te worden verklaard.

Van omstandigheden op grond waarvan een van de partijen zou moeten worden veroordeeld in de door de andere partij gemaakte proceskosten in de rechtbank niet gebleken.

### III. Beslissing

DE RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE,

RECHT DOENDE:

Verklaart het beroep ongegrond.

#### NASCHRIFT

*Artikel 5 lid 3 AMAR bepaalt: “De gegadigde kan alleen worden aangesteld als ten diens aanzien in verband met de voorgenomen aanstelling een verklaring als bedoeld in artikel 1, eerste lid onder b, van de Wet veiligheidsonderzoeken is afgegeven.” Een verklaring als door deze bepaling geëist, houdt in dat tegen aanstelling uit een oogpunt van de veiligheid of van andere gewichtige belangen van de Staat geen bezwaren bestaan. Een zodanige verklaring is steeds nodig, omdat alle militaire functies als vertrouwensfuncties in de zin van de Wet veiligheidsonderzoeken (Stb. 1996, 525) zijn aangewezen.*

*Verwezen wordt in dit verband tevens naar artikel 12g lid 2 MAW 1931: “Aan de militaire ambtenaar kan eervol ontslag worden verleend, indien hij op grond van het bepaalde in artikel 5, derde lid, of artikel 10, tweede lid, van de Wet veiligheidsonderzoeken uit een vertrouwensfunctie moet worden ontheven.”*

G.L.C.

**Centrale Raad van Beroep**

1 augustus 2002

00/99 MAW

*Voorzitter:* Mr. G.P.A.M. Garvelink-Jonkers; *leden:* Mr. T. Hoogenboom en Mr. R. Kooper.

**Ongeschikt omdat niet uitzendbaar (II)**

*Aan een officier van de Koninklijke Landmacht werd ontslag verleend met toepassing van artikel 39 lid 2 onder j AMAR: vanwege zijn niet-uitzendbaarheid moest hij ongeschikt worden geacht voor de militaire dienst. Toen de (gewezen) officier tegen dit besluit beroep instelde, verklaarde de rechtbank het beroep ongegrond. In hoger beroep voerde de officier drie grieven aan: (1) zijn ongeschiktheid voor de militaire dienst was niet op de juiste wijze vastgesteld; (2) het in artikel 43 AMAR voorgeschreven herplaatsingsonderzoek had niet plaatsgevonden; (3) het ontslag was ten onrechte met terugwerkende kracht verleend. Naar het oordeel van de Centrale Raad van Beroep troffen geen van deze grieven doel. Dit betekende dat de aangevallen uitspraak diende te worden bevestigd.*

(Art. 39 lid 2 onder j en art. 43 AMAR)

## 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 7 december 1999, nr. AWB 99/1075 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Desgevraagd heeft gedaagde nog stukken in het geding gebracht.

Het geding is behandeld ter zitting van 4 juli 2002, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. A.C. Siemons, advocaat te Amsterdam. Gedaagde heeft zich doen vertegenwoordigen door mr. J.C. Groenheijde, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

*II. Motivering*

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

1.1. Appellant, voormalig majoor van het wapen der cavalerie, is bij koninklijk besluit van 10 november 1994, na bezwaar gehandhaafd bij besluit van 11 september 1995, met ingang van 1 december 1994 uit de militaire dienst ontslagen met toepassing van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder k, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) - verregaande nalatigheid in de vervulling van zijn plichten - op de grond dat hij had geweigerd om te voldoen aan de opdracht om zich ter voorbereiding op een functie in voormalig Joegoslavië te melden bij het centrum voor vredesmacht (CVV).

1.2. Bij uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 4 december 1997 is het daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard en het besluit van 11 september 1995 vernietigd, met opdracht om opnieuw op het bezwaar te beslissen. Aan die vernietiging lag ten grond-

slag dat niet was gehandeld overeenkomstig het beleid m.b.t. (niet)-uitzendbaarheid zoals neergelegd in een drietal brieven van de Bevelhebber der Landstrijdkrachten (BLS) van respectievelijk 10 november 1992, 26 april 1993 en 29 oktober 1993.

1.3. Nadat pogingen om een minnelijke regeling te bereiken waren mislukt heeft gedaagde bij het thans bestreden besluit van 6 januari 1999 het bezwaar tegen het besluit van 10 november 1994 gegrond verklaard, dat besluit (gedeeltelijk) herroepen en appelllant met ingang van 1 maart 1995 eervol ontslag verleend met toepassing van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder j, van het AMAR, op de grond dat appelllant vanwege zijn niet-uitzendbaarheid ongeschikt moet worden geacht voor de militaire dienst. Daarnaast is besloten dat appelllant ingaande 1 februari 1999 gedurende twee jaar gebruik kan maken van de faciliteiten van de sectie Herplaatsing en is een budget van f 20.000,- ten behoeve van het herplaatsingsonderzoek beschikbaar gesteld.

2. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het namens appelllant tegen dat besluit ingestelde beroep ongegrond verklaard.

3. In hoger beroep is namens appelllant samengevat aangevoerd dat het ontslagbesluit niet in stand kan blijven omdat niet (op juiste wijze) is vastgesteld dat appelllant ongeschikt is. Door aanvankelijk ontslag te verlenen op de k-grond heeft gedaagde juist te kennen gegeven appelllant wél geschikt te achten. De thans gestelde ongeschiktheid is achteraf geconstrueerd uit het feit dat appelllant een verzoek heeft gedaan om via de remplaçanten-regeling de landmacht te verlaten. Evenmin is voldaan aan de eis dat advies omtrent de vermoedelijke duur van de problematiek moet worden gevraagd aan de Maatschappelijke Dienst Defensie (MDD) en heeft geen begeleiding plaatsgevonden naar een andere werkring. Het wel beschikbare advies van de MDD kan niet als toereikend advies voor ontslag bij ongeschiktheid gelden, omdat het voor een geheel andere situatie is opgemaakt. Voorts heeft voorafgaand aan het ontslag het in artikel 43 van het AMAR voorgeschreven herplaatsingsonderzoek niet plaatsgevonden. Tenslotte is het ontslag verleend met terugwerkende kracht. De situaties waarin de Raad een handhaven van de oorspronkelijk ontslagdatum geoorloofd acht doen zich niet voor. In casu is namelijk niet alleen sprake van correctie van een ontslaggrond, omdat die het besluit niet kon dragen, maar is een nieuw ontslagbesluit geformuleerd op grond van geheel nieuwe feiten.

4. De Raad dient de vraag te beantwoorden of het bestreden besluit in het licht van de daartegen aangevoerde grieven de toetsing aan het geschreven en ongeschreven recht kan doorstaan.

4.1. 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, aanhef en onder j, van het AMAR. De Raad merkt daarbij op dat het AMAR geen voorschriften geeft over de wijze waarop ongeschiktheid in de zin van genoemd artikelonderdeel dient te worden vastgesteld.

4.1.1. De Raad stelt vast dat naar aanleiding van de weigering van appelllant in mei 1994 om zich met het oog op uitzending te melden bij het CVV, de MDD op 19 mei 1994 desgevraagd heeft geadviseerd appelllant “niet (nogmaals) in aanmerking (te) brengen voor uitzending, gezien zijn verzoek om, in verband met sociale omstandigheden, met toepassing van de regelgeving de krijgsmacht op termijn te verlaten”. In de toelichting bij dit advies is onder meer vermeld dat appelllant samenwoont met mevrouw [naam], dat een langdurige afwezigheid hun relatie in gevaar zou brengen en dat appelllant daarom, gezien de veranderende taakstelling van de krijgsmacht zijn conclusies heeft getrokken en zich medio 1993 al heeft willen aanmelden voor een Bascod-7 stelling, dat hij zich voorts

heeft doen inschrijven als kandidaat voor de remplaçantenregeling en druk doende is te solliciteren naar een functie in de burgermaatschappij. Vermeld is daarnaast nog dat appellants directe chef na overleg met de Chef-Staf hem had gezegd dat hij in 1994 niet uitgezonden zou worden en dat hij, toen hij toch voor uitzending werd aangewezen, gezien zijn privé-situatie uit nood heeft geweigerd.

4.1.2. Uit een notitie van een gesprek met appellant op 24 mei 1994 komt naar voren dat appellant aldaar in zijn weigering heeft volhard. Appellant heeft te kennen gegeven dat hij een keuze heeft gemaakt tussen de organisatie en zijn thuissituatie. Met die thuis-situatie valt uitzending niet te combineren. Nadat hij erop was gewezen dat hij, gelet op het feit dat zijn sociale omstandigheden niet van tijdelijke aard waren, ontslag had moeten nemen is hem de kans gegeven dat alsnog te doen. In het vervolggesprek op 26 mei 1994 heeft appellant inderdaad om ontslag gevraagd, echter op termijn van een jaar, hetgeen door gedaagde niet is aanvaard.

4.2.1. Hoewel het advies van de MDD en voormelde gesprekken hebben plaatsgevonden in de context van de voorbereiding van het - nadien vernietigde - ontslag op grond van verregaande nalatigheid in de vervulling van zijn plichten, heeft gedaagde uit de desbetreffende stukken terecht de conclusie getrokken dat de sociale omstandigheden die appellant er toe hadden gebracht de opdracht tot uitzending te weigeren, niet van tijdelijke aard waren en dat er sprake was van duurzame niet-uitzendbaarheid. Anders dan appellant meent betekent dit dat het in de punten 10 en volgende van de brief van de BLS van 29 oktober 1993 uiteengezette beleid ten aanzien van militairen die in verband met dwingende sociale omstandigheden tijdelijk niet uitzendbaar zijn en voor wie gedurende maximaal twee jaar met niet-uitzendbaarheid rekening wordt gehouden, niet aan de orde is.

4.2.2. Aangezien uit de gedingstukken tevens naar voren komt dat appellant reeds vóór zijn daadwerkelijke aanwijzing voor uitzending bij herhaling kenbaar had gemaakt dat hij in het geval van een aanwijzing zou weigeren, behoort appellant tot groep b van de in de brief van de BLS van 26 april 1993 onderscheiden categorieën. Deze militairen dienen te worden voorgedragen voor een individueel gesprek: indien de militair in dat gesprek zijn standpunt handhaaft zal hij voor onvrijwillig ontslag worden voorgedragen met een opzegtermijn van drie maanden. De Raad merkt daarbij nogmaals op dat de onder punt 5 van de brief genoemde situatie waarin toepassing van die maatregel achterwege blijft - dwingende persoonlijke omstandigheden van tijdelijke aard - zich niet voordoet.

4.2.3. Nu er zowel een MDD-advies beschikbaar is, als op 24 mei 1994 en 26 mei 1994 individuele gesprekken met appellant hebben plaatsgevonden waaruit de duurzaamheid van de niet-uitzendbaarheid blijkt, komt de Raad tot het oordeel dat gedaagde daaraan bij het thans bestreden besluit op goede gronden de conclusie heeft verbonden dat appellant ongeschikt was voor de dienst, zodat gedaagde bevoegd was om appellant op die grond te ontslaan.

4.3. 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 appellant 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. 98/6187 MAW en 98/7682 MAW - is immers met de vaststelling van de niet-uitzendbaarheid de uitkomst van een dergelijk onderzoek op voorhand negatief.

Ook overigens ziet de Raad geen gronden voor het oordeel dat gedaagde niet in redelijkheid gebruik heeft kunnen maken van zijn ontslagbevoegdheid.

4.4. De stelling van appellant ten slotte dat hem ten onrechte ontslag is verleend met terugwerkende kracht kan de Raad niet onderschrijven. 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. Dienaangaande stelt de Raad vast dat appellant bij besluit van 10 november 1994, gehandhaafd bij besluit van 11 september 1995, met ingang van 1 december 1994 is ontslagen. De rechtbank heeft in zijn uitspraak van 4 december 1997 wel het besluit op bezwaar van 11 september 1995 vernietigd, maar het ontslagbesluit van 10 november 1994 in stand gelaten en aan gedaagde opgedragen opnieuw op de bezwaren van appellant tegen dat besluit te beslissen. Onder die omstandigheden ziet de Raad niet dat de rechtszekerheid van appellant in het gedrang is gekomen, zeker nu niet blijkt dat bij hem na de uitspraak van de rechtbank van 4 december 1997 verwachtingen zijn gewekt omtrent terugkeer in de krijgsmacht. Voorts dateren alle aan het onderhavige ongeschiktheidsontslag ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden van vóór het besluit van 10 november 1994. Evenmin is sprake van een ontslag op basis van geheel nieuwe feiten. Bij het thans bestreden besluit is slechts een ander aanknopingspunt gekozen; niet langer de weigering van de concrete aanwijzing voor uitzending, maar de op voorhand gebleken duurzame niet-uitzendbaarheid. Dat gedaagde bij het thans bestreden besluit de ingangsdatum voor het ontslag heeft bepaald op 1 maart 1995 in plaats van 1 december 1994, en appellant nog enkele maanden salaris heeft nabetaald, is een gevolg van de bij de thans gehanteerde ontslaggrond behorende opzegtermijn en doet daarom aan het vorenstaande oordeel niet af. Dit laatste geldt ook voor de door gedaagde in het kader van een schikkingsvoorstel genoemde ontslagdatum 1 december 1996, nu appellant dit schikkingsvoorstel niet heeft aanvaard.

5.1. Uit het vorenstaande volgt dat de grieven van appellant geen doel treffen en dat de aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

5.2. De Raad ziet geen aanleiding om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht en heeft beslist als hierna vermeld.

### *III. Beslissing*

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHTE DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

#### NASCHRIFT

*1. Op grond van artikel 39 lid 2 onder j AMAR kan een militair uit de dienst worden ontslagen wegens ongeschiktheid (anders dan uit hoofde van een ziekte of een gebrek) voor de vervulling van de functie die hij bekleedt of waarvoor hij is bestemd. Ook (blijvende) niet-uitzendbaarheid kan tot ongeschiktheid in de zin van artikel 39 lid 2 onder j AMAR leiden. Op dit punt overweegt de Centrale Raad van Beroep in bovenstaande uitspraak: "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, aanhef en onder j, van het Algemeen militair ambte-*

narenreglement.”.

2. Ingevolge art. 43 lid 1 AMAR kan ontslag wegens ongeschiktheid van een voor onbepaalde tijd aangestelde militair slechts worden verleend, indien het niet mogelijk is gebleken hem een andere passende functie, al of niet bij het eigen krijgsmachtdeel, toe te wijzen, dan wel indien hij een zodanige functie heeft geweigerd te aanvaarden. Met betrekking tot de stelling van de officier dat in zijn geval dit onderzoek achterwege is gebleven, overweegt de Raad dat hieraan “niet de betekenis kan worden toegekend die appellant 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. 98/6187 MAW + 98/7682 MAW - is immers met de vaststelling van de niet-uitzendbaarheid de uitkomst van een dergelijk onderzoek op voorhand negatief.”

De uitspraak van 21 juni 2001, waarnaar de Raad verwijst, is niet in dit tijdschrift opgenomen. Wel kan worden verwezen naar CRvB 7 september 2000, MRT 2001, p. 167, m.nt. G.L.C.. In die uitspraak (“Ongeschikt omdat niet uitzendbaar”) overweegt de Raad: “Gedaagdes standpunt dat appellant vanwege zijn beperkte inzetbaarheid ongeschikt is geworden voor alle functies binnen de krijgsmacht en dat derhalve de in artikel 43 van het AMAR neergelegde verplichting om te zoeken naar een andere passende functie niet tot resultaat kan leiden, acht de Raad evenzeer houdbaar.”

3. Met betrekking tot de stelling van de gewezen officier dat het ontslag ten onrechte met terugwerkende kracht was verleend, overweegt de Raad: “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.” In casu deed zich naar het oordeel van de Raad zodanige strijd niet voor.

G.L.C.



## OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

### Reactie

*Naar aanleiding van het in MRT 2002 blz. 349 en verder gepubliceerde vonnis van 17 juli 2000 van de militaire kamer van de Arrondissementsrechtbank te Arnhem (“dronken soldaat”) en het naschrift van mr. M.M. Dolman, hierbij het volgende.*

In het vonnis van 17 juli 2000 achtte de rechtbank - het onder 1 tenlastegelegde - wet-  
tig en overtuigend bewezen dat de verdachte zich als militair (door een (grote) hoevee-  
heid alcoholhoudende drank te nuttigen en vervolgens te slapen tijdens de uitvoering van  
een zogenaamde “move-beveiligingsopdracht”) opzettelijk ongeschikt had gemaakt voor  
een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid, terwijl als recht-  
streeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade te duchten was voor de bestrijding van  
gemeen gevaar voor goederen en / of personen (voorzien en strafbaar gesteld bij artikel  
107 van het Wetboek van Militair Strafrecht).

De rechtbank kwam tot een vrijspraak van het onder 2 tenlastegelegde: de diefstal in  
vereniging van één of meerdere blikje(s) bier en/of mix-drankje(s).

De rechtbank veroordeelde de verdachte wegens het bewezenverklarde tot een militair-  
re detentie van twee weken, voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren en een geld-  
boete van f 750,-, subsidiair 15 dagen hechtenis.

De officier van justitie stelde tegen het vonnis hoger beroep in. Het hoger beroep richt-  
te zich tegen de gegeven vrijspraak van de diefstal (feit 2) en tegen de opgelegde straf.

De behandeling van het hoger beroep vond plaats op de terechtzitting van de militaire  
kamer van het Gerechtshof te Arnhem op 31 januari 2001.

Als verwoord in zijn appèlmemorie kon de officier van justitie zich niet verenigen met  
de visie van de rechtbank bij het vonnis van 17 juli 2000.

Blijkens het vonnis achtte de meervoudige militaire kamer de pelotonscommandant  
(PC) en de opvolgend pelotonscommandant (OPC) niet bevoegd om een onderzoek in te  
stellen in de bij verdachte en zijn mededader in gebruik zijnde slaapruintes (‘slaapfabs’).  
Nu volgens de rechtbank de bekende verklaring van verdachte berustte op de onrecht-  
matig verkregen resultaten van het onderzoek in de ‘slaapfabs’ (namelijk de aangetroffen  
drankblikjes), diende zijn verklaring van het bewijs uitgesloten te worden. Vervolgens  
bleef er te weinig bewijs over voor een bewezenverklaring, zodat verdachte van de dief-  
stal moest worden vrijgesproken.

In de visie van de officier van justitie berustte de “zoekbevoegdheid” van de PC en OPC  
niet op enige strafvorderlijke bevoegdheid, maar op artikel 12d van de Militaire ambtena-  
renwet (MAW).

Volgens artikel 12d, lid 1, MAW is de militaire ambtenaar verplicht zich tijdens het ver-  
blijf in een gebouw, luchtvaartuig of voertuig alsmede op een vaartuig of terrein, dat in  
gebruik is bij of ten behoeve van de krijgsmacht of dat de militaire ambtenaar tot verblijf  
of gebruik dient, bij de vervulling van zijn taak in internationaal verband te onderwerpen  
aan een in het belang van de dienst door het bevoegd gezag gelast onderzoek aan zijn  
lichaam of zijn kleding of van zijn daar aanwezige goederen.

In casu ging het om ‘slaapfabs’ die de militaire ambtenaren tot verblijf of gebruik dienen bij de vervulling van hun taak in internationaal verband (het uitzendgebied). In dat geval is de militaire ambtenaar verplicht zich te onderwerpen aan “een in het belang van de dienst door het bevoegd gezag gelast onderzoek van zijn daar aanwezige goederen”.

Het onderzoek werd gelast naar aanleiding van het overmatig drankgebruik van verdachte mededader en zijn verklaring dat hij de drank via verdachte had gekregen. Het is vanuit dienstbelang ongewenst dat men in het uitzendgebied onder operationele omstandigheden in de ‘slaapfabs’ over alcoholhoudende dranken beschikt.

Gelet op de aanwijzingen die er waren dat verdachten kennelijk over (grotere) hoeveelheden alcohol konden beschikken - in strijd met de “two can rule” (= twee biertjes per dag) - lijkt een door het bevoegd gezag gelast onderzoek in de ‘slaapfabs’ op basis van artikel 12d MAW toen zeker gerechtvaardigd.

Vervolgens is de vraag aan de orde of er in casu sprake was van een door het *bevoegd gezag* gelaste onderzoek in de ‘slaapfabs’. In de visie van de officier van justitie diende deze vraag bevestigend te worden beantwoord.

Uit het dossier blijkt namelijk dat het gewraakte onderzoek door de PC en OPC werd ingesteld in opdracht van de eerste luitenant R.N.J.D.. Deze was de waarnemend teamcommandant van de eenheid waartoe de verdachten behoorden. Volgens de officier van justitie was deze eerste luitenant, gelet op de uitzendomstandigheden, aan te merken als (ter plaatse) bevoegd gezag om een dergelijk onderzoek te gelasten.

Samenvattend kwam de conclusie van het Openbaar Ministerie tijdens het onderzoek op de terechtzitting van de militaire kamer van het Gerechtshof te Arnhem op 31 januari 2001 op het volgende neer:

- Het korte onderzoek in de ‘slaapfabs’ door de PC en OPC berustte op de wettelijke bevoegdheid gegeven in artikel 12d van de Militaire ambtenarenwet.
- Daarmee zijn de resultaten - de gevonden drankblikjes - niet onrechtmatig verkregen, zodat ook de bekennende verklaring van verdachte (met de onderzoeksresultaten) voor het bewijs mag meewerken.
- Derhalve kan feit 2 (de diefstal) wettig en overtuigend bewezen worden.

De militaire kamer van het Gerechtshof kon zich verenigen met de visie van het Openbaar Ministerie en wees op 14 februari 2001 haar arrest. Zij vernietigde het vonnis van de rechtbank en verklaarde het onder 1 en 2 tenlastegelegde bewezen.

De verdachte werd veroordeeld tot een militaire detentie voor de duur van drie weken, voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren en een geldboete van f. 1000,-, subsidiair twintig dagen hechtenis.

Met de uitspraak van het Gerechtshof is de door mr. Dolman - overigens door de gebrekkige motivering van de rechtbank terecht - opgeworpen vraag of de pelotonscommandant en de opvolgend pelotonscommandant mochten zoeken wat zij vonden beantwoord. Het onderzoek in de ‘fab’ berustte op de wettelijke bevoegdheid van artikel 12d MAW en niet op enige strafvorderlijke bevoegdheid. De waarnemend teamcommandant was ter plaatse bevoegd om het onderzoek te gelasten. Het dienstbelang bestond daaruit dat het ongewenst is dat men in het uitzendgebied onder operationele omstandigheden over (grotere) hoeveelheden alcoholhoudende dranken beschikt. De waarnemend teamcommandant gelastte aldus niet een onderzoek in de ‘fab’ op basis van het vermoeden dat

zich aldaar goederen bevonden die door *diefstal* waren verkregen. Het gegeven dat betrokkene zich schuldig had gemaakt aan diefstal kwam pas ter kennis van de commandant nadat betrokkene, geconfronteerd met de resultaten van het onderzoek (de drankblikjes), verklaarde deze te hebben gestolen uit de ‘base bar’. De waarnemend teamcommandant voldeed vervolgens aan zijn verplichting op grond van artikel 78 WMT door ook van de diefstal aangifte te doen bij de KMar.

Wellicht ten overvloede merk ik hierbij op dat het ‘bevoegd gezag’ geen misbruik mag maken van zijn ‘zoekbevoegdheid’ op grond van artikel 12d MAW. Het ‘belang van de dienst’ is immers een rekbaar begrip.

Bij het vermoeden van een strafbaar feit dient te allen tijde de KMar te worden ingeschakeld.

Voorts heeft mr. Dolman de vraag gesteld of een ‘fab’ wellicht als ‘woning’ moet worden aangemerkt. Daarbij merkt mr. Dolman op dat als een ‘fab’ voor één persoon bestemd is, die wellicht als woning zou kunnen gelden. Mijns inziens dient deze vraag echter ontkenkend te worden beantwoord.

In de memorie van toelichting bij de Algemene wet op het binnentreden (Bijl. Hand. TK 1984-1985, 19 073, nr. 3, pag. 20) wordt over het begrip ‘woning’ namelijk het volgende opgemerkt:

“Het grondrecht van de onschendbaarheid van de woning beschermt de huisvrede, dat wil zeggen het onverstoord verblijf in een ruimte die tot exclusief verblijf voor een persoon of voor een beperkt aantal in een gemeenschappelijke huishouding levende personen ingericht en bestemd is. Het huisrecht strekt tot bescherming van dit ongestoorde gebruik (...) Of een ruimte een woning is, wordt niet zonder meer bepaald door uiterlijke kenmerken zoals de bouw en de aanwezigheid van een bed en ander huisraad, maar ook door de daadwerkelijk daaraan gegeven bestemming (...)”

De wetgever geeft aldus geen definitie van het begrip ‘woning’. Jurisprudentie en literatuur leggen voor wat betreft de vraag of iets als een ‘woning’ moet worden beschouwd het accent op de vraag of zich daar het “privé-huiselijk leven” van de “bewoner” afspeelt. De beantwoording van deze vraag is afhankelijk van de concrete omstandigheden en aldus in die zin een in hoge mate feitelijke kwestie.

De Hoge Raad heeft op grond van concrete omstandigheden geoordeeld dat een slaapvertrek in een legeringsgebouw geen ‘woning’ is, omdat op bedoelde (legerings)kamer militairen, die de nacht niet thuis in hun woning doorbrengen, zijn gelegerd in die zin dat zij daar onder verantwoordelijkheid van het militaire gezag hun kleding en uitrusting (kunnen) opbergen en de nacht (kunnen) doorbrengen (zie HR 26 februari 1991, DD 91 218).

Tevens heeft de militaire kamer van de arrondissementsrechtbank te Arnhem in haar uitspraak van 7 november 1995 geoordeeld dat een legeringskamer op de legerplaats Seedorf geen “woning” is. Daarbij heeft zij het volgende overwogen: “Het “privé-huiselijk leven” dat beschermd wordt door het huisrecht en de daarmee verbonden bescherming tegen inbreuk van derden vooronderstelt naar het oordeel van de rechtbank zodanige concrete omstandigheden dat de “bewoner” in een zekere mate van objectiviteit kan menen de beschikbaar gestelde ruimte als woning te mogen beschouwen met alle daarbij behorende bescherming.”

Bij haar oordeel heeft de rechtbank onder meer de volgende concrete omstandigheden in aanmerking genomen en in onderlinge samenhang beschouwd:

- De ligging van het legeringsgebouw binnen de omheining van het kazerneterrein,

waardoor de aldaar gelegeerde militair zich bij het gebruik van de legeringskamer dient te houden aan de aanwijzingen en voorschriften gegeven door of namens de kazernecommandant. Deze bepaalt bijv. wie toegang tot het terrein heeft en onder welke condities. Het is aldus voor de gehuisveste militair niet mogelijk zonder beperkingen zijn privé-huiselijk leven te voeren.

- De legeringskamer wordt aan de militair door of namens de kazernecommandant toegewezen.

- De keuze voor legering binnen de kazerne houdt tevens in het akkoord gaan met de daaraan verbonden inperkingen van het privé-huiselijk leven. Dit heeft tot gevolg dat de militair niet de vrije wil heeft te bepalen of de hem beschikbaar gestelde ruimte als woning wordt beschouwd.

Mijns inziens zijn de concrete omstandigheden die de Hoge Raad en de militaire kamer te Arnhem in aanmerking hebben genomen om te oordelen dat een legeringskamer geen woning is ook van toepassing bij de beoordeling van de vraag wat de status is van een 'fab' in het uitzendgebied. Een 'fab' staat immers binnen de omheining van de 'compound' en de militairen zijn daar gelegerd in die zin dat zij daar onder verantwoordelijkheid van het militaire gezag hun kleding en uitrusting (kunnen) opbergen en de nacht (kunnen) doorbrengen. De 'fab' wordt aan de militair toegewezen en het militaire gezag geeft voorschriften en aanwijzingen ten aanzien van het gebruik van de 'fab' en toegang van derden tot het terrein van de 'compound'. Het karakter van de uitzending is echter ook bepalend voor de omstandigheid dat de militair geen vrije keuze heeft voor legering buiten de 'compound'.

Al deze concrete omstandigheden in aanmerking genomen en in onderlinge samenhang beschouwd is mijns inziens gerechtvaardigd te concluderen dat de gebruiker van de 'fab' niet in een zekere mate van objectiviteit kan menen de beschikbaar gestelde ruimte als woning te mogen beschouwen met alle daarbij behorende bescherming.

In feite heeft het Gerechtshof te Arnhem, door bij bovenvermelde uitspraak van 31 januari 2001 zich te verenigen met de visie van het OM en niet ter zake afwijkend te motiveren, impliciet aangegeven wat de status (en daarmee de daadwerkelijk daaraan gegeven bestemming) van een 'fab' is: het is een ruimte die in gebruik is bij of ten behoeve van de krijgsmacht die de militaire ambtenaar tot verblijf of gebruik dient bij de vervulling van zijn of haar taak in internationaal verband. En niet meer dan dat.

*Mr. M.P.K. Ruperti*

*(Mr. Ruperti is kapitein van de Militair Juridische Dient en tewerkgesteld als Toegevoegd Verbindingsofficier voor de Krijgsmacht, Arrondissementsparket te Arnhem)*

---

## **Hague Joint Conference on Contemporary Issues of International Law - 2003**

Op 3, 4 en 5 juli dit jaar wordt in het Kurhaus 'op' Scheveningen de bovenvermelde conferentie gehouden, onder het motto "From Government to Governance? The Growing

Impact of Non-State Actors on the International and European Legal System”.

De conferentie kent drie thema's:

a. International Organisations, Governmental and Non-Governmental: Behandeld worden de status van deze organisaties en hun rol in de internationale rechtsvorming en de effectuering daarvan.

b. Multinational business and Corporate Governance - Public and Private International Law: Aan de orde komen de rol van multinationals en de ontwikkeling van beginselen van 'good governance' en 'transnational litigation'.

c. Responding to International Terrorism: Dit gaat over de bestrijding van internationaal terrorisme op Europees niveau en over internationale strafrechtelijke jurisdictie in dat verband.

Nadere informatie kan worden verkregen bij het Conference Secretariat (mw. Marian D. Barendrecht-Deelen) gevestigd bij het T.M.C.Asser Instituut, Postbus 30461, 2500 GL Den Haag; fax:070-3420316.

---

### **The Hague Legal Portal**

In Den Haag zijn vele internationale organisaties, publiekrechtelijke en privaatrechtelijke, gevestigd: het Internationaal Gerechtshof, het Internationaal Hof van Arbitrage, het International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, om er maar een paar te noemen. De vorige Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties, Boutros Boutros-Gali, heeft Den Haag dan ook genoemd 'the Judicial Capital of the World'.

Onlangs heeft een aantal instanties (Gemeente 's-Gravenhage, Kamer van Koophandel, Ministerie van Justitie, Carnegie Stichting, Instituut 'Clingendael', Institute of Social Studies, Universiteit Leiden en T.M.C. Asser Instituut) opgericht het 'The Hague Centre for Justice, Security and Peace'.

Dit platform presenteert zich op de portal [www.thehaguelegalcapital.nl](http://www.thehaguelegalcapital.nl). Het doel daarvan is gemakkelijke toegang te verschaffen tot internationaal recht, internationale relaties en tot de informatie en expertise waarover de samenwerkende organisaties beschikken.

---

### **Asser Newsletter**

Het T.M.C. Asser Instituut voor internationaal recht te Den Haag geeft regelmatig een Newsletter uit, in beginsel viermaal per jaar. Daarin worden opgenomen algemene informatie betreffende het instituut en aankondigingen van georganiseerde activiteiten. Omgekeerd biedt de Newsletter aan derden de gelegenheid om dergelijke aankondigingen te doen. Een abonnement op de Newsletter is gratis en kan worden aangevraagd bij het Information & External Relations Office van het instituut: tel. 070-3430329; fax 070-3420359; internet [www.asser.nl](http://www.asser.nl).

### Tijdelijke bevordering

Indien aan een militair een functie is toegewezen waaraan een hogere rang is verbonden dan hij bekleedt, *moet* hij worden bevorderd. Dit is bepaald in artikel 27 lid 4 AMAR:

“Aan de militair die een functie is toegewezen waaraan een hogere rang is verbonden dan de rang die hij bekleedt, wordt op de datum van ingang van functievervulling die hogere rang toegekend.”

Tot voor kort maakte het Algemeen militair ambtenarenreglement geen uitzondering voor het geval dat aan een militair een *tijdelijke* functie was toegewezen, ook niet indien de tijdelijke functie was ingesteld met het oog op een bepaalde (naar verwachting kortduurende) vredesoperatie. In deze leemte, waarover in dit tijdschrift enkele malen is geschreven, is onlangs voorzien. Bij Besluit van 22 juli 2002, Stb. 2002, 453, is aan artikel 27 AMAR een nieuw zesde lid toegevoegd, dat luidt:

“In afwijking van het vierde lid kan, indien de militair een functie wordt toegewezen in het kader van een vredesoperatie als bedoeld in artikel 2, tweede lid, onderdeel c, de bij de functie behorende rang tijdelijk, voor de duur van de functievervulling, worden toegekend indien de militair niet voldoet aan de in artikel 22 bedoelde eisen.”

Artikel 22 AMAR bepaalt dat, om voor een functie in aanmerking te komen, de militair moet voldoen aan de gestelde eisen omtrent opbouw van kennis en ervaring voor de vervulling van de functie.

De nota van toelichting vermeldt omtrent de nieuwe bepaling:

“Het uitgangspunt bij bevordering, dat aan de militair de rang wordt toegekend die behoort bij de functie die hem is toegewezen, is neergelegd in artikel 27, vierde lid. Het vijfde lid geeft hierop een uitzondering, doch biedt blijkens de toelichting op dat artikel geen grondslag om een militair, aan wie in het kader van een vredesoperatie een functie binnen de reguliere formatie wordt toegewezen, tijdelijk te bevorderen. Om hierin te voorzien wordt in het (nieuwe) zesde lid bepaald dat, indien het in het kader van een vredesoperatie noodzakelijk is om aan een militair een functie toe te wijzen, waar hij op grond van het tot dan toe door hem gevolgde loopbaanpatroon nog niet voor in aanmerking zou komen, hem de rang behorende bij de functie tijdelijk kan worden toegekend.”

Het nieuwe zesde lid spreekt van “een vredesoperatie als bedoeld in artikel 2, tweede lid, onderdeel c”. Onderdeel c ziet op “operaties in het kader van internationale overeenkomsten of andere verplichtingen door Nederland aangegaan”.

*G.L. Coolen*

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

VASTE MEDEWERKERS:

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

WIJZE VAN UITGAVE:

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

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1-2003 € 36,75. Men abonneert zich bij Sdu Servicecentrum Uitgevers, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. tel.: 070-378 9880, fax: 070-378 9783, e-mail: [sdu@sdu.nl](mailto:sdu@sdu.nl), of bij zijn boekhandelaar. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 3,95. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar tegen de prijs van € 20,15.

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 Servicecentrum Uitgevers, postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op [www.sdu.nl](http://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 verstrekten krijgen, dienen zich voor kennisgeving het 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 op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVI

April 2003

Aflevering

4

Sdu Uitgevers

# INHOUD

## Bijdragen

Overzicht jurisprudentie Algemeen militair ambtenarenreglement (III); door Prof. mr. G.L. Coolen.....	117
---	-----

### Bestuursrechtspraak

CRvB 03.05.02	<b>Het opleggen van een drankverbod mag</b> Het aan de onderofficier opgelegde drankverbod is een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. Ook houdt het opgelegde drankverbod een beperking in van de persoonlijke levenssfeer van appellant. Deze beperking berust op een genoegzame wettelijke grondslag (als vereist in o.a. artikel 10 Grondwet). (Naschrift G.L.C.).....	125
CRvB 30.05.02	<b>Het betonnen paaltje</b> Het verzoek van een militair om vergoeding van de door hem ten gevolge van een dienstongeval geleden schade, wordt afgewezen, naar het oordeel van de Raad ten onrechte. (Naschrift G.L.C.).....	132
CRvB 18.07.02	<b>Verlof voor verenigingsactiviteiten</b> Het verzoek van een onderofficier om een dag buitengewoon verlof voor het bijwonen van een vergadering van de AFMP wordt afgewezen. Beroep ongegrond. (Naschrift G.L.C.).....	135
CRvB 05.09.02	<b>Blootgesteld aan asbest (II)</b> De beslissing om de helft van de schade toe te rekenen aan het tabaksgebruik is uitsluitend gebaseerd op epidemiologische gegevens. Onvoldoende is aannemelijk gemaakt dat dat gedeelte van de schade ook zou zijn ontstaan indien langdurige blootstelling aan asbest achterwege zou zijn gebleven. (Naschrift G.L.C.).....	138

### Internationale rechtspraak

EHRM 12.12.01	<b>Bankovic</b> De zes klagers, burgers en inwoners van Joegoslavië, beklaagden zich over het verlies van hun bloedverwanten, omgekomen bij het NAVO bombardement van 23 april 1999 op de Servische staatsradio en TV. Hun klacht richtte zich tegen de 17 landen partij bij het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), waaronder Nederland, tevens lid van de NAVO en uit dien hoofde aanspreekbaar. Zij voerden schending aan van artikel 2 EVRM (recht op leven), artikel 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting) en artikel 13 EVRM (recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel). Het Hof heeft zich geconcentreerd op artikel 1 EVRM dat de verdragspartijen opdraagt de rechten en vrijheden van het verdrag te verzekeren aan een ieder die onder hun rechtsmacht ressorteert. Het Hof verklaart de klagers niet-ontvankelijk en accentueert daarmee de nauwe band tussen "rechtsmacht" en "territoir".....	144
---------------	---	-----

### Opmerkingen en mededelingen

Symposium 100 Jaar MRT.....	159
-----------------------------	-----

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

**BIJDRAGEN****Overzicht jurisprudentie Algemeen militair ambtenarenreglement (III)**

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

*Inleiding*

Deze bijdrage bevat een aanvulling op de in januari 1998 en juli/augustus 2001 in dit tijdschrift verschenen overzichten van de jurisprudentie van de bestuursrechter, voor zover 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 woorden toegevoegd. Deze woorden zijn steeds tussen haakjes geplaatst.

Deze bijdrage volgt, wat indeling betreft, het Algemeen militair ambtenarenreglement.

*Opleiding*

## Artikel 13:

- “De Raad is van oordeel dat deze waardering naar haar aard voor het merendeel (...) een sterke overeenkomst vertoont 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 betrokken militaire ambtenaar kan worden toegewezen. Het ligt 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 Algemene wet bestuursrecht begrepen te achten.” (CRvB 8 maart 2001, MRT 2001, p. 289, m.nt. G.L.C.)

## Artikel 17a:

- “Tot de omstandigheden, die bij de afweging van belangen waartoe artikel 17a van het Algemeen militair ambtenarenreglement noopt (in aanmerking genomen dienen te worden), behoren echter ook andere factoren (dan de redenen die tot ontslagverlening hebben geleid), in welk verband met name te noemen zijn het gegeven dat de organisatie niet gedurende de tijd waarvoor dat verwacht mocht worden heeft kunnen profiteren van de niet geringe investering die in de opleiding (tot anesthesioloog) van appelland is gedaan, terwijl anderzijds appelland een maatschappelijk voordeel toevalt, in die zin dat hij nog tot in lengte van jaren de vruchten kan plukken van de (op kosten van Defensie) genoten opleiding. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden rekent gedaagde naar het oordeel van de Raad terecht ook het feit dat appelland is ontheven van de dienverplichting, omdat appelland juist daardoor in de gelegenheid is voor zichzelf een aanmerkelijk hoger inkomen te verwerven dan bij handhaving van die verplichting het geval zou zijn geweest.” (CRvB 17 augustus 2001, MRT 2002, p. 202, m.nt. G.L.C.)

*Functietoewijzing en bevordering*

## Artikel 19:

- “De rechtbank onderschrijft daarbij verweerders oordeel, tot uiting gebracht in de in

bezwaar gewijzigde motivering van het primaire besluit, dat het enkele feit van zwangerschap voldoende grondslag vormt voor de voortijdige repatriëring van een militair uit een uitzendgebied.” (ArrRb Den Haag 17 januari 2001, MRT 2001, p. 386.)

#### Artikel 23:

- “De Raad overweegt dat appellants opvatting erop neerkomt dat de gestelde functie-eisen onderscheidenlijk de toepassing daarvan, ondoelmatig en niet doeltreffende zijn. Of die opvatting juist is, is evenwel niet ter beoordeling van de rechter. Gegeven de bevoegdheden die gedaagde in deze toekomen, gaat de taak van de rechter niet verder dan te toetsen of bij het stellen of toepassen van de functie-eisen in strijd met enige regel van geschreven of ongeschreven recht is gehandeld.” (CRvB 8 maart 2001, MRT 2001, p. 294.)

- “De Raad kan niet inzien dat het beleid van gedaagde (de Staatssecretaris van Defensie) om bij functietoewijzingsprocedures toepassing te geven aan het beginsel van horizontale mobiliteit, waarbij meerwaarde wordt toegekend aan het reeds bekleeden van een rang die aan een functie is verbonden, in strijd komt met de in artikel 23 van het Algemeen militair ambtenarenreglement of in de Regeling functietoewijzing en bevordering KL 1990 genoemde criteria, of overigens in strijd komt met de grenzen van een redelijke beleidsbepaling.” (CRvB 24 januari 2002, MRT 2002, p. 296, m.nt. G.L.C.; ook TAR 2002, nr. 70.)

- “Het (functie)toewijzingsbeleid was er voorts op gericht om in het kader van de verkleining van de krijgsmacht gedwongen ontslagen zoveel mogelijk te voorkomen. Meer in het bijzonder was, in verband met een destijds bestaand overschot aan zogenoemde uitloopofficieren bij de Koninklijke Landmacht, het beleid van gedaagde erop gericht om bij de toewijzing van functies als de geambieerde, het aanmaken van nieuwe officieren zoveel mogelijk te voorkomen. Ook dit beleid acht de Raad niet in strijd met de genoemde algemeen verbindende voorschriften (het AMAR en de Regeling functietoewijzing en bevordering KL 1990) of met de grenzen van een redelijke beleidsbepaling.” (CRvB 24 januari 2002, MRT 2002, p. 296, m.nt. G.L.C.; ook TAR 2002, nr. 70.)

#### Artikel 25 lid 1:

- “Zowel uit de verwijzing naar artikel 19, eerste lid (...) in het eerste lid van artikel 25 van het Algemeen militair ambtenarenreglement, als uit de toelichting op deze bepaling blijkt dat waarneming van een functie geldt als uitzondering op de hoofdregel: functietoewijzing. Deze uitzondering, voor een maximale periode van twaalf maanden, is blijkens de toelichting bedoeld voor uitzonderlijke situaties.” (ArrRb Den Haag 11 januari 1995, MRT 1995, p. 280, m.nt. G.L.C.)

- “Hoewel uitsluitend gedaagde de bevoegdheid toekomt om een militair van de Koninklijke Landmacht met de volledige waarneming te belasten, is gedaagde onder omstandigheden bereid om achteraf van de hem (...) toekomende bevoegdheid gebruik te maken, indien gebleken is dat een militair door een functionele autoriteit feitelijk met de volledige waarneming van een functie is belast. Bij de besluitvorming of hij achteraf van zijn voormelde bevoegdheid gebruik zal maken neemt gedaagde derhalve de feitelijke situatie in beschouwing, zoals deze zich heeft voorgedaan ten gevolge van beslissingen die door een functionele autoriteit zijn genomen, hetgeen de Raad niet een onaanvaardbare beleidslijn acht.” (CRvB 18 oktober 2001, MRT 2002, p. 209, m.nt. G.L.C.)

- “De Raad ziet zich vervolgens gesteld voor de vraag of gedaagde bij het bestreden besluit, gezien appellants standpunt dat hem onder de gegeven omstandigheden na twaalf

maanden de functie van sectorhoofd had moeten worden toegewezen, op goede gronden heeft besloten om hem deze functie niet toe te wijzen. Evenals de rechtbank beantwoordt de Raad die vraag bevestigend. Daartoe neemt de Raad als uitgangspunt dat de enkele omstandigheid dat een functie langer is waargenomen dan gedurende de toegestane maximum periode van twaalf maanden nog geen aanspraak op functietoewijzing geeft. Ook in het onderhavige geval behoefde gedaagde geren aanleiding te zien om aan appellant de door hem gedurende twaalf maanden waargenomen functie toe te wijzen. Gedaagde heeft gemotiveerd aangegeven dat de functie om bedrijfsorganisatorische redenen tijdelijk niet werd toegewezen (1/4).” (CRvB 22 november 2001, MRT 2002, p. 212, m.nt. G.L.C.)

Artikel 27 lid 4:

- “Evenals de rechtbank is de Raad van oordeel dat het hier bedoelde artikelonderdeel slechts ziet op die gevallen waarbij sprake is van een functietoewijzing binnen de reguliere formatie, in die zin dat de rang die aan de te vervullen functie is verbonden moet zijn toegekend door de bevoegde Nederlandse defensieautoriteit. In het geval van appellant is aan zijn functie van liaison officer IFOR de hogere rang (van kolonel) toegekend door UNTAES, zijnde een organisatie die geen deel uitmaakt van de Nederlandse defensieorganisatie.” (CRvB 11 april 2002, MRT 2002, p. 27, m.nt. G.L.C.)

Artikel 27 lid 5:

- “De Raad verstaat dat artikelonderdeel (het vijfde lid van artikel 27) aldus dat het - met instandlating van de in het vierde lid neergelegde kernbepaling dat bevordering is gerelateerd aan het vervullen van een functie waaraan een hogere rang is verbonden - in bepaalde omstandigheden een mogelijkheid biedt om, bij handhaving van de aan de betreffende functie normaliter verbonden rang, tijdelijk aan een militair een hogere rang toe te kennen. Het artikelonderdeel biedt geen grondslag om een militair slechts tijdelijk te bevorderen tot een bij een door hem te vervullen functie behorende rang. Evenmin kan het een grondslag bieden om de rang die normaliter bij de functie behoort tijdelijk in overeenstemming te brengen met de rang van de militair die de functie zal gaan vervullen.” (CRvB 19 november 1998, MRT 1999, p. 172, m.nt. G.L.C.).

*Schorsing*

Artikel 35:

- “Met betrekking tot het schorsingsbesluit is ook de Raad van oordeel dat de ten tijde van het desbetreffende besluit beschikbare gegevens voldoende duidelijke aanwijzingen opleverden dat sprake was van onregelmatigheden in uitbetalingen en van vermoedelijke betrokkenheid van appellant daarbij, op grond waarvan nader onderzoek geboden was, waarbij met het oog op ongestoord verloop van dat onderzoek voortgezette aanwezigheid van appellant op de werkplek ongewenst was. Aldus was een voldoende grondslag voor schorsing in het belang van de dienst aanwezig.” (CRvB 20 augustus 2001, TAR 2002, nr. 18.)

- “(De Raad deelt) de zienswijze van de rechtbank dat de betrokken commandant zijn schorsingsbevoegdheid niet verloren heeft zien gaan als gevolg van het feit dat degene die commandant was ten tijde van de constatering van het wangedrag, majoor C., wellicht niet adequaat heeft opgetreden. Laatstbedoelde commandant heeft appellant niet gevrijwaard en niet kunnen vrijwaren van eventueel later te treffen maatregelen.” (CRvB 14 februari 2002, MRT 2002, p. 396, m.nt. G.L.C.)

- “De ten aanzien van appellante getroffen maatregelen, waardoor zij, hoewel beschik-

baar, gedurende een aantal dagen haar werkzaamheden niet heeft kunnen verrichten en haar werkplek niet heeft kunnen betreden, overstijgen naar het oordeel van de Raad het niveau van een regeling van de dagelijkse werkzaamheden of van een interne ordemaatregel die gedaagde in het kader van een normale bedrijfsvoering kan treffen. De Raad neemt daarbij in aanmerking dat de opschorting van appellantes diensten naar haar aard en uitwerking op één lijn is te stellen met een schorsing, terwijl de ontzegging van de toegang tot de brigade een in het verlengde van die schorsing liggende, verder gaande inbreuk betekent op appellantes positie van militair ambtenaar.” (CRvB 11 april 2002, MRT 2003, p. 51, m.nt. G.L.C.)

### *Ontslag*

#### *Algemeen*

- “Inmiddels heeft de Raad in zijn uitspraak, gepubliceerd in AB 2001, 203, overwogen dat het ambtenaarschap dat door aanstelling als zodanig is ontstaan, niet langs andere weg verloren kan gaan dan door ontslagverlening op een van de daartoe in de wet- en regelgeving vastgelegde grondslagen (...).” (CRvB 31 januari 2002, TAR 2002, nr. 89.)

#### *Artikel 39 lid 1:*

- “Het lijkt geen twijfel dat gedaagdes besluit om aan eiser ontslag (op eigen verzoek) te verlenen diens rechtspositie als ambtenaar direct raakt. Hem komt dan ook de bevoegdheid toe om door de ambtenarenrechter te laten toetsen of die ontslagverlening op goede gronden berust. Dat aan gedaagde op zijn verzoek ontslag is verleend doet hieraan niet af.” (CRvB 13 maart 1990, TAR 1990, nr. 106.)

#### *Artikel 39 lid 2 onder j:*

- “Het vorenstaande betekent dat de Raad van oordeel is dat gedaagde op goede gronden tot het standpunt is gekomen dat ten aanzien van appellant (in wiens auto een niet onaanzienlijke hoeveelheid drugs was aangetroffen) sprake was van onbekwaamheid of ongeschiktheid voor de door hem beklede functie, anders dan op grond van ziels- of lichaamgebreken. De Raad wijst er daarbij op dat gedaagde aan een functionaris als appellant, officier van de Koninklijke Luchtmacht, zeer hoge eisen mag stellen betreffende normbesef en integriteit. In casu zijn de Raad geen omstandigheden gebleken op grond waarvan in het geval van appellant in redelijkheid geen gebruik gemaakt had mogen worden van de bevoegdheid tot het verlenen van ontslag.” (CRvB 1 november 2001, MRT 2002, p. 229, m.nt. G.L.C.)

#### *Artikel 39 lid 2 onder f:*

- “Ten tijde van de ontslagverlening (wegens blijvende ongeschiktheid uit hoofde van een ziekte) was de datum waarop gedaagde met functioneel leeftijdsontslag zou gaan nog meer dan 2½ jaar verwijderd. Hierin was naar het oordeel van de Raad voor appellant (de Staatssecretaris van Defensie) geen grond gelegen om te moeten afzien van de gebruikmaking van zijn ontslagbevoegdheid.” (CRvB 23 augustus 2001, MRT 2001, p. 158, m.nt. G.L.C.)

#### *Artikel 39 lid 2 onder l:*

- “Ten aanzien van de grondslag van het aan appellant verleende strafontslag merkt de Raad in de eerste plaats op dat volgens constante jurisprudentie op dit punt het overheidsorgaan in het kader van de disciplinaire procedure zelfstandig de feiten heeft te onderzoeken.

ken die tot het treffen van een disciplinaire maatregel aan leiding geven. Daarbij kan onder omstandigheden van uit een strafrechtelijk onderzoek naar voren komende gegevens gebruik worden gemaakt, maar van een verplichting om het beschikbaar komen van zodanige gegevens af te wachten is geen sprake. Het overheidsorgaan is en blijft daarbij verantwoordelijk voor de feiten die het aan zijn besluitvorming in de disciplinaire procedure ten grondslag legt.” (CRvB 20 augustus 2001, TAR 2002, nr. 18.)

Artikel 39 lid 2 onder *m*:

- “De Raad is voorts van oordeel dat gedaagde (de Staatssecretaris van Defensie) de noodzaak van het ontslag, ondanks het feit dat de misdrijven hebben plaatsgevonden in de privé-sfeer, voldoende heeft onderbouwd. De Raad onderschrijft de opvatting van gedaagde dat appelllant met de door hem gepleegde misdrijven ervan blijk heeft gegeven niet te beschikken over de normen en waarden die de krijgsmacht (zeker) van haar kaderleden mag verlangen, met name op het punt van respect voor andermans lichamelijke integriteit en het vermogen tot beheerst en gedoseerd omgaan met geweld. Ook de Raad acht daarbij van belang dat de veroordeling betrekking heeft op twee gespreid in de tijd gepleegde misdrijven en dat het herhaling naar de mening van de ingeschakelde psycholoog onder omstandigheden zeker mogelijk is. De Raad acht voorts met gedaagde van belang dat appelllant (...) een voorbeeldfunctie heeft te vervullen en dat de veroordeling de acceptatie van appelllant als leidinggevende heeft aangetast. Dat oordeel wordt niet anders wanneer mede in aanmerking wordt genomen dat het algemeen gedrag van appelllant zowel in als buiten de dienst overigens als doorgaand goed moet worden aangemerkt.” (CRvB 25 april 2002, MRT 2003, p. 62, m.nt. G.L.C.)

Artikel 39 lid 7:

- “De Raad kan de rechtbank niet volgen in het oordeel dat het ontslagbesluit in het onderhavige geval is genomen vóór 1 december 1998, de datum waarop de proeftijd eindigde. De aankondiging door de Staatssecretaris van Defensie op 25 november 1998 dat appelllant zal worden voorgedragen voor ontslag acht de Raad hiertoe niet voldoende.” (CRvB 25 april 2002, MRT 2003, p. 53, m.nt. G.L.C.)

Artikel 47:

- “Zoals de Raad eerder heeft overwogen in zijn uitspraak, gepubliceerd in TAR 1991, nr. 235, is het, indien aan een ontslagbesluit een - niet de ingangsdatum betreffend - gebrek kleeft dat ertoe leidt dat een nieuw ontslagbesluit wordt genomen, niet ten principale ongeoorloofd om de oorspronkelijke ingangsdatum van het ontslag te handhaven, indien die handhaving althans de toetsing aan het geschreven en ongeschreven recht, waarbij met name valt te denken aan de beginselen van rechtszekerheid en zorgvuldigheid, kan doorstaan. De Raad ziet niet dat in het onderhavige geval de oorspronkelijke ontslagdatum niet gehandhaafd mocht worden.” (CRvB 8 november 2001, TAR 2003, nr. 1.)

*Verlof*

Artikel 67:

- “(De Raad overweegt) dat hij de commandant kan volgen in zijn uitgangspunt dat als geldelijke schade na een intrekking van reeds verleende toestemming om op vakantie te gaan in de zin van artikel 33, zevende lid, van het Burgerlijk ambtenarenreglement defensie slechts dient te worden aangemerkt de schade die is ontstaan doordat betrokkene in vertrouwen op die verleende toestemming voor de vakantie verplichtingen is aangegaan

en met het oog daarop daadwerkelijk kosten heeft moeten maken, zoals reserveringskosten en vooruitbetaalde reiskosten. Dat betrokkene door de intrekking van de vakantie in het onderhavige geval ook inkomsten en andere voordelen is misgelopen, valt naar het oordeel van de Raad buiten de vergoedingsplicht van genoemd artikellid. Ditzelfde geldt voor de kosten van een later te genieten vakantie.” (CRvB 14 februari 2002, MRT 2002, p. 399, m.nt. G.L.C.)

Artikel 85:

- “Blijkens plaatsing van artikel 63, tweede lid, van het Algemeen militair ambtenarenreglement in § 1, getiteld *Algemene bepalingen inzake verlof* van hoofdstuk 8, is de commandant met betrekking tot alle in dat hoofdstuk vermelde vormen van verlof op aanvraag uitdrukkelijk de bevoegdheid toegekend te beslissen het verlof niet te verlenen voor zover de belangen van de dienst dit naar zijn oordeel vorderen. Dit geldt derhalve ook voor de door appelland gedane aanvraag om buitengewoon verlof als bedoeld in artikel 85, eerste lid, onder *i*, van het Algemeen militair ambtenarenreglement gedurende de periode van 11 juni 1998 tot en met 24 juni 1998.” (CRvB 27 juni 2002, TAR 2003, nr. 9.)

*Andere voorzieningen van materiële aard*

Artikel 115:

- “In aansluiting op artikel 6:119 van het Burgerlijk Wetboek bestaat de schadevergoeding, verschuldigd wegens vertraging in de voldoening van een geldsom, in de wettelijke rente van die som over de tijd dat de schuldenaar met de voldoening daarvan in verzuim is geweest. Dit artikel normeert de omvang en de duur van de schadevergoedingsverplichting van de debiteur, waarbij de grootte van de daadwerkelijke geleden schade niet relevant is. Naar, in aansluiting bij het civiele recht, vaste rechtspraak van de Raad - verwezen kan onder meer worden naar de uitspraak van 4 juli 1996, gepubliceerd in TAR 1996, nr. 140 - staat het partijen niet vrij te bewijzen dat in werkelijkheid een andere schade is geleden dan de conform de wet forfaitair vastgestelde schade.” (CRvB 8 maart 2000, TAR 2001, nr. 57.)

- “In de op deze dienstbetrekking van toepassing zijnde voorschriften ontbreekt een bepaling waaraan appelland aanspraak kan maken op vergoeding van schade als door hem gesteld. De Raad overweegt, onder verwijzing naar artikel 125 van de Ambtenarenwet (lees: artikel 12 van de Militaire Ambtenarenwet 1931), dat de vraag welk recht op schadevergoeding voor appelland (een gewezen matroos) uit zijn dienstbetrekking voortvloeit, niet kan worden beantwoord door rechtstreekse toepassing van een regel van burgerlijk recht. Dit staat er evenwel niet aan in de weg dat appelland jegens gedaagde (de Staatssecretaris van Defensie) aanspraak kan hebben op vergoeding van door hem in de uitoefening van zijn werkzaamheden geleden schade en dat de bestuursrechter in ambtenarenzaken een besluit van een bestuursorgaan dienaangaande kan toetsen.” (CRvB 31 mei 2001, MRT 2002, p. 25, m.nt. G.L.C.)

- “Indien sprake is van een zuiver schadebesluit dat geen verband houdt met een vernietigd(e) (of als onrechtmatig erkend(e)) besluit of handeling van het bestuursorgaan, maar dat zoals in het onderhavige geval verband houdt met de door de ambtenaar in de uitoefening van zijn dienstbetrekking geleden schade hanteert de Raad (...) de norm, die hij ook tot uitdrukking gebracht ziet in het thans in artikel 7:658 BW bepaalde, als volgt: 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 aantoon



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 aantoonbaar dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar.” (CRvB 31 mei 2001, MRT 2002, p. 25, m.nt. G.L.C.). In gelijke zin: CRvB 22 november 2001, TAR 2002, nr. 38 en CRvB 27 december 2001, TAR 2002, nr. 57.

- “Met betrekking tot het verzoek om schadevergoeding heeft de rechtbank terecht overwogen dat met de vernietiging van het (ontslagbesluit) vast staat dat gedaagde tegenover appelland een onrechtmatige daad heeft gepleegd, waarbij de schuld van gedaagde in beginsel is gegeven en gedaagde uit dien hoofde gehouden is de door appelland ten gevolge van die onrechtmatige daad geleden schade te vergoeden. Dit neemt niet weg dat het aan appelland is om aannemelijk te maken dat hij schade heeft geleden die het gevolg is van het vernietigde ontslagbesluit.” (CRvB 16 augustus 2001, TAR 2001, nr. 155.)

- “De Raad acht een bestuursorgaan eveneens gehouden tot vergoeding aan de ambtenaar van de schade die een gevolg is van een aan het bestuursorgaan toe te rekenen optreden van een ander, indien - en hier zoekt de Raad aansluiting bij het in artikel 6:170 BW tot uitdrukking gebrachte beginsel inzake aansprakelijkheid voor ondergeschikten - deze schade is veroorzaakt door een als onrechtmatige gedraging aan te merken fout van een onder de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan of van een ander tot de betrokken rechtspersoon behorend bestuursorgaan werkzame persoon, indien de kans op de fout is vergroot door de taakopdracht aan die persoon en indien dat bestuursorgaan of een ander tot de bedoelde rechtspersoon behorend bestuursorgaan zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen.” (CRvB 25 oktober 2001, TAR 2002, nr. 21.)

- “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.” (CRvB 3 januari 2002, MRT 2002, p. 391, m.nt. G.L.C.; ook TAR 2002, nr. 82.)

- “De Raad verwerpt hierbij de stelling van de zijde van appelland dat het uitblijven van een reactie van gedaagde (de Staatssecretaris van Defensie) op genoemde brief (1/4), waarbij eenzijdig was medegedeeld dat appelland er zonder tegenbericht van uitging dat gedaagde geen beroep op verjaring zou doen, zou betekenen dat gedaagde heeft afgezien van een beroep op verjaring of althans het vertrouwen heeft gewekt dat geen beroep op verjaring zou worden gedaan. Voor het afzien van een beroep op verjaring is naar het oordeel van de Raad een expliciete mededeling daartoe van het bevoegde gezag noodzakelijk.” (CRvB 3 januari 2002, MRT 2002, p. 391, m.nt. G.L.C.; ook TAR 2002, nr. 82.)

- “De Raad is voorts van oordeel dat appelland (de Staatssecretaris van Financiën) in onvoldoende mate heeft aangetoond dat hij zijn verplichtingen is nagekomen de werkzaamheden van gedaagde (een vrouwelijke 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 zij schade zou lijden. Het spel (levend stratego) vond plaats op een onverlicht, oneffen duinterrein, waarbij geen lampen zijn verstrekt. Mede gezien de aard van het spel is het plaatsvinden van een ongeval als het onderhavige dan een alleszins voorzienbaar risico, ter voorkoming waarvan neer het oordeel van de Raad onvoldoende veiligheidsmaatregelen zijn genomen. (...) De Raad stelt voorts vast dat appelland niet heeft gesteld dat de schade in belangrijke

mate een gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van gedaagde.” (CRvB 21 maart 2002, TAR 2002, nr. 109.)

- “Zoals de Raad reeds eerder heeft overwogen (bijvoorbeeld in zijn uitspraak van 12 maart 1998, TAR 1998, 78) acht hij eerst sprake van een causaal verband tussen oorzaak en schade, indien er een voldoende mate van waarschijnlijkheid bestaat dat de werkzaamheden en/of werkomstandigheden van de betrokken ambtenaar de bij die ambtenaar gemanifesteerde ziekte daadwerkelijk hebben veroorzaakt.” (CRvB 28 maart 2002, MRT 2003, p. 24, m.nt. G.L.C.)

- “De Raad stelt voorop dat de hoogte van de vergoeding voor immateriële schade naar billijkheid dient te worden vastgesteld. Relevante factoren daarbij zijn de aard van de aansprakelijkheid, alsmede de aard, de duur en de intensiteit van de pijn, het verdriet en de gederfde levensvreugde die voor het slachtoffer het gevolg zijn geweest van de ziekte. Onder het bedoelde verdriet is mede begrepen het verdriet dat betrokkene ondervindt van de wetenschap dat zijn levensverwachting is verkort.” (CRvB 5 september 2002, TAR 2002, nr. 166.)

- “De Raad neemt in aanmerking dat appellante schade heeft geleden ten gevolge van een niet aan haar toe te rekenen ernstig verkeersongeval, welke schade ten haren laste zou blijven doordat gedaagde (de Staatssecretaris van Defensie) (...) niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de door (de leerling-bestuurder) gemaakte stuurfout. Naar het oordeel van de Raad is hier sprake van zodanig bijzondere omstandigheden dat gedaagde in strijd met de billijkheid zou handelen indien hij zou beslissen dat appellante geen op artikel 115 van het Algemeen militair ambtenarenreglement te baseren schadeloosstelling toekomt. Op deze grond komt de Raad tot de conclusie dat de in het bestreden besluit neergelegde weigering appellante schadevergoeding toe te kennen, geen stand kan houden.” (CRvB 19 september 2002, TAR 2003, nr. 26.)

### *Andere rechten en verplichtingen*

#### Artikel 131:

- “Tevens heeft de commissie miskend dat in de bezwaarprocedure een volledige heroverweging dient plaats te vinden. Er kan niet worden volstaan met de overweging, dat er geen reden is om te twijfelen aan de juistheid van de gegeven beoordeling. Getoetst had moeten worden of de beoordeling op goede gronden is gebaseerd. Daarbij had de commissie zich niet alleen moeten uitlaten over de vraag of de kennis en vaardigheden van eiseres correct zijn beoordeeld, maar tevens over de vraag of de negatieve beoordeling, voor zover deze ziet op het gedrag en de houding van eiseres, op goede gronden is gebaseerd. Aan dit laatste aspect heeft de commissie in haar advies geen overwegingen gewijd.” (ArrRb Den Haag 29 november 2001, TAR 2002, nr. 29.)

- “In de gedingstukken ziet de Raad bevestigd dat er tussen die beoordelaars en appellant wrijvingen waren die tot een verstoorde relatie van appellant met in ieder geval de tweede beoordelaar hebben geleid. Appellant heeft evenwel niet aannemelijk weten te maken dat en op welke punten beide beoordelaars als gevolg daarvan de vereiste objectiviteit uit het oog hebben verloren. De wijze waarop de beoordeling tot stand is gekomen en de bepaald niet louter negatieve verwoording van de beoordeling geven naar het oordeel van de Raad blijk van een evenwichtige benadering van appellants functioneren, waarbij de essentiële aspecten daarvan op zorgvuldige wijze zijn gezien.” (CRvB 1 augustus 2002, TAR 2002, nr. 163.)

- Zie ook de jurisprudentie vermeld bij artikel 13 AMAR.

**BESTUURSRECHTSPRAAK****Centrale Raad van Beroep**

3 mei 2002

98/8248 MAW

Voorzitter: Mr. J.C.F. Talman; leden: Mr. K. Zeilemaker en Mr. R.Kooper.

**Het opleggen van een drankverbod mag**

*Een onderofficier van de Koninklijke Marine werd door de commandant van het fregat, aan boord waarvan hij diende, tuchtrechtelijk gestraft: hij was tijdens de diensturen "in kennelijke staat van dronkenschap al bier drinkend" aangetroffen in het onderofficiersverblijf. Tevens legde de commandant de onderofficier met onmiddellijke ingang een drankverbod op, tot de dag van aankomst van het fregat in Nederland (naar verwachting een week later). Toen de onderofficier tegen het hem opgelegde drankverbod administratief beroep instelde, verklaarde de Staatssecretaris van Defensie het beroep nietontvankelijk: het drankverbod moest als een schriftelijk dienstbevel worden beschouwd, waarover op grond van de Militaire Ambtenarenwet 1931 (slechts) een klacht kon worden ingediend. Vervolgens zond de staatssecretaris het beroepschrift, dit aanmerkend als een schriftelijke klacht, ter behandeling door aan de Commandant der Zeemacht in Nederland, die het beklag ongegrond verklaarde. Tegen de niet-ontvankelijkverklaring van het administratief beroep stelde de onderofficier beroep in bij de rechtbank. Deze verklaarde het beroep ongegrond. De Centrale Raad van Beroep oordeelde echter anders. De Raad gaf als zijn oordeel dat de commandant van een marineschip, bij de uitoefening van die commandantsfunctie, moet worden aangemerkt als een bestuursorgaan en als zodanig twee categorieën beslissingen kan nemen: beslissingen met een zuiver intern karakter en beslissingen, gericht op extern rechtsgevolg, welke strekken tot ingrijpen in de rechtspositie van de individuele militair. Vervolgens merkte de Raad het aan de onderofficier opgelegde drankverbod aan als een op extern rechtsgevolg gerichte beslissing, dus als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Dit betekende dat de staatssecretaris het administratief beroep van de onderofficier ten onrechte nietontvankelijk had verklaard. Zie hieromtrent nader CRvB 30 oktober 1997, MRT 1998, p. 381, m.nt. G.L.C. Opnieuw op het administratief beroep beslissend, verklaarde de staatssecretaris het beroep vervolgens ongegrond. Deze beslissing werd door de rechtbank in stand gelaten. Zoals hieronder valt te lezen bevestigt de Raad de uitspraak van de rechtbank. Het geschil in hoger beroep spitst zich toe, aldus de Raad, op de vraag of het opgelegde drankverbod, dat een beperking inhoudt van de persoonlijke levenssfeer van de onderofficier, op een genoegzame wettelijke grondslag berust als vereist in artikel 10 van de Grondwet. Deze vraag beantwoordt de Raad uiteindelijk bevestigend. Ook overigens ziet de Raad in hetgeen de onderofficier heeft aangevoerd geen grond voor het oordeel dat de staatssecretaris niet in redelijkheid tot handhaving van het opgelegde drankverbod heeft kunnen besluiten.*

**UITSpraak**

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

**I. Ontstaan en loop van het geding**

Namens appelllant is op bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep

ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 4 november 1998, nr. AWB 98/2434 MAWKMA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 8 februari 2002, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. B. Damen, advocaat te Amersfoort, en waar gedaagde zich heeft doen vertegenwoordigen door mr. H.P. van der Lelie, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

## II. Motivering

1. Voor een meer uitgebreide weergave van de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden verwijst de Raad naar de aangevallen uitspraak. De Raad volstaat met vermelding van de volgende, als vaststaand aangenomen, gegevens.

1.1. Appellant, destijds als sergeant der Koninklijke Marine geplaatst aan boord van [schip], is tuchtrechtelijk gestraft op de grond dat hij op 3 december 1994 (een werkdag) omstreeks 8.30 uur "in kennelijke staat van dronkenschap, al bierdrinkend" is aangetroffen in het onderofficiersverblijf van dit schip, afgemeerd te [plaatsnaam]. Bij besluit van 9 december 1994 heeft de commandant van het schip hem voor de periode tot en met 15 december 1994 - de vermoedelijke duur van de terugvaart naar Nederland - een verbod tot het gebruik van alcoholhoudende drank opgelegd. Dit verbod, evenals het verbod om aan appellant alcoholhoudende drank te verkopen of anderszins ter beschikking te stellen, is bekend gemaakt door ophanging van een daartoe strekkende "Bekendmaking commandant" bij de bar onderofficieren.

1.2. Tegen het tot hem gerichte drankverbod is namens appellant administratief beroep ingesteld bij gedaagde. Gedaagde heeft dit beroep niet-ontvankelijk verklaard op de grond dat de commandant het drankverbod heeft opgelegd als bevelvoerend officier, niet in de hoedanigheid van bestuursorgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), en dat het drankverbod is op te vatten als een (schriftelijk) dienstbevel waartegen geen administratief beroep open staat. Het hiertegen door appellant ingestelde beroep is door de rechtbank ongegrond verklaard.

1.3. Bij uitspraak van 30 oktober 1997, nr. 96/7635 MAW (TAR 1998, 5 en JB 1998/57), heeft de Raad die uitspraak van de rechtbank en het besluit van gedaagde vernietigd, onder bepaling dat gedaagde een nieuw besluit zal nemen op het door appellant ingestelde administratief beroep. De Raad heeft daartoe onder meer overwogen dat de commandant van een marinevaartuig bij de uitoefening van die commandantsfunctie moet worden aangemerkt als een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld - derhalve als een bestuursorgaan - en dat aan het uitoefenen van die functie inherent is de aan de commandant in diverse regelingen gegeven bevoegdheid tot het nemen van beslissingen ten aanzien van het op het vaartuig werkzame marinepersoneel. Deze beslissingen zijn hetzij aan te merken als beslissingen met een zuiver intern karakter, hetzij als beslissingen gericht op extern rechtsgevolg welke strekken tot ingrijpen in de rechtspositie van de individuele ambtenaar. Van zodanig ingrijpen zal zeker sprake zijn indien een besluit van het bestuursorgaan ten aanzien van een ambtenaar (mede) tot gevolg heeft dat die ambtenaar wordt beperkt in de uitoefening van zijn grondrechten. De Raad heeft aan deze overwegingen de conclusie verbonden dat de aan appellant opgelegde algemene beperking van alcoholgebruik gedurende een bepaalde periode, nu deze direct ingrijpt in de rechtspositie van appellant, moet worden aangemerkt als een publiekrechtelijke rechtshandeling in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb.

1.4. Bij het thans bestreden besluit van 24 februari 1998 heeft gedaagde, opnieuw

beslissende, het administratief beroep ongegrond verklaard. De aangevallen uitspraak strekt tot ongegrondverklaring van het daartegen gerichte beroep.

2. Appellant heeft aangevoerd dat gedaagde hem had moeten horen alvorens opnieuw op het administratief beroep te beslissen. De Raad deelt deze zienswijze niet. Bij het voorzien in de zaak na vernietiging van een eerder genomen besluit is het horen, zoals de gemachtigde van appellant ook ter zitting heeft erkend, niet wettelijk voorgeschreven. Ook anderszins bestond daartoe geen aanleiding. Daarbij neemt de Raad in aanmerking dat appellant blijkens een brief van zijn toenmalige raadsman van 20 april 1995 uitdrukkelijk afstand heeft gedaan van het recht om op het administratief beroep te worden gehoord, daartoe stellende dat ter discussie staat de principiële vraag of de commandant van een marinevaartuig, gelet op het legaliteitsbeginsel, de bevoegdheid heeft om een militair een drankverbod op te leggen en dat een hoorzitting niet nader tot verduidelijking zou bijdragen. Niet is in te zien dat deze verklaring haar betekenis had verloren als gevolg van de sedertdien gevoerde procedures, waarin de ontvankelijkheid van het beroep centraal stond. Indien appellant alsnog had willen worden gehoord, had het op zijn weg gelegen dit onverwijld en met opgave van redenen aan gedaagde kenbaar te maken.

3. Voor zover uit de stellingen van appellant moet worden afgeleid dat hij inmiddels - anders dan voorheen - bestrijdt dat sprake is geweest van bovenmatig gebruik van alcoholische drank, volstaat de Raad met te verwijzen naar de uitspraak van de militaire kamer van de rechtbank Arnhem van 14 februari 1995, waarin het onder 1.1 omschreven feit bewezen is geacht en de daarvoor opgelegde tuchtrechtelijke straf is bevestigd. De Raad ziet in hetgeen appellant heeft aangevoerd geen aanleiding daarover anders te oordelen.

4. De kern van het hoger beroep van appellant is gelegen in zijn stelling dat met de oplegging van het drankverbod op ontoelaatbare wijze inbreuk is gemaakt op zijn persoonlijke levenssfeer. Daarbij heeft appellant met name gewezen op artikel 10 van de Grondwet, op artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en op artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

4.1. Zoals reeds tot uitdrukking is gebracht in de uitspraak van 30 oktober 1997 gaat de Raad er, anders dan gedaagde, van uit dat het opgelegde drankverbod de persoonlijke levenssfeer van appellant als bedoeld in genoemde bepalingen beperkt. Daarbij is in aanmerking genomen dat het hier gaat om een algeheel verbod van het gebruik van alcoholhoudende drank aan boord van een varende schip gedurende een reeks van dagen. Niet slechts overmatig gebruik, maar ieder gebruik van alcohol is appellant ontzegd, ook buiten de reguliere werktijd.

4.2. Het geschil spitst zich dan toe op de vraag of die beperking berust op een genoegzame wettelijke grondslag als vereist in genoemde bepalingen. Wat betreft artikel 10 van de Grondwet dient aldus in de eerste plaats te worden bezien of de beperking is terug te voeren op een wet in formele zin.

4.2.1. Het alcoholverbod is gebaseerd op punt 5493 van het Voorschrift betreffende de scheepsorganisatie (1VVKM2), vastgesteld door de Bevelhebber der zeestrijdkrachten. Hierin was ten tijde hier van belang bepaald dat de commandant bij gebleken misbruik van alcoholhoudende dranken aan de betrokkene(n) een (tijdelijk) algeheel verbod tot het gebruik van alcoholhoudende dranken bij een eenheid kan opleggen. Deze bepaling strekt tot het handhaven van de algemene scheepsveiligheid, de operationele paraatheid van de bemanning en de ordelijke gang van zaken aan boord. Het voorschrift 1VVKM2 is vastgesteld ter uitvoering van punt 1201 in samenhang met punt 2331 van het Voorschrift opdracht en organisatie zeestrijdkrachten (1VVKM1), vastgesteld door de Minister van

Defensie. De bevoegdheid tot het vaststellen van het voorschrift 1VVKM1 ontleent de Minister aan de ingevolge artikel 44, eerste lid, van de Grondwet aan hem toekomende bevoegdheid tot het geven van voorschriften betreffende de interne organisatie en de werkwijze van de ambtelijke dienst.

4.2.2. Voorts is van belang het op artikel 12, aanhef en onder o (thans q), van de Militaire Ambtenarenwet 1931 berustende, en ook door de rechtbank genoemde, artikel 137 van het Algemeen militair ambtenarenreglement. In laatstgenoemd artikel is bepaald dat de militair in werkelijke dienst verplicht is de hem opgedragen werkzaamheden en/of diensten naar beste vermogen te vervullen en de uit dien hoofde voor hem geldende voorschriften en orders te kennen. De Raad is van oordeel dat daarmee ook in rechtspositioneel opzicht een voldoende basis is gegeven voor de verplichting van appelland om zich te houden aan hetgeen krachtens het voorschrift 1VVKM2 is bepaald. De vraag naar het bestaan van een genoegzame wettelijke grondslag voor het opgelegde drankverbod beantwoordt de Raad dan ook bevestigend.

4.3. Nu appelland op 3 december 1994 onder werktijd "in kennelijke staat van dronkenschap, al bierdrinkend" is aangetroffen, hetgeen misbruik van alcoholhoudende drank betekent, was de commandant op grond van het bepaalde in punt 5493 bevoegd een drankverbod tegen appelland uit te vaardigen.

4.4. Bij de beoordeling van de wijze waarop de commandant van deze bevoegdheid gebruik heeft gemaakt, komt een bijzonder gewicht toe aan de omstandigheid dat hierbij de persoonlijke levenssfeer van appelland in het geding was. Daar staat tegenover dat in dit geval sprake was van een volstrekt ontoelaatbare wijze van functievervulling door appelland en dat het drankverbod strekte tot het handhaven van en het afweren van een concreet gebleken gevaar voor de algemene scheepsveiligheid en de operationele paraatheid van de bemanning. De Raad wijst er in dit verband op dat appelland belast was met het beheer van het wapenmagazijn aan boord, dat hij ook buiten de reguliere werkuren voor dit wapenmagazijn verantwoordelijk was en zonodig direct paraat moest zijn. Verder heeft de Raad in aanmerking genomen dat het alcoholverbod slechts gedurende een beperkte periode, te weten voor de duur van de terugreis naar Nederland, is opgelegd. Onder deze omstandigheden stond naar het oordeel van de Raad het belang van appelland bij eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer niet aan de toepassing van het bepaalde in punt 5493 in de weg.

4.5. Ook overigens ziet de Raad in hetgeen appelland heeft aangevoerd geen grond voor het oordeel dat gedaagde niet in redelijkheid tot handhaving van het opgelegde drankverbod heeft kunnen besluiten.

4.6. Uit het vorenoverwogene volgt dat evenmin sprake is van strijd met de onder 4 genoemde verdragsbepalingen, nu het drankverbod voldoet aan de voorwaarden waaronder op in die bepalingen gewaarborgde rechten een inbreuk kan worden gemaakt.

5. Het hoger beroep treft geen doel. De aangevallen uitspraak komt voor bevestiging in aanmerking.

6. Voor een proceskostenveroordeling met toepassing van artikel 8:75 van de Awb bestaat geen aanleiding.

7. De Raad beslist derhalve als volgt.

### III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

## NASCHRIFT

1. In de onderhavige uitspraak stelt de Centrale Raad van Beroep dat een commandant van een marineschip als zodanig twee categorieën beslissingen kan nemen: (1) beslissingen met een zuiver intern karakter en (2) beslissingen gericht extern rechtsgevolg. “Bij de eerste categorie kan worden gedacht aan bepaalde interne, min of meer algemene, orde-maatregelen, terwijl de tweede categorie ziet op beslissingen gericht op extern rechtsgevolg, welke strekken tot ingrijpen in de rechtspositie van de individuele ambtenaar en waarbij, in tegenstelling tot de eerste categorie, sprake is van een (voor bezwaar of beroep vatbaar) besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht”, aldus de Raad in een eerdere uitspraak in dezelfde zaak (CRvB 30 oktober 1997, MRT 1998, p. 381, m.nt. G.L.C.). Als voorbeelden van interne ordemaatregelen noemt de memorie van toelichting bij artikel 1:3 Awb: de bepaling van de prioriteit van de te behandelen zaken, aanwijzingen over op te stellen stukken en dergelijke. Niet als een interne orde-maatregel, maar als een op extern rechtsgevolg gericht besluit merkt de Raad in de onderhavige zaak aan: het aan een militair opleggen van een drankverbod. Eerder werden als op extern rechtsgevolg gerichte besluiten aangemerkt: het huiswaarts zenden van een militair (Rb Den Haag 16 november 1999, MRT 2000, p. 377, m.nt. G.F.W) en het een militair ontzeggen van de toegang tot de werkplek (CRvB 11 april 2002, MRT 2003, p. 51, m.nt. G.L.C.).

2. Naar het oordeel van de Raad hield het in de onderhavige zaak opgelegde drankverbod een beperking in van de persoonlijke levenssfeer van de onderofficier. “Daarbij is in aanmerking genomen dat het hier gaat om een algeheel verbod van het gebruik van alcoholhoudende drank aan boord van een varend schip gedurende een reeks van dagen”, aldus de Raad. Ik deel dit standpunt van de Raad niet. Het drankverbod gold slechts zolang de onderofficier aan boord van het fregat verbleef (en tot aankomst van het fregat in Den Helder). Dit betekent dat het verbod moet worden gezien tegen de achtergrond van de vele beperkingen die inherent zijn aan leven aan boord van een varend marineschip. Aldus beschouwd kan het verbod m.i. niet worden gezien als een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Evenmin als vroeger het licht en het verzwaard arrest konden worden gezien als een vrijheidsberoving in de zin van artikel 5 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Zie hieromtrent de uitspraak van het Europese Hof van 8 juni 1976, MRT 1976, p. 385. In deze uitspraak overweegt het Hof onder meer (rechtsoverweging 59): “In order to determine whether someone has been “deprived of his liberty” within the meaning of Article 5, the starting point must be his concrete situation. Military service, as encountered in the Contracting States, does not on its own in any way constitute a deprivation of liberty under the Convention, since it is expressly sanctioned in Article 4 § 3 (b). In addition, rather wide limitations upon the freedom of movement of the members of the armed forces are entailed by reason of the specific demands of military service so that the normal restrictions accompanying it do not come within the ambit of Article 5 either. Each State is competent to organise its own system of military discipline and enjoys in the matter a certain margin of appreciation. The bounds that Article 5 requires the State not to exceed are not identical for servicemen and civilians. A disciplinary penalty or measure which on analysis would unquestionably be deemed a deprivation of liberty were it to be applied to a civilian, may not possess this characteristic when imposed upon a serviceman. Nevertheless, such penalty or measure does not escape the terms of Article 5 when it takes the form of restrictions that clearly deviate from the normal conditions of life within the armed forces of the Contracting States. In order to establish whether this is so, account should be taken of a whole range of factors such as the nature, duration effects

*and manner of execution of the penalty or measure in question.”*

3. *Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer vindt regeling in artikel 10 van de Grondwet. Het eerste lid van dit artikel luidt: “Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. De vraag die, gelet op het standpunt van de Raad, beantwoording behoeft is dus of het onderhavige drankverbod bij of krachtens de wet is opgelegd. Anders geformuleerd: berustte het aan de onderofficier opgelegde drankverbod uiteindelijk op een wet (in formele zin)? De Raad beantwoordt deze vraag bevestigend: de in het Voorschrift betreffende de scheepsorganisatie (1VVKM2) neergelegde bepaling dat een commandant bij gebleken misbruik van alcoholhoudende drank een drankverbod kan opleggen, steunt op het Voorschrift opdracht en organisatie zeestrijdkrachten (1VVKM1), vastgesteld door de Minister van Defensie, die de bevoegdheid tot het vaststellen van voorschriften als bedoeld ontleent aan artikel 44, eerste lid, van de Grondwet. Deze bepaling luidt: “Bij koninklijk besluit worden ministeries ingesteld. Zij staan onder leiding van een minister.”*

*Ook noemt de Raad artikel 137 van het (op de Militair Ambtenarenwet 1931 steunende) Algemeen militair ambtenarenreglement. Dit artikel luidt: “De militair in werkelijke dienst is verplicht de hem opgedragen werkzaamheden en/of diensten naar beste vermogen te vervullen, en de uit de dien hoofde voor hem geldende voorschriften en orders te kennen.” Met deze bepaling is, aldus de Raad, “ook in rechtspositioneel opzicht een voldoende basis gegeven voor de verplichting van appellant om zich te houden aan hetgeen krachtens het voorschrift 1VVKM2 is bepaald”.*

4. *Het in de onderhavige zaak door de commandant aan de onderofficier opgelegde drankverbod kan niet alleen worden aangemerkt als een besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb, maar onmiskenbaar ook als een (schriftelijk) dienstbevel. Een dienstbevel is een bevel dat enig militair dienstbelang betreft en is gegeven door een meerdere aan een mindere. De bevoegdheid dienstbevelen te geven ontleent de meerdere aan artikel 125 van het Wetboek van Militair Strafrecht en artikel 15 van de Wet militair tuchtrecht. Dit is ook de opvatting van de Hoge Raad. Zie hieromtrent HR 28 oktober 1980, MRT 1981, p. 180, m.nt. W.H.V. In de zaak die aan die uitspraak ten grondslag lag, ging het om een bevel (door een vaandrig gegeven aan een soldaat) om een in de legeringskamer opgehangen pamflet te verwijderen. In het pamflet werd opgeroepen het ochtendappèl het ochtendappèl te laten en gewoon in bed te blijven liggen. Met betrekking tot de stelling van de soldaat dat het bevel was gegeven in strijd met aanwijzing nr. 2 van de toen geldende ministeriële Aanwijzingen inzake het uitoefenen van grondrechten door militairen overwoog de Hoge Raad: “Het middel miskent dat aan meerderen de hun ingevolge de wet - in het bijzonder ingevolge artikel 114 (lees thans: 125) van het Wetboek van Militair Strafrecht en het Reglement betreffende de Krijgstucht in verband met de Wet op de Krijgstucht (lees thans: de Wet militair tuchtrecht) - toekomstige algemene bevoegdheid tot het geven van dienstbevelen niet kan worden ontnomen door aanwijzingen van de Minister van Defensie.” Ook toen was, evenals in de onderhavige zaak, sprake van een botsing tussen dienstbevel en grondrecht. Aanwijzing nr. 2 luidde destijds: “Indien het verspreiden van geschriften door een militair, gezien de inhoud daarvan, weliswaar niet strijdig is met enig strafwet, -maar wel onbestaanbaar met de militaire tucht of orde, dient de verspreiding niet door middel van een dienstbevel te worden tegengegaan. Voorkomen moet namelijk worden dat de weigering dit op te volgen de betrokkene bloot stelt aan een strafrechtelijke vervolging. Dit laat onverlet dat in een dergelijk geval het verspreiden en het daartoe gelegenheid bieden aan toetsing door de tuchtrechter onderworpen blijft.”*

5. *Vermeldenswaard in dit verband is eveneens HMG 12 april 1989, MRT 1989, p. 237,*



*m.nt. C. Die zaak betrof een bevel van een opperwachtmeester aan een soldaat om naar de kazerne terug te keren en daar de gehele verdere avond en nacht te blijven. De soldaat gehoorzaamde niet aan het bevel en werd voor dit feit vervolgd. De krijgsraad sprak de soldaat vrij: het bevel van de opperwachtmeester was "geen dienstbevel in de zin der wet". Het Hoog Militair Gerechtshof oordeelde echter anders. "Het bevel van opperwachtmeester J. aan beklaagde om de verdere avond en nacht in de kazerne te blijven, was - blijkens de uitvoerige toelichting - onmiskenbaar gericht op de handhaving van de krijgstuicht", aldus het hof. "Op grond van beklaagdes overvloedig gebruik van alcoholhoudende drank en het onkrijgstuchtelijk gedrag waaraan de groep, waartoe beklaagde behoorde, zich even te voren had schuldig gemaakt, kon genoemde meerdere redelijkerwijs van oordeel zijn dat het alleen maar terugbrengen van de groep militairen, waaronder beklaagde, naar de kazerne op zich geen voldoende waarborg zou zijn om verder onkrijgstuchtelijk gedrag te voorkomen." Dit betekende dat het bevel van de opperwachtmeester "een dienstbevel (was) dat beklaagde verplicht was op te volgen".*

6. Beschouwt men het in de onderhavige zaak opgelegde drankverbod niet alleen als een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb, maar ook als een dienstbevel, dan rijst de vraag ter uitvoering van welk wettelijk voorschrift het dienstbevel, gelet op de inhoud van het bevel, werd gegeven. Mijns inziens komt slechts artikel 27 van de Wet militair tucht-recht in aanmerking. Dit artikel luidt: "In strijd met de militaire tucht gedraagt zich de militair die, wetende dat een mindere inbreuk maakt of heeft gemaakt op een gedragsregel van deze wet, nalaat maatregelen te nemen." De memorie van toelichting vermeldt met betrekking tot deze bepaling: "De ratio van de bepaling is de principiële verantwoordelijkheid van de meerdere voor de handhaving van de interne orde van het onderdeel." Ook wordt in de memorie van toelichting opgemerkt dat de bepaling in de plaats is gekomen van (toevallig ook) artikel 27 van het Reglement betreffende de Krijgstucht. Het eerste lid van dat artikel luidde: "De handhaving van de krijgstuicht is opgedragen aan ieder, die bij de krijgsmacht met enig gezag is bekleed, en in het bijzonder aan de commanderende officieren, daarin bijgestaan door de onder hun bevel dienende officieren en onderofficieren, terwijl iedere militair verplicht is tot de instandhouding van een goede krijgstuicht mede te werken." De handhaving van de interne orde (of krijgstuicht, zoals het vroeger heette) is dus opgedragen aan elke meerdere en in het bijzonder aan commandanten. Eén van de middelen die commandanten ter beschikking staan is de tuchtstraf. Een ander middel (dat elke meerdere ter beschikking staat) is het dienstbevel. Zo kan het dienstbevel worden gegeven om een met de krijgstuicht strijdig pamflet te verwijderen; of het dienstbevel om terug te keren naar de kazerne en daar de verdere avond en nacht te blijven; of het dienstbevel om zich voor de rest van de reis van het gebruik van sterke drank te onthouden.

7. Zoals te lezen valt in art. 1:6 onder d Awb is op besluiten en handelingen ter uitvoering van de Wet militair tucht-recht de Algemene wet bestuursrecht niet van toepassing. De memorie van toelichting vermeldt hieromtrent: "De Algemene wet bestuursrecht zal eveneens niet van toepassing zijn op besluiten en handelingen ter uitvoering van de Wet militair tucht-recht. Het militaire tucht-recht neemt in het geheel van de tucht-rechtelijke regelingen een bijzondere positie in. De tucht-rechtelijke procedure (zeker de waarborgen waarmee deze is omkleed) en de op te leggen tuchtmaatregelen zijn zozeer gelieerd aan en geënt op het (militaire) strafrecht, dat het gewenst is het militaire tucht-recht voor de toepassing van deze wet op één lijn te stellen met het (militaire) strafrecht." Beschouwt men het opleggen van een drankverbod in een geval als het onderhavige als een besluit ter uitvoering van artikel 27 van de Wet militair tucht-recht, dan is op dit besluit de Algemene wet bestuursrecht dus niet van toepassing. Dit betekent dat tegen het besluit geen beroep open-

*staat op de bestuursrechter. Wel kan de militair die door het besluit wordt getroffen, omdat het (ook) als een dienstbevel kan worden aangemerkt, een klacht indienen, bij de tot straffen bevoegde commandant van degene die het dienstbevel heeft gegeven. Zie hieromtrent artikel 9 van de Militaire Ambtenarenwet 1931. Overigens bepaalt het tweede lid van artikel 9 dat "geen klacht worden ingediend over besluiten en handelingen ter uitvoering van de Wet militair tuchtrecht". Deze bepaling kan, gelet op de inhoud van het eerste lid, niet zien op besluiten en handelingen die als een dienstbevel kunnen worden aangemerkt.*

G.L.C.

---

### Centrale Raad van Beroep

30 mei 2002  
99/6015 MAW

*Voorzitter:* Mr. J.C.F. Talman; *leden:* Mr. T. Hoogenboom en Mr. A. Beuker-Tilstra

#### **Het betonnen paaltje**

*Een militair, ingedeeld bij 4 Compagnie Nationale Reserve, overkwam tijdens een veldoefening een ongeval: hij kwam bij het in dekking gaan met zijn linkerknie op een min of meer onder het zand verstopt betonnen paaltje terecht. Hierbij liep hij letsel op. Toen hij de Staatssecretaris van Defensie verzocht de aansprakelijkheid voor het ongeval te erkennen en hem de geleden schade vergoeden, wees de staatssecretaris dit verzoek. De militair stelde tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) afwijzing beroep in. De rechtbank verklaarde het beroep gegrond, welke uitspraak door de Centrale Raad van Beroep werd bevestigd. De Raad overwoog dat van de staatssecretaris mag worden verlangd dat permanent gebruikte oefenterreinen als het onderhavige regelmatig met het oog op de veiligheid worden geïnspecteerd, zodat obstakels die geen functie meer hebben (zoals in casu het betonnen paaltje) tijdig kunnen worden verwijderd. In het onderhavige geval was de inspectie onvoldoende nauwkeurig uitgevoerd. Dit betekende, aldus de Raad, dat de staatssecretaris niet (geheel) aan de op hem rustende verplichtingen had voldaan.*

(Dienstongeval en schadevergoeding)

#### UITSpraak

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

#### *I. Ontstaan en loop van het geding*

Namens appellant is op de daartoe bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 12 november 1999, nr. AWB 98/7497 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 18 april 2002, waar appellant zich heeft doen vertegenwoordigen door mr. R.A. van Deelee, werkzaam bij het Ministerie van Defensie. Gedaagde is in persoon is verschenen.

## *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. Gedaagde, ten tijde hier van belang ingedeeld bij 4 Compagnie Nationale Reserve, is tijdens de veldoefening “huiszuiveren” op 15 april 1994 een ongeval overkomen. Bij het op commando op een tevoren aangewezen plaats in dekking gaan is hij met zijn linker knie terecht gekomen op een betonnen paaltje dat min of meer onder het zand verborgen was. Gedaagde heeft daarbij zijn linker knie geblesseerd. Bij besluit van 29 juni 1994 is dat ongeval aangemerkt als dienstongeval.

1.2. Bij brief van 6 april 1995 heeft gedaagde appellant meegedeeld dat hij door het opgelopen knieletsel schade heeft geleden en dat hij appellant daarvoor aansprakelijk houdt. Deze brief heeft geleid tot een uitvoerige correspondentie tussen gedaagde en de afdeling Claims van de Directie Juridische Zaken van het Ministerie van Defensie; gedaagde heeft daarbij desgevraagd nadere gegevens aan appellant verstrekt. Nadat appellant tot tweemaal toe een schikkingsvoorstel had gedaan, welke beide door gedaagde zijn afgewezen, heeft appellant uiteindelijk bij besluit van 29 juni 1998 aan gedaagde medegedeeld dat hij geen aansprakelijkheid erkent van het door gedaagde overkomen ongeval en dat er derhalve geen aanleiding is de door gedaagde gestelde schade voor vergoeding in aanmerking te brengen. Bij het bestreden besluit van 3 september 1998 heeft appellant na gemaakt bezwaar zijn eerdere beslissing gehandhaafd.

2. De rechtbank heeft het namens gedaagde tegen het bestreden besluit ingestelde beroep gegrond verklaard, dat besluit vernietigd en bepaald dat appellant een nieuw besluit dient te nemen met inachtneming van hetgeen zij in haar uitspraak heeft overwogen, onder toewijzing aan gedaagde van griffierecht en proceskosten. De rechtbank is op grond van de inhoud van een drietal brieven van appellant aan gedaagde tot de conclusie gekomen dat appellant bij gedaagde het vertrouwen had gewekt dat hij in verband met het hem overkomen ongeval aanspraak had op schadevergoeding. Daarnaast heeft de rechtbank overwogen dat het bij gedaagde ontstane knieletsel een gevolg is geweest van onrechtmatig handelen van de zijde van appellant.

3. Appellant heeft zich met die uitspraak niet kunnen verenigen. Naar aanleiding van hetgeen in hoger beroep naar voren is gebracht, overweegt de Raad als volgt.

3.1. Het in geding zijnde besluit van 3 september 1998 betreft de handhaving van een zogenoemd zelfstandig schadebesluit dat betrekking heeft op schade die gedaagde stelt te hebben geleden en nog te zullen lijden als gevolg van het hem in ambtelijke dienstbetrekking op 15 april 1994 overkomen ongeval.

3.2. Indien sprake is van een zuiver schadebesluit dat verband houdt met de door de (gewezen) militaire ambtenaar in de uitoefening van zijn dienstbetrekking geleden schade hanteert de Raad - in lijn met hetgeen is overwogen in ‘s Raads uitspraak van 22 juni 2000, TAR 2000, 112 - de norm, die hij ook tot uitdrukking gebracht ziet in het thans in artikel 7:658 van het Burgerlijk Wetboek bepaalde, als volgt: voorzover zulks niet reeds voortvloeit uit op de militaire ambtenaar van toepassing zijnde rechtspositionele voorschriften heeft de militaire 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 militaire 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 militaire 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 militaire ambtenaar.

3.3. De Raad merkt hierbij op dat vorenstaande norm een schuldaansprakelijkheid van het bestuursorgaan betreft en niet - zoals de gemachtigde van appelland kennelijk meent - een risicoaansprakelijkheid, aangezien het bestuursorgaan niet aansprakelijk is indien vaststaat dat hij aan in die norm bedoelde verplichtingen heeft voldaan.

3.4. Appelland stelt dat hij aan zijn zorgverplichtingen heeft voldaan. In de eerste plaats was de huiszuiveringsactie tevoren elders "droog" geoefend. Voorts was het terrein rondom het te zuiveren huis kort tevoren door de manschappen geïnspecteerd op ongerechtigheden. Verder acht appelland van belang dat betrokkenen waren gewaarschuwd om bij het dekking zoeken voorzichtig te zijn.

3.5. De Raad overweegt dienaangaande dat van appelland verlangd mag worden dat permanent gebruikte militaire oefenterreinen als het onderhavige regelmatig met het oog op de veiligheid worden geïnspecteerd, zodat obstakels die geen functie (meer) hebben, zoals het bewuste betonnen paaltje, tijdig uit het oefenterrein kunnen worden verwijderd. Met betrekking tot de van tevoren aangewezen plaatsen waar dekking moet worden gezocht geldt, naar het oordeel van de Raad, in het bijzonder dat een grondige controle op ongerechtigheden moet plaatsvinden. In dit verband is van belang dat appelland ter zitting heeft toegegeven dat het bewuste betonnen paaltje bij een grondige inspectie van het terrein had moeten worden opgemerkt en had moeten worden verwijderd. De Raad gaat er dan ook van uit dat de in dit geval uitgevoerde inspectie onvoldoende nauwkeurig is uitgevoerd, zodat geoordeeld moet worden dat appelland niet aan zijn hiervoor onder 3.2. omschreven verplichtingen heeft voldaan en derhalve gehouden is de uit het ongeval voortvloeiende schade te vergoeden.

4. Uit het vorenstaande volgt dat de rechtbank het bestreden besluit terecht heeft vernietigd, zodat de aangevallen uitspraak moet worden bevestigd.

5. De Raad acht ten slotte termen aanwezig om appelland met toepassing van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht te veroordelen in de proceskosten van gedaagde in hoger beroep ten bedrage van € 322,-, wegens verleende rechtsbijstand.

### III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak;

Veroordeelt appelland in de proceskosten van gedaagde in hoger beroep tot een bedrag van € 322,-, te betalen door de Staat der Nederlanden

Bepaalt dat van de Staat der Nederlanden een griffierecht van € 327,- wordt geheven.

### NASCHRIFT

*1. In de onderhavige zaak gaat het om een zogeheten zuiver (of zelfstandig) schadebesluit dat betrekking heeft op schade, geleden ten gevolge van een dienstongeval. Dit betekent volgens vaste jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep dat de volgende norm dient te worden gehanteerd: "Voorzover zulks niet reeds voortvloeit uit de op de ambtenaar van toepassing zijnde rechtspositionele voorschriften, heeft de ambtenaar recht op vergoeding van de schade die hij lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, tenzij het betrokken bestuursorgaan aantoont dat het zijn verplichtingen is nagekomen de werkzaamheden van de ambtenaar op zodanige wijze in te richten, alsmede voor het verrichten van die werkzaamheden zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrek-*

*ken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, of aantoon dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar.” Deze norm betreft een schuld-aansprakelijkheid, niet een risicoaansprakelijkheid. Het bestuursorgaan is immers niet aansprakelijk, indien vaststaat dat het zich geheel aan de in de norm bedoelde verplichtingen heeft gehouden.*

*2. In de onderhavige zaak had de staatssecretaris niet (geheel) aan de op hem rustende verplichtingen voldaan. Dit betekende dat hij de uit het ongeval voortgekomen schade diende te vergoeden. Zie voor een geval waarin, ook naar het oordeel van de Raad, vaststond dat het bestuursorgaan wel geheel aan zijn verplichtingen had voldaan (en dus de geleden schade niet behoefde te vergoeden): CRvB 18 april 2002, MRT 2003, p. 90, m.nt. G.L.C. (De sprong van de hindernisbaan).*

G.L.C.

---

### Centrale Raad van Beroep

18 juli 2002

00/2489 MAW

*Voorzitter:* Mr. M.M. van der Kade; *leden:* Mr. T. Hoogenboom en Mr. K. Zeilemaker.

#### **Verlof voor verenigingsactiviteiten**

*Een onderofficier van de Koninklijke Luchtmacht verzocht de Commandant Korps Luchtmachtstaf hem een dag buitengewoon verlof te verlenen voor het bijwonen een vergadering van de Algemene Federatie Militair Personeel (AFMP). Toen dit verzoek werd afgewezen stelde de onderofficier tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) afwijzing beroep in. De rechtbank verklaarde het beroep ongegrond, welke uitspraak, zoals hieronder valt te lezen, door de Centrale Raad van Beroep wordt bevestigd. De Raad stelt voorop dat artikel 63 lid 2 AMAR (dat zegt dat verlof kan worden geweigerd indien de belangen van de dienst dit vorderen) ook van toepassing is op buitengewoon verlof (als bedoeld in artikel 85 en 86 AMAR). Vervolgens geeft de Raad aan met de rechtbank van oordeel te zijn dat de Commandant Korps Luchtmachtstaf zich in de onderhavige zaak (in redelijkheid) op het standpunt kon stellen dat de belangen van de dienst zich tegen inwilliging van het verzoek verzetten.*

(Art. 85 lid 1 onder c AMAR)

#### UITSpraak

in het geding tussen [A.], wonende de [B.], appellant, en de Commandant Korps Luchtmachtstaf, gedaagde.

#### *I. Ontstaan en loop van het geding*

Namens appellant is op de daartoe bij beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank ‘s-Gravenhage van 21 maart 2000, nr. AWB 99/08348 MAWKL, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 6 juni 2002, waar appellant in persoon is verschenen, met bijstand van mr. H.J.G. Dudink, advocaat te Amersfoort. Gedaagde heeft zich doen vertegenwoordigen door mr. J.B.J. Driessen, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

## *II. Motivering*

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

1.1. Appellant, ten tijde hier in geding als adjudant der Koninklijke Luchtmacht werkzaam als [functie], heeft gedaagde verzocht hem buitengewoon verlof te verlenen voor het bijwonen van een vergadering van de Algemene Federatie Militair Personeel op 15 april 1999. Bij het bestreden besluit van 3 augustus 1999 heeft gedaagde zijn weigering het gevraagde buitengewoon verlof te verlenen, gehandhaafd. Aan appellant is op zijn aanvraag op genoemde dag wel vakantieverlof verleend.

1.2. De rechtbank heeft in de aangevallen uitspraak het beroep van appellant tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard.

2. De Raad onderschrijft in hoofdlijnen hetgeen de rechtbank heeft overwogen onder toevoeging daaraan van het volgende.

2.1. Artikel 85, eerste lid, aanhef en onder c, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) luidt als volgt.

“Aan de militair wordt op zijn aanvraag buitengewoon verlof met behoud van militaire inkomsten verleend:

c. voor het verrichten van werkzaamheden ten behoeve van verenigingen van militairen, die aangesloten zijn bij een tot het overleg toegelaten centrale van overheidspersoneel als bedoeld in artikel 4 van het Besluit georganiseerd overleg sector Defensie, zulks volgens door de minister te stellen regels.”

Laatste bedoelde regels zijn neergelegd in de Regeling buitengewoon verlof verenigingsactiviteiten, MP 31-108 (hierna: de Regeling). In artikel 2, eerste lid, van de Regeling is bepaald dat aan de militair jaarlijks ten hoogste vijftien dagen buitengewoon verlof met behoud van militaire inkomsten wordt verleend voor het bijwonen van in deze bepaling nader omschreven vergaderingen, tenzij de belangen van de dienst zich daartegen verzetten.

2.2. Tussen partijen is niet in geschil dat de vergadering op 15 april 1999 waarvoor appellant het buitengewoon verlof heeft aangevraagd, voldoet aan de in genoemde artikelen gestelde eisen. Partijen verschillen van mening over de vraag of gedaagdes weigering van buitengewoon verlof om deze vergadering te kunnen bijwonen, in rechte stand kan houden.

2.3. Volgens appellants gemachtigde mocht de commandant appellant het gevraagde verlof niet weigeren, primair omdat de bewoordingen van de aanhef van artikel 85, eerste lid, van het AMAR daaraan in de weg staan. De Raad kan hem hierin niet volgen. Zoals de Raad heeft overwogen in zijn uitspraak van 27 juni 2002, nummer 00/114 MAW, in een geding met betrekking tot buitengewoon verlof op grond van artikel 85, eerste lid, aanhef en onder i, van het AMAR - naar welk geding appellants gemachtigde heeft verwezen - 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. In dat

artikellid is neergelegd dat het verlof op aanvraag niet wordt verleend voorzover de belangen van de dienst dit, naar het oordeel van degene die bevoegd is het verlof te verlenen, vorderen.

2.4. Voor het onderhavige geval komt daarbij dat in artikel 2, eerste lid, van de Regeling is neergelegd dat in de in artikel 85, eerste lid, onder c, van het AMAR bedoelde gevallen buitengewoon verlof wordt verleend, tenzij de belangen van de dienst zich daartegen verzetten. Met de rechtbank is de Raad van oordeel dat gedaagde zich op het standpunt heeft kunnen stellen dat de belangen van de dienst zich tegen honorering van appellants aanvraag verzetten. De Raad neemt daarbij in aanmerking dat op appellants afdeling, zoals door hem ter zitting is erkend, ten tijde hier van belang, achterstanden bij de werkzaamheden bestonden.

2.5. De verwijzing van appellants gemachtigde naar artikel 64, tweede lid, van het AMAR, kan appellant niet baten. In dat artikellid is - voorzover hier van belang - bepaald dat de dagen waarop een militair tijdens een hem verleend vakantieverlof aanspraak zou hebben kunnen maken op buitengewoon verlof als bedoeld in artikel 85, worden aangemerkt als buitengewoon verlof en niet als vakantieverlof. Deze bepaling is in casu niet van toepassing, nu appellant, zoals uit het hiervoor overwogene blijkt, geen recht had op buitengewoon verlof.

2.6. Appellants betoog dat van hem niet verlangd mocht worden zijn vrije dagen te benutten omdat het doel van vakantieverlof nu juist is dat hij in de gelegenheid wordt gesteld zich gedurende een zekere aaneengesloten periode van rust te herstellen van de geestelijke en lichamelijke inspanningen, verbonden aan de arbeid treft geen doel omdat appellant op 15 april 1999 weliswaar vakantieverlof heeft opgenomen, maar daarom zelf heeft verzocht en dat verlof heeft genoten op de wijze die hem goeddunkte. Overigens staat de verlening van vakantieverlof op die dag niet ter beoordeling van de Raad.

2.7. Hetgeen appellants gemachtigde naar voren heeft gebracht omtrent de rol van een beklagzaak van appellant tegen zijn commandant en het overgeleverd zijn van een militair aan de "nukken" van zijn commandant, is in het geheel niet onderbouwd en wordt door de Raad reeds daarom gepasseerd.

2.8. Gezien het voorgaande slaagt het hoger beroep niet. De aangevallen uitspraak moet worden bevestigd. Aangezien de Raad geen aanleiding ziet toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht inzake de proceskosten, wordt beslist als volgt.

### III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

### NASCHRIFT

1. *De belangenverenigingen van militairen die in het georganiseerd overleg zijn vertegenwoordigd, genieten met het oog op de taken die zij hebben te vervullen bepaalde faciliteiten. Zo kan aan militairen voor het bijwonen van vergaderingen van organen van het georganiseerd overleg en voor het verrichten van verenigingswerk buitengewoon verlof worden verleend (met behoud van militaire inkomsten). Zie hieromtrent art. 85 lid 1 onder b en c AMAR en de op deze bepalingen steunende (ministeriële) Regeling buitengewoon verlof verenigingsactiviteiten (MP 31-108).*

2. *Artikel 36 lid 2 AMAR bepaalt: "Verlof op aanvraag wordt, onder vermelding van de*

redenen, niet verleend voor zover de belangen van de dienst dit, naar het oordeel van degene die bevoegd is verlof te verlenen, vorderen." Deze bepaling is, aldus de Raad, ook van toepassing op buitengewoon verlof als bedoeld in artikel 85 (en 86) AMAR.

3. De bepalingen in het AMAR die de mogelijkheid openen aan militairen buitengewoon verlof te verlenen ten behoeve van verenigingsactiviteiten, steunen op artikel 12c lid 3 MAW 1931. Deze bepaling luidt: "Aan de militaire ambtenaar wordt, tenzij de belangen van de dienst vorderen dat het verlof niet wordt verleend, buitengewoon verlof verleend voor aan te wijzen activiteiten van of voor een vereniging van militairen overeenkomstig regels te stellen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur."

G.L.C.

---

**Centrale Raad van Beroep**  
Uitspraak van 5 september 2002  
00/6326 MAW

Voorzitter: Mr. H.A.A.G. Vermeulen; leden: Mr. T. Hoogenboom en Mr. R. Kooper.

**Blootgesteld aan asbest (II)**

Bij besluit van 9 februari 1999 deelde de Staatssecretaris van Defensie de weduwe van een in 1995 overleden gewezen marineman mede dat hij zich aansprakelijk achtte voor de gevolgen van de bij haar echtgenoot in 1991 geconstateerde longcarcinoom. Hij verklaarde zich bereid haar, mede gelet op het rookgedrag van haar echtgenoot, wegens geleden immateriële schade een vergoeding te betalen ten bedrage van f 10.000 (de helft van f 20.000). Later kende de staatssecretaris de weduwe tevens een vergoeding toe voor enkele van de door haar opgegeven materiële schadeposten. Toen de weduwe tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) besluiten beroep instelde, verklaarde de rechtbank het beroep gegrond, echter uitsluitend voor zover het betrekking had op het besluit tot vergoeding van de immateriële schade. Tevens bepaalde de rechtbank dat aan de weduwe ter zake van die schade een bedrag betaald diende te worden van f 20.833. Tegen deze uitspraak stelde alleen de staatssecretaris hoger beroep in. Zoals hieronder valt te lezen, vernietigt de Centrale Raad van Beroep de uitspraak van de rechtbank, voor zover betrekking hebbend op de vergoeding voor de geleden immateriële schade, en stelt het bedrag van de vergoeding, met toepassing van artikel 8:72 lid 4 Awb, vast op f 18.000 (€ 8.168,08). De Raad stelt voorop dat tussen partijen niet in geschil is dat de staatssecretaris aansprakelijk is voor de bij de echtgenoot ontstane immateriële schade ten gevolge van langdurige blootstelling aan asbeststof. Vervolgens constateert de Raad dat de staatssecretaris zijn beslissing om de helft van de schade toe te rekenen aan het tabaksgebruik van de echtgenoot uitsluitend heeft gebaseerd op epidemiologische gegevens, dit omdat naar zijn zeggen op individueel niveau niet kan worden vastgesteld of een longtumor is ontstaan als gevolg van roken, van blootstelling aan asbest, van een combinatie van beide of van een andere factor. Naar het oordeel van de Raad heeft de staatssecretaris echter onvoldoende aannemelijk gemaakt dat die schade (50%) ook zou zijn ontstaan indien de echtgenoot niet blootgesteld zou zijn geweest aan asbest.

(Schadevergoeding)



## UITSpraak

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

*I. Ontstaan en loop van het geding*

Appellant heeft op bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 5 oktober 2000, nr. AWB 00/04792 MAWKMA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift, met bijlagen ingediend.

Partijen hebben nadere stukken ingezonden.

Het geding is behandeld ter zitting van 13 juni 2002, waar appellant zich heeft doen ver- tegenwoordigen door mr. M. van Reigersberg Versluys en mr. M.C.J. Varkevisser-van den Brekel, bijgestaan door L.G. Koenen, medisch adviseur, allen werkzaam bij het Ministerie van Defensie. Gedaagde is in persoon verschenen met bijstand van mr. N. van Popta, advocaat te Utrecht.

*II. Motivering*

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

1.1. Gedaagde is gehuwd geweest met [echtgenoot], die overleden is [in] 1995. [echtgenoot] is van 1945 tot en met 1975 werkzaam geweest bij de Koninklijke Marine, onder meer in de functie van machinist. In die functie is hij langdurig blootgesteld geweest aan asbeststof. [echtgenoot] heeft in 1991 in verband met een kleincellig bronchuscarcinoom een verwijdering van de linker long (pneumectomie) ondergaan. In 1992 werd bij hem een prostaatacarcinoom vastgesteld. Later traden skeletmetastasen op, die zeer wel ver- klaard konden worden door uitzaaiing van het prostaatacarcinoom.

1.2. [echtgenoot] heeft appellant bij schrijven van 15 december 1993 verzocht hem een schadevergoeding toe te kennen in verband met het door de blootstelling aan asbest ver- oorzaakte longcarcinoom. Op basis van een rapport van de Commissie Geneeskundig Onderzoek Militairen heeft appellant geconcludeerd dat een verband van het carcinoom met de dienstbetrekking niet aannemelijk is en heeft hij [echtgenoot]s verzoek afgewezen.

1.3. In de nadien tussen gedaagde, als nagelaten betrekking van [echtgenoot], en appella- nt met betrekking tot die afwijzing gevoerde beroepsprocedure, waarbij de vraag centraal stond of er enigerlei verband bestond tussen de longaandoening en de uitoefening van de militaire dienst, heeft de rechtbank de longarts-oncoloog dr. J.P.A.M. van Meerbeeck als deskundige ingeschakeld. Deze is in zijn Verslag deskundigenonderzoek van 21 april 1997 tot het oordeel gekomen dat aan voldoende criteria is voldaan om een verband te kunnen leggen tussen de longkanker van [echtgenoot] en zijn in dienst van defensie ver- richte werkzaamheden. De rechtbank heeft daarop het beroep van gedaagde bij uitspraak van 4 november 1998 gegrond verklaard, het desbetreffende besluit vernietigd en bepaald dat appellant een nieuw besluit neemt.

1.4. Bij besluit van 9 februari 1999 heeft appellant gedaagde meegedeeld dat hij zich aansprakelijk acht voor de gevolgen van het bij [echtgenoot] geconstateerde longcarci- noom, dat de verwijdering van de linkerlong heeft kunnen leiden tot een percentage in- validiteit van de gehele mens van maximaal 10% en dat hij bereid is een immateriële scha- devergoeding te betalen van f 10.000,- (€ 4.537,82). Appellant relateert de omvang van de door hem te vergoeden immateriële schade in gevallen als het onderhavige, waarin een verband vaststaat tussen blootstelling aan astbest en het ontstaan van longkanker, aan de mate van invaliditeit van de betrokkene. Bij bepaling van de mate van invaliditeit richt

appellant zich naar de Guides to the Evaluation of Permanent Impairment van de American Medical Association (AMA-richtlijnen). Het bedrag dat hij aan immateriële schadevergoeding in de hier bedoelde gevallen betaalt heeft hij bepaald op maximaal f 90.000,- (€ 40.840,40), naar analogie van het in het Convenant Instituut Asbestslachtoffers opgenomen bedrag dat aan immateriële schadevergoeding wordt uitgekeerd bij maligne mesothelioom.

1.5. Gedaagde heeft tegen het besluit van 9 februari 1999 bezwaar gemaakt. Nadien heeft gedaagde appellant verdere informatie verschaft over materiële schade die zij zegt te hebben geleden. Bij besluiten van 30 maart en 24 augustus 1999 heeft appellant met betrekking tot een aantal materiële schadeposten vergoeding toegekend en met betrekking tot de overige posten vergoeding van materiële schade geweigerd. Ook tegen laatstgenoemde besluiten heeft gedaagde bezwaar gemaakt voorzover daarbij vergoeding van materiële schade is geweigerd.

1.6. Bij het bestreden besluit van 27 maart 2000 heeft appellant gedaagdes bezwaren ongegrond verklaard. Op basis van een advies van zijn medisch adviseur is appellant ervan uitgegaan dat de verwijdering van de long ter behandeling van het longcarcinoom heeft geleid tot een milde invaliditeit, die ingevolge AMA-richtlijnen kan variëren van 10% tot 25%. De invaliditeit werd volgens appellant in dit geval veroorzaakt door twee componenten, te weten de verwijdering van de long en de bij [echtgenoot] aanwezige CARA. De verwijdering van de long was een gevolg van het longcarcinoom waarbij twee oorzakelijke factoren voor de tumor aanwezig waren, het roken en de asbestblootstelling, die gelijkelijk door appellant in aanmerking zijn genomen. De invaliditeit zou dan, geen rekening houdend met de aanwezige CARA, 5% tot 12,5 % zijn, zijnde het aandeel van de asbestblootstelling. De voor zijn rekening komende gevolgen van de invaliditeit heeft appellant vervolgens, rekening houdend met de CARA-component van 5% vastgesteld op 10% (anders gezegd de helft van 20%). Het aan [echtgenoot] uit te betalen bedrag zou derhalve op f 9.000,- (€ 4.084,04), komen maar appellant heeft ten gevolge van een vergissing zijnerzijds f 10.000,- (€ 4.537,82) betaalbaar gesteld.

2. De rechtbank heeft gedaagdes beroep tegen het bestreden besluit bij de aangevallen uitspraak ongegrond bevonden voorzover dat beroep betrekking heeft op de weigering materiële schade te vergoeden.

2.1. Voorzover dat beroep zich keerde tegen appellants beslissing met betrekking tot de immateriële schade heeft de rechtbank dat beroep gegrond verklaard en heeft zij het bestreden besluit alsmede het besluit van 9 februari 1999 vernietigd.

2.1.1. Daarbij heeft de rechtbank overwogen dat er geen grond is om de mate van gedaagdes invaliditeit op een lager percentage vast te stellen dan 25, het hoogste percentage dat volgens de AMA-richtlijnen bij een curatieve behandeling van een longcarcinoom door een pneumonectomie geldt. Hierbij heeft de rechtbank overwogen dat het invaliderend effect van het verwijderen van één long groter zal zijn, indien de behouden long reeds door vrij fors CARA-lijden in functie beperkt is en dat deze door predispositie van [echtgenoot] veroorzaakte schadevergroten omstandigheid voor risico van appellant dient te blijven.

2.1.2. Verder heeft de rechtbank geoordeeld dat, nu appellant bij een mate van invaliditeit van 10% van [echtgenoot] het bedrag aan individuele schadevergoeding op f 10.000,- (€ 4.537,82) heeft gesteld, bij een mate van invaliditeit van 25%, indien volledige immateriële schadevergoeding wordt toegekend, een schadevergoeding van f 25.000,- (€ 11.344,56) in de rede ligt.

2.1.3. Hiervan uitgaande en gelet op het aandeel dat het tabaksgebruik van [echtgenoot]

in het ontstaan van het longcarcinoom ook volgens de rechtbank heeft gehad, heeft zij bepaald dat appelland aan gedaagde een bedrag van f 20.833,- (€ 9.453,65) dient te betalen ter zake van de geleden immateriële schade. Tot dit bedrag is de rechtbank gekomen doordat zij van oordeel is dat appelland 55/66 van de door [echtgenoot] geleden immateriële schade ad f 25.000,- (€ 11.344,56) dient te vergoeden. De rechtbank komt tot het vermelde voor rekening van appelland komend aandeel door interpretatie van bepaalde aandnames en voorbeelden die voorkomen in een artikel van A.J. Van en H.G.T. Nijs in TMA 1996, 3, p. 45. Dienovereenkomstig heeft zij, zelf voorziende in de zaak, beslist.

2.2. Verder heeft de rechtbank beslissingen gegeven omtrent de proceskosten en het griffierecht.

3. Alleen appelland heeft hoger beroep ingesteld tegen de aangevallen uitspraak.

4. Met betrekking tot hetgeen partijen in hoger beroep hebben aangevoerd overweegt de Raad het volgende.

4.1. Gedaagde heeft bij verweerschrift gesteld dat appelland niet-ontvankelijk moet worden verklaard in zijn beroep omdat hij de gronden van het hoger beroep niet binnen een door de Raad gestelde termijn heeft ingediend. De Raad volgt gedaagde hierin niet. Bij brief van 19 januari 2001 heeft de Raad appelland, naar aanleiding van diens verzoek om uitstel voor het indienen van de beroepsgronden, meegedeeld dat de termijn voor het indienen van de gronden is verlengd met 11 weken, welke termijn aanvangt met ingang van de dag na die waarop die brief is verzonden. Aangezien de beroepsgronden bij de Raad op 3 april 2001 zijn ingekomen, zijn die gronden binnen de door de Raad bij zijn brief van 19 januari 2001 gestelde termijn ingediend.

4.2. Met betrekking tot de omvang van het geding in hoger beroep stelt de Raad vast dat gedaagde bij verweerschrift in hoger beroep en ook ter zitting van de Raad mede aan de orde heeft gesteld het onderdeel van de aangevallen uitspraak waarin de rechtbank beslist heeft omtrent de door gedaagde verzochte vergoeding van materiële schade. Aangezien gedaagde tegen de aangevallen uitspraak geen hoger beroep heeft ingesteld en het hoger beroep van appelland niet tegen dit onderdeel van de aangevallen uitspraak is gericht, zal de Raad aan de grieven dienaangaande van gedaagde voorbijgaan.

4.3.1. Naar aanleiding van het oordeel van de rechtbank dat de bij [echtgenoot] bestaande CARA als schadevergroten component voor risico van appelland komt en derhalve niet in mindering strekt op de omvang van de schadevergoeding stelt de Raad voorts vast dat gedaagde generlei beroepsgrond daaromtrent naar voren heeft gebracht. Door uitdrukkelijk de gegrondverklaring van gedaagdes beroep mede te doen steunen op dat element is de rechtbank getreden buiten de grenzen van het aan haar voorgelegde geschil en heeft zij de betekenis miskend van artikel 8:69, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), ingevolge welke bepaling de rechtbank uitspraak doet op de grondslag van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting.

4.3.2. De onder 1.6. beschreven aftrek van 5% van het volgens de AMA-richtlijnen in aanmerking te nemen invaliditeitspercentage is daarom voor de Raad een gegeven.

4.4. Inhoudelijk is tussen partijen de vraag in geschil of de door [echtgenoot] geleden immateriële schade volledig aan appellands handelen is toe te rekenen dan wel dat die schade gelijkkelijk een gevolg is van het roken van [echtgenoot], zijnde een omstandigheid die aan hem kan worden toegerekend. Te dien aanzien overweegt de Raad als volgt.

4.4.1. Tussen partijen is niet in geschil dat appelland aansprakelijk is voor de bij [echtgenoot] ontstane immateriële schade ten gevolge van langdurige blootstelling aan asbeststof.

4.4.2. De Raad ziet geen reden om niet met partijen en de rechtbank de genoemde

AMA-richtlijnen tot uitgangspunt te nemen bij de bepaling van de mate van invaliditeit. In aanmerking genomen dat alleen appelland hoger beroep heeft ingesteld, is er voorts geen plaats voor het oordeel dat het genoemde bedrag van f 90.000,- (€ 40.840,40) bij volledige immateriële schadevergoeding niet tot uitgangspunt had mogen worden genomen.

4.4.3. Uitgaande van de AMA-richtlijnen en de in dat kader, blijkens 1.6., door appelland gemaakte keuze, en gelet op hetgeen onder 4.3.2. en 4.4.2. is overwogen, varieert de invaliditeit van [echtgenoot] tussen de 5% en 20%.

4.4.4. De Raad volgt gedaagde niet in haar eerst in hoger beroep naar voren gebrachte standpunt dat de mate van invaliditeit van [echtgenoot] op 100% moet worden bepaald, reeds omdat gedaagde geen hoger beroep heeft ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank.

4.4.5. De Raad gaat er veronderstellenderwijs van uit dat [echtgenoot] in ieder geval tot half juli 1991 sigaretten rookte. De Raad neemt hierbij in aanmerking dat de longarts C.S. de Graaff in een brief van 31 juli 1991 aan de arts G.M. Haasjes vermeldt dat [echtgenoot] een pakje sigaretten per week rookt en dat hij tot tien jaar daarvoor een pakje shag per dag heeft gerookt.

4.4.6. De Raad is van oordeel dat, indien zoals hier, door een onrechtmatig handelen - het langdurig aan astbest blootstellen van [echtgenoot] - een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen dat handelen en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven, tenzij aannemelijk is dat die schade ook zonder dat handelen zou zijn ontstaan.

4.4.7. Appelland heeft zijn beslissing om de helft van de schade toe te rekenen aan het tabaksgebruik van [echtgenoot] uitsluitend gebaseerd op epidemiologische gegevens, omdat naar zijn zeggen op individueel niveau niet kan worden vastgesteld of een longtumor is ontstaan als gevolg van het roken, de asbestblootstelling, een combinatie van beide of een andere factor. Indien naar zijn oordeel sprake is van een fors toegenomen risico op de ontwikkeling van een longtumor door het roken, is het beleid van appelland om slechts aansprakelijkheid voor 50% van de schade te erkennen, wat hij ook in het geval van [echtgenoot] heeft gedaan. In dit verband verwijst appelland naar het onder 2.1.3. vermelde TMA-artikel.

4.4.8. De Raad is van oordeel dat het onder 4.4.7. gestelde niet tot de conclusie kan leiden dat het aannemelijk is dat de schade van [echtgenoot] ook zou zijn ontstaan als [echtgenoot] niet blootgesteld zou zijn geweest aan asbest. Immers, appelland heeft zijn beslissing om de helft van de door [echtgenoot] ondervonden schade toe te rekenen aan diens tabaksgebruik uitsluitend gebaseerd op niet nader onderbouwde theoretische aannames met een algemeen karakter. Daarmee heeft hij onvoldoende aannemelijk gemaakt dat het gedeelte van de schade dat hij aan het tabaksgebruik van [echtgenoot] heeft toegeschreven ook daadwerkelijk zou zijn ontstaan indien [echtgenoot] niet langdurig aan astbest zou zijn blootgesteld.

4.5. Het zojuist overwogene leidt tot het oordeel dat appelland de schade die [echtgenoot] heeft geleden ten onrechte niet heeft bepaald op 20% van f 90.000,- (€ 40.840,40) ofwel f 18.000,- (€ 8.168,08). De rechtbank is derhalve, hoewel zij het bestreden besluit en het besluit van 9 februari 1999 terecht heeft vernietigd, van een te hoog bedrag aan te vergoeden immateriële schade uitgegaan.

4.6. De Raad komt tot de slotsom dat de aangevallen uitspraak, voorzover de rechtbank daarbij zelf in de zaak heeft voorzien, dient te worden vernietigd en voor het overige, zij het op andere gronden, dient te worden bevestigd. Voorts zal de Raad met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, van de Awb zelf de hoogte van de aan gedaagde toekomende

immateriële schadevergoeding vaststellen als onder 4.5. is vermeld.

4.7. Gedaagde heeft de Raad verzocht om, toepassing gevend aan artikel 8:73 van de Awb, appelland te veroordelen tot betaling van de wettelijke rente. Dat verzoek is toegewezen. Appelland is met betrekking tot de toe te wijzen immateriële schadevergoeding rente verschuldigd over de periode aanvangend op de eerste dag na ommekomst van de beslistermijn die aanvangt op de datum waarop [echtgenoot] appelland aansprakelijk heeft gesteld, 15 december 1993. Die beslistermijn wordt door de Raad in dit geval op 8 weken gesteld. Bij het vaststellen van de nog te betalen rente dient rekening te worden gehouden met de reeds door appelland aan gedaagde gedane betalingen ter zake van immateriële schade.

4.8. De Raad acht voorts termen aanwezig met toepassing van artikel 8:75 van de Awb appelland te veroordelen in de proceskosten van gedaagde in hoger beroep welke worden bepaald op € 644,- voor kosten van rechtsbijstand. Beslist wordt derhalve als volgt.

### *III. Beslissing*

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak voorzover daarbij is bepaald dat appelland aan gedaagde een bedrag van f 20.833,- dient te betalen ter zake van de geleden immateriële schade;

Bevestigt die uitspraak voor het overige;

Stelt het bedrag van de vergoeding van immateriële schade waarop gedaagde recht heeft, vast op € 8.168,08;

Veroordeelt de Staat der Nederlanden tot vergoeding van de renteschade als onder 4.7. is overwogen;

Veroordeelt appelland in de proceskosten van gedaagde in hoger beroep tot een bedrag van € 644,-, te betalen door de Staat der Nederlanden.

### NASCHRIFT

*1. Volgens vaste jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep is het bestuur in beginsel gehouden de aan een militair toegebrachte schade te vergoeden indien:*

- de schade door toedoen van het bestuur is ontstaan;*
- het handelen of nalaten van het bestuur als onrechtmatig kan worden aangemerkt.*

*Wat het oorzakelijk verband betreft stelt de Raad in bovenstaande uitspraak dat - indien door een onrechtmatig handelen (zoals het langdurig blootstellen aan asbest) een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dat risico zich vervolgens verwezenlijkt - het oorzakelijk verband tussen dat handelen en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven, tenzij aannemelijk is dat die schade ook zonder dat handelen zou zijn ontstaan. De staatssecretaris ging er in de onderhavige zaak vanuit dat de schade voor 50% aan het rookgedrag van de echtgenoot diende te worden toegeschreven. Naar het oordeel van de Raad had de staatssecretaris echter onvoldoende aannemelijk gemaakt dat die schade (50%) ook zou zijn ontstaan indien de echtgenoot niet aan asbest blootgesteld zou zijn geweest.*

*2. Als in gevallen als het onderhavige, waarin zowel blootstelling aan asbest heeft plaatsgehad als stevig is gerookt, aannemelijk gemaakt dient te worden dat de schade ten gevolge van het roken (50%) ook zou zijn ontstaan indien geen blootstelling aan asbest zou hebben plaatsgehad, behoort mijns inziens ook het omgekeerde te gelden: aannemelijk zal dienen te worden gemaakt dat de schade ten gevolge van de blootstelling aan*

*asbest ook zou zijn ontstaan indien niet stevig zou zijn gerookt.*

3. *Voor een geval waarin, ook naar het oordeel van de Raad, het voor toekenning van schadevergoeding vereiste oorzakelijke verband ontbrak, wordt verwezen naar CRvB 28 maart 2002, MRT 2003, p. 24, m.nt. G.L.C. (Blootgesteld aan asbest (I)).*

G.L.C.

---

## INTERNATIONALE RECHTSPRAAK

### Europees Hof voor de Rechten van de Mens

#### Grote Kamer

12 december 2001

Beslissing inzake ontvankelijkheid

#### **Bankovic**

*De zes klagers, burgers en inwoners van Joegoslavië, waren slachtoffers van het NAVO bombardement van 23 april 1999 op de Servische staatsradio en TV. Zij beklagden zich in het bijzonder over het verlies van hun bloedverwanten die bij dit bombardement waren omgekomen. Hun klacht richtte zich tegen de 17 landen partij bij het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), waaronder Nederland, tevens lid van de NAVO en uit dien hoofde aanspreekbaar. Zij voerden schending aan van artikel 2 EVRM (recht op leven), artikel 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting) en artikel 13 EVRM (recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel). Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens kwam in versterkte samenstelling bijeen door voor deze zaak: de Grote Kamer in te stellen krachtens artikel 30 EVRM, bestaande uit de president en 16 rechters. Zoals uit de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens blijkt, heeft het Hof in zijn overwegingen zich geconcentreerd op artikel 1 EVRM dat de verdragspartijen opdraagt de rechten en vrijheden van het verdrag te verzekeren aan een ieder die onder hun rechtsmacht ressorteert. In de uitspraak van het Hof staat het begrip “rechtsmacht” centraal. In de zaak Bankovic die leidde tot de niet-ontvankelijkheid van de klagers, accentueert het Hof de nauwe band tussen “rechtsmacht” en “territoire”.*

(...)

#### 3. *The Court's assessment*

54. The Court notes that the real connection between the applicants and the respondent States is the impugned act which, wherever decided, was performed, or had effects, outside of the territory of those States (“the extra-territorial act”). It considers that the essential question to be examined therefore is whether the applicants and their deceased relatives were, as a result of that extra-territorial act, capable of falling within the jurisdiction of the respondent States (*Drozd and Janousek v. France and Spain*, judgment of 26 June 1992, Series A no. 240, § 91, the above-cited *Loizidou* judgments (*preliminary objections* and *merits*), at § 64 and § 56 respectively, and the *Cyprus v. Turkey* judgment, cited above, at § 80).

#### (a) *The applicable rules of interpretation*

55. The Court recalls that the Convention must be interpreted in the light of the rules set out in the Vienna Convention 1969 (*Golder v. the United Kingdom* judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, § 29).

56. It will, therefore, seek to ascertain the ordinary meaning to be given to the phrase “within their jurisdiction” in its context and in the light of the object and purpose of the Convention (Article 31 § 1 of the Vienna Convention 1969 and, amongst other authorities, *Johnston and Others v. Ireland* judgment of 18 December 1986, Series A no. 112, § 51). The Court will also consider “any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation” (Article 31 § 3 (b) of the Vienna Convention 1969 and the above-cited *Loizidou* judgment (*preliminary objections*), at § 73).

57. Moreover, Article 31 § 3 (c) indicates that account is to be taken of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”. More generally, the Court recalls that the principles underlying the Convention cannot be interpreted and applied in a vacuum. The Court must also take into account any relevant rules of international law when examining questions concerning its jurisdiction and, consequently, determine State responsibility in conformity with the governing principles of international law, although it must remain mindful of the Convention’s special character as a human rights treaty (the above-cited *Loizidou* judgment (*merits*), at §§ 43 and 52). The Convention should be interpreted as far as possible in harmony with other principles of international law of which it forms part (*Al-Adsani v. the United Kingdom*, [GC], no. 35763, § 60, to be reported in ECHR 2001).

58. It is further recalled that the *travaux préparatoires* can also be consulted with a view to confirming any meaning resulting from the application of Article 31 of the Vienna Convention 1969 or to determining the meaning when the interpretation under Article 31 of the Vienna Convention 1969 leaves the meaning “ambiguous or obscure” or leads to a result which is “manifestly absurd or unreasonable” (Article 32). The Court has also noted the ILC commentary on the relationship between the rules of interpretation codified in those Articles 31 and 32 (the text of those Articles and a summary of the ILC commentary is set out above at §§ 16-18 above).

*(b) The meaning of the words “within their jurisdiction”*

59. As to the “ordinary meaning” of the relevant term in Article 1 of the Convention, the Court is satisfied that, from the standpoint of public international law, the jurisdictional competence of a State is primarily territorial. While international law does not exclude a State’s exercise of jurisdiction extra-territorially, the suggested bases of such jurisdiction (including nationality, flag, diplomatic and consular relations, effect, protection, passive personality and universality) are, as a general rule, defined and limited by the sovereign territorial rights of the other relevant States (Mann, “*The Doctrine of Jurisdiction in International Law*”, RdC, 1964, Vol. 1; Mann, “*The Doctrine of Jurisdiction in International Law, Twenty Years Later*”, RdC, 1984, Vol. 1; Bernhardt, *Encyclopaedia of Public International Law*, Edition 1997, Vol. 3, pp. 55-59 “*Jurisdiction of States*” and Edition 1995, Vol. 2, pp. 337-343 “*Extra-territorial Effects of Administrative, Judicial and Legislative Acts*”; Oppenheim’s *International Law*, 9<sup>th</sup> Edition 1992 (Jennings and Watts), Vol. 1, § 137; P.M. Dupuy, *Droit International Public*, 4<sup>th</sup> Edition 1998, p. 61; and Brownlie, *Principles of International Law*, 5<sup>th</sup> Edition 1998, pp. 287, 301 and 312-314).

60. Accordingly, for example, a State’s competence to exercise jurisdiction over its own

nationals abroad is subordinate to that State's and other States' territorial competence (Higgins, *Problems and Process* (1994), at p. 73; and Nguyen Quoc Dinh, *Droit International Public*, 6th Edition 1999 (Daillier and Pellet), p. 500). In addition, a State may not actually exercise jurisdiction on the territory of another without the latter's consent, invitation or acquiescence, unless the former is an occupying State in which case it can be found to exercise jurisdiction in that territory, at least in certain respects (Bernhardt, cited above, Vol. 3 at p. 59 and Vol. 2 at pp. 338-340; Oppenheim, cited above, at § 137; P.M. Dupuy, cited above, at pp. 64-65; Brownlie, cited above, at p. 313; Cassese, *International Law*, 2001, p. 89; and, most recently, the "Report on the Preferential Treatment of National Minorities by their Kin-States" adopted by the Venice Commission at its 48th Plenary Meeting, Venice, 19-20 October 2001).

61. The Court is of the view, therefore, that Article 1 of the Convention must be considered to reflect this ordinary and essentially territorial notion of jurisdiction, other bases of jurisdiction being exceptional and requiring special justification in the particular circumstances of each case (see, *mutatis mutandis* and in general, Select Committee of Experts on Extraterritorial Criminal Jurisdiction, European Committee on Crime Problems, Council of Europe, "Extraterritorial Criminal Jurisdiction", Report published in 1990, at pp. 8-30).

62. The Court finds State practice in the application of the Convention since its ratification to be indicative of a lack of any apprehension on the part of the Contracting States of their extra-territorial responsibility in contexts similar to the present case. Although there have been a number of military missions involving Contracting States acting extra-territorially since their ratification of the Convention (*inter alia*, in the Gulf, in Bosnia and Herzegovina and in the FRY), no State has indicated a belief that its extra-territorial actions involved an exercise of jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention by making a derogation pursuant to Article 15 of the Convention. The existing derogations were lodged by Turkey and the United Kingdom<sup>1)</sup> in respect of certain internal conflicts (in south-east Turkey and Northern Ireland, respectively) and the Court does not find any basis upon which to accept the applicants' suggestion that Article 15 covers all "war" and "public emergency" situations generally, whether obtaining inside or outside the territory of the Contracting State. Indeed, Article 15 itself is to be read subject to the "jurisdiction" limitation enumerated in Article 1 of the Convention.

63. Finally, the Court finds clear confirmation of this essentially territorial notion of jurisdiction in the *travaux préparatoires* which demonstrate that the Expert Intergovernmental Committee replaced the words "all persons residing within their territories" with a reference to persons "within their jurisdiction" with a view to expanding the Convention's application to others who may not reside, in a legal sense, but who are, nevertheless, on the territory of the Contracting States (§ 19 above).

64. It is true that the notion of the Convention being a living instrument to be interpreted in light of present-day conditions is firmly rooted in the Court's case-law. The Court has applied that approach not only to the Convention's substantive provisions (for example, the Soering judgment cited above, at § 102; the Dudgeon v. the United Kingdom judgment of 22 October 1981, Series A no. 45; the X, Y and Z v. the United Kingdom judgment of 22 April 1997, Reports 1997-II; *V. v. the United Kingdom* [GC], no. 24888/94, §

<sup>1)</sup> The United Kingdom has withdrawn its derogation as of 26 February 2001, except in relation to Crown Dependencies. Turkey reduced the scope of its derogation by communication to the Secretary General of the Council of Europe dated 5 May 1992.



72, ECHR 1999-IX; and *Matthews v. the United Kingdom* [GC], no. 24833/94, § 39, ECHR 1999-I) but more relevantly to its interpretation of former Articles 25 and 46 concerning the recognition by a Contracting State of the competence of the Convention organs (the above-cited Loizidou judgment (*preliminary objections*), at § 71). The Court concluded in the latter judgment that former Articles 25 and 46 of the Convention could not be interpreted solely in accordance with the intentions of their authors expressed more than forty years previously to the extent that, even if it had been established that the restrictions at issue were considered permissible under Articles 25 and 46 when the Convention was adopted by a minority of the then Contracting Parties, such evidence “could not be decisive”.

65. However, the scope of Article 1, at issue in the present case, is determinative of the very scope of the Contracting Parties’ positive obligations and, as such, of the scope and reach of the entire Convention system of human rights’ protection as opposed to the question, under discussion in the Loizidou case (*preliminary objections*), of the competence of the Convention organs to examine a case. In any event, the extracts from the *travaux préparatoires* detailed above constitute a clear indication of the intended meaning of Article 1 of the Convention which cannot be ignored. The Court would emphasise that it is not interpreting Article 1 “solely” in accordance with the *travaux préparatoires* or finding those *travaux* “decisive”; rather this preparatory material constitutes clear confirmatory evidence of the ordinary meaning of Article 1 of the Convention as already identified by the Court (Article 32 of the Vienna Convention 1969).

66. Accordingly, and as the Court stated in the Soering case:

“Article 1 sets a limit, notably territorial, on the reach of the Convention. In particular, the engagement undertaken by a Contracting State is confined to ‘securing’ (*reconnaître*’ in the French text) the listed rights and freedoms to persons within its own ‘jurisdiction’. Further, the Convention does not govern the actions of States not Parties to it, nor does it purport to be a means of requiring the Contracting States to impose Convention standards on other States.”

(c) *Extra-territorial acts recognised as constituting an exercise of jurisdiction*

67. In keeping with the essentially territorial notion of jurisdiction, the Court has accepted only in exceptional cases that acts of the Contracting States performed, or producing effects, outside their territories can constitute an exercise of jurisdiction by them within the meaning of Article 1 of the Convention.

68. Reference has been made in the Court’s case-law, as an example of jurisdiction “not restricted to the national territory” of the respondent State (the Loizidou judgment (*preliminary objections*), at § 62), to situations where the extradition or expulsion of a person by a Contracting State may give rise to an issue under Articles 2 and/or 3 (or, exceptionally, under Articles 5 and or 6) and hence engage the responsibility of that State under the Convention (the above-cited Soering case, at § 91, Cruz Varas and Others v. Sweden judgment of 20 March 1991, Series A no. 201, §§ 69 and 70, and the Vilvarajah and Others v. the United Kingdom judgment of 30 October 1991, Series A no. 215, § 103).

However, the Court notes that liability is incurred in such cases by an action of the respondent State concerning a person while he or she is on its territory, clearly within its jurisdiction, and that such cases do not concern the actual exercise of a State’s competence or jurisdiction abroad (see also, the above-cited *Al-Adsani judgment*, at § 39).

69. In addition, a further example noted at paragraph 62 of the Loizidou judgment (*preliminary objections*) was the Drozd and Janousek case where, citing a number of admissi-

bility decisions by the Commission, the Court accepted that the responsibility of Contracting Parties (France and Spain) could, in principle, be engaged because of acts of their authorities (judges) which produced effects or were performed outside their own territory (the above-cited Drozd and Janousek judgment, at § 91). In that case, the impugned acts could not, in the circumstances, be attributed to the respondent States because the judges in question were not acting in their capacity as French or Spanish judges and as the Andorran courts functioned independently of the respondent States.

70. Moreover, in that first Loizidou judgment (*preliminary objections*), the Court found that, bearing in mind the object and purpose of the Convention, the responsibility of a Contracting Party was capable of being engaged when as a consequence of military action (lawful or unlawful) it exercised effective control of an area outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the Convention rights and freedoms was found to derive from the fact of such control whether it was exercised directly, through the respondent State's armed forces, or through a subordinate local administration. The Court concluded that the acts of which the applicant complained were capable of falling within Turkish jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention.

On the merits, the Court found that it was not necessary to determine whether Turkey actually exercised detailed control over the policies and actions of the authorities of the "Turkish Republic of Northern Cyprus" ("TRNC"). It was obvious from the large number of troops engaged in active duties in northern Cyprus that Turkey's army exercised "effective overall control over that part of the island". Such control, according to the relevant test and in the circumstances of the case, was found to entail the responsibility of Turkey for the policies and actions of the "TRNC". The Court concluded that those affected by such policies or actions therefore came within the "jurisdiction" of Turkey for the purposes of Article 1 of the Convention. Turkey's obligation to secure the rights and freedoms set out in the Convention was found therefore to extend to northern Cyprus.

In its subsequent *Cyprus v. Turkey* judgment (cited above), the Court added that since Turkey had such "effective control", its responsibility could not be confined to the acts of its own agents therein but was engaged by the acts of the local administration which survived by virtue of Turkish support. Turkey's "jurisdiction" under Article 1 was therefore considered to extend to securing the entire range of substantive Convention rights in northern Cyprus.

71. In sum, the case-law of the Court demonstrates that its recognition of the exercise of extra-territorial jurisdiction by a Contracting State is exceptional: it has done so when the respondent State, through the effective control of the relevant territory and its inhabitants abroad as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government.

72. In line with this approach, the Court has recently found that the participation of a State in the defence of proceedings against it in another State does not, without more, amount to an exercise of extra-territorial jurisdiction (*McElhinney v. Ireland and the United Kingdom* (dec.), no. 31253/96, p. 7, 9 February 2000, unpublished). The Court said:

"In so far as the applicant complains under Article 6 ... about the stance taken by the Government of the United Kingdom in the Irish proceedings, the Court does not consider it necessary to address in the abstract the question of whether the actions of a Government as a litigant before the courts of another Contracting State can engage their responsibility under Article 6 ... The Court considers that, in the particular circumstances of the case, the

fact that the United Kingdom Government raised the defence of sovereign immunity before the Irish courts, where the applicant had decided to sue, does not suffice to bring him within the jurisdiction of the United Kingdom within the meaning of Article 1 of the Convention.”

73. Additionally, the Court notes that other recognised instances of the extra-territorial exercise of jurisdiction by a State include cases involving the activities of its diplomatic or consular agents abroad and on board craft and vessels registered in, or flying the flag of, that State. In these specific situations, customary international law and treaty provisions have recognised the extra-territorial exercise of jurisdiction by the relevant State.

*(d) Were the present applicants therefore capable of coming within the “jurisdiction” of the respondent States?*

74. The applicants maintain that the bombing of RTS by the respondent States constitutes yet a further example of an extra-territorial act which can be accommodated by the notion of “jurisdiction” in Article 1 of the Convention, and are thereby proposing a further specification of the ordinary meaning of the term “jurisdiction” in Article 1 of the Convention. The Court must be satisfied that equally exceptional circumstances exist in the present case which could amount to the extra-territorial exercise of jurisdiction by a Contracting State.

75. In the first place, the applicants suggest a specific application of the “effective control” criteria developed in the northern Cyprus cases. They claim that the positive obligation under Article 1 extends to securing the Convention rights in a manner proportionate to the level of control exercised in any given extra-territorial situation. The Governments contend that this amounts to a “cause-and-effect” notion of jurisdiction not contemplated by or appropriate to Article 1 of the Convention. The Court considers that the applicants’ submission is tantamount to arguing that anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby brought within the jurisdiction of that State for the purpose of Article 1 of the Convention.

The Court is inclined to agree with the Governments’ submission that the text of Article 1 does not accommodate such an approach to “jurisdiction”. Admittedly, the applicants accept that jurisdiction, and any consequent State Convention responsibility, would be limited in the circumstances to the commission and consequences of that particular act. However, the Court is of the view that the wording of Article 1 does not provide any support for the applicants’ suggestion that the positive obligation in Article 1 to secure “the rights and freedoms defined in Section I of this Convention” can be divided and tailored in accordance with the particular circumstances of the extra-territorial act in question and, it considers its view in this respect supported by the text of Article 19 of the Convention. Indeed the applicants’ approach does not explain the application of the words “within their jurisdiction” in Article 1 and it even goes so far as to render those words superfluous and devoid of any purpose. Had the drafters of the Convention wished to ensure jurisdiction as extensive as that advocated by the applicants, they could have adopted a text the same as or similar to the contemporaneous Articles 1 of the four Geneva Conventions of 1949 (see § 25 above).

Furthermore, the applicants’ notion of jurisdiction equates the determination of whether an individual falls within the jurisdiction of a Contracting State with the question of whether that person can be considered to be a victim of a violation of rights guaranteed by the Convention. These are separate and distinct admissibility conditions, each of which has to

be satisfied in the afore-mentioned order, before an individual can invoke the Convention provisions against a Contracting State.

76. Secondly, the applicants' alternative suggestion is that the limited scope of the air-space control only circumscribed the scope of the respondent States' positive obligation to protect the applicants and did not exclude it. The Court finds this to be essentially the same argument as their principal proposition and rejects it for the same reasons.

77. Thirdly, the applicants make a further alternative argument in favour of the respondent States' jurisdiction based on a comparison with the *Soering* case (cited above). The Court does not find this convincing given the fundamental differences between that case and the present as already noted at paragraph 68 above.

78. Fourthly, the Court does not find it necessary to pronounce on the specific meaning to be attributed in various contexts to the allegedly similar jurisdiction provisions in the international instruments to which the applicants refer because it is not convinced by the applicants' specific submissions in these respects (see § 48 above). It notes that Article 2 of the American Declaration on the Rights and Duties of Man 1948 referred to in the above-cited *Coard* Report of the Inter-American Commission of Human Rights (§ 23 above), contains no explicit limitation of jurisdiction. In addition, and as to Article 2 § 1 the CCPR 1966 (§ 26 above), as early as 1950 the drafters had definitively and specifically confined its territorial scope and it is difficult to suggest that exceptional recognition by the Human Rights Committee of certain instances of extra-territorial jurisdiction (and the applicants give one example only) displaces in any way the territorial jurisdiction expressly conferred by that Article of the CCPR 1966 or explains the precise meaning of "jurisdiction" in Article 1 of its Optional Protocol 1966 (§ 27 above). While the text of Article 1 of the American Convention on Human Rights 1978 (§ 24 above) contains a jurisdiction condition similar to Article 1 of the European Convention, no relevant case-law on the former provision was cited before this Court by the applicants.

79. Fifthly and more generally, the applicants maintain that any failure to accept that they fell within the jurisdiction of the respondent States would defeat the *ordre public* mission of the Convention and leave a regrettable vacuum in the Convention system of human rights' protection.

80. The Court's obligation, in this respect, is to have regard to the special character of the Convention as a constitutional instrument of *European* public order for the protection of individual human beings and its role, as set out in Article 19 of the Convention, is to ensure the observance of *the engagements undertaken* by the Contracting Parties (the above-cited *Loizidou* judgment (*preliminary objections*), at § 93). It is therefore difficult to contend that a failure to accept the extra-territorial jurisdiction of the respondent States would fall foul of the Convention's *ordre public* objective, which itself underlines the essentially regional vocation of the Convention system, or of Article 19 of the Convention which does not shed any particular light on the territorial ambit of that system.

It is true that, in its above-cited *Cyprus v. Turkey* judgment (at § 78), the Court was conscious of the need to avoid "a regrettable vacuum in the system of human-rights protection" in northern Cyprus. However, and as noted by the Governments, that comment related to an entirely different situation to the present: the inhabitants of northern Cyprus would have found themselves excluded from the benefits of the Convention safeguards and system which they had previously enjoyed, by Turkey's "effective control" of the territory and by the accompanying inability of the Cypriot Government, as a Contracting State, to fulfil the obligations it had undertaken under the Convention.

In short, the Convention is a multi-lateral treaty operating, subject to Article 56 of the

Convention<sup>2</sup>), in an essentially regional context and notably in the legal space (*espace juridique*) of the Contracting States. The FRY clearly does not fall within this legal space. The Convention was not designed to be applied throughout the world, even in respect of the conduct of Contracting States. Accordingly, the desirability of avoiding a gap or vacuum in human rights' protection has so far been relied on by the Court in favour of establishing jurisdiction only when the territory in question was one that, but for the specific circumstances, would normally be covered by the Convention.

81. Finally, the applicants relied, in particular, on the admissibility decisions of the Court in the above-cited *Issa* and *Öcalan* cases. It is true that the Court has declared both of these cases admissible and that they include certain complaints about alleged actions by Turkish agents outside Turkish territory. However, in neither of those cases was the issue of jurisdiction raised by the respondent Government or addressed in the admissibility decisions and in any event the merits of those cases remain to be decided. Similarly, no jurisdiction objection is recorded in the decision leading to the inadmissibility of the *Xhavara* case to which the applicants also referred (cited above); at any rate, the applicants do not dispute the Governments' evidence about the sharing by prior written agreement of jurisdiction between Albania and Italy. The *Ilascu* case, also referred to by the applicants and cited above, concerns allegations that Russian forces control part of the territory of Moldova, an issue to be decided definitively on the merits of that case. Accordingly, these cases do not provide any support for the applicants' interpretation of the jurisdiction of Contracting States within the meaning of Article 1 of the Convention.

#### 4. The Court's conclusion

82. The Court is not therefore persuaded that there was any jurisdictional link between the persons who were victims of the act complained of and the respondent States. Accordingly, it is not satisfied that the applicants and their deceased relatives were capable of coming within the jurisdiction of the respondent States on account of the extra-territorial act in question.

(...)

#### NASCHRIFT

##### *Drie internationale rechtscolleges*

1. *De luchtbombardementen die in de periode van 24 maart 1999 tot 9 juni 1999 door de Noord Atlantische Verdragsorganisatie (NAVO) tijdens de operatie Allied Force op doelen in de Federale Republiek Joegoslavië werden uitgevoerd, zonder expliciete machtiging van de Veiligheidsraad der Verenigde Naties, heeft tot verschillende juridische acties geleid. Evenwel, geen van de internationale rechterlijke colleges is tot op heden toegekomen aan inhoudelijke uitspraken omtrent rechtmatigheid van en verantwoordelijkheid voor deze militaire acties. Het ziet er, nu vier jaar later, niet naar uit dat dergelijke rechterlijke uitspraken het licht zullen zien.*

2. *Op 29 april 1999 verzocht Joegoslavië aan het Internationaal Gerechtshof in rechtszaken aangespannen tegen ieder der lidstaten van de NAVO die de verplichte rechtsmacht van het Hof hebben erkend (waaronder Nederland), zich uit te spreken over de onrechtmatigheid van de bombardementen als in strijd met het volkenrechtelijke verbod van het*

<sup>2</sup>) Article 56 § 1 enables a Contracting State to declare that the Convention shall extend to all or any of the territories for whose international relations that State is responsible.

gebruik van geweld. Naast deze claim die het *ius ad bellum* betrof, verzocht Joegoslavië het Hof ook te oordelen over een aantal *ius in bello* aspecten, zoals beweerdelijke aanvallen op burgerdoelen en deelname aan opzettelijke acties tegen het leven van burgers en vernietiging van media en culturele instellingen. Deze rechtzaken voor het Internationaal Gerechtshof zijn voorlopig blijven steken in een preliminaire fase waarin de rechtsmacht van het Hof wordt betwist. Sedert voormalig president Milosevic in Belgrado van het toneel is verdwenen en terecht is gekomen in de beklagdenbank van het Joegoslavië Tribunaal in Den Haag, is in Joegoslavië een nieuwe politieke situatie ontstaan en lijkt de animo van Joegoslavië weggeëbd om deze zaken bij het Internationaal Gerechtshof door te zetten. Welwillend heeft het Hof “taking account of the agreement of the Parties and of the circumstances of the case” herhaaldelijk de tijdslimiet verlengd voor Joegoslavië om schriftelijk in te gaan op de preliminaire bezwaren van de tegenpartijen.<sup>3)</sup> Men lijkt nu te wachten op het moment dat Joegoslavië het politiek opportuun vindt de klachten in te trekken.

3. Ook het Joegoslavië Tribunaal, althans de Openbare Aanklager, werd geconfronteerd met beweerde schendingen van het oorlogsrecht (*ius in bello*) door de NAVO tijdens de operatie Allied Force. Zo publiceerde Amnesty International een uitvoerig rapport “Collateral Damage” or “Unlawful Killings”, waarin onder meer het bombardement van 23 april 1999 op de Servische staatsradio en TV waarbij zestien burgerdoden vielen, aan de orde werd gesteld. Amnesty kwalificeerde deze aanval, die zij in strijd achtte met artikel 52 (1) van Protocol I bij de Geneefse verdragen, als een oorlogsmisdrijf.<sup>4)</sup> Ook vanuit andere kringen bereikte de Openbare Aanklager tal van klachten over inbreuken op het oorlogsrecht gepleegd in het kader van de militaire operatie van de NAVO. In verband hiermee stelde de Openbare Aanklager een Speciale Commissie in die tot taak had op basis van het beschikbare documentatiemateriaal de aanklachten te bestuderen teneinde de Aanklager van advies te dienen omtrent de vraag of zij een formeel onderzoek zou moeten instellen voorafgaande aan een eventuele vervolging en berechting van verantwoordelijke *c.q.* militaire personen. De Speciale Commissie kwam tot de conclusie dat geen bewijs gevonden was dat als basis kon dienen voor aanklachten wegens volkerenmoord en misdrijven tegen de menselijkheid en dat evenmin voldoende basis bestond voor een strafrechtelijk onderzoek naar oorlogsmisdrijven.<sup>5)</sup> Dit laatste gold ook voor de aanval op de Servische staatsradio en TV.<sup>6)</sup>

4. Het derde internationale rechterlijke college dat te maken kreeg met gevolgen van de luchtbombardementen van de NAVO op doelen in de Federale Republiek Joegoslavië was het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Deze zaak, bekend onder de naam *Bankovic*, vormt het onderwerp van deze annotatie. De zes klagers, burgers en inwoners van Joegoslavië, waren slachtoffers van het NAVO bombardement van 23 april 1999 op de Servische staatsradio en TV. Zij beklagden zich in het bijzonder over het verlies van hun bloedverwanten die bij dit bombardement waren omgekomen. Hun klacht richtte zich tegen de 17 landen partij bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), waaronder Nederland, tevens lid van de NAVO en uit dien hoofde aanspreekbaar. Zij voerden schending aan van artikel 2 EVRM (recht op leven), artikel 10 EVRM (vrijheid van

<sup>3)</sup> Report of the International Court of Justice, 1 August 2001-31 July 2002, para. 272.

<sup>4)</sup> Report Amnesty International, June 2000, AI Index: EUR 70/18/00, pp. 41-48.

<sup>5)</sup> Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, Human Rights Law Journal, vol. 21, pp. 257-272.

<sup>6)</sup> Ibidem, paras. 71-79.

meningsuiting) en artikel 13 EVRM (recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel). Klagers werden bijgestaan door een keur van vooraanstaande experts op het gebied van de rechten van de mens. Ook het Europese Hof voor de Rechten van de Mens kwam in versterkte samenstelling bijeen door voor deze zaak: de Grote Kamer in te stellen krachtens artikel 30 EVRM, bestaande uit de president en 16 rechters.

5. Aldus zien wij de operatie Allied Force in verschillende schakeringen de juridische revue passeren, via de klassieke internationale rechter in de vorm van het Internationale Gerechtshof, de ad hoc internationale strafrechter in de vorm van het Joegoslavië Tribunaal, en de Europese Mensenrechtenrechter door middel van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Helaas blijkt dit juridische schouwspel weinig concreets te hebben opgeleverd, hetgeen tot bescheidenheid moet stemmen omtrent de rol van internationale rechters in zaken waar de politiek het recht blijkt te overschaduwen.

#### *Verdere oriëntatie*

6. De zaak *Bankovic* heeft reeds - om een verouderende uitdrukking te gebruiken - veel pennen in beweging gebracht. Schrijver dezes heeft kennis kunnen nemen van commentaren van Lawson,<sup>7)</sup> Kamminga<sup>8)</sup>, Cohen Jonathan<sup>9)</sup> en Guild<sup>10)</sup>, die waardevolle bijdragen leverden voor verdere reflectie ten aanzien van deze interessante zaak. Zoals uit de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens blijkt, heeft het Hof in zijn overwegingen zich geconcentreerd op artikel 1 EVRM dat de verdragspartijen opdraagt de rechten en vrijheden van het verdrag te verzekeren aan een ieder die onder hun rechtsmacht ressorteert. In de uitspraak van het Hof staat het begrip "rechtsmacht", dat in het klassieke volkenrecht één van de elementaire attributen is van de soevereine staat, centraal. In de zaak *Bankovic*, die leidde tot de niet-ontvankelijkheid van de klagers, accentueert het Hof de nauwe band tussen "rechtsmacht" en "territoire" en lijkt het Hof, zoals nog nader aan de orde zal komen, een stap terug te zetten ten aanzien van zijn eerdere jurisprudentie over extraterritoriale werking van rechten vervat in het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens.

7. Het is ontegenzeggelijk waar dat staten, nog steeds de belangrijkste actoren in het internationaal recht en in internationale betrekkingen, in eerste instantie gehouden zijn, op basis van mensenrechtenverdragen en van het internationale gewoonterecht terzake van de rechten van de mens, bescherming te bieden aan een ieder die zich binnen hun rechtsmacht bevindt, een rechtsmacht die in belangrijke mate territoriaal is bepaald. Tegelijkertijd zien wij in het internationale bestel met betrekking tot de rechten van de mens frappante ontwikkelingen die op gespannen voet staan met territoriale beperkingen. Ik noem in de eerste plaats de thans wijdverbreide opvatting dat de rechten van de mens universeel zijn, aan een ieder toebehoren wie hij/zij ook is en waar hij/zij zich ook bevindt. Vanuit dit perspectief zijn territoriale begrenzingen aan de bescherming van de rechten van de mens steeds minder verdedigbaar. In de tweede plaats noem ik de rechtsopvatting

<sup>7)</sup> Rick Lawson, *The Concept of Jurisdiction and Extraterritorial Acts of State*, in G.P.H. Kreijen e.a. (ed.), *State, Sovereignty and International Governance* (Oxford, 2002), pp. 281-297, nader uitgewerkt in *Life after Bankovic; on the extra-territorial reach of the ECHR*, bijdrage aan Seminar georganiseerd door het Centrum voor de Rechten van de Mens van de Universiteit van Maastricht over de extraterritoriale reikwijdte van mensenrechtenverdragen (23-26 januari 2003).

<sup>8)</sup> M.T. Kamminga, noot in NJCM-Bulletin, jrg. 27 (2002), pp. 631-641.

<sup>9)</sup> Gérard Cohen-Jonathan, noot in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, jrg. 13 (2002), pp. 1055-1082.

<sup>10)</sup> Elspeth Guild, *The Borders of Legal Orders: Challenging Exclusion of Foreigners*, in *Roma Rights Quarterly*, jrg. 2002, nr. 2, pp. 28-33.

dat bepaalde zeer fundamentele rechten van de mens als *ius cogens*, dwingende rechtsnormen, moeten worden beschouwd en als zodanig prevaleren boven andere internationale rechtsnormen.<sup>11)</sup> In de derde plaats is daar de politieke ontwikkeling, immens versterkt na de gebeurtenissen van 11 september 2001, van de strijd tegen het internationale terrorisme die in menig opzicht bedreigend is voor de rechten van de mens door uitoefening van ongecontroleerde feitelijke macht, gericht op fysieke uitschakeling van mensen, met in principe de gehele wereld als strijdtoneel. Het is nog onduidelijk wat deze ontwikkeling betekent in termen van rechtsmacht van afzonderlijke staten, maar zoveel is zeker dat deze ontwikkeling de behoefte doet toenemen van een versterkt internationaal toezicht op de naleving van de rechten van de mens, ongeacht territoriale en jurisdictionele grenzen.

8. Het is van eminent belang, ook erkend in de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, dat mensenrechtenverdragen op dynamische wijze worden geïnterpreteerd en toegepast in het licht van hedendaagse ontwikkelingen (zie met name rechtsoverweging 64 in *Bankovic*). Het Hof heeft er herhaaldelijk blijk van gegeven deze ontwikkelingen te verstaan en het Europese Verdrag dienovereenkomstig te interpreteren, ook waar de extraterritoriale reikwijdte van het verdrag aan de orde was. Ik kom hierop terug. Gelet op de formulering van artikel 1 EVRM en de bezwaren die door verdragspartijen, als verweerders, werden aangevoerd dat klagers niet onder de rechtsmacht van de verweerders vielen, zou het natuurlijk klagers goed van pas komen indien zij zich zouden kunnen beroepen op van toepassing zijnde andere internationale instrumenten die genoemde rechtsmachtclausule niet bevatten. In dit verband is van belang het humanitaire recht dat geldt ten tijde van internationale gewapende en niet-internationale gewapende conflicten, met name de Geneefse Conventies van 1949 en de twee Additionele Protocollen van 1977. Anders dan het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (en andere internationale en regionale mensenrechtenverdragen) maakt artikel 1 van de Geneefse Verdragen geen gewag van het beginsel van rechtsmacht der verdragspartijen maar legt een afzonderlijke en gezamenlijke verantwoordelijkheid op aan verdragspartijen en ter verzekering van de eerbiediging van de verdragen (“undertake to respect and to ensure respect”) (cursivering door TvB). Het Europese Hof heeft in *Bankovic* niet nageleten hierop de aandacht te vestigen. Al met al boden de Geneefse Conventies van 1949 en de Additionele Protocollen van 1977 aan de klagers in procesrechtelijke zin geen soelaas. Immers, het Europese Hof had alleen te oordelen over de toepasselijkheid van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens. Bovendien, de Geneefse verdragen en protocollen kennen (nog) geen individueel klachtrecht.<sup>12)</sup>

#### *Het Europese Hof en de reikwijdte van extraterritoriale grenzen*

9. Zoals reeds opgemerkt, het Europese Hof heeft zich in zijn uitspraak geconcentreerd op betekenis en omvang van het begrip “rechtsmacht” in artikel 1 EVRM en heeft zich, gelet op eerdere jurisprudentie, beraden over de vraag waar de grenzen liggen van de extraterritoriale rechtsmacht van de verdragspartijen. In concreto ging het in *Bankovic* om klagers die als Joegoslavische onderdanen en inwoners van Joegoslavië getroffen waren door een NAVO bombardement op een Servisch radio en TV station, waarbij 16 personen om het leven kwamen. De rechtsvraag waar het Hof zich over boog was niet de

<sup>11)</sup> Zie uitvoerig Ian D. Seiderman, *Hierarchy in International Law; The Human Rights Dimension*, School of Human Rights Research, Nr. 9 (2001), dissertatie Universiteit Utrecht.

<sup>12)</sup> Er worden evenwel stappen gezet, in niet-gouvernementele kringen, om te komen tot een Draft Protocol Establishing an Individual Complaints Procedure for Violations or International Humanitarian Law.



aansprakelijkheid van de NAVO en van haar lidstaten voor de wijze waarop deze aanval was uitgevoerd en de gevolgen daarvan in termen van schending van mensenrechten, met name het recht op leven, maar de vraag of klagers als slachtoffers, Joegoslaven in Joegoslavië, ressorteerden onder de rechtsmacht van verdragspartijen in de zin van artikel 1 EVRM. Voor alle duidelijkheid, Joegoslavië zelf is geen partij bij het EVRM.

10. Het Hof kon er niet aan voorbijgaan dat in eerdere jurisprudentie, betrekking hebbend op schendingen van mensenrechten in Noord-Cyprus (de “Turkish Republic of Northern Cyprus”) en waarbij Turkije als verweerder optrad, deze schendingen aan Turkije werden toegerekend in weerwil van het verweer van Turkije dat het geen rechtsmacht uitoefende op Noord-Cyprus. Aldus stelde het Hof in de zaak Cyprus - Turkije (2001) onder aanhaling van zijn eerdere uitspraken in Loizidou - Turkije (preliminaire fase (1995) en einduitspraak (1996)):

“[...] under its established case-law the concept of “jurisdiction” under Article 1 of the Convention is not restricted to the national territory of the Contracting States. Accordingly, the responsibility of the Contracting States can be involved by acts or omissions of their authorities which produce effects outside their own territory. Of particular significance to the present case the Court held, in conformity with the relevant principles of international law governing State responsibility, that the responsibility of a Contracting Party could also arise when as a consequence of military actions - whether lawful or unlawful - it exercises effective control of an area outside its national territory[...].”

Weliswaar stelde het Hof in rechtsoverweging 71 van Bankovic dat zijn erkenning van de uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht door een verdragspartij “exceptioneel” is, maar dat in die gevallen waar sprake is van feitelijke machtsuitoefening (“effective control”), zoals door Turkije in Noord-Cyprus, of militaire bezetting dan wel uitoefening van openbaar gezag door een regering met uitdrukkelijke of stilzwijgende instemming van de de iure autoriteiten, de uitoefening van de feitelijke macht door een staat tevens zijn rechtsmacht impliceert. Het sleutelwoord is hier “effective control”.

Het Hof oordeelde dat de situatie van Joegoslavië wel onderscheiden moest worden van die van Noord-Cyprus. In het laatste geval was sprake, aldus het Hof, van een betreurenswaardig vacuüm in het systeem van de rechtsbescherming van het Europese Verdrag, omdat verdragspartij Turkije als feitelijke machthebber zijn verplichtingen krachtens het verdrag ten opzichte van de inwoners van Noord-Cyprus niet nakwam en verdragspartij Cyprus niet bij machte was aldaar zijn verdragsverplichtingen te vervallen. Anders dan Turkije in Noord-Cyprus oefenden geen der verdragspartijen, aldus het Hof, “effective control” uit over Joegoslavië (ondanks het militaire luchtoverwicht van de NAVO-leden) en het Hof benadrukte het regionaal-europese karakter van het beschermingssysteem van het Europese Verdrag:

“[...] the Convention is a multi-lateral treaty operating, subject to Article 56 of the Convention, in an essentially regional context and notably in the legal space (espace juridique) of the Contracting States. The Federal Republic of Yugoslavia does not fall within the legal space. The Convention was not designed to be applied throughout the world, even in respect of the conduct of Contracting States...”. (rechtsoverweging 80).

11. Hoewel het Hof in zijn samenstelling van de Grote Kamer eenstemmig tot zijn oordeel kwam om klagers niet ontvankelijk te verklaren bij afwezigheid, volgens het Hof, van een “jurisdictional link” tussen de slachtoffers en de verwerende verdragspartijen, kan toch wel een aantal kritische kanttekeningen worden gemaakt bij de redenering en uitspraak van het Hof in de zaak Bankovic. Deze kanttekeningen betreffen het gemak waarmee het Hof voorbijgaat aan eerdere ontvankelijkheidsbeslissingen in zaken met een extra-

*territoriaal bereik, de feitelijke vrijwaring door het Hof van verantwoordelijkheid van verdragspartijen voor daden die hun effect hebben buiten de Europese verdragsruimte en, last but not least, het inroepen door het Hof van leerstukken van klassiek volkenrecht om daarmee het speciale karakter van de bescherming van de rechten van de mens in het kader van het Europese Verdrag te beperken.*

#### *Kritische kanttekeningen*

12. *Klagers hadden erop gewezen dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens nog kort geleden, in een aantal zaken, waarbij schending van fundamentele rechten van de mens door een verdragspartij buiten het Europese verdragsgebied aangevoerd was, de jurisdictievraag niet had opgeworpen en tot ontvankelijkheid besloten had. Het betrof hier onder meer de zaken Issa e.a.-Turkije (Appl. 3182/96) en Öcalan-Turkije (Appl. 46221/99). In eerstgenoemde zaak waren Turkse troepen Noord-Irak binnengedrongen en hadden zij, aldus de klacht, een aantal schaapherders gearresteerd en gedood. De andere zaak, welbekend, betrof de leider van de Koerdische PKK die door leden van de Turkse Veiligheidsdienst in Kenia was vastgenomen (gekidnapt) en vervolgens naar Turkije was overgebracht. Het Hof argumenteerde dat in deze zaken de verwerende partij, in casu Turkije, de jurisdictievraag niet als preliminair bezwaar had opgeworpen, terwijl in Bankovic de verwerende verdragspartijen zulks wel hadden gedaan (rechtsoverweging 81). Indien inderdaad de kwestie van extraterritoriale rechtsmacht een zodanig principiële vraag is als in Bankovic wordt beargumenteerd, dan valt niet goed te begrijpen waarom het Hof in andere zaken aan deze vraag is voorbijgegaan omdat de verwerende partij deze niet had ingeroepen. Het Hof had dan toch uit eigen beweging, ex officio, die vraag aan de orde kunnen stellen. Nu kan niet anders dan de indruk ontstaan dat het Hof, ter wille van de politieke lading van de zaak Bankovic, één of meer stappen terug heeft gezet.*

13. *Vanuit de principiële optiek van de universaliteit van de rechten van de mens, waaraan ook gerefereerd wordt in de preambule van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens, valt moeilijk te verdedigen dat in de interpretatie van het Hof de Europese verdragspartijen weliswaar gehouden zijn binnen de Europese verdragsruimte de rechten en vrijheden van het Europese Verdrag te respecteren maar daarbuiten niet, althans volgens het beschermingssysteem van het Europese Verdrag. Dreigt hier niet het gevaar van een dubbele moraal als zou wat niet geoorloofd is jegens mensen binnen de Europese juridische ruimte wel geoorloofd is jegens hen die zich buiten deze ruimte bevinden? Weliswaar kan men het moeilijk oneens zijn met de retorische opmerking van het Hof dat het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens er niet toe dient dat een ieder, wie hij/zij ook is, die zich benadeeld acht (“adversely affected”) door een daad die aan een verdragspartij kan worden toegerekend, binnen de werkingssfeer van het Europese Verdrag kan worden gebracht (rechtsoverweging 75). Maar in Bankovic ging het niet zomaar om een willekeurig aangevoerde schending van het Verdrag maar om een klacht over schending van het meest fundamentele recht van de mens, het recht op leven. Had het Hof niet zwaarder moeten tillen aan de omstandigheid dat, zoals ik hierna nog aan de orde zal stellen en zoals het Hof in andere gevallen wel heeft gedaan, de rechtswaarde van de integriteit van het menselijk leven en de staatsaansprakelijkheid daarvoor voorrang dienen te hebben boven jurisdictionele beperkingen? Zoals zo vaak blijven slachtoffers in de kou staan. Het internationale humanitaire recht verschaft hen geen klachtrecht. Hoogstens zouden zij nog wel gebruik kunnen maken van het klachtrecht ingevolge het eerste Facultatieve Protocol bij het Internationale Verdrag van de*

*Verenigde Naties inzake Burgerlijke en Politieke Rechten.*<sup>13)</sup>

14. *Het Hof heeft in Bankovic er niet ten overvloede op gewezen dat het Europese Verdrag een "living instrument" is en moet worden geïnterpreteerd in het licht van hedendaagse omstandigheden (rechtsoverweging 64). Deze dynamische opvatting omtrent de toepassing van mensenrechtenverdragen is medebepalend ten aanzien van het speciale karakter van deze verdragen. In verband hiermee onderscheiden deze verdragen die op de bescherming van mensen gericht zijn zich van andere internationale overeenkomsten die veelal het wederkerigheidsbeginsel van soevereine staten tot uitgangspunt hadden. Dit specifieke beschermingskarakter ten gunste van mensen kwam bijvoorbeeld duidelijk tot uitdrukking in de bekende en toonaangevende Soering zaak (Ser. A, No. 161, 7 juli 1989) waarin het Hof bepaalde dat, indien een verdragspartij gegronde redenen heeft te veronderstellen dat een persoon, wanneer uitgeleverd aan de opeisende staat, een reëel risico loopt in die staat aan foltering te worden onderworpen, genoemde verdragspartij zich mogelijkerwijs zelf schuldig maakt aan schending van het folterverbod zoals vervat in Artikel 3 EVRM. Deze uitspraak van het Hof, vele malen bevestigd door het Hof zelf en ook verwoord in uitspraken van andere toezicht houdende mensenrechtenorganen, zoals het VN Comité voor de Rechten van de Mens en het Comité tegen Folteringen, is in twee opzichten hoogst significant. Ten eerste, het stelt een verdragspartij aansprakelijk voor extraterritoriale gevolgen van zijn daden die duidelijk voorzienbaar zijn en die een of meer zeer fundamentele rechten betreffen (in casu verbod van folteringen). Ten tweede, verplichtingen krachtens mensenrechtenverdragen kunnen prevaleren boven andere verdragsverplichtingen, zoals die welke voortvloeien uit uitleveringsverdragen.*<sup>14)</sup>

15. *Het is opmerkelijk dat in Bankovic het Hof met zoveel woorden lip-service betracht ten aanzien van het dynamische karakter van het Europese Verdrag maar voorts uitvoerig "relevant rules of international law" inroept om daarmee beperkingen aan te brengen in de beschermingssfeer van het Europese Verdrag. Met verwijzing naar de zaak Al-Adsani-Verenigd Koninkrijk (Appl. 35763/97, 21 november 2001) stelde het Hof dat "the Convention should be interpreted as far as possible in harmony with other principles of international law of which it forms part" (rechtsoverweging 57 in Bankovic). In Al-Adsani was klager ernstig gefolterd in Koeweit en trachtte hij via een civiele vordering tegen de staat Koeweit rechtsherstel te krijgen bij Engelse rechters. Deze weigerden de claim te honoreren omdat zij meenden daartoe onbevoegd te zijn op grond van het beginsel van immuniteit van vreemde staten, een klassiek beginsel van het internationale recht. Voor het Europese Hof baseerde klager zich op het in Artikel 6 (1) EVRM vervatte recht op toegang tot een onafhankelijke rechter. Het Europese Hof, ook in Al-Adsani in Grote Kamer bijeen, erkende weliswaar uitdrukkelijk dat het verbod van folteringen tot ius cogens gerekend moest worden maar dat in civiele claims het beginsel van staatsimmuniteit een legitieme beperking vormde van het recht op toegang tot een onafhankelijke*

<sup>13)</sup> Deze mogelijkheid is in theorie nog steeds aanwezig. Terwijl de meeste internationale klachtprocedures opeenvolging van dezelfde klacht bij verschillende internationale juridische instanties uitsluiten (*una via electa, secunda non datur*), is zulks niet het geval voor wat betreft het mensenrechtencomité krachtens het eerste Facultatieve Protocol. De meeste verdragspartijen bij het EVRM hebben op dit punt een voorbehoud gemaakt, maar Nederland en enkele andere Europese landen hebben dit voorbehoud niet gemaakt. Ten aanzien van hen geldt dus niet de belemmering om bij het mensenrechtencomité de *Bankovic* procedure opnieuw te starten. Zie T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en E.R. Rieter, *Procederen over Mensenrechten onder EVRM, het IVBPR en ander VN-Verdragen*, Ars Aequi Libri, 2002, blz. 98-99.

<sup>14)</sup> Zie nader A.L. Smeulers, *In Staat van Uitlevering*, dissertatie Universiteit Maastricht (2003), in het bijzonder hoofdstuk 1(3) over conflicterende verdragsverplichtingen (blz. 73-109).

rechter. Hier werd overigens de uitspraak van het Hof door de kleinst mogelijke meerderheid onderschreven (8 tegen 7). Een aantal rechters behorend tot de minderheid stelde: *“The prohibition of torture, being a rule of jus cogens, acts in the international sphere and deprives the rule of sovereign immunity of all its legal effects in that sphere”*.

16. In zijn annotatie trekt Cohen Jonathan een parallel tussen Bankovic en Al-Adsani. In beide uitspraken deed het Europese Hof op uitvoerige wijze een beroep op leerstukken van het klassieke volkenrecht aangaande soevereiniteit van staten, namelijk die betreffende rechtsmacht van staten en de immuniteit van staten, om een beperkende (wel te verstaan “realistische”) uitleg te geven aan de werking van het Europese Verdrag van de Rechten van de Mens.<sup>15)</sup> De vraag is hoe een dergelijke beperkende uitleg zich verhoudt tot de aard van de rechten die in het geding zijn en waarop klagers zich beroepen. Mede onder invloed van Turkse zaken die in de afgelopen jaren aan het Hof werden voorgelegd en die in het bijzonder ernstige schendingen betroffen van zeer fundamentele rechten, zoals het recht op leven en het folterverbod (Art. 2 en 3 EVRM), heeft het Hof aan deze rechten, die “notstandfest” zijn ingevolge artikel 15 EVRM, een speciale status verleend in de hiërarchie van mensenrechten. Zo insisteert het Hof dat op verdragspartijen positieve verplichtingen rusten en dat zij een effectief onderzoek moeten instellen wanneer deze rechten in het geding zijn en is het ruimhartiger geworden in het verlenen van genoegdoening resp. compensatie aan slachtoffers van schending van deze rechten. In eerdergenoemde Soering en Al-Adsani zaken waren juist deze rechten aan de orde, waarbij in laatstgenoemde zaak het Hof overigens tot de opmerkelijke uitspraak kwam dat het folterverbod tot een *ius cogens* norm gerekend moest worden, maar waaruit alleen de dissenters een voor de hand liggende conclusie trokken.

17. Vooral in documenten van de Verenigde Naties doet de stelling opgeld dat alle rechten van de mens een ondeelbaar en onderling samenhangend geheel vormen.<sup>16)</sup> In globale zin ben ik het hiermee eens, maar niettemin meen ik dat binnen het samenstel van mensenrechten die rechten welke direct betrekking hebben op de fysieke integriteit van de menselijke persoon, het recht op leven en het folterverbod, een speciale plaats innemen. In Bankovic was niet aan de orde of het gehele veld van rechten dat bescherming vindt in het Europese Verdrag en daarbij behorende protocollen, buiten de territoriale werking viel van het Europese Verdrag, maar juist om het meest fundamentele recht, het recht op leven dat ook in oorlogstijd beschermd moet worden.<sup>17)</sup> Er zou alle aanleiding zijn geweest dat het Europese Hof, de lijn van Soering doortrekkend, zich de vraag had gesteld of verdragspartijen als leden van de NAVO, door de beslissing te nemen tot uitvoering van een militaire luchtaanval op het Servische radio en TV station in Belgrado, daarmee een voorzienbaar en reëel risico gecreëerd hadden van willekeurige schending van het recht op leven van Joegoslavische burgers. Het Hof zou dan alle feiten en omstandigheden van deze militaire aanval en van de daaraan voorafgaande besluitvorming hebben moeten onderzoeken om te concluderen of al dan niet sprake was van schending Artikel 2 EVRM. Het Hof heeft kennelijk niet gewild zijn vingers te branden aan deze politiek beladen kwestie door de klacht niet ontvankelijk te verklaren en dus niet toe te komen aan een inhoudelijke toetsing van Artikel 2 EVRM. De slachtoffers bleven in de kou staan.

Theo van Boven

<sup>15)</sup> Cohen-Jonathan, noot 7 *supra*, pp.1078-1079.

<sup>16)</sup> Een veel aangehaalde tekst is de eerste zin van para. 5 van de Vienna Declaration van de VN Wereldconferentie inzake de Rechten van de Mens (25 januari 1993), luidende: *“All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated”*.

<sup>17)</sup> Zie nader Internationaal Gerechtshof, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advise-rende Uitspraak, 8 juli 1996, para. 25.

## OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

### ‘Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties’

**Symposium op 22 mei 2003 in het Vredespaleis te Den Haag  
ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan van het Militair Rechtelijk Tijdschrift**

#### *Vredesoperaties en geweldgebruik*

Het bevorderen van de internationale rechtsorde en stabiliteit door deelname aan crisis-beheersings-, vredes- en humanitaire operaties is in de afgelopen jaren in toenemende mate het gezicht van Defensie gaan bepalen. Dat bij het herstellen van de rechtsorde in bepaalde gevallen de wapens ter hand moeten worden genomen, is onvermijdelijk. Die strijd kan nodig zijn voor zelfverdediging, maar er kan ook door de internationale gemeenschap om worden gevraagd, wanneer het politieke proces niet tot een goed einde is gebracht.

De mogelijkheid bestaat dat er tijdens vredesoperaties enige tijd en met hoge intensiteit geweld wordt gebruikt. Voorbeelden van situaties zijn: luchtaanvallen op grond- en luchtdoelen en artilleriebeschietingen om vuursteunmiddelen van een partij in het conflict te neutraliseren. Op welke wijze worden de eisen van het internationaal humanitair oorlogsrecht in het *targeting process* en in de doctrine verwerkt? En welke invloed heeft de ervaring uit recente vredesoperaties op de *rules of engagement* voor VN vredesoperaties? Wat is de betekenis van de geweldsinstructie voor de individuele militair? Welke positie heeft de militair, voor wie het gebruik van militaire middelen de mogelijkheid met zich brengt dat hij in aanraking komt met het (nationale of internationale) strafrecht?

Juist commandanten moeten bekend zijn met de hoofdlijnen van dit rechtsgebied; een gebied dat raakt aan militaire, politieke, internationaal-rechtelijke, maar ook ethische vraagstukken.

#### *Thema symposium*

Dit zijn thema's voor een symposium dat op 22 mei a.s. in het Vredespaleis te Den Haag zal worden gehouden ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan van het Militair Rechtelijk Tijdschrift. Het overkoepelende thema, "Geweldgebruik in het kader van Vredesoperaties", wordt op unieke wijze, door zowel gezaghebbende militairen uit de praktijk als gezaghebbende sprekers uit de (rechts-) wetenschap en door beleidsmakers in een prikkelende discussie in drie modules uitgewerkt. Aanwezigen krijgen ruim de gelegenheid aan de discussie deel te nemen.

Uitnodigingen voor deelname aan het symposium zijn op naam verstuurd. Er is naar verwachting echter een aantal plaatsen beschikbaar voor overige geïnteresseerden. Wilt u het symposium bijwonen dan kunt u zich uiterlijk 15 mei 2003 aanmelden bij Mevr. S. Khemai-Ramawadhoebe, Stafgroep Juridische Zaken Koninklijke Luchtmacht, telefoon 070-3397428, e-mailadres [stgjz@bdl.af.dnet.mindef.nl](mailto:stgjz@bdl.af.dnet.mindef.nl)

*Programma*

- v.a. 12.00 uur    Ontvangst met broodjeslunch in de Academiezaal van het Vredespaleis
- 12.45            Welkomstwoord door de voorzitter van de Militair Rechtelijke Vereniging
- 12.50            Opening door de Directeur Juridische Zaken van het Ministerie van Defensie, Dr. S.B. Ybema
- 13.00            Inleiding door de dagvoorzitter, Prof. Mr. N. Keijzer, raadsheer in buitengewone dienst van de Hoge Raad der Nederlanden en em. hoogleraar Internationaal strafrecht aan de Universiteit van Tilburg
- 13.15            Module 1 “Vredesoperaties en humanitair oorlogsrecht” (Targeting process) door Prof. Dr. T. Gill, hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam en universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht, coreferent generaal-majoor b.d. (KLu) Th. Bakker.
- 14.10            Module 2 “Rules of engagement” (Leidt de integratie van politieke, operationele en juridische aspecten in de ROE in het kader van vredesmissies tot vage, multi-interpretabele regels?) door Drs J.F.R. Boddens Hosang, juridisch beleidsadviseur bij de Directie Juridische Zaken van het Ministerie van Defensie, coreferent Generaal-majoor J.A. van Diepenbrugge, plaatsvervangend Bevelhebber der Landstrijdkrachten.
- Ca. 15.00        Pauze
- 15.30            Module 3 “Geweldsinstructie vanuit strafrechtelijk perspectief” (Geweldsinstructies op het niveau van de individuele militair, met aandacht voor recente jurisprudentie in binnen en buitenland en voor mogelijke strafrechtelijke aansprakelijkheid van individuele Nederlandse militairen) door Schout-bij-nacht b.d. en em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam Prof. Mr G.L. Coolen, coreferent Mr N. Jörg, Advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden.
- 16.20            Korte samenvatting door de dagvoorzitter.
- 16.35            Afsluitend woord van de voorzitter van de redactie van het Militair Rechtelijk Tijdschrift, generaal-majoor b.d. (KLu) Mr A.J.T. Dörenberg.
- 16.45            Aanvang informeel gedeelte van het programma

In mijn bijdrage *Het algemeen militair ambtenarenreglement onder de loep: het vergoeden van schade* (MRT 2003, p.79) wordt in noot 4 verwezen naar HR 28 februari 1992, TAR 1992, nr. 86 (*Changoe-arrest*). Inmiddels is de Hoge Raad van het in dit arrest neergelegde standpunt teruggekomen. Zie HR 15 november 2002, TAR 2003, nr. 12.

*G.L. Coolen*

### **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 <i>A.J.T. Dörenberg</i> , Generaal-majoor Klu b.d.
Secretaris/penningmeester	Mr <i>J.F. Stinissen</i> , Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst;
Leden:	
voor de Koninklijke landmacht:	Mr <i>A. C. Zuidema</i> , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke luchtmacht:	Mr <i>J.P. de Jong</i> , Hoofd Stafgroep Juridische Zaken HK Klu;
voor de Koninklijke marine:	Mr <i>W.E. Louwerse</i> , Kapitein ter zee;
voor de Centrale Organisatie:	Mr <i>J.J. Buirma</i> , Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Mr <i>G.L. Coolen</i> ,	Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Prof. Dr. <i>T.D. Gill</i>	Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht en bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Mr <i>N. Jörg</i> ,	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden;
Prof. Mr <i>Th. A. de Roos</i> ,	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Straffprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden;
Mr <i>W.J. Schmitz</i> ,	Hoofd Procesondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van het ABP;
Mr <i>G.F. Walgemoed</i> ,	Kolonel van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	NAPO 801-MS12, 3509 VP Utrecht

VASTE MEDEWERKERS:

Mr *Th. J. Clarenbeek*, Oud-Coördinerend-vice-president van de Arrondissementsrechtbank te Utrecht, res. Kolonel van de Militair Juridische Dienst b.d.;

Prof. Mr *N. Keijzer*, Raadsheer in buitengewone dienst van de Hoge Raad der Nederlanden en em. hoogleraar Internationaal Strafrecht aan de Universiteit van Tilburg.

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

WIJZE VAN UITGAVE:

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

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1-2003 € 36,75. Men abonneert zich bij Sdu Servicecentrum Uitgevers, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. tel.: 070-378 9880, fax: 070-378 9783, e-mail: [sdu@sdu.nl](mailto:sdu@sdu.nl), of bij zijn boekhandelaar. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 3,95. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar tegen de prijs van € 20,15.

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 Servicecentrum Uitgevers, postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op [www.sdu.nl](http://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 het 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 op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVI

Mei 2003

Aflevering

5

Sdu Uitgevers

# INHOUD

## Bijdragen

De geestelijke gewapend; door Mr. H.J.J. Talsma.....	161
--	-----

## Tuchtrechtspraak

Ah 10.02.03	<b>Terminologie ‘doen van een uitspraak’; onderhandelen over termijnen; heropening van het onderzoek</b> a. Wat wordt bedoeld met ‘doen van een uitspraak’? b. Over termijnen in het militair tuchtrecht kan niet worden onderhandeld. c. De beslissing in een tuchtprocedure kan ook luiden: heropening van het onderzoek.....	166
-------------	--	-----

## Bestuursrechtspraak

CRvB 05.09.02	<b>Belast met waarneming?</b> Uit art. 25 AMAR i.v.m. de vaste jurisprudentie van de Raad vloeit voort dat als regel van functiewaarneming slechts sprake kan zijn indien de militair door de bevoegde autoriteit <i>vooraf formeel</i> met de waarneming is belast. In casu dient op deze regel een uitzondering te worden aanvaard. (Naschrift G.L.C.).....	170
CRvB 26.09.02	<b>Niet de vereiste objectiviteit II</b> Beoordeling majoor van de KL. In casu een zodanig bijzondere situatie aanwezig dat de beoordeling niet op voldoende objectieve wijze door de tweedele beoordelaar kon worden vastgesteld.....	174
CRvB 10.10.02	<b>Een toereikende feitelijke grondslag</b> Beoordeling militair Klu met als totaal-oordeel de score AB. Beoordeling berust niet op onvoldoende gronden.....	177
CRvB 17.10.02	<b>Zes gram softdrugs</b> Ontslag soldaat KLu op grond van wangedrag (AMAR art. 39, tweede lid, aanhef en onder l) wegens bezit van zes gram softdrugs. Bevestiging van de hoofdlijn van het drugsbeleid binnen de krijgsmacht: Bij constatering van bezit of gebruik van drugs wordt overgegaan tot ontslag op grond van wangedrag.....	180
CRvB 25.10.02	<b>Medische beoordelingsfout is geen ongeval</b> OP grond van artikel 147 AMAR moet van elk ongeval een proces-verbaal worden opgemaakt. De minister bepaalt vervolgens of het ongeval wel of geen verband houdt met de uitoefening van de dienst. Omdat medisch handelen of nalaten geen ongeval is behoeft de vraag met betrekking tot het verband in dat geval niet te worden beantwoord (Naschrift W.J.S.).....	182
CRvB 07.11.02	<b>Ontslag wegens onvoldoende functioneren – II</b> Ontslag sergeant mariniers wegens onbekwaamheid/ ongeschiktheid (AMAR art. 39, tweede lid, aanhef en onder f) op basis van meerdere beoordelingen met tekortkomingen. Betrokkene bleek in operationele omstandigheden onvoldoende te functioneren.....	185

## Wetgeving

Overzicht tot stand gekomen en aanhangige wetgeving; door Mr. J.B. Miete.....	189
---	-----

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

## BIJDRAGEN

### De geestelijke gewapend

door

MR. H.J.J. TALSMA\*)

#### 1. Inleiding

Op de website van de Dienst geestelijke verzorging van het Ministerie van Defensie staat onder meer een lijst met veel gestelde vragen over het werk als geestelijk verzorger binnen de krijgsmacht. Een van die vragen is: “Draagt een geestelijk verzorger een wapen? Het antwoord dat de makers van de site geven is stellig; “Nee. Strikt genomen (volgens de conventie van Genève) mag hij/zij dat niet eens. (...) Bij oefeningen en bij een gewapend conflict of ander operationeel optreden draagt een geestelijk verzorger geen wapen.”<sup>1)</sup>)

Hoe stellig en helder dit antwoord ook is, in de praktijk blijkt de bewapeningskwestie nog regelmatig onderwerp van discussie te zijn. In onveilige situaties tijdens een uitzending of bij een dreigende escalatie vragen bevelvoerende militairen en geestelijk verzorgers soms expliciet om bewapening van deze laatste groep, teneinde hen in staat te stellen zichzelf te verdedigen. Formeel vastgelegd en Defensiebreed beleid op dit punt is er echter niet en gelet op de ernst van het onderwerp mag dat een gemis heten. Op internationaal vlak lopen de gebruiken op dit punt sterk uiteen. In dit artikel wil ik trachten een antwoord te vinden op de vraag naar de juridische toelaatbaarheid van het bewapenen van geestelijk verzorgers en de lijn die de Nederlandse krijgsmacht hierin zou moeten kiezen. Daarbij ga ik ervan uit dat die bewapening uitsluitend bedoeld is ten behoeve van zelfverdediging en niet voor actieve deelname aan enig gewapend conflict. Allereerst zal de weergegeven vraagstelling getoetst worden aan relevante nationale wetgeving, in casu de Wet wapens en munitie en de daarop gebaseerde Regeling wapens en munitie krijgsmacht personeel 1997. Daarna volgt een behandeling vanuit het internationale recht. De conclusie gaat vergezeld van een aanbeveling.

#### 2. Nationaal recht

##### 2.1 Wet wapens en munitie

Om het ongecontroleerde bezit en gebruik van wapens tegen te gaan en de toegestane vormen daarvan te reguleren, heeft de wetgever gekozen voor een regeling in de vorm van bijzonder strafrecht, namelijk de Wet wapens en munitie. (WWM) Wapens zijn in vier, munitie in drie categorieën opgedeeld en vervolgens is in de wet vastgelegd wie onder welke voorwaarden een bepaald wapen, munitie of delen daarvan voorhanden mag hebben. Een uitgebreide behandeling van de Wet wapens en munitie valt buiten het bestek van dit artikel, maar grofweg kan gezegd worden dat het voorhanden hebben van een vuurwapen verboden is, tenzij men in het bezit is van een vergunning.<sup>2)</sup> Voor bijzondere over-

\*) LTZA2 KMR, RAIO in de Rechtbank 's-Gravenhage.

<sup>1)</sup> <http://www.bims.mindf.nl/dgv/faq/>

<sup>2)</sup> Zie voor een uitgebreide behandeling van de WWM: - Finkelberg, Ham e.a. (red.): *Handboek vuurwapens*, Koninklijke Vermande, Lelystad, (losbl.). - De Jong & Krabbe (red.): *De wet wapens en munitie. Een strafrechtelijk commentaar*, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1989.

heidsdiensten als de politie en de krijgsmacht en voor bepaalde groepen buitengewone opsporingsambtenaren maakt artikel 3a WWM een uitzondering. Zo is een aantal nader genoemde verbodsbepalingen uit de Wet wapens en munitie niet van toepassing op de krijgsmacht. “Zij zijn evenmin van toepassing op personen die daarvan deel uitmaken of daarvoor werkzaam zijn, voor zover Onze Minister van Defensie dit bij regeling heeft bepaald.” Deze omschrijving is erg ruim en biedt de minister in beginsel de mogelijkheid om niet alleen militair personeel, maar ook burgerambtenaren toe te staan een wapen te dragen.

### *2.2 Regeling wapens en munitie krijgsmachtspersoneel 1997*

Ter uitvoering van artikel 3a WWM heeft de Minister van Defensie de Regeling wapens en munitie krijgsmachtspersoneel opgesteld.<sup>3)</sup> Deze regeling onderscheidt vier categorieën van personen die toestemming kunnen krijgen om met wapens om te gaan:

1. Nederlandse en niet-Nederlandse militairen in werkelijke dienst;
2. Burgerambtenaren in dienst van de Minister van Defensie, belast met de uitoefening van de beveiligings- of bewakingstaak;
3. Burgerambtenaren in dienst van de Minister van Defensie, werkzaam bij een materieel-beproeuvings- of onderhoudsafdeling dan wel werkzaam bij een schietinrichting of vervoersdienst van wapens en munitie;
4. Civiele contractspartijen, voor zover deze door Onze Minister van Defensie zijn belast met het vervoer van wapens of munitie.

Als het gaat om geestelijk verzorgers is het evident dat zij niet behoren tot de categorieën 2, 3 en 4 en aangezien zij (naar ik bekend veronderstel) evenmin de hoedanigheid van militair bezitten, vallen zij dus niet binnen het bereik van de Regeling wapens en munitie krijgsmachtspersoneel. Dit betekent dat het geestelijk verzorgers volgens nationaal recht verboden is zonder vergunning een wapen voorhanden te hebben en dat zij daarvoor in beginsel strafrechtelijk vervolgd kunnen worden. Wel dient hierbij te worden aangetekend dat de geestelijk verzorger - als niet-militair - niet valt onder het adagium van de “loi du drapeau”, inhoudende dat het recht van het land onder wiens vlag de militair dient, hem overal volgt.<sup>4)</sup> Voor burgers is de werking van de Wet wapens en munitie en van de daarop gebaseerde regeling territoriaal beperkt tot Nederlands grondgebied. De geestelijk verzorger die tijdens een missie in het buitenland een wapen draagt, is naar Nederlands recht dan ook pas strafbaar wanneer de wet in het land waar het feit is begaan op dat feit eveneens een straf stelt.<sup>5)</sup> Deze beperkte toepasselijkheid van de Nederlandse strafwet op burgers in het buitenland kan echter natuurlijk nooit de juridische grondslag vormen voor het toestaan van bewapening van een geestelijk verzorger. Daarvoor is niets minder dan een wijziging van de Regeling wapens en munitie krijgsmachtspersoneel vereist.

## **3. Internationaal recht**

### *3.1 De verdragen van Genève en de aanvullende protocollen*

Wanneer sprake is van een internationaal gewapend conflict, is het oorlogsrecht van toepassing. Dit is neergelegd in de verdragen van Genève en de aanvullingen daarop. Een

<sup>3)</sup> Regeling van 23 december 1996, Stcrt. 1996, 250.

<sup>4)</sup> Zie de uitwerking hiervan in art. 4 Wetboek van Militair Strafrecht.

<sup>5)</sup> Vgl. artikel 5, eerste lid, onder 2° Sr.

aantal oorlogsrechtelijke bepalingen is gewijd aan de bijzondere positie van de aan de krijgsmacht verbonden geestelijk verzorger. Het zou te ver voeren om die positie in zijn algemeenheid binnen het kader van dit artikel uitgebreid te bespreken. Voor een heldere en beknopte behandeling zij verwezen naar wat Coolen hierover schrijft.<sup>6)</sup> Wel is het hier van belang om aan te halen dat artikel 15 van het eerste aanvullende protocol de bescherming van geestelijke verzorgers uitdrukkelijk ook toekent aan burgerlijke geestelijke verzorgers. Anders dan naar nationaal recht, zoals hierboven besproken, brengt het al dan niet hebben van de hoedanigheid van militair voor de geestelijk verzorger dus geen wijzigingen aan in diens ‘Geneefse rechtspositie’.

Wanneer het gaat om het gebruik van wapens, is het goed om in herinnering te roepen dat geestelijk verzorgers geen combattant zijn en dus ook niet het recht hebben om rechtstreeks aan de vijandelikheden deel te nemen.<sup>7)</sup> De beschermde positie van de geestelijk verzorger brengt met zich mee dat hij geen gevechtstaak mag uitvoeren. Het niet hebben van een dergelijke gevechtstaak vrijwaart de geestelijk verzorger echter niet van de mogelijkheid dat hij (mede) het doel is van een vijandelijke aanval. En daarmee komt de centrale vraag weer in beeld: is het in juridisch opzicht toelaatbaar om geestelijk verzorgers te bewapenen met het oog op zelfverdediging? Het hoofdbestuur van het Nederlandse Rode Kruis maakt er in een informatieve publicatie over de verdragen van Genève weinig woorden aan vuil: leden van het beschermde personeel (waaronder geestelijk verzorgers van de krijgsmacht) mogen worden bewapend ten behoeve van eigen verdediging of van onder hun hoede staande gewonden of zieken.<sup>8)</sup> Ipsen lijkt dezelfde mening toegedaan en hij voegt eraan toe dat het geneeskundig personeel en geestelijk verzorgers voor dit doel is toegestaan om kleine wapens (pistolen, geweren en halfautomatische wapens) te dragen en te gebruiken. Daarbij verwijst hij naar artikel 22 van het eerste verdrag, artikel 35 van het tweede verdrag en artikel 13 van het eerste aanvullende protocol.<sup>9)</sup> Overigens merkt Ipsen direct aansluitend op dat die toestemming om wapens te dragen wel naar nationaal recht verleend moet zijn.

Als we kijken naar de artikelen waarnaar Ipsen verwijst, dan valt op dat het daarin met name gaat over geneeskundig personeel, hospitaalschepen en medische inrichtingen. Het geestelijk verzorgend personeel komt niet of nauwelijks aan de orde en waar artikel 43 van het eerste aanvullende protocol uitdrukkelijk bepaalt dat militair geneeskundig personeel gerechtigd is tot zelfverdediging en tot verdediging van aan hun zorgen toevertrouwde zieke of gewonde militairen, ontbreekt een soortgelijke bepaling voor de geestelijk verzorger. Ipsen tekent hierbij - in schijnbare tegenstelling tot zijn eerder aangehaalde stellingname - aan dat het ‘zelfverdedigingsartikel’ uitsluitend van toepassing is op medisch personeel en dat het niet aldus mag worden uitgelegd dat het ook toegestaan is om geestelijk verzorgers te bewapenen ter zelfverdediging. Wel zou het een geestelijk verzorger op basis van het reciprociteitsbeginsel zijn toegestaan om zich gewapenderhand te verdedigen tegen een aanval, uitgevoerd in strijd met het oorlogsrecht.<sup>10)</sup>

<sup>6)</sup> G.L. Coolen: *Humanitair oorlogsrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink Deventer, 1998.

<sup>7)</sup> Vgl. R.M. Eiting: *Over de ‘Geneefse Conventie’, ‘unlawful combatants’ en de kenbaarheid van het oorlogsrecht*, MRT oktober 2002, p. 261 e.v.

<sup>8)</sup> Hoofdbestuur N.R.K.: *De verdragen van Genève*, september 1965, p. 23

<sup>9)</sup> Dieter Fleck (red.): *The handbook of humanitarian law in armed conflicts*, Oxford University Press 1995, p. 90

<sup>10)</sup> Fleck a.w. p. 91 en 92

Roderick O' Brien verklaart het ontbreken van een 'zelfverdedigingsartikel' voor geestelijk verzorgers door te stellen dat de verdragen van Genève de geestelijk verzorger geen pacifistische overtuiging willen opdringen en evenmin een overtuiging waarin het dragen en eventueel gebruiken van een wapen wel is toegestaan. Hij meent dat het aan de individuele geestelijk verzorgers moet worden overgelaten hierin een keuze te maken, maar dat het gebruik van een wapen ter zelfverdediging hen in principe is toegestaan.<sup>11)</sup>

Het internationale comité van het Rode Kruis in Genève ten slotte constateert dat de conventies zwijgen over de bewapening van geestelijken en dat een specifieke uitzonderingsbepaling, zoals die voor geneeskundig personeel geldt, voor geestelijk verzorgers niet bestaat. Op basis hiervan beveelt het comité aan dat geestelijken geen wapens zullen dragen.<sup>12)</sup>

Uit het vorenstaande moge duidelijk blijken dat de meningen en interpretaties op dit punt sterk uiteen lopen. De toepasselijke oorlogsrechtelijke bepalingen blinken niet uit in eenduidigheid en eenvoud. Men kan slechts stellen dat het humanitair oorlogsrecht het dragen van persoonlijke wapens door geestelijk verzorgers niet expliciet verbiedt. Behalve zo'n expliciet verbod ontbreekt echter evenzeer expliciete toestemming en in dat geval dient naar mijn mening, mede in het licht van de eerder aangehaalde nationale wetgeving, als uitgangspunt te gelden dat het geestelijk verzorgers niet is toegestaan een wapen te dragen.

### 3.2 NAVO-statusverdrag en SOFA's

Ook zonder dat er sprake is van een internationaal gewapend conflict, kunnen Nederlandse troepen in het buitenland worden ingezet. In zo'n geval zijn de verdragen van Genève niet van toepassing, maar gelden andere internationale normen. Wanneer Nederlandse militairen gestationeerd worden op het grondgebied van een van de lidstaten van de NAVO, is het NAVO-statusverdrag van toepassing.<sup>13)</sup> Dit verdrag geeft onder meer regels omtrent de rechtsmacht over de gelegerde militairen. Onder verwijzing naar de eerder aangehaalde 'loi du drapeau' wil ik hier slechts volstaan met aan te geven dat op grond van het NAVO-statusverdrag de nationale rechtsregels met voorrang blijven gelden. Voor Nederlandse geestelijk verzorgers blijven dus de Wet wapens en munitie en de Regeling wapens en munitie krijgsmachtpersoneel gelden. Hieruit volgt dat het geestelijk verzorgers ook onder het NAVO-statusverdrag niet is toegestaan een wapen te dragen.

In het kader van humanitaire- en vredesoperaties wordt ten aanzien van de te stationeren troepen vaak een overeenkomst gesloten tussen het uitzendende land of - in het geval van een VN-operatie - de secretaris-generaal van de Verenigde Naties en het ontvangende land, waar de operatie uitgevoerd zal worden. Het betreft hier een zogenaamd 'Status of forces agreement'. (SOFA)<sup>14)</sup> In zo'n overeenkomst wordt vaak de bepaling opgenomen dat het door Nederland ingezette personeel wapens mag dragen mits de op hen toepasselijke (nationale) voorschriften dat toestaan. Daarmee geldt voor een SOFA dus eigenlijk hetzelfde als voor het NAVO-statusverdrag en de gevolgtrekking daaruit is dan ook dezelfde.

<sup>11)</sup> Roderick O' Brien: *A manual of international humanitarian law for religious personnel*, Australian Red Cross, Victoria 1995, p. O.3 en O.4

<sup>12)</sup> *Model manual on the law of armed conflict*, ICRC Geneve 2000, p. 68

<sup>13)</sup> Trb. 1953, 10.

<sup>14)</sup> Zie voor een model-overeenkomst: United Nations General Assembly A/45/594 d.d. 9 oktober 1990, waarvan een uittreksel is opgenomen in het tweede deel van de losbladige bundel *Militair Straf- en Tuchtrecht*.

#### 4. Conclusie en aanbeveling

Uit vorenstaand overzicht van relevante nationale en internationale rechtsregels kan naar mijn mening slechts de conclusie worden getrokken dat er naar geldend recht niet voldoende grond is om het dragen van wapens door geestelijk verzorgers in juridisch opzicht toelaatbaar te achten. Een tamelijk eenvoudige wijziging van de Regeling wapens en munitie krijgsmachtpersoneel zou hierin weliswaar een substantiële verandering kunnen betekenen, maar zou tevens leiden tot een situatie die niet in overeenstemming is met het Geneefse oorlogsrecht. Alleen al om die reden is zo'n wijziging niet wenselijk.

Uitgangspunt van het beleid op dit punt zou dan ook moeten zijn dat geestelijk verzorgers niet bewapend worden. De belangrijkste aanbeveling die ik daarbij zou willen doen is een hele eenvoudige, namelijk duidelijke en eenduidige communicatie van krijgsmachtbreed geformuleerd beleid op basis van het genoemde uitgangspunt. De geestelijke verzorgers binnen Defensie, ongeacht het krijgsmachtdeel waarbinnen zij werken, hebben er recht op te weten waar zij 'de iure belli ac pacis' aan toe zijn en daartoe zijn vier regels op een website nog maar een schamel begin.

---

## TUCHTRECHTSPRAAK

### Rechtbank Arnhem

militaire kamer

Uitspraak in beroep van 10 februari 2003

T.Z. nr. 0001.03

*Voorzitter:* Mr. B.N. Crol; *rechter:* Mr. R.J.J. van Acht; *militair lid:* Lkol mr. A.M. van Gorp

### **Terminologie ‘doen van een uitspraak’; onderhandelen over termijnen; heropening van het onderzoek**

*a. Terminologie in de Wet militair tuchtrecht. Wat wordt bedoeld met ‘doen van een uitspraak’?*

*b. Over termijnen in het militair tuchtrecht kan niet worden onderhandeld.*

*In de tuchtprocedure in eerste aanleg komen de commandant en beschuldigde in verband met verlof van de laatste overeen de uitspraak later te doen dan in de WMT wordt aangegeven. De militaire kamer is van oordeel dat dit niet is toegestaan.*

*c. De beslissing in een tuchtprocedure kan ook luiden: heropening van het onderzoek.*

*De commandant brengt na de sluiting van het onderzoek nog een nieuw stuk in. De militaire kamer is van oordeel dat hiervoor het reeds gesloten onderzoek had moeten worden heropend.*

(WMT art. 62, 63, 76, 80h, 80p en 80q)

### UITSpraak

van de meervoudige militaire kamer van de rechtbank Arnhem, op het beroep van A., majoor, rnr. ...., geplaatst bij X, - hierna aangeduid als gestrafte - waarbij de hierna te noemen uitspraak wordt bestreden.

#### *Verloop van de procedure*

Aan gestrafte werd op 20 augustus 2002 een beschuldiging uitgereikt, luidend:

“ongoorloofde afwezigheid van 10 augustus 2002 vanaf ongeveer 20.00 uur tot 11 augustus 2002 ongeveer 20.00 uur, in strijd met de Base order en de walking out order het kamp verlaten zonder toestemming en zonder uit te schrijven, op een militaire plaats buiten Nederland”, met vermelding van artikel 7 en artikel 18 van de Wet militair tuchtrecht.

Het onderzoek in eerste aanleg vond plaats op 22 augustus 2002.

Op 04 september 2002 werd gestrafte door de commandant van X wegens schending van de gedragsregels van artikel 7 en artikel 18 van de Wet militair tuchtrecht gestraft met een berisping, op grond van de bewezen gedraging welke eensluidend is aan de hiervoor vermelde beschuldiging en werd de uitspraak aan hem uitgereikt.

Gestrafte heeft blijkens de “uitslag op beklag” tijdig, namelijk op 09 september 2002 een beklagschrift ingediend bij de beklagmeerdere.

Het beklag is op 25 september 2002 behandeld. De beklagmeerdere heeft op 26 september 2002 de beslissing op beklag gegeven. Deze beslissing houdt in dat de bestreden beslissing wordt bevestigd. De uitspraak op beklag is volgens het beklagformulier aan gestrafte uitgereikt op 25 september 2002. De militaire kamer is van oordeel dat het hier een kennelijke verschrijving betreft.



Gestrafte is in beroep gegaan tegen deze uitspraak op beklag door indiening van een beroepschrift op 30 september 2002. 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 9 oktober 2002.

Gestrafte stelt in zijn beroepschrift onder andere:

- Onder 'Gegevens':

*"Het onderzoek op rapport is, met het geven van het laatste woord aan mij, door Lkol B. beëindigd op 220802 te 09.10 uur";*

- Onder 'Het tuchtproces':

*"Na afsluiting van het onderzoek, op 220802 te 09.10 uur, werd mij door Lkol B. aangegeven dat hij pas uitspraak mocht doen 24 uur na sluiting van het onderzoek. Omdat dat zou vallen op de dag en tijd dat ik met R&R was, heb ik er mee ingestemd dat uitspraak na mijn verlof zou plaatsvinden (..).*

*Door de informatie van Lkol B. heb ik derhalve op basis van onjuiste informatie ingestemd met het uitstel van de uitspraak".*

Op 22 januari 2003 heeft de militaire kamer een aanvullende brief van luitenant-kolonel B. ontvangen.

In deze brief stelt luitenant-kolonel B. onder andere:

*'In overleg met de toen nog verdachte is besloten de uitspraak in deze zaak te doen na terugkeer van het verlof van majoor A. Aangezien majoor A. tijdens het onderzoek gebruik maakte van zijn zwijgrecht, en ik slechts beschikte over één bewijsmiddel, namelijk de schriftelijke verklaring van majoor C., heb ik het onderzoek nog niet gesloten, wel heb ik mondeling verklaard, na afloop van het onderzoek met majoor A. "dat ik genoeg wist".*

Voorts is uit de aanvullende brief gebleken dat luitenant-kolonel B. alvorens uitspraak te doen op 04 september 2002 een verklaring opgesteld door tweede luitenant D. ter hand heeft gesteld van majoor A. en zijn vertrouwensman, luitenant-kolonel E.

De zaak is in beroep onderzocht ter terechtzitting van 27 januari 2003. Gestrafte is ter terechtzitting van 27 januari 2003 gehoord. De gestrafte is ter terechtzitting bijgestaan door zijn vertrouwensman, mr. P. Reitsma, advocaat te Harderwijk.

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

De gestrafte confronteert ons met een nieuw gegeven. Hij heeft ons namelijk ter terechtzitting verteld waar hij die bewuste avond was. Ik vraag me echter af of dit leidt tot niet-strafbaarheid. Wat mij betreft heeft hij in strijd gehandeld met artikel 7 en artikel 18 van de Wet militair tuchtrecht. Uit zorgvuldigheidsoverweging zou de zaak aangehouden kunnen. Er dient dan na gegaan te worden of gestrafte voor dienst buiten de poort was die nacht. Ik kan me voorstellen dat de militaire kamer dit alsnog wil onderzoeken, maar mijns inziens was er geen uitzonderings situatie van toepassing en diende majoor A. zich aan de walking out policy te houden.

Ik ben van mening dat de bestreden uitspraak kan worden bevestigd, maar ik zal mij niet verzetten tegen aanhouding van het onderzoek.

Verdachte en zijn vertrouwensman hebben het woord ter verdediging gevoerd.

De vertrouwensman van gestrafte heeft primair het verweer gevoerd dat de beslissing van de beklagmeerdere dient te worden vernietigd en dat gestrafte dient te worden vrijgesproken. Volgens de raadsman is gebleken dat luitenant-kolonel B. het onderzoek reeds op 22 augustus 2002 had gesloten. Het was dan ook niet mogelijk om op 04 september 2002 nog een verklaring, in dit geval de verklaring van tweede luitenant D., toe te voegen. Voorts stelt de raadsman subsidiair dat luitenant-kolonel B. zich ten aanzien van de beslis-

sing niet aan de fundamentele termijn zoals vastgesteld in artikel 76 eerste lid van de Wet militair tuchtrecht heeft gehouden. Meer subsidiair heeft de raadsman aangevoerd dat niet is vast komen te staan dat gestrafte aan het passagieren was en dat de Walking Out Policy op gestrafte van toepassing was.

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

#### *De motivering van de beslissing*

Gestrafte beklagt zich in zijn beroepschrift over het tuchtproces in eerste aanleg. De militaire kamer stelt zich op het standpunt dat het beroepschrift zodanig dient te worden uitgelegd dat het betreft beroep tegen de bevestiging door de beklagmeerdere van de beslissing in eerste aanleg waarbij volgens de gestrafte kennelijk voorbij is gegaan aan de gronden voor beklag die door de gestrafte zijn aangevoerd.

Voorts is de militaire kamer van oordeel dat zowel uit de aanvullende brief van luitenant-kolonel B., gedateerd 22 januari 2003, uit het beroepschrift, als uit het onderzoek ter terechtzitting in beroep is gebleken dat het onderzoek in eerste aanleg op 22 augustus 2002 was gesloten. Tevens is vast komen te staan dat luitenant-kolonel B. eerst op 04 september 2002 de beslissing in eerste aanleg heeft genomen. De militaire kamer is van oordeel dat dit een schending van de in artikel 76 eerste lid van de Wet militair tuchtrecht bepaalde termijn oplevert. Het feit dat luitenant-kolonel B. met majoor A. overeen zou zijn gekomen om het doen van de uitspraak uit te stellen tot na het verlof van majoor A. doet hier niets aan af.

Op grond van het vorenstaande komt de militaire kamer tot het oordeel dat de bestreden uitspraak moet worden vernietigd, aangezien de in artikel 76 eerste lid van de Wet militair tuchtrecht voorgeschreven vorm is verzuimd. Door dat vormverzuim is gestrafte zodanig in zijn verdediging geschaad dat de bestreden uitspraak moet worden vernietigd en gestrafte van de in de beschuldiging omschreven gedraging dient te worden vrijgesproken.

Ten overvloede is de militaire kamer van oordeel dat de Wet militair tuchtrecht aan de commandant wel degelijk ruimte laat om in een later stadium nog een verklaring aan het onderzoek toe te voegen. De commandant dient hiertoe, op een tijdstip dat niet later is gelegen dan het tijdstip waarop hij de beslissing zou moeten nemen, te bepalen dat het onderzoek wordt heropend. Vervolgens dient het onderzoek binnen de daartoe geldende termijnen en met in achtneming van de overige procedurele waarborgen te worden voortgezet. Dit zou in de onderhavige zaak de commandant de mogelijkheid hebben geboden de verklaring van tweede luitenant D. alsnog aan het onderzoek toe te voegen.

#### *Beslissing*

De militaire kamer, rechtdoende in beroep:

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

#### NASCHRIFT

##### *a. Terminologie in de Wet militair tuchtrecht.*

*Ook in deze uitspraak komen de termijnen in de Wet militair tuchtrecht weer aan de orde.<sup>1)</sup> In dit geval gaat het om de afronding van een onderzoek (in eerste aanleg of in beklag) met een uitspraak. Van belang is dat de Wet militair tuchtrecht niet de uitdrukking*

<sup>1)</sup> Zie ook: MRT XCV (2002), blz. 388 e.v. / blz. 354 e.v. / blz. 332 e.v.

'het doen van een uitspraak' kent. Zowel na het onderzoek in eerste aanleg als na het onderzoek op beklag spreekt de Wet militair tuchtrecht over twee stappen die gedaan moeten worden, te weten: 'het nemen van de beslissing' en het 'uitreiken van de uitspraak' (in eerste aanleg: art. 76 WMT en in beklag: art. 80p en 80q WMT).

Het nemen van de beslissing dient uiterlijk de eerste werkdag na sluiting van het onderzoek in eerste aanleg dan wel van het onderzoek op beklag plaats te vinden (art. 76, eerste lid, resp. art. 80p, eerste lid, WMT) en die beslissing moet worden vastgelegd in een schriftelijk stuk, de uitspraak (art. 76, eerste lid, resp. art. 80q, eerste lid, WMT). Dit houdt niets anders in dan dat de commandant dan wel beklagmeerdere zelf vaststelt wat de beslissing moet zijn en dit aantekent op het straffenformulier resp. het beklagformulier. De beschuldigde/gestrafte is hierbij in het geheel niet betrokken. Verlof of ziekte van de beschuldigde/gestrafte kan dus nooit een reden zijn om het nemen van de beslissing uit te stellen.

Het uitreiken van de uitspraak met die beslissing dient daarna 'onverwijld'<sup>2)</sup> te geschieden (art. 76, tweede lid, resp. art. 80q, tweede lid, WMT). Uitreiking van een uitspraak op de eerste dag na het nemen van de beslissing waarop de beschuldigde/gestrafte bij de eenheid aanwezig is, wordt in iedere geval als onverwijld aangemerkt. Afwezigheid van de commandant nadat de beslissing is genomen, is geen reden om met de uitreiking te wachten. Zowel voor de uitreiking in eerste aanleg als na een beklagprocedure gebruikt de Wet militair tuchtrecht 'door of namens de commandant' (art. 76, tweede lid, resp. art. 80q, tweede lid, WMT). De commandant kan dus bij afwezigheid een ander opdragen voor die uitreiking zorg te dragen.

b. Over termijnen in het militair tuchtrecht kan niet worden onderhandeld.

In de tuchtprocedure in eerste aanleg komen de commandant en beschuldigde in verband met verlof van de laatste overeen de uitspraak later te doen dan in de WMT wordt aangegeven. De militaire kamer is van oordeel dat dit niet kan.

De militaire kamer stelt vast dat het onderzoek in eerste aanleg werd gesloten op 22 augustus 2002 (een donderdag J.R.G.J.) en dat de beslissing werd genomen op 4 september 2002. Dit is een schending van art. 76, eerste lid, WMT, ondanks het feit dat dit door de beschuldigde en commandant tevoren was afgesproken.

De meeste artikelen waarin termijnen worden genoemd kennen niet een mogelijkheid om daarvan af te wijken in onderling overleg. In twee gevallen is zo 'n mogelijkheid er wel. Tussen de oproeping en de aanvang van een onderzoek in eerste aanleg of van een onderzoek op beklag moet de beschuldigde/gestrafte enige tijd hebben om zich voor te bereiden (art. 63, tweede lid, resp. art. 80h, eerste lid, WMT). In beide gevallen kan op verzoek van de beschuldigde/gestrafte van die termijn worden afgezien (art. 63, derde lid, resp. art. 80h, eerste lid, WMT).

Het moet er dan ook voor gehouden worden dat in alle gevallen waarin termijnen worden genoemd en de wet daarbij niet de mogelijkheid geeft daarvan af te wijken, ook een afwijking in onderling overleg een schending oplevert.

c. De beslissing in een tuchtprocedure kan ook luiden: heropening van het onderzoek.

De commandant brengt na de sluiting van het onderzoek nog een nieuw stuk in. De militaire kamer is van oordeel dat hiervoor het reeds gesloten onderzoek had moeten worden

<sup>2)</sup> Voor enige opmerkingen over 'onverwijld' zie MRT XCV (2002), het naschrift op blz. 390 e.v. Het gaat hier echter over het onverwijld opsturen van alle stukken naar de Militaire Kamer in geval van beroep.

heropend.

*Bij het tuchtproces moet de beschuldigde en zijn vertrouwensman kennis kunnen nemen van alle stukken (art. 62 WMT)<sup>3)</sup> en de gelegenheid krijgen daarop te reageren. Nu in dit geval de commandant na de sluiting van het onderzoek kennelijk een nieuwe verklaring in zijn beslissing betreft waar de beschuldigde geen kennis van heeft en er dus ook niet op heeft kunnen reageren, is er niet meer sprake van een correct tuchtproces.*

*De militaire kamer geeft in de overweging ten overvloede aan dat een dergelijk stuk nog wel ingebracht had kunnen worden door het reeds gesloten onderzoek te heropenen en daarna met het onderzoek verder te gaan met alle waarborgen die wet wet kent. Dus weer met oproepen van de beschuldigde die ook weer een vertrouwensman kan meebrengen, alle stukken kan inzien en overal op kan reageren. En uiteraard voordat opnieuw het onderzoek gesloten wordt het laatste woord (weer) aan de beschuldigde. Daarna volgen dan opnieuw de termijnen voor het nemen van de beslissing en het uitreiken van de uitspraak gerekend vanaf dat het onderzoek opnieuw is gesloten.*

J.R.G.J.

<sup>3)</sup> Van het onthouden van stukken in een tuchtprocedure zoals dat in art. 62 WMT ook mogelijk wordt gemaakt is nog geen geval bekend.

## BESTUURSRECHTSPRAAK

### Centrale Raad van Beroep

5 september 2002

00/3920 MAW

*Voorzitter:* Mr. H.A.A.G. Vermeulen; *leden:* Mr. G.P.A.M. Garvelink-Jonkers en Mr. A. Beuker-Tilstra.

### **Belast met waarneming?**

*Aan een kapitein werd, in opdracht van de plaatsvervangend commandant, het complete takenpakket van een naar Kosovo uitgezonden luitenant-kolonel overgedragen. Tevens werd een formulier "aanvraag functiewaarnemingsbeschikking" ingediend, waarop werd aangegeven dat de kapitein met ingang van 10 december 1998 tot een nader te bepalen datum de functie van de luitenant-kolonel volledig zou gaan waarnemen. In antwoord op deze aanvraag besliste de Bevelhebber der Landstrijdkrachten op 4 oktober 1999 dat de kapitein van 10 december 1998 tot 16 augustus 1999 (slechts) met de gedeeltelijke waarneming van de vacante functie belast was geweest. Toen de kapitein tegen dit (na bezwaar gehandhaafde) besluit beroep instelde, verklaarde de rechtbank het beroep ongegrond. Zoals hieronder valt te lezen oordeelt de Centrale Raad van Beroep anders. De Raad stelt voorop dat (inderdaad) uit artikel 25 AMAR in verbinding met de vaste jurisprudentie van de 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". Gelet op de aanwezige bijzondere omstandigheden diende in de onderhavige zaak op deze regel echter een uitzondering te worden aanvaard. Ook concludeert de Raad dat*

*de kapitein in de periode van 10 december tot en met 16 augustus feitelijk met de volledige (en niet slechts met de gedeeltelijke) waarneming van de vacante functie is belast geweest.*

#### UITSPRAAK

in het geding tussen [A.], wonende de [B.], appelland, en de Bevelhebber der Landstrijdkrachten, gedaagde.

#### *I. Ontstaan en loop van het geding*

Namens appelland is op bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 31 mei 2000, nummer AWB 00/676 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 1 augustus 2002, waar appelland in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. P. Reitsma, advocaat te Nijkerk.

Gedaagde heeft zich doen vertegenwoordigen door mr. A.E.P. van Zandbergen, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

#### *II. Motivering*

1. De Raad gaat op grond van de gedingstukken en het verhandelde ter zitting uit van de navolgende, als vaststaande aangenomen gegevens.

1.1. Appelland, kapitein bij het wapen der infanterie, was ten tijde in dit geding van belang werkzaam bij de commandogroep van [naam brigade]. Eind november 1998 bleek dat de binnen die commandogroep eveneens werkzame Officier Algemene Dienst Compensatie Uitzending, de luitenant-kolonel [betrokkene 1], op zeer korte termijn zou worden uitgezonden naar Kosovo. Na een korte inventarisatie binnen de staf en bespreking in de stafvergadering van 7 december 1998 bleek dat alleen appelland mogelijkheden had om diens taken over te nemen. [betrokkene 1] heeft vervolgens in opdracht van de chef staf, tevens plaatsvervangend commandant, de kolonel [naam chef staf], zijn complete takenpakket aan appelland overgedragen. In januari 1999 heeft kolonel [naam chef staf] een formulier 'aanvraag funktiewaarnemingsbeschikking' ingevuld en daarop aangegeven dat appelland met ingang van 10 december 1998 tot een nader te bepalen datum de functie van [betrokkene 1] met de rang van luitenant-kolonel volledig gaat waarnemen. Als motivering is vermeld dat de waar te nemen functionaris op zeer korte termijn is uitgezonden en dat er momenteel geen andere waarnemer beschikbaar is. De rubriek 'gedeeltelijke waarneming' is doorgehaald.

1.2. Bij besluit van 4 oktober 1999 is namens gedaagde beslist dat appelland over de periode van 10 december 1998 tot en met 16 augustus 1999 naast zijn eigen functie (slechts) belast is geweest met de gedeeltelijke waarneming van de functie Officier Algemene Dienst Compensatie Uitzending. Volgens gedaagde heeft appelland de structurele taken van [betrokkene 1] slechts bijgehouden en is het zelfstandig structureel en ten volle inhoud geven aan de functie niet aan de orde geweest. Namens appelland is tegen dat besluit bezwaar gemaakt.

1.3. Bij het in geding zijnde besluit van 17 december 1999 is het bezwaar ongegrond verklaard en is het besluit van 4 oktober 1999 gehandhaafd. Daarbij is overwogen dat appelland niet door de daartoe bevoegde autoriteit formeel is belast met de waarneming, dat hij niet alle werkzaamheden van de uitgezonden militair heeft waargenomen, dat het nooit de bedoeling is geweest dat appelland met de volledige waarneming zou worden

belast en dat het, gelet op appellants ervaring en opleidingsniveau, niet voor de hand ligt hem een functie waaraan de rang van luitenant-kolonel is verbonden te laten waarnemen. Overwogen is voorts dat slechts de bevoegde autoriteit bevoegd is te besluiten tot waarneming, waarmee zich niet verdraagt dat deze door de commandant voor een voldongen feit wordt geplaast.

2. De rechtbank heeft het beroep van appellant ongegrond verklaard. De rechtbank heeft aannemelijk geacht dat het ondanks de aanvraag, toch nooit de bedoeling is geweest om appellant de functie volledig te laten waarnemen; appellant moest slechts het schip drijvende houden. Volgens de rechtbank heeft appellant zijn eigen functie vervuld met daarnaast enkele taken van de uitgezonden functionaris.

3. Namens appellant is in hoger beroep primair het standpunt ingenomen dat de commandant krachtens mandaat namens de bevelhebber bevoegd was om appellant met de volledige waarneming te belasten en dat de door de chef staf tevens plaatsvervangend commandant ingediende aanvraag daarom feitelijk gezien moet worden als een opdracht aan het - aan de plaatsvervangend commandant ondergeschikte - hoofd sectie I om de volledige waarneming in een beschikking vast te leggen. Subsidiar is, onder verwijzing naar schriftelijke verklaringen van de luitenant-kolonel [betrokkene 1] en luitenant-kolonel [betrokkene 2], het standpunt ingenomen dat er tengevolge van de mondelinge opdracht door de chef staf tevens plaatsvervangend commandant, in verbinding met de 'aanvraag', sprake is van bevoegdelijk opgewekt vertrouwen, dat om die reden dient te worden gehonoreerd.

Tenslotte is namens appellant, eveneens onder verwijzing naar genoemde verklaringen naar voren gebracht dat appellant niet alleen de opdracht heeft ontvangen de functie volledig waar te nemen, maar dit ook feitelijk volledig heeft gedaan. Appellant heeft er daarbij op gewezen dat hij in zijn eigen functie in die periode vrijwel geen werk had, omdat hij kort voor aanvang van de waarnemingsperiode een rapport met een reorganisatieplan had afgerond en in afwachting was van besluitvorming daarover, waardoor hij feitelijk in de gelegenheid was om de functie waar te nemen.

4.1. De Raad overweegt dat namens gedaagde terecht is aangevoerd dat uit artikel 25 van het Algemeen militair ambtenarenreglement (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 de luitenant-kolonel [betrokkene 1] 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.

4.2. De Raad acht voorts mede op grond van de verklaringen van de luitenant-kolonels [betrokkene 1] en [betrokkene 2] voldoende aannemelijk dat appellant in opdracht van de chef staf /plaatsvervangend commandant met de volledige waarneming van de functie van [betrokkene 1] is belast, nadat de andere luitenant-kolonels te kennen hadden gegeven dat zij geen kans zagen de taken van [betrokkene 1] waar te nemen, dat appellant deze taken feitelijk met medeweten van de - tot het belasten met waarneming bevoegde - brigadecommandant en de opvolgende commandanten heeft waargenomen en dat geen van de taken door enige andere functionaris is waargenomen. Dat appellant in die periode in zijn eigen functie vrijwel geen werkzaamheden behoefde te verrichten, waardoor het hem fei-

telijk mogelijk was het volledige takenpakket van [betrokkene 1] op zich te nemen is door gedaagde niet weersproken en ziet de Raad eveneens bevestigd in de verklaring van [betrokkene 2].

4.3. Reeds op grond van hetgeen onder 4.1 en 4.2. is overwogen concludeert de Raad dat appelland in de periode van 10 december 1998 tot en met 16 augustus 1999 feitelijk belast is geweest met de volledige waarneming van de functie van de luitenant-kolonel [betrokkene 1]. Nu het besluit van 4 oktober 1999 is gebaseerd op het standpunt dat feitelijk slechts sprake is geweest van gedeeltelijke waarneming, nu appelland om die reden bij dat besluit is belast met de gedeeltelijke waarneming van de functie, en dat besluit bij het bestreden besluit is gehandhaafd, berust het bestreden besluit op een onjuiste feitelijke grondslag. Het komt derhalve voor vernietiging in aanmerking, evenals de aangevallen uitspraak, waarbij dat besluit in stand is gelaten. De Raad zal met toepassing van artikel 21 van de Beroepswet, in verbinding met artikel 8:72, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) doen hetgeen de rechtbank had behoren te doen en vaststellen dat appelland de in geding zijnde functie Officier Algemene Dienst Compensatie Uitzending van luitenant-kolonel [betrokkene 1] in de periode van 10 december 1998 tot en met 16 augustus 1999 volledig heeft waargenomen.

5. In het vorenstaande vindt de Raad aanleiding gedaagde op grond van artikel 8:75 van de Awb te veroordelen in de proceskosten van appelland in eerste aanleg en in hoger beroep ten bedrage van € 1.288,- wegens kosten van verleende rechtsbijstand.

Beslist is als hierna vermeld.

### III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het inleidend beroep alsnog gegrond en vernietigt het bestreden besluit;

Bepaalt dat appelland in de periode van 10 december 1998 tot en met 16 augustus 1999 de functie Officier Algemene Dienst Compensatie Uitzending volledig heeft waargenomen;

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appelland ten bedrage van € 1.288,-, te betalen door de Staat der Nederlanden;

Bepaalt dat de Staat der Nederlanden aan appelland het door hem in eerste aanleg en in hoger beroep betaalde griffierecht ten bedrage van in totaal € 236,39 (voorheen f 565,-) vergoedt.

### NASCHRIFT

1. *Verwezen wordt in de eerste plaats naar CRvB 20 februari 1997, MRT 1997, p. 182, m.nt. G.L.C. (Geen waarneming, geen toelage). In die uitspraak overweegt de Raad: "Tussen partijen staat vast dat in het onderhavige geval de plaatsingsautoriteit gedaagde niet (vooraf) heeft belast met de waarneming van de functie. De Raad kan dan ook tot geen andere conclusie komen dan dat geen sprake is geweest van waarneming in de zin van artikel 25, eerste lid, van het Algemeen militair ambtenarenreglement." Met betrekking tot de vraag of de plaatsingsautoriteit gedaagde niet (toch) achteraf met de waarneming van de functie had dienen te belasten, overweegt de Raad: "Functietoewijzing staat, ingeval zich een vacature voordoet, voorop; van waarneming kan alleen in bijzondere gevallen sprake zijn. Teneinde een strikte en consequente toepassing van dit stelsel te verzekeren is uitdrukkelijk bepaald dat uitsluitend de plaatsingsautoriteit bevoegd is te besluiten tot*

*waarneming. Daarmee verdraagt zich niet dat de plaatsingsautoriteit door toedoen van een compagniescommandant of een andere leidinggevende militair - achteraf - voor een voldongen feit wordt gesteld."*

*2. In de tweede plaats kan worden verwezen naar CRvB 18 oktober 2001, MRT 2002, p. 209, m.nt. G.L.C. (Het achteraf belasten met de waarneming van een functie). Ook in die zaak aanvaardt de Raad een uitzondering op de regel dat het belasten met de waarneming van een functie vooraf dient te geschieden door de plaatsingsautoriteit.*

G.L.C.

---

**Centrale Raad van Beroep**  
Uitspraak van 26 september 2002  
Nr. 99/3321 MAW

*Voorzitter:* Mr. H.A.A.G. Vermeulen; *Leden:* Mr. G.P.A.M. Garvelink-Jonkers en Mr. A. Beuker-Tilstra

**Niet de vereiste objectiviteit II**

*Over een majoor, werkzaam bij een opleidingscentrum van de Koninklijke Landmacht, werd in 1998 een beoordeling opgemaakt. Nadat de majoor bezwaar had ingediend tegen de beoordeling werd deze door de tweede beoordelaar ongewijzigd vastgesteld. De beoordeling werd door de Staatssecretaris van Defensie na het ingestelde beroep overeenkomstig het advies van het Adviesorgaan Bestuursrechtelijke Geschillen Koninklijke Landmacht ongegrond verklaard. De Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage verklaarde vervolgens het door de majoor ingestelde beroep ongegrond.*

*De Centrale Raad van Beroep heeft nu de uitspraak van de rechtbank vernietigd en bepaald dat de vastgestelde beoordeling komt te vervallen. De majoor heeft de Raad ervan kunnen overtuigen dat de beoordeling niet op voldoende objectieve wijze was vastgesteld, nu er naar aanleiding van een door de majoor gedane aangifte bij de Koninklijke Marechaussee van valsheid in geschrifte bij een examen door de tweede beoordelaar, een dusdanige graad van animositeit tussen de tweede beoordelaar en de majoor was ontstaan dat die beoordelaar niet meer in staat was te achten zich op verantwoorde wijze een objectief oordeel te vormen over het functioneren van de majoor en diens bezwaren tegen de door de eerste beoordelaar opgemaakte beoordeling.*

Beoordeling

UITSpraak

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

*I. Ontstaan en loop van het geding*

Appellant heeft op bij beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de op 17 mei 1999, onder nr. AWB 98/9335 MAWKLA, gegeven uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage.



Namens gedaagde is in verweer volstaan met verwijzing naar hetgeen bij de behandeling van het geding in eerste aanleg van die zijde naar voren is gebracht.

Het geding is behandeld ter zitting van 1 augustus 2002, waar appellant in persoon is verschenen en gedaagde zich heeft laten vertegenwoordigen door mr. G.J. Tummers, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

## *II. Motivering*

1. Over het functioneren van appellant, majoor van het [naam onderdeel] en destijds werkzaam in de functie van Hoofd Opleidingsplannen Kenniscentrum [naam onderdeel], is over de periode van 9 september 1996 tot 9 september 1997 een beoordeling opgemaakt door het Hoofd Kenniscentrum [naam onderdeel]. Deze eerste beoordelaar heeft op 13 maart 1998 een beoordelingsgesprek met appellant gehouden, waarna appellant schriftelijk bezwaar heeft gemaakt tegen deze beoordeling bij de tweede beoordelaar. De tweede beoordelaar - de commandant [naam onderdeel] - heeft op 15 april 1998 zijn oordeel over de beoordeling met appellant besproken en de beoordeling vervolgens ongewijzigd vastgesteld. Appellant heeft op 19 mei 1998 tegen dit primaire besluit overeenkomstig de rechtsmiddelverwijzing aan de voet van het besluit administratief beroep ingesteld bij gedaagde. Gedaagde heeft het beroep bij besluit van 2 november 1998, overeenkomstig het advies van het Adviesorgaan Bestuursrechtelijke Geschillen Koninklijke Landmacht (ABG), ongegrond verklaard.

2. De rechtbank heeft het door appellant tegen dit besluit van gedaagde ingestelde beroep ongegrond verklaard.

3. Appellant heeft in hoger beroep opnieuw naar voren gebracht dat de beoordeling niet met de vereiste objectiviteit tot stand is gekomen, nu sprake was van een ernstig verstoorde werkrelatie met de tweede beoordelaar, hetgeen naar zijn mening ook invloed heeft gehad op de beoordeling door de eerste beoordelaar. Gedaagde had op die grond de beoordeling vervallen moeten verklaren. Ten onrechte is de rechtbank ingegaan op de inhoud van de beoordeling, nu de enige beroepsgrond van appellant was dat de gehele beoordeling nietig verklaard moest worden op grond van het gebrek aan objectiviteit.

3.1. Allereerst stelt de Raad vast dat in het licht van het bepaalde in artikel 131 van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) en de artikelen 1:5 en 7:1 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) ten tijde hier van belang niet gedaagde maar de commandant die de beoordeling had vastgesteld, bevoegd was tot het beslissen op de door appellant gevraagde voorziening tegen de bij het primaire besluit van 15 april 1998 vastgestelde beoordeling. Het bestreden besluit kan derhalve reeds om deze reden niet in stand blijven.

3.2. De grief van appellant, inhoudende dat de rechtbank ten onrechte de inhoud van de beoordeling heeft getoetst, treft doel. De rechtbank is hiermee de grenzen van het geschil te buiten gegaan, nu in beroep uitdrukkelijk slechts als grief tegen het bestreden besluit naar voren was gebracht dat de beoordeling in haar geheel niet in stand kon blijven vanwege een gebrek aan objectiviteit bij de beoordelaar(s). De rechtbank heeft hiermee gehandeld in strijd met het bepaalde in artikel 8:69 van de Awb zodat de aangevallen uitspraak in zoverre dient te worden vernietigd.

3.3. Ten aanzien van hetgeen appellant heeft aangevoerd met betrekking tot het gebrek aan objectiviteit bij met name de tweede beoordelaar wordt overwogen dat appellant 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. De Raad acht het aannemelijk dat met name de aangifte door appel-

lant bij de Marechaussee van valsheid in geschrifte gepleegd door de commandant van het Kenniscentrum [naam onderdeel], de tweede beoordelaar, bij een examen waarbij appellant als gecommiteerde betrokken was, heeft geleid tot een dusdanige graad van animositeit tussen de tweede beoordelaar en appelland dat die beoordelaar niet meer in staat was te achten zich op verantwoorde wijze een objectief oordeel te vormen over het functioneren van appelland en diens bezwaren tegen de door de eerste beoordelaar opgemaakte beoordeling. Dat slechts sprake zou zijn van een zakelijk verschil van inzicht, zoals door gedaagde en de rechtbank is aangenomen, acht de Raad niet aannemelijk, mede op grond van hetgeen appelland ter zitting naar voren heeft gebracht omtrent de wijze waarop hij na het aangifte-incident werd bejegend door de commandant, onder andere in enkele langdurige gesprekken en in het dagelijks werk. Een en ander heeft ertoe geleid dat hij enkele weken ziek thuis is geweest en aansluitend elders tewerk is gesteld.

3.4. Omdat in artikel 131 van het AMAR - zoals herhaald in de Beleidsregel beoordeling militairen Koninklijke landmacht - 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, zoals ook in de nota van toelichting bij artikel 131 van het AMAR is vermeld, 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.

4. Gezien hetgeen hiervoor is overwogen komen moet het bestreden besluit worden vernietigd zodat ook de aangevallen uitspraak voor vernietiging in aanmerking komt.

4.1. In de onderhavige situatie, waarin door appelland ook ten aanzien van de eerste beoordelaar reeds in de eerste fase een gebrek aan objectiviteit aan de orde is gesteld en ook de Raad heeft vastgesteld dat de eerste beoordelaar zeer nauw betrokken is geweest bij het examen- en aangifte-incident, ziet de Raad aanleiding om, overeenkomstig het in hoger beroep herhaalde verzoek van appelland, met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, van de Awb te bepalen dat de onderhavige beoordeling komt te vervallen, welke beslissing in de plaats treedt van het bestreden besluit.

4.2. Van voor vergoeding in aanmerking komende proceskosten is de Raad niet gebleken.

5. Beslist wordt als volgt.

### *III. Beslissing*

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Vernietigt het bestreden besluit van gedaagde van 2 november 1998;

Bepaalt dat de op 15 april 1998 over het functioneren van appelland vastgestelde beoordeling komt te vervallen;

Bepaalt dat de Staat der Nederlanden aan appelland het door hem in eerste aanleg en in hoger beroep betaalde griffierecht ten bedrage van € 256,39 (voorheen f 565,-) vergoedt.

### NASCHRIFT

#### *1. Voldoende objectief*

*Onder zeer bijzondere omstandigheden is het opmaken van een beoordeling in strijd met zowel de strekking van de beoordelingsregeling als ook met algemene beginselen van behoorlijk bestuur als rechtszekerheid, zorgvuldigheid en fair play. Al vaker heeft de*

*Centrale Raad van Beroep geconcludeerd dat in bepaalde gevallen geen beoordeling mag worden opgemaakt vanwege de persoonlijke verhouding tussen beoordeelde en beoordeelaar. Kernvraag is hierbij of de betrokken beoordeelaar in staat moet worden geacht om met een voldoende mate van objectiviteit de beoordeling op te maken.*

## *2. Wijziging van regelgeving*

*De onderhavige beoordeling werd vastgesteld op 15 april 1998. De tweede beoordeelaar is daarbij uitgegaan van art. 131 van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) zoals dat toentertijd gold. In de op basis van art. 131 van kracht zijnde Regeling beoordeling beroepspersoneel Koninklijke Landmacht waren stellige bepalingen over de eerste en de tweede beoordeelaar opgenomen.*

*Het eerst lid van art. 5 van deze Regeling luidde:*

*“1. De militair wordt ... beoordeeld door een eerste beoordeelaar en vervolgens door een tweede beoordeelaar, waarbij:*

- a. de functionele chef van de te beoordelen militair de eerste beoordeelaar is;*
- b. degene die de functionele chef van de eerste beoordeelaar is op de datum waarop de eerste beoordeelaar de beoordeling dient op te maken, de tweede beoordeelaar is.”*

*Het negende lid van art. 5 voorzag in de mogelijkheid - indien toepassing van het bepaalde ten aanzien van de functionele chef tot onduidelijkheid of op overwegende bezwaren stuit - dat de minister een eerste en/of een tweede beoordeelaar aanwees.*

*Bij Besluit van 7 augustus 1998, Stb. 528 is onder meer art. 131 van het AMAR gewijzigd. In het derde lid van dit artikel is meer flexibiliteit gebracht met betrekking tot de functionarissen die als beoordeelaars optreden:*

*“De beoordeling wordt in beginsel opgemaakt door een eerste en een tweede beoordeelaar. Als eerste beoordeelaar moet optreden de functionele chef van de te beoordelen militair. De tweede beoordeelaar is in beginsel de commandant van de beoordeelde.”*

*Opmerking verdient tenslotte dat deze wijziging van het AMAR werd bekendgemaakt in augustus 1998 en werd geacht te werken vanaf 1 april 1998.*

G.F.W.

---

**Centrale Raad van Beroep**  
Uitspraak van 10 oktober 2002  
Nr. 00/5513 MAW

*Voorzitter: Mr. J.C.F. Talman; Leden: Mr. K. Zeilmaker en Mr. R. Kooper*

### **Een toereikende feitelijke grondslag**

*Over een militair van de Koninklijke Luchtmacht, werkzaam bij de Groep Geleide Wapens De Peel (GGW), werd in 1998 een beoordeling opgemaakt. Het door de militair ingediende bezwaarschrift werd door de Commandant GGW op enkele punten gegrond verklaard. Het eindresultaat van de beoordeling bleef evenwel hetzelfde (score AB). De Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage verklaarde vervolgens het ingestelde beroep ongegrond.*

*De Centrale Raad van Beroep heeft de uitspraak van de rechtbank bevestigd. Naar de opvatting van de beoordeelde militair ontbrak een voldoende concrete onderbouwing van de beoordeling. De Raad is evenwel van oordeel dat de rechtbank een juiste toetsings-*

*maatstaf heeft aangelegd. Volgens vaste jurisprudentie is die toetsing beperkt tot de vraag of gezegd moet worden dat de beoordeling op onvoldoende gronden berust. De Raad oordeelt dat de bestreden beschikking op bezwaarschrift van de Commandant GGW die toetsing kan doorstaan.*

## Beoordeling. Motiveringsbeginsel

### UITSpraak

in het geding tussen: [A.], wonende te [B.], Duitsland, appellant, en de Commandant Groep Geleide Wapens De Peel, gedaagde.

#### *I. Ontstaan en loop van het geding*

Appellant heeft op de daartoe bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 10 oktober 2000, nr. AWB 00/337 MAWKLU, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 29 augustus 2002, waar appellant is vertegenwoordigd door mr. P. Reitsma, advocaat te Nijkerk en gedaagde zich heeft doen vertegenwoordigen door mr. R.H.A. Nathans, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

#### *II. Motivering*

1.1. Over appellants functioneren als [functie] bij het [eenheid] bij de Groep Geleide Wapens De Peel is op 18 december 1998 een beoordeling opgemaakt, welke betrekking had op het tijdvak 1 januari 1998 tot 9 oktober 1998. Het eindresultaat van de beoordeling was dat appellant niet aan de norm beantwoordt (score AB). De beoordeling is ongewijzigd vastgesteld bij besluit van 14 januari 1999.

1.2. Bij het bestreden besluit van 11 januari 2000 heeft gedaagde het bezwaar van appellant gegrond verklaard voor wat betreft de gezichtspunten kwaliteit van het geleverde werk (en de score AB gewijzigd in BC) en verantwoordelijkheidsbesef (score A gewijzigd in B). Voorts heeft gedaagde appellants functioneren op de gezichtspunten gezagsuitoefening, zelfstandigheid en samenwerking alsnog gekwalificeerd als niet te beoordelen. Het bezwaar is voor het overige ongegrond verklaard. De rechtbank heeft het hiertegen ingestelde beroep bij de aangevallen uitspraak ongegrond verklaard.

2. Appellant kan zich, kort gezegd, niet verenigen met het oordeel van de rechtbank dat de beoordeling, zoals deze bij het bestreden besluit is komen te luiden, op een deugdelijke motivering berust en zorgvuldig tot stand is gekomen. Naar opvatting van appellant ontbreekt een voldoende concrete onderbouwing. Voorts heeft appellant zich op het standpunt gesteld dat de na bezwaar gewijzigde score ten aanzien van een aantal gezichtspunten ten onrechte geen gevolgen heeft gehad voor de eindwaardering, die op AB is blijven staan.

3.1. Anders dan appellant is de Raad van oordeel dat de rechtbank in dit geval een juiste toetsingsmaatstaf heeft aangelegd. Volgens vaste jurisprudentie is die toetsing beperkt tot de vraag of gezegd moet worden dat de beoordeling op onvoldoende gronden berust. Blijkens diezelfde jurisprudentie moet - zoals ook de rechtbank heeft overwogen - in geval van negatieve oordelen als uitgangspunt gelden dat het op de weg van het betrokken bestuursorgaan ligt aannemelijk te maken dat die negatieve waardering niet op onvoldoende gronden berust. Daarbij is niet beslissend of elk feit ter adstructie van een waardering boven elke twijfel verheven is en zelfs is niet van doorslaggevend belang of bepaalde feiten onjuist blijken te zijn vastgesteld of geïnterpreteerd. Het gaat erom of in het tota-

le beeld van de in beschouwing genomen gezichtspunten de gegeven waarderingen de evenbedoelde toetsing kunnen doorstaan.

3.2. De Raad is met de rechtbank en op de daartoe in de aangevallen uitspraak vermelde gronden van oordeel dat het bestreden besluit die toetsing kan doorstaan. Hij overweegt naar aanleiding van hetgeen in hoger beroep naar voren is gebracht nog het volgende.

3.3. Het gezichtspunt vakkennis is met een A gewaardeerd. Tussen partijen is niet in geschil dat appelland toen hem de betreffende functie werd toegewezen niet over de vereiste vakkennis beschikte, dat hij nog een groot aantal cursussen diende te volgen en dat dit gedaagde bekend was. Hoewel het gebrek aan vakkennis derhalve slechts ten dele aan appelland kan worden toegerekend, neemt dit niet weg dat uit de stukken genoegzaam naar voren komt dat appelland op dit gebied ten tijde hier in geding nog aanmerkelijk te kort schoot. Daarbij heeft gedaagde hetgeen in de functioneringsgesprekken naar voren is gekomen mogen meenemen bij de beoordeling, te meer nu appelland heeft erkend dat de verslagen van deze gesprekken een juiste weergave zijn van hetgeen met hem is besproken. Derhalve kan niet worden gezegd dat deze waardering op onvoldoende gronden berust.

3.4. Met de rechtbank is de Raad voorts van oordeel dat appelland niet kan worden gevolgd in zijn stelling dat het resultaat van de beoordeling niet wordt gedragen door concrete feiten en omstandigheden. Het is de Raad niet ontgaan dat de vermelde feiten en omstandigheden beperkt van omvang zijn. Desalniettemin ziet de Raad daaruit ten aanzien van appelland een beeld naar voren komen van een gebrek aan, met name, vakkennis, plichtsbetrachting en dienstijver, organisatievermogen, verantwoordelijkheidsbesef en initiatief. Dat appelland de genoemde voorbeelden veelal bestreden heeft kan de Raad niet doorslaggevend achten, nu hij zijn stellingen dienaangaande niet heeft onderbouwd maar heeft volstaan met een enkele ontkenning.

3.5. Met betrekking tot de gehandhaafde eindscore AB tot slot overweegt de Raad dat gedaagde er terecht op heeft gewezen dat deze waardering geen rekenkundig gemiddelde van de scores op de diverse gezichtspunten is, maar een afspiegeling dient te zijn van die scores met in achtneming van het gewicht van de onderscheiden gezichtspunten. Gelet op met name de (gehandhaafde) score A op het zwaarwegende gezichtspunt vakkennis, is de Raad van oordeel dat gedaagdes beslissing om, ondanks de aanpassing van de beoordeling op diverse gezichtspunten, de eindwaardering niet te wijzigen niet op onvoldoende gronden berust.

4. Gezien het voorgaande slaagt het hoger beroep niet. De aangevallen uitspraak zal dan ook worden bevestigd. Aangezien de Raad geen aanleiding ziet toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht inzake de proceskosten, wordt beslist als volgt.

### *III. Beslissing*

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

### NASCHRIFT

*In deze uitspraak draait het om de motivering van een beoordeling. Overweging 3.1 van de Centrale Raad van Beroep geeft de vaste jurisprudentie van de Raad aan met betrekking tot de motivering van een beoordeling.*

*G.F.W.*

**Centrale Raad van Beroep**  
Uitspraak van 17 oktober 2002  
Nr. 00/3595 MAW

*Voorzitter:* Mr. H.A.A.G. Vermeulen; *Leden:* Mr. J.H. van Kreveld en mr. P.G.M. Zwartkruis

**Zes gram softdrugs**

*Een soldaat van de Koninklijke Landmacht werd in 1999, omdat hij was aangehouden vanwege het bezit van zes gram softdrugs, door de Staatssecretaris van Defensie ontslag verleend met toepassing van art. 39, tweede lid, aanhef en onder l, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR). Bij beslissing op bezwaarschrift werd dit besluit gehandhaafd. De Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage verklaarde het daartegen ingestelde beroep ongegrond.*

*De Centrale Raad van Beroep heeft de uitspraak van de rechtbank bevestigd. De hoofdlijn van het drugsbeleid binnen de krijgsmacht is dat bij constatering van bezit of gebruik van softdrugs wordt overgegaan tot ontslag op grond van wangedrag (art. 39, tweede lid, aanhef en onder l AMAR). Alleen indien een militair voor de eerste maal en niet samen of ten overstaan van andere militairen een gebruikershoeveelheid van maximaal vijf gram softdrugs aanwezig heeft (gehad) of heeft gebruikt, volgt een schriftelijke waarschuwing.*

Ontslag wegens wangedrag (AMAR art. 39, tweede lid, aanhef en onder l)

UTSPRAAK

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

*I. Ontstaan en loop van het geding*

Namens appellant is op bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 29 mei 2000, nr. AWB 99/10455 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 12 september 2002, waar namens appellant is verschenen mr. B. Damen, advocaat te Amersfoort, en waar gedaagde zich heeft laten vertegenwoordigen door mr. J.C. Groenheijde, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

*II. Motivering*

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

1.1. Op 28 oktober 1998 is appellant, destijds soldaat voor bepaalde tijd bij het wapen van de Verbindingsdienst, aangehouden wegens het bezit van 6 gram softdrugs. Hij heeft een transactievoorstel van het Openbaar Ministerie van f 250,- aanvaard.

1.2. Bij besluit van 2 april 1999 is aan appellant met ingang van 19 april 1999 wegens wangedrag ontslag verleend met toepassing van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder l, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR). Gedaagde heeft dit besluit gehandhaafd bij zijn beslissing op bezwaar van 15 oktober 1999 (hierna: bestreden besluit).

2.1. De rechtbank heeft appellants beroep tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard. Daartoe heeft zij overwogen dat gedaagde het vergrijp van appellant, te weten de

overtreding van de Opiumwet, terecht heeft aangemerkt als wangedrag in de zin van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder 1, van het AMAR en dat gedaagde in redelijkheid en na afweging van de betrokken belangen tot het ontslagbesluit heeft kunnen komen.

2.2. De rechtbank heeft in dat verband verwezen naar brieven van de Bevelhebber der Landstrijdkrachten betreffende het drugsbeleid, in het bijzonder de brief van 7 april 1998 waarin de zogenoemde gebruikershoeveelheid van softdrugs is bepaald op maximaal vijf gram. Zij heeft dit beleid niet onredelijk geacht en de toepassing daarvan in dit geval niet onevenredig, waarbij zij onder meer gewezen heeft op de overschrijding door appelland van de gebruikershoeveelheid met twintig procent. Tot slot heeft zij in de staat van dienst van appelland en in de gevolgen van het ontslag voor hem geen bijzondere omstandigheden gezien op grond waarvan gedaagde had moeten afzien van het ontslag.

3. In hoger beroep is namens appelland (opnieuw) betoogd dat hij niet op de hoogte was van de aanscherping van het drugsbeleid met het zogenaamde vijf-grams-criterium en dat dit criterium een relatief willekeurige criterium is. Voorts is naar appellands mening te zeer sprake van een zwart-wit sanctiesysteem dat bij een bezit tot vijf gram slechts leidt tot een waarschuwing en dat bij bezit van meer dan vijf gram onmiddellijk ontslag tot gevolg heeft. Tot slot is naar appellands oordeel sprake van strijd met een behoorlijke (financiële) belangenafweging.

4. Namens gedaagde is herhaald dat er binnen de krijgsmacht geen plaats is voor een gedoogbeleid ten aanzien van het gebruik of bezit van soft- of harddrugs. De hoofdlijn van het door middel van beleidsbrieven en andere publikaties bekendgemaakte drugsbeleid is dat bij constatering van bezit of gebruik van drugs daaraan de rechtspositionele maatregel verbonden wordt van ontslag op grond van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder 1, van het AMAR. Enkel indien een militair voor de eerste maal en niet samen of ten overstaan van andere militairen een gebruikershoeveelheid van maximaal vijf gram softdrugs aanwezig heeft (gehad) of heeft gebruikt, volgt een schriftelijke waarschuwing. In het licht van de hantering ook elders van deze gebruikershoeveelheid kan gedaagde appelland niet volgen in diens stelling dat het vijf-grams-criterium relatief willekeurig is.

Gedaagde heeft erop gewezen dat appelland zelf heeft aangegeven dat hij bekend was met het feit dat softdrugs en de krijgsmacht niet samengaan. Door niettemin softdrugs in zijn bezit te hebben, heeft appelland zelf het risico aanvaard dat zijn handelen tot ontslag zou leiden. Het feit dat hij, zoals hij stelt, niet bekend was met de exacte gebruikershoeveelheid, doet hieraan niet af. De getroffen maatregel acht gedaagde, ook gelet op appellands omstandigheden, niet onevenredig.

5. De Raad kan zich geheel vinden in hetgeen de rechtbank in haar uitspraak heeft overwogen en beslist. Hetgeen appelland daartegen heeft ingebracht acht de Raad weerlegd door hetgeen gedaagde in zijn verweerschrift en ter zitting, zoals weergegeven onder 4., daartegenover heeft gesteld.

De aangevallen uitspraak komt daarom voor bevestiging in aanmerking.

6. Gelet op het bovenstaande en omdat de Raad geen aanleiding ziet voor toepassing van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht, wordt beslist als volgt.

### *III. Beslissing*

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

**Centrale Raad van Beroep**  
Uitspraak van 25 oktober 2002  
99/4362 MPW

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

**Medische beoordelingsfout is geen ongeval**

*Appellant, sergeant-majoor bij de Koninklijke Luchtmacht, is van 22 juni 1994 tot en met 1 augustus 1994 opgenomen geweest in het Centraal Militair Hospitaal. Tijdens deze opname zijn er, na een operatieve behandeling, medische complicaties opgetreden. In het terzake opgemaakte proces-verbaal heeft appellant vermeld dat de omvang van de medische complicaties mogelijk een gevolg is geweest van onzorgvuldigheid van het Centraal Militair Hospitaal. Hij is van mening dat er in dit geval sprake is van een ongeval, waardoor verweerder, de Minister van Defensie, op grond van het derde lid van artikel 147 AMAR de verplichting heeft om de vraag te beantwoorden of het ongeval wel of niet in verband staat met de uitoefening van de militaire dienst.*

*Verweerder heeft bij beschikking bericht dat de in het proces-verbaal beschreven kwestie als een "medische aangelegenheid" wordt aangemerkt. Op basis van de inhoud van het opgemaakte proces-verbaal is het in het kader van artikel 147 AMAR niet mogelijk om te beoordelen of zich een ongeval heeft voorgedaan. De beoordeling of er sprake is van verband tussen de opgetreden medische complicaties en de uitoefening van de militaire dienst wordt overgelaten aan de militair geneeskundigen en is pas aan de orde als iemand aanspraak maakt op een pensioen, uitkering of voorziening.*

*De Raad is met de rechtbank van oordeel dat medische beoordelingsfouten niet vallen binnen de grenzen van de definitie ongeval en dat verweerder terecht heeft geweigerd om een beslissing te nemen of de door appellant ondergane medische behandeling in verband staat met de uitoefening van de militaire dienst. De Raad bevestigt dan ook de aangevallen uitspraak.*

(artikel 147 AMAR)

UITSpraak

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

*I. Ontstaan en loop van het geding*

Namens appellant is op bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 9 juli 1999, nr. AWB 97/02165 MPWKLU, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 13 september 2002, waar namens appellant is verschenen mr. H.J.M.G.M. van der Meijden, advocaat te Nijkerk, en waar gedaagde zich heeft laten vertegenwoordigen door mr. M.H.J. Geldof van Doorn, werkzaam bij de Stichting Pensioenfonds ABP.

*II. Motivering*

Voor een weergave van de hier van belang zijnde feiten verwijst de Raad naar hetgeen in rubriek 3 van de uitspraak van de rechtbank is vermeld. De Raad voegt daaraan nog toe



dat de commandant van de Krijgsmacht hospitaalorganisatie, naar aanleiding van appellants klacht over de medisch-specialistische behandeling die hij na zijn operatie op 23 juni 1994 in het Centraal Medisch Hospitaal te Utrecht heeft ontvangen, bij brief van 12 april 1995 heeft aangegeven dat daarbij fouten zijn gemaakt, onder meer bij het voorschrijven van medicatie en het betrachten van voldoende waakzaamheid bij de uitvoering van het behandel- en verpleegplan waarna appellants situatie acuut is verergerd, hij een tweede maal moest worden geopereerd en nadelige gevolgen daarvan heeft ondervonden.

De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak geoordeeld dat gedaagde bij het in geding zijnde besluit terecht heeft geweigerd om een beslissing te nemen in het kader van artikel 147, derde lid, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) over de vraag of de door appellant ondergane geneeskundige behandeling in verband staat met de uitoefening van de militaire dienst.

Ook in hoger beroep heeft appellant zich op het standpunt gesteld dat gebeurtenissen als de onderhavige wel degelijk ondergebracht dienen te worden bij het begrip ongeval, waardoor gedaagde op grond van het derde lid van artikel 147 van het AMAR de verplichting heeft om de vraag te beantwoorden of het ongeval wel of niet in verband staat met de uitoefening van de dienst.

De Raad overweegt het volgende.

Het begrip ongeval is noch in het AMAR noch in enig andere hier van toepassing zijnde regeling gedefinieerd. Gedaagde heeft in dit geval een aan rechterlijke uitspraken ontleende definitie gehanteerd die inhoudt dat als ongeval wordt aangemerkt: “een gekwetst worden door een onvoorziene omstandigheid, bepaald door een misgreep, een van buiten komende gebeurtenis of onverwacht geweld”. Appellant heeft te kennen gegeven zich in deze definitie op zich wel te kunnen vinden. Wat partijen verdeeld houdt is of de in het kader van de geneeskundige behandeling van appellant na zijn operatie op 23 juni 1994 gemaakte fouten binnen de grenzen van deze definitie vallen.

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. 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. Dat neemt niet weg dat ook als geconcludeerd wordt dat er geen ongeval heeft plaatsgehad, het in een dergelijke situatie in het belang van de militair kan zijn dat hetgeen is gebeurd wordt geregistreerd om aan de hand daarvan te kunnen vaststellen of er een causaal verband bestaat tussen ziekte of gebrek en het uitoefenen van de militaire dienst. Dit belang is inmiddels ook door de regelgever erkend en verder uitgewerkt in de Regeling proces-verbaal van ongeval en rapportage medische aangelegenheden. Deze regeling is per 1 januari 1998 van kracht geworden voor ongevallen en medische aangelegenheden die vanaf deze datum hebben plaatsgevonden.

Met betrekking tot de onderhavige situatie voert het te ver om op deze regeling vooruit te lopen, waarbij de Raad opmerkt dat dit ook niet nodig is nu van de zijde van de Krijgsmacht hospitaalorganisatie een onderzoek is verricht naar de relevante gebeurtenissen en van de onderzoeksresultaten mededeling is gedaan aan appellant bij voornoemd schrijven van 12 april 1995.

Het voorgaande betekent dat de aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

De Raad acht geen termen aanwezig om toepassing te geven aan het bepaalde in artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht inzake een vergoeding van proceskosten en beslist als volgt.

### III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,  
RECHT DOENDE:  
Bevestigt de aangevallen uitspraak.

#### NASCHRIFT

1. *Op grond van artikel 147 AMAR moet van elk ongeval dat aan een militair in werkelijke dienst tijdens de uitoefening van de dienst is overkomen een proces-verbaal worden opgemaakt. De door de commandant in dit verband in acht te nemen procedure is neergelegd in een tweetal uitvoeringsregelingen.*

*Bij een ongeval dat heeft plaatsgevonden vóór 1 januari 1998 geldt de Regeling criteria uitoefening militaire dienst van 12 maart 1990, Stcrt. 1990, 65. Voor een ongeval van na die datum geldt de Regeling proces-verbaal van ongeval en rapportage medische aangelegenheden van 19 december 1997, MP 31-109, nr. 1150. Zie voor een verdere uiteenzetting over en de achtergrond van beide regelingen mijn naschriften bij de uitspraken CRvB van 13 oktober 1994, MRT 1995, pag. 160-165 en CRvB van 7 december 2000, MRT 2001, pag. 256-259.*

*Aan de hand van het opgemaakte proces-verbaal wordt door de minister (namens deze in mandaat door ABP-Bijzondere Regelingen Defensie) beslist of het ongeval wordt geacht wel of niet in verband te staan met de uitoefening van de militaire dienst. Een dergelijk besluit heeft gevolgen voor de rechtspositionele aanspraken van de betrokken militair (uitkering, invaliditeitspensioen, voorziening etc.). Van de door de minister genomen beslissing wordt de militair schriftelijk in kennis gesteld. Indien de betrokken militair het niet eens is met die beslissing kan hij hiertegen bezwaar maken.*

2. *De centrale vraag die in deze zaak door de gemachtigde van appellant aan de Raad is voorgelegd is of de medische behandeling die appellant in 1994 heeft ondergaan, in het bijzonder het mogelijk tekortschieten van medische specialisten, behoort te worden aangemerkt als een ongeval als bedoeld in artikel 147 AMAR.*

*De Raad is met de rechtbank van mening dat medische beoordelingsfouten niet binnen de grenzen van het begrip ongeval van artikel 147 van het AMAR vallen. Artikel 147 biedt te weinig houvast voor de stelling dat onder ongeval tevens dient te worden begrepen een behandeling of nalaten in de medische sfeer. De Raad bevestigt dan ook de uitspraak van de rechtbank.*

*Het begrip ongeval, zoals dat is gebruikt in artikel 147 AMAR, dient te worden uitgelegd tegen de achtergrond van hetgeen met de regeling van artikel 147 is beoogd. Met die regeling is niet beoogd om van elke medische aandoening of ziekte, die bij een militair optreedt, vast te stellen of terzake verband met de dienst aanwezig is. Artikel 147 betreft een zuiver juridische beoordeling die door een niet-medicus wordt verricht. Om die reden wordt in dat verband dan ook gesproken van een "medische aangelegenheid". Indien appellant in de toekomst op grond van een medische aandoening, een medisch handelen of nalaten een uitkering of pensioen zou willen ontvangen, waarvoor het van belang is vast te stellen of die aandoening of dat handelen in enig verband staat met de uitoefening van de militaire dienst, dan zal op deze vraag in de toekomst via een medisch onderzoek een antwoord worden gegeven.*

3. *In artikel 10 van genoemde, sinds 1 januari 1998 geldende, Regeling proces-verbaal van ongeval en rapportage medische aangelegenheden is thans bepaald dat voor ziekten of gebreken die niet direct veroorzaakt zijn door een ongeval een zogenaamd rapport van medische aangelegenheden moet worden opgemaakt. Het is zowel in belang van de mili-*

*tair zelf als van de organisatie dat er een procedure is die tot een registratie komt van de ziekte of het gebrek welke niet zijn terug te voeren op een ongeval. Die registratie is ook mede van belang in verband met de rechtspositionele aanspraken van de militair.*

*Uit de Evaluatie toepassing Regeling proces-verbaal van ongeval en rapportage medische aangelegenheden van 22 mei 2002, zoals besproken in het Georganiseerd overleg sector Defensie (werkgroep postactieven van 25 juni 2002) blijkt dat het aantal zaken dat is aangemerkt als medische aangelegenheid na 1998 is gestegen. Het ging hierbij in het verleden vooral om lichamelijke klachten, opgelopen tijdens de diensttijd. Daarnaast hebben velen de laatste jaren laten vastleggen dat zij in het verleden met asbest hebben gewerkt.*

W.J.S.

---

**Centrale Raad van Beroep**  
Uitspraak van 7 november 2002  
Nr. 00/3906 MAW

*Voorzitter:* Mr. H.A.A.G. Vermeulen; *Leden:* Mr. J.C.F. Talman en Mr. K. Zeilmaker

**Ontslag wegens onvoldoende functioneren - II**

*Over een sergeant van het Korps Mariniers werden in een tijdsbestek van vijf jaar bij verschillende eenheden van het Korps drie beoordelingen uitgebracht. In alle gevallen was sprake van tekortkomingen; twee maal totaaloordeel "bc", een maal "b". Overeenkomstig het advies van een ingestelde commissie van onderzoek ontslag militairen werd de sergeant in 1998 ontslagen op grond van onbekwaamheid / ongeschiktheid (art. 39, tweede lid, aanhef en onder j, van het Algemeen militair ambtenarenreglement). Bij beslissing op bezwaarschrift werd dit ontslagbesluit gehandhaafd. De Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage verklaarde het daarop ingestelde beroep ongegrond.*

*De Centrale Raad van Beroep heeft de uitspraak van de rechtbank bevestigd. Blijkens de beoordelingen die in een reeks van jaren zijn opgemaakt over betrokkene in de operationele functie van groepscommandant, voldoet hij niet aan de eisen die de vervulling van operationele functies stelt. De noodzakelijke inzetbaarheid van een militair als betrokkene voor operationele functies brengt met zich mee dat in een geval van ongeschiktheid als het onderhavige, van de Staatssecretaris geen verdergaand onderzoek naar de mogelijkheid van toewijzing van een andere functie gevergd behoeft te worden dan thans is geschied.*

Ontslag wegens onbekwaamheid / ongeschiktheid  
(AMAR art. 39, tweede lid, aanhef en onder j)

UITSpraak

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

*I. Ontstaan en loop van het geding*

Namens appellant is op bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 8 juni 2000, nr. AWB

99/06384 MAWKMA (MRT 2001, p. 161), waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 3 oktober 2002, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. B. Damen, advocaat te Amersfoort, en waar gedaagde zich heeft laten vertegenwoordigen door mr. H.P. van der Lelie, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

## *II. Motivering*

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

1.1. Appellant, aangesteld als militair voor onbepaalde tijd bij het Korps Mariniers en bestemd voor algemene onderofficiersfuncties op sergeantsniveau, vervulde laatstelijk, in de rang van sergeant van de mariniers algemeen, een functie van groepscommandant. Over het functioneren van appellant in operationele functies zijn vanaf 1992 beoordelingen vastgesteld met een onvoldoende resultaat. Na de beoordeling over de periode van 15 mei 1995 tot 15 maart 1996 is appellant gewaarschuwd voor de gevolgen die een volgende minder gunstige beoordeling zou kunnen hebben voor zijn loopbaan. In de volgende - en laatste - periode voldeed appellant opnieuw niet aan de eisen die de functie stelt en was het totaaloordeel over het functioneren "B". Al deze beoordelingen zijn in rechte onaanvaardbaar geworden, de laatste na onherroepelijke uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 27 januari 1999.

1.2. Overeenkomstig het advies van de Commissie van onderzoek ontslag militairen heeft gedaagde appellant bij primair besluit van 24 juni 1998 wegens ongeschiktheid eervol ontslag uit de zeedienst verleend op grond van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder j, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR). Bij beslissing op bezwaar van 7 juni 1999 is het ontslag gehandhaafd.

2. Bij de aangevallen uitspraak is het beroep van appellant tegen deze beslissing ongegrond verklaard.

2.1. In de eerste plaats heeft de rechtbank overwogen dat zij het standpunt van gedaagde deelt dat appellant als onderofficier van de mariniers volledig en dus ook operationeel inzetbaar moet zijn en dat dit, gelet op de onvoldoende beoordelingen, niet het geval is. Zij acht daarom de conclusie gerechtvaardigd dat appellant ongeschikt is in de zin van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder j, van het AMAR.

2.2. De vraag of gedaagde heeft voldaan aan zijn verplichting op grond van artikel 43, eerste lid, van het AMAR, zorgvuldig onderzoek te doen naar de mogelijkheid appellant een andere passende functie toe te wijzen bij het eigen of een ander krijgsmachtdeel, heeft de rechtbank vervolgens bevestigend beantwoord. Naar haar oordeel kan genoemde bepaling niet aldus worden uitgelegd dat gedaagde zijn functietoewijzingsbeleid opzij moet zetten om voor militairen die niet (langer) in operationele functies kunnen worden ingezet, de functies te reserveren waarmee operationele functies normaal gesproken worden afgewisseld.

3.1. Namens appellant is betwist dat hij ongeschikt is voor de vervulling van functies binnen de groepen van functies, waarvoor hij is bestemd. Hij heeft erop gewezen dat hij in instructieve functies, blijkens een "D"-beoordeling betreffende een in de periode van 7 mei 1990 tot 1 april 1991 vervulde instructeursfunctie, goed heeft gefunctioneerd. Hoewel door gedaagde nimmer is aangegeven hoeveel niet-operationele functies er zijn, vermoedt appellant dat dat er meer zijn dan men denkt. Appellant mag, gelet op het door prof. dr. H.J.C. van Marle uitgebrachte psychiatrisch rapport, niet geacht worden blijvend onge-

schikt te zijn. De minder gunstige beoordelingen in het midden van de jaren '90 zijn terug te voeren op appellants privé problemen, die zich thans niet meer voordoen.

3.2. Tot slot is namens appellant betoogd dat aan artikel 43 van het AMAR te weinig invulling is gegeven. Ten tijde van de primaire besluitvorming waren slechts korte schriftelijke antwoorden beschikbaar van de Koninklijke landmacht en Koninklijke luchtmacht en had slechts mondelinge informatieuitwisseling plaatsgevonden met de afdeling personeelsmanagement. Van de Koninklijke marechaussee ontbrak toen zelfs enig gegeven; dat is eerst later gekomen.

4.1. Namens gedaagde is herhaald dat appellant, gegeven de in rechte onaantastbaar geworden onvoldoende beoordelingen, ongeschikt is als bedoeld in artikel 39, tweede lid, aanhef en onder j, van het AMAR. Het rapport van prof. Van Marle kan daaraan niet afdoen. Aangegeven is dat het merendeel (75 tot 80%) van de militaire functies binnen de groepen waarvoor appellant bestemd is, bestaat uit operationele functies. Dit is niet alleen het geval binnen het eigen krijgsmachtdeel van appellant.

4.2. Met betrekking tot de toepassing van artikel 43 van het AMAR is namens gedaagde gesteld dat de krijgsmachtdelen Koninklijke landmacht en Koninklijke luchtmacht tijdig zijn benaderd en dat de antwoorden niet zodanig waren dat deze krijgsmachtdelen opgedragen zou moeten worden hun onderzoek nog eens over te doen.

4.3. Met betrekking tot de Koninklijke marechaussee heeft de gemachtigde van gedaagde primair naar voren gebracht dat op het moment van ontslag de Koninklijke marechaussee "niet de jure als krijgsmachtdeel diende te worden aangemerkt". Subsidiair is erop gewezen dat de Koninklijke marechaussee desgevraagd achteraf een negatief antwoord heeft gegeven op de vraag of appellant voor functietoewijzing aldaar in aanmerking was gekomen.

5. De Raad overweegt als volgt.

5.1. Met de rechtbank is de Raad van oordeel dat het standpunt van gedaagde dat appellant ongeschikt is als bedoeld in artikel 39, tweede lid, aanhef en onder j, van het AMAR, in rechte stand kan houden. Blijkens de beoordelingen die in een reeks van jaren zijn opge maakt over het functioneren van appellant in een operationele functie van groepscommandant, voldoet appellant bepaald niet aan de eisen die de vervulling van operationele functies, die het merendeel uitmaken van de functies en groepen van functies waarvoor appellant is bestemd, stelt. Het rapport van prof. Van Marle, dat wijst op de rol van appellants karakterstructuur en dat stelt dat appellant in feite geen leidinggevende capaciteiten heeft, doet daaraan niet af.

5.2. Evenals de rechtbank is de Raad voorts van oordeel dat gedaagde van zijn ontslagbevoegdheid gebruik heeft gemaakt zonder schending van artikel 43, eerste lid, van het AMAR. Hij verenigt zich geheel met het onder 2.2. weergegeven oordeel van de rechtbank. De noodzakelijke inzetbaarheid van een militair als appellant voor operationele functies brengt met zich mee dat in een geval van ongeschiktheid als het onderhavige, van gedaagde geen verdergaand onderzoek naar de mogelijkheid van toewijzing van een andere functie geveerd behoeft te worden dan thans is geschied.

5.3. In het licht van het gestelde in de nota van toelichting bij het koninklijk besluit van 7 augustus 1998, Stb. 528, tot wijziging van onder meer artikel 1 van het AMAR met ingang van 1 januari 1998, kan de Raad de gemachtigde van gedaagde niet volgen in zijn primaire standpunt met betrekking tot de status van de Koninklijke marechaussee. In die toelichting van gedaagde wordt immers met zoveel woorden gezegd dat door de constructie, dat in het AMAR wordt vastgelegd dat onder Koninklijke marechaussee bedoeld wordt de militairen van de landmacht, ingedeeld bij het Wapen der Koninklijke mare-

chausee, “in rechtspositionele zin aan de marechaussee ... de beoogde onderscheiden plaats als vierde krijgsmachtdeel ... reeds (kan) worden toegekend”. Voor de toepassing van artikel 43, eerste lid, van het AMAR was de Koninklijke marechaussee derhalve aan te merken als krijgsmachtdeel.

Het gebrek dat gedaagde de Koninklijke marechaussee eerst achteraf heeft benaderd in het kader van het onderzoek als bedoeld in artikel 43 van het AMAR, acht de Raad, gegeven ook de negatieve reactie van de Koninklijke marechaussee, niet zodanig dat hij tot een ander oordeel moet komen dan hij onder 5.2. heeft gegeven.

5.4. De Raad komt daarom tot de conclusie dat de aangevallen uitspraak moet worden bevestigd.

6. Gelet op het bovenstaande en omdat de Raad geen aanleiding ziet toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht, wordt beslist als volgt.

### III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

#### NASCHRIFT

1. Ingevolge art. 43 van het AMAR kan ontslag wegens onbekwaamheid / ongeschiktheid van een voor onbepaalde tijd aangestelde militair slechts plaatsvinden indien het naar het oordeel van de minister na een zorgvuldig onderzoek niet mogelijk is gebleken de militair binnen zijn krijgsmachtdeel of eventueel bij een ander krijgsmachtdeel een passende functie toe te wijzen. De toepassing van deze bepaling is ook aan de orde geweest bij het beroep van een onderofficier van de Koninklijke Marechaussee tegen het besluit hem wegens onbekwaamheid / ongeschiktheid te ontslaan (CRvB 7 september 2000, MRT 2001, p. 167, naschrift G.L.C.). Deze onderofficier bleek niet bereid de hem toegewezen functie bij UNPROFOR te aanvaarden; hij wenste aan geen enkele VN-uitzending deel te nemen. In deze uitspraak bevestigde de CRvB het standpunt van de Staatssecretaris dat betrokkene vanwege zijn beperkte inzetbaarheid ongeschikt is geworden voor alle functies binnen de krijgsmacht en dat derhalve de in art. 43 neergelegde verplichting om te zoeken naar een andere passende functie niet tot resultaat kan leiden.

2. In de onderhavige uitspraak (punt 5.2) verenigt de Centrale Raad van Beroep zich geheel met het oordeel van de rechtbank over de toepassing van art. 43. De rechtbank had overwogen (MRT 2000, p. 161, naschrift G.F.W.) dat ook binnen de andere krijgsmacht-delen de beperkte inzetbaarheid van betrokkene bezwaarlijk is. Art. 43 kan niet aldus worden uitgelegd dat de Staatssecretaris zijn functietoewijzingsbeleid opzij moet zetten om voor militairen die niet (langer) in operationele functies kunnen worden ingezet functies te reserveren waarmee operationele functies normaal worden afgewisseld.

3. Uit deze uitspraken blijkt dat de betekenis van art. 43 beperkt is indien een militair niet voldoet aan eisen die als militaire basiseisen kunnen worden aangemerkt. Elke militair zal - na opleiding en training - moeten kunnen functioneren in operationele omstandigheden. Daarbij maakt het geen wezenlijk verschil bij welk krijgsmachtdeel de militair moet optreden.

G.F.W.

## WETGEVING

door

MR. J.B. MIETE

### *Wijziging van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 en enige andere wetten*

Eind oktober 2002 is een voorstel van wet ingediend tot wijziging van de WIV 2002 en de Wet veiligheidsonderzoeken (kamerstukken II, 2002-2003, 28 649, nrs. 1-3). Het opschrift van de wet (“en enige andere wetten”) is wat verwarrend. Meer smaken dan de Wet veiligheidsonderzoeken zijn er niet. Het voorstel bevat een aantal aanpassingen van technische aard. Tijdens de parlementaire behandeling van de WIV is artikel 8, vierde lid, bij amendement zodanig gewijzigd dat niet langer werd verwezen naar de Commissie voor de Inlichtingen- en veiligheidsdiensten van de Tweede Kamer (de commissie waaraan niet openbaar te maken gegevens vertrouwelijk kunnen worden meegedeeld), doch in het algemeen naar “een of beide kamers der Staten-Generaal”. Deze wijziging werd evenwel niet consequent in de WIV doorgevoerd, zodat op een aantal plaatsen nog wordt verwezen naar de commissie. Deze onvolkomenheden worden thans gecorrigeerd.

Een tweede wijziging betreft het verstrekken van bijvoorbeeld de toezichtrapporten van de commissie van toezicht aan de beide kamers der Staten-Generaal. De thans voorgescreven imperatieve toezending door de betrokken minister van het vertrouwelijk deel van het toezichtsrapport wordt gewijzigd in een facultatieve. Aldus wordt voorkomen dat een situatie zou ontstaan dat een minister op grond van artikel 79 WIV 2002 verplicht zou zijn bepaalde informatie toe te zenden, terwijl artikel 68 Grondwet hem juist op dit punt de gelegenheid biedt zich te verschonen met een beroep op het belang van de Staat. Een vergelijkbare wijziging wordt aangebracht in artikel 84 WIV 2002 in verband met toezending van het oordeel en de aanbevelingen van de Nationale ombudsman.

In artikel 1, onderdeel b, van de Wet veiligheidsonderzoeken wordt alsnog een onvolkomenheid weggenomen in die zin dat de term “de veiligheid of andere gewichtige belangen van de staat”, die op andere plaatsen reeds bij gelegenheid van de WIV 2002 is aangepast, wordt vervangen door “de nationale veiligheid”.

### *Wijziging van de Wet gewetensbezwaren militaire dienst i.v.m. de Kaderwet dienstplicht*

Na een lange periode van stilte, als gevolg van andere prioriteiten en personeelsmutaties bij Defensie, is de draad van het voorstel van wet tot Wijziging van de Wet gewetensbezwaren militaire dienst i.v.m. de Kaderwet dienstplicht weer opgepakt. Op 23 december 2002 verschenen een nota naar aanleiding van het verslag en een nota van wijziging (kamerstukken II, 2002-2003, 25990, nrs. 5 en 6). Hoe zat het ook al weer met dit wetsontwerp?

Doel van het ontwerp is de Wet gewetensbezwaren militaire dienst af te stemmen op de Kaderwet dienstplicht (de opvolger van de Dienstplichtwet). Zoals bekend is de opkomstplicht bij gelegenheid van de Kaderwet dienstplicht opgeschort. Na politieke besluitvorming terzake kan evenwel het dienstplichtstelsel gereactiveerd worden. In een dergelijke situatie zullen toekomstige dienstplichtigen een beroep kunnen doen, na geschikt te zijn verklaard, op de Wet gewetensbezwaren militaire dienst. Ook de laatste lichten dienstplichtigen kunnen ingevolge artikel 64 van de Kaderwet dienstplicht ter aanvulling op het reservistenbestand worden opgeroepen. Deze groep zal eveneens een beroep kun-

nen doen op de Wet gewetensbezwaren. Afstemming van de Wet gewetensbezwaren op de Kaderwet dienstplicht is derhalve geboden.

In de nota naar aanleiding van het verslag worden naar aanleiding van vragen van de Tweede Kamer diverse punten besproken. Ik licht er een paar uit.

Overeind blijft het beginsel dat een beroep op de Wet gewetensbezwaren eerst openstaat indien men geschikt is bevonden voor het vervullen van de militaire dienst en dus daadwerkelijk kan worden geconfronteerd met middelen van geweld in dat kader. In dat licht bestaat er geen reden voor het registreren van voornemens tot het doen van een beroep op de Wet gewetensbezwaren, zoals door de CDA-fractie gesuggereerd. En in dat zelfde vlak: met een beroep op die wet kan men niet gevrijwaard blijven van registratie. Die is namelijk geregeld in paragraaf 2 van de Kaderwet dienstplicht. Noch die wet, noch de Wet gewetensbezwaren biedt de mogelijkheid daarvan gevrijwaard te blijven.

Een vraag van de zijde van het CDA inzake het verschil tussen “vrijstelling” en “onthefing” heeft geleid tot de tegelijk met de nota naar aanleiding van het verslag ingediende nota van wijziging. Een beschikking waarbij in een individueel geval een uitzondering op de verplichting tot vervangende dienst wordt gemaakt, wordt als gevolg daarvan thans aangeduid met de juridisch juiste benaming “onthefing”.

#### *Wijziging Kadasterwet en Organisatiewet kadaster*

Dit op 24 december 2002 bij de Tweede Kamer ingediende voorstel van wet (kamerstukken II, 2002-2003, 28748, nrs. 1-3) strekt ertoe de huidige publieke taken van de onder de Koninklijke Landmacht van het Ministerie van Defensie ressorterende Topografische Dienst op te dragen aan de Dienst voor het kadaster en de openbare registers. Personeel en vermogensbestanddelen gaan mede over naar het Kadaster. Achtergrond van deze uitplaatsing is dat het Ministerie van Defensie zich wil concentreren op kerntaken. Een voorziening ter zake van geografische informatie past daar niet langer in. Onderbrenging bij het Kadaster ligt gezien de werkzaamheden van die dienst in de rede.

#### *Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten*

De Eerste Kamer heeft op 4 en 18 februari 2003 het voorstel van Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten (27624) plenair behandeld. Bij de PvdA stond nog steeds (zie het MRT van juni 2002, blz. 255) de twijfel centraal omtrent de grondwettigheid van dit wetsontwerp dat tot doel heeft om ter uitvoering van het Verdrag inzake de algemene voorwaarden voor het 1(Duits/Nederlandse) legerkorps geweldbevoegdheid toe te kennen aan Duitse bewakers die in Nederland onder verantwoordelijkheid van een Nederlandse meerdere wachtlopen. Volgens de PvdA is artikel 10 van het Legerkorpsverdrag, dat stelt dat voor de uitvoering van bewakingstaken de binationale wacht onder het uitsluitende gezag van de ontvangende staat valt, niet verenigbaar met artikel 97 van de Grondwet, dat bepaalt dat het oppergezag over de krijgsmacht bij de regering berust. In een uitgebreid betoog, waarbij hij graag een aantal Latijnse uitdrukkingen gebruikt, beticht de heer Jurgens de regering ervan zich in de schriftelijke stukken in bochten te draaien en zich in de nesten te werken. Helaas gaat hij zelf in de fout: hij wijzigt zijn verwijzingen naar artikel 97 in artikel 98, welk artikel echter niets met de hier aan de orde zijnde problematiek heeft te maken. Van de kant van de VVD mengt de heer Van Eekelen zich in de strijd. Hij hekelt het feit dat de beschouwingen van Jurgens' zegsman Besselink van de RUU zo letterlijk zijn overgenomen in de vraagstelling van Jurgens. Volgens hem is het eigenlijk vrij simpel en had deze plenaire behandeling niet behoeven



plaatsvinden. Waar gaat het om? Het wetsontwerp verleent slechts een geweldbevoegdheid aan Duitse militairen in Nederland. De vraag van het Nederlandse opperbegezag is slechts relevant voor Nederlandse militairen die in Duitsland onder Duits gezag wachtlopen. En daar gaat dit wetsontwerp helemaal niet over. Bovendien strekt dit wetsontwerp ter uitvoering van een verdrag dat reeds in 1998 door de Staten-Generaal is goedgekeurd, met inbegrip van het door de heer Jurgens aangehaalde artikel 10.

Jurgens blijft bij zijn visie en dient een motie in met als inhoud dat “twijfel mogelijk is of het wetsvoorstel in strijd is met artikel 98, tweede lid, Grondwet” en verzoekt de regering “terzake advies in te winnen van onafhankelijke deskundigen” (kamerstukken I, 2002-2003, 27624 (R1677) nr. 31a).

Op 18 februari 2003 wordt de behandeling van het wetsontwerp hervat en gaat deze hele kwestie als een nachtkaars uit. Minister van Defensie Kamp heeft een brief (nr. 31b) aan de Eerste Kamer gestuurd waarin hij stelt (hetgeen hij op 4 februari ook reeds had gedaan) dat hij niets ziet in een deskundigenadvies, dat overigens naar zijn mening door de Raad van State zou moeten worden uitgebracht. De Raad van State heeft evenwel reeds bij twee gelegenheden zich over de grondwettigheid van het Legerkorpsverdrag kunnen uitspreken, namelijk destijds bij de goedkeuring van het verdrag, en later in het kader van dit wetsontwerp. De Raad van State heeft echter beide keren geen strijdigheid met de Grondwet geconstateerd. Voorts wijst de Minister van Defensie de heer Jurgens op de foutieve verwijzing naar artikel 98.

Hoe liep het af? Jurgens wijzigde zijn motie (nr. 31c), bij de daarop volgende stemming werd de motie verworpen, en na een laatste poging van de heer Jurgens om twijfel te zaaien omtrent de grondwettigheid van het voorstel aanvaardde een meerderheid in de Eerste Kamer het wetsvoorstel.

#### *Tijdelijke commissie ongevallenonderzoek Defensie*

Op 7 maart 2003 installeerde de Staatssecretaris van Defensie de Tijdelijke commissie ongevallenonderzoek Defensie. Deze uit drie leden bestaande commissie [dr.ir. J.P. Visser (vz)(thans voorzitter van de Commissie Buisleidingen van de Raad voor de Transportveiligheid), drs. J.S.J. Hillen (CDA-politicus) en mr. G.C. Gillissen (voorzitter van de Nederlandse Marineraad)] heeft tot taak onderzoek te doen naar ongevallen en incidenten (bijna-ongevallen) waarbij Defensie betrokken is. Doel van het onderzoek is lering te trekken uit dergelijke voorvallen en de nasleep daarvan teneinde herhaling in de toekomst te voorkomen en de veiligheid te vergroten. De instelling van deze commissie was door Staatssecretaris Van der Knaap aangekondigd tijdens een debat over de kwestie Ovaa/Spijkers. Taak van de commissie is nadrukkelijk niet het vaststellen van schuld of aansprakelijkheid van personen. Het door de Tijdelijke commissie uit te voeren onderzoek staat geheel los van de eigen bedrijfsveiligheidsonderzoeken door Defensie. De verantwoordelijkheid daarvoor blijft onverkort bij het betrokken beleidsterrein berusten. De commissie verricht haar onderzoek met eigen onderzoekers, desgewenst bijgestaan door deskundigen uit de beleidsterreinen, die dan onder de verantwoordelijkheid van de commissie vallen. De commissie kan desgewenst gebruik maken van de resultaten van door de beleidsterreinen reeds uitgevoerd onderzoek. Het werkterrein van de commissie omvat geheel Defensie, met inbegrip van “een organisatie waarvan het beheer is opgedragen aan de Minister van Defensie” (waarmee de Kustwacht voor de Nederlandse Antillen en Aruba wordt bedoeld). Een uitzondering geldt slechts voor rampen en ongevallen, overkomen aan Nederlandse oorlogsschepen. Het onderzoek van die voorvallen is wettelijk verankerd in de Marinescheepsongevallenwet 1935, en die wet kan nu eenmaal niet bij regeling van de

Staatssecretaris opzij worden gezet. De Raad van Advies inzake Luchtvaartongevallen bij Defensie wordt na vele jaren trouwe dienst opgeheven. Reden hiervoor is dat de Staatssecretaris de externe commissie, die geheel zelfstandig onderzoek kan uitvoeren, op een zo breed mogelijk terrein wil inzetten.

De commissie is bij ministeriële regeling ingesteld, heeft geen wettelijke onderzoeksbevoegdheden en is derhalve in beginsel aangewezen op de vrijwillige medewerking van betrokkenen. Personeel in dienst van Defensie wordt een medewerkingsplicht opgelegd. Absolute bescherming tegen strafrechtelijke consequenties van verklaringen van betrokkenen kan deze regeling gezien haar lage niveau niet bieden. Wel is voorzien in een verschoningsrecht, alsmede in de bepaling dat verklaringen alleen in het eindrapport worden opgenomen indien zij van wezenlijk belang zijn voor de analyse van de toedracht van het voorval. Op commandanten en diensthoofden wordt de plicht gelegd ongevallen en incidenten te melden bij het secretariaat van de commissie. Een Aanwijzing SG werkt een en ander voor de Defensieorganisatie nader uit.

De commissie is van tijdelijke aard; zij zal komen te vervallen met ingang van het tijdstip waarop de Onderzoeksraad voor veiligheid (zie MRT november/december 2002, blz. 403) operationeel wordt. De Instellingsregeling Tijdelijke commissie ongevallenonderzoek Defensie is bekendgemaakt in de Staatscourant van 4 maart 2003, nr. 44.

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

VASTE MEDEWERKERS:

Mr *Th. J. Clarenbeek*, Oud-Coördinerend-vice-president van de Arrondissementsrechtbank te Utrecht, res. Kolonel van de Militair Juridische Dienst b.d.;

Prof. Mr *N. Keijzer*, Raadsheer in buitengewone dienst van de Hoge Raad der Nederlanden en em. hoogleraar Internationaal Strafrecht aan de Universiteit van Tilburg.

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

WIJZE VAN UITGAVE:

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

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1-2003 € 36,75. Men abonneert zich bij Sdu Servicecentrum Uitgevers, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. tel.: 070-378 9880, fax: 070-378 9783, e-mail: [sdu@sdu.nl](mailto:sdu@sdu.nl), of bij zijn boekhandelaar. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 3,95. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar tegen de prijs van € 20,15.

Auteurs van bijdragen van meer dan één pagina ontvangen een vergoeding van € 35 p.p., tot een maximum € 230 per aflevering, benevens vijf presentemplaren van de desbetreffende aflevering. Het auteursrecht wordt met de publicatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u van informatie te voorzien over Sdu Uitgevers bv en zorgvuldig geselecteerde andere bedrijven. Als u geen prijs stelt op deze informatie, kunt u dit schriftelijk melden bij Servicecentrum Uitgevers, postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op [www.sdu.nl](http://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 verstrekten krijgen, dienen zich voor kennisgeving het 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 op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVI

Juli/Augustus 2003

Aflevering

7

100 Jaar MRT  
1903 - 2003

Sdu Uitgevers

# INHOUD

## Bijdragen

Het Europees aanhoudingsbevel; door Alette Smeulders..... 237

### Tuchtrechtspraak

Gerecht in eerste aanleg van Aruba 16.01.03 **Verschoonbare overschrijding van de beroepstermijn; wel of geen grondslagverlating; termijnen voor het beklag**  
a. Verschoonbare overschrijding van de beroepstermijn.  
b. Wel of geen grondslagverlating  
- In de uitspraak op beklag wordt meer bewezen verklaard dan in de beschuldiging in eerste aanleg is opgenomen. Grondslagverlating. In beroep wordt dit gecorrigeerd.  
- In de uitspraak op beklag wordt een ander overtreden artikel genoemd dan in de beschuldiging stond. Geen grondslagverlating.  
c. Termijnen voor het beklag..... 253

### Bestuursrechtspraak

CRvB 30.05.02 **Leeftijdscriminatie?**  
Dat de maandelijkse bindingspremie wordt toegekend totdat de leeftijd van 49 jaar is bereikt, levert geen ongeoorloofd onderscheid op in de zin van art. 11 Grondwet. (Naschrift G.L.C.)..... 259

CRvB 05.09.02 **Gedane zaken nemen geen keer**  
Het bestuur is niet verplicht oude, in het verleden genomen besluiten in overeenstemming te brengen met nieuwe, later tot stand gekomen jurisprudentie. (Naschrift G.L.C.)..... 262

CRvB 21.11.02 **Schadevergoeding wegens intrekken verlof**  
Onbetaald verlof luitenant-kolonel-tandarts voor voeren eigen tandartspraktijk (12 uur per week) ingetrokken vanwege uitzending naar voormalig Joegoslavië. Aanspraak op vergoeding van de geldelijke schade die het gevolg is van de intrekking van dat verlof. (Naschrift G.F.W.)..... 265

CRvB 05.12.02 **Geen muzikant**  
Sergeant munitietechnicus KL ambieerde functie bij militaire muziek. Niet ten onrechte heeft de BLS aan het dienstbelang om over munitietechnici te beschikken een groter gewicht toegekend dan aan het belang van betrokkene om naar de militaire muziek te gaan. (Naschrift G.F.W.)..... 268

CRvB 16.01.03 **Inkomen als burger geldt als grondslag voor militair pensioen**  
Voor de toekenning van een militair pensioen aan een gewezen dienstplichtige wordt het in de burgermaatschappij genoten inkomen als berekeningsgrondslag genomen. Alleen loonstrookjes worden als bewijs aangemerkt dat het inkomen ook daadwerkelijk is genoten (Naschrift W.J.S.)..... 273

### Opmerkingen en mededelingen

Boeken en tijdschriften..... 277  
Erratum..... 280

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

## BIJDRAGEN

### Het Europees aanhoudingsbevel

door

Alette Smeulers<sup>\*)</sup>

*Het Europees Aanhoudingsbevel, dat alle bestaande uitleveringsprocedures binnen de Europese Unie zal vervangen door een vereenvoudigde en versnelde procedure van overlevering, zal vanaf 1 januari 2004 voor de gehele Europese Unie in werking treden. De huidige Nederlandse Uitleveringswet zal daartoe aangevuld dan wel vervangen dienen te worden door wettelijke bepalingen die deze versnelde procedure van overlevering regelen. In onderstaande bijdrage zal ingegaan worden op de veranderingen die het huidige uitleveringsstelsel bij de implementatie van het Europees Aanhoudingsbevel te wachten staan.*

#### 1. Inleiding

Het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel (KEAB)<sup>1)</sup> is de verkorte naam voor een de EU-staten bindend Kaderbesluit dat op 13 juni 2002 door de Raad is goedgekeurd.<sup>2)</sup> Dit Kaderbesluit houdt in dat vanaf 1 januari 2004 de binnen de gehele EU bestaande uitleveringsprocedures vervangen zullen worden door een versoepelde en vergemakkelijkte procedure van overlevering. Althans voor zover het de onderlinge uitleveringsbetrekkingen tussen deze EU-staten betreft, daar voor de uitleveringsbetrekkingen tussen EU-staten met Europese staten die niet bij de EU zijn aangesloten het Europees Uitleveringsverdrag (EUV)<sup>3)</sup> zal blijven gelden. Kort gezegd houden de afspraken in dat als een EU-staat een aanhoudingsbevel uitvaardigt de andere EU-staten gehouden zijn naar de betreffende persoon uit te kijken en deze, indien op het grondgebied van de betreffende staat aangetroffen, aan te houden en de aangehouden persoon zo snel mogelijk aan de staat die het aanhoudingsbevel heeft uitgevaardigd over te leveren. Dit Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel voorziet in een vergaande vorm van samenwerking en is de eerste uitwerking van het op de Europese top van Tampere in november 2000 overeengekomen beginsel van de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke beslissingen en vonnissen. De Europese Raad had reeds op 15/16 oktober 1999 gesteld dat dit beginsel van wederzijdse erkenning de hoeksteen van de justitiële samenwerking binnen de Unie zou moeten worden. Een goede en efficiënte justitiële samenwerking, waarbij wederzijdse erkenning de basis zou

<sup>\*)</sup> Dr. Smeulers is universitair docent internationaal strafrecht aan de Universiteit Maastricht.

<sup>1)</sup> Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees Aanhoudingsbevel en de procedure van overlevering tussen de lidstaten, Pb L 190 van 18.7.2002, p. 1-18.

<sup>2)</sup> Kaderbesluiten kunnen door de Europese Raad worden aangenomen met eenparigheid van stemmen. Deze kaderbesluiten hebben geen rechtstreekse werking maar zijn wel bindend voor de lidstaten. Concreet gaat het daarbij om afspraken betreffende een aanpassing van de wettelijke bepalingen van iedere lidstaat afzonderlijk. De lidstaten zijn dus ieder afzonderlijk voor de aanpassingen in hun eigen nationale wet verantwoordelijk die nodig zijn om het voor alle staten bindende kaderbesluit te implementeren.

<sup>3)</sup> Europees verdrag betreffende Uitlevering, Parijs 13 december 1957 (Trb. 1965, 9). Zie echter ook het Aanvullende Protocol bij het Europees verdrag betreffende Uitlevering, Straatsburg 17 oktober 1975 (Trb. 1979, 119) en het Tweede Aanvullende Protocol bij het Europees verdrag betreffende Uitlevering, Straatsburg 17 maart 1978 (Trb. 1979, 120).

zijn van de wederzijdse tenuitvoerlegging, werd noodzakelijk geacht om een van de uiteindelijk doelen van de Europese Unie te verwezenlijken, namelijk het tot stand brengen van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid. De idee om binnen het kader van de EU de internationale strafrechtelijke samenwerking in het algemeen en de soms als ingewikkeld ervaren uitleveringsprocedures meer in het bijzonder te versoepelen is geen nieuw idee. Reeds sinds de jaren negentig hebben de EU-staten enkele aanvullende overeenkomsten gesloten waarbij de uitleveringsrelaties tussen de EU-staten ten opzichte van de bestaande regeling zoals in het Europees Uitleveringsverdrag vastgelegd, versoepeld en vergemakkelijkt zouden worden.<sup>4)</sup> De versoepeling werd veelal bereikt door het aantal rechtswaarborgen en rechtsbeginselen dat het EUV kenmerkt terug te brengen.<sup>5)</sup> De algemene gedachte achter en algemene aanleiding tot het versoepelen van deze procedures was dat een aantal van deze rechtswaarborgen en rechtsbeginselen binnen de EU overbodig zou zijn gezien het grote vertrouwen dat de staten binnen de EU onderling zouden hebben of tenminste zouden moeten hebben. Dit grote vertrouwen is met de vergaande samenwerking zoals in het Europees Aanhoudingsbevel afgesproken tot de hoeksteen van de samenwerking binnen de EU verheven.

Bijzondere vermelding verdient het feit dat de idee tot een Europees Aanhoudingsbevel reeds lang voor de aanslagen van 11 september 2001 geboren werd, maar dat desalniettemin wel duidelijk is dat deze aanslagen de terrorismebestrijding en daarmee ook het Europees Aanhoudingsbevel zeer hoog op de agenda hebben geplaatst. Het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel is er sneller gekomen dan verwacht en vertoont de overduidelijke kenmerken van de huidige terrorismebestrijding, die vooral effectief moet zijn en waarbij de waarborgen voor de rechten van de vermeende terroristen vaak ten onrechte tot een ondergewaardeerd en ondergeschoven rechtsgoed zijn verworden. Een trend die helaas op allerlei gebieden merkbaar is en die in het proces dat tot de uiteindelijke tekst van het hier centraal staande Kaderbesluit betreffende het Europees Aanhoudingsbevel de opstellers parten heeft gespeeld.<sup>6)</sup> Het is niet gemakkelijk, binnen de strijd tegen het terrorisme een juist evenwicht te vinden tussen effectiviteit en voldoende rechtswaarborgen. Het vinden van een dergelijk evenwicht is echter cruciaal voor het voortbestaan van de rechtstaat en ligt bijvoorbeeld ook niet voor niets ten grondslag aan onze wetboeken van strafrecht en strafvordering. Die balans dient zeker ook in het kader van de Europese strafrechtelijke samenwerking gezocht en gevonden te worden.

In onderstaande bijdrage zal het Europees Aanhoudingsbevel besproken worden waarbij steeds tevens het belang van de naleving van de rechten van de mens van de verdachten bijzondere aandacht zal krijgen en zal de vraag of men met het Europees Aanhoudingsbevel in de hierboven genoemde balans niet te ver is doorgeschoten regelmatig aan

<sup>4)</sup> Het betreft: de Overeenkomst tussen de Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen betreffende de vereenvoudiging en de modernisering van de wijze van toezending van uitleveringsverzoeken, Donostia-San Sebastian 26 mei 1989 (Trb. 1990, 97 en Trb. 1995, 186); Overeenkomst opgesteld op grond van artikel K3 van het Verdrag van de Europese Unie aangaande de verkorte procedure tot uitlevering tussen de Lid-Staten van de Europese Unie, Brussel 10 maart 1995 (Trb. 1995, 110) en de Overeenkomst inzake uitlevering tussen de Lid-Staten van de Europese Unie, met bijlage, Dublin 27 september 1996 (Trb. 1996, 304).

<sup>5)</sup> Zie over deze ontwikkeling in het algemeen G. Vermeulen en T. Vander Beken, Eenvoudiger en ook beter? Nieuwe ontwikkelingen inzake uitlevering in de Europese Unie geëvalueerd, *Panopticon* 1997, p. 111-140.

<sup>6)</sup> Alhoewel opgemerkt dient te worden dat de uiteindelijke tekst in dat opzicht al veel minder ver gaat dan de eerste versies.



de orde gesteld worden. Daartoe zal in paragraaf 2 nader ingegaan worden op de uitgangspunten die aan dit Europees Aanhoudingsbevel ten grondslag liggen. Daarna zullen in de paragrafen 3-4 achtereenvolgens de rechtsbeginselen, de absolute weigeringsgronden en de facultatieve weigeringsgronden besproken worden. Daarbij zal steeds ook de link met het systeem dat aan het EUV ten grondslag ligt, gelegd worden om aldus de ontwikkeling beter te kunnen schetsen en de vraag of de ontwikkeling de goede kant opgaat beter te kunnen beantwoorden. In paragraaf 5 worden daartoe de in het Europees Aanhoudingsbevel ontbrekende weigeringsgronden besproken. In paragraaf 6 wordt bijzondere aandacht besteed aan de situatie van militairen. In paragraaf 7 staat de (nieuwe) procedure die gevolgd moet worden centraal. In paragraaf 8 zal ingegaan worden op de noodzakelijke aanpassingen van de Nederlandse uitleveringsbepalingen en zullen de voorstellen tot wetswijzigingen zoals die er nu liggen, besproken worden. De laatste paragrafen bevatten nog enkele kanttekeningen en knelpunten en de conclusie.

## 2. *De uitgangspunten*

De achterliggende gedachte bij het Europees Aanhoudingsbevel is dat de staten binnen de Europese Unie een groot vertrouwen in elkaar hebben en ook kunnen hebben. Dit vertrouwen zou de bestaande omslachtige en tijdrovende uitleveringsprocedures overbodig maken. Het is niet meer nodig na te gaan of de vervolging en berechting van bepaalde strafbare delicten en de betreffende vermeende delinquenten nog wel in overeenstemming zijn met de eigen normen en waarden. Binnen de EU gaat men daar nu voetstoots van uit. Het binnen de Europese Unie bestaande uitleveringssysteem zou dan ook vervangen kunnen worden door een nieuw vereenvoudigd en versoepeld systeem van overlevering.<sup>7)</sup> Het grote vertrouwen in elkaar vindt zijn weerslag in het voornaamste beginsel van het Kaderbesluit, namelijk het beginsel van de wederzijdse erkenning. Dit beginsel houdt in dat strafrechtelijke beslissingen van de ene Europese staat onvoorwaardelijk door de andere Europese staat gerespecteerd worden. Concreet betekent dat, dat een door een staat uitgevaardigd aanhoudingsbevel door een andere staat onvoorwaardelijk tenuitvoergelegd dient te worden als de gezochte persoon zich op het grondgebied van die andere staat bevindt. Anders dan vroeger wordt dan niet meer de vraag gesteld of de persoon ook in het eigen land vervolgd zou worden of bestraft zou zijn. Het gegeven dat een andere Europese staat een uitspraak heeft gedaan, een bepaalde beslissing heeft genomen of een verdenking jegens de betreffende persoon heeft geuit, dient als voldoende beschouwd te worden en verplicht, enkele uitzonderlijke situaties daargelaten, de staten conform het aanhoudingsbevel te handelen, dat wil zeggen zij dienen de persoon aan te houden en binnen afzienbare tijd over te dragen.<sup>8)</sup>

<sup>7)</sup> De term overlevering kent een grote overlap met de term uitlevering maar wordt binnen het Nederlandse recht desalniettemin daarvan onderscheiden. Eerstgenoemde term wordt gebruikt voor het overdragen van militairen (zie bijv. het NAVO-Statusverdrag) en voor zowel het overdragen van oorlogsmisdadigers (zie bv. de Wet Overlevering inzake oorlogsmisdrijven) als het overdragen van verdachten aan de oorlogstribunalen en straks het ICC. De oorspronkelijke gedachte achter het onderscheid tussen beide termen bestaat erin dat uitlevering conform de definitie zoals in art. 1 Uitleveringswet (UW) opgenomen het over de grens brengen van een bepaalde individu in zich bergt (in art. 1 UW staat letterlijk: verwijdering van een persoon uit Nederland), hetwelk bij overlevering niet noodzakelijk is. Het onderscheid tussen genoemde termen is overigens typisch Nederlands. De meeste staten gebruiken een en dezelfde term voor uitlevering dan wel overlevering.

<sup>8)</sup> Het belang van een snelle procedure wordt in diverse overwegingen uit de preambule aangestipt, zie m.n. echter overweging nr. 5 waarin letterlijk staat dat 'een oplossing [kan] worden gevonden voor de complexiteit en het tijdverlies die inherent zijn aan de huidige uitleveringsprocedures.'

Om het mogelijk te maken dat staten personen snel, efficiënt en zonder veel omhaal kunnen overleveren is afgesproken dat binnen korte termijn beslist dient te worden, dat in beginsel nog slechts de rechter - niet meer ook de Minister van Justitie - een uitspraak doet over de overlevering en dat de weigeringsgronden, redenen waarom de aangezochte staat ervan af kan zien aan het aanhoudingsbevel gehoor te geven, fors verminderd zijn. In de onderstaande paragrafen zal op al deze wijzigingen afzonderlijk ingegaan worden, maar vooraf dient reeds duidelijk te zijn dat het uitgangspunt van alle overwegingen snelheid en efficiëntie is, met als achterliggende gedachte dat de EU-staten elkaar kunnen vertrouwen en dat de huidige uitleveringsprocedures dus onnodig tijdrovend en onnodig complex zijn. In artikel 31 KEAB staat dan ook uitdrukkelijk dat het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel voor wat betreft de onderlinge betrekkingen in de plaats treedt van het Europees Uitleveringsverdrag (EUV) en de twee daarbij behorende protocollen,<sup>9)</sup> de drie overeenkomsten die binnen de EU betreffende uitlevering waren gesloten<sup>10)</sup> en de bepalingen die in de Schengen Uitvoeringsovereenkomst<sup>11)</sup> aangaande uitlevering zijn opgenomen alsmede alle andere bilaterale aanvullende overeenkomsten die staten onderling gesloten hebben.<sup>12)</sup> Bi- en multilaterale overeenkomsten of regelingen die verder gaan dan het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel in de zin dat zij de procedure nog meer vereenvoudigen of vergemakkelijken mogen na de inwerkingtreding van de in het Kaderbesluit vervatte regeling wel toegepast worden. Dit betekent overigens tevens dat uit- c.q. overleveringen die niet reeds onder deze verdragen vielen dat straks ook niet zullen doen. Dat wil zeggen dat met name de overlevering van militairen ook straks nog op grond van het NAVO-Statusverdrag zal plaatsvinden, waarover straks echter meer.

Bijzondere aandacht verdient in dit kader verder art. 1 lid 3 KEAB. Dit artikel luidt:

“Dit kaderbesluit kan niet tot gevolg hebben dat de verplichting tot eerbiediging van de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen, zoals die zijn neergelegd in artikel 6 van het verdrag betreffende de Europese Unie, wordt aangetast.”

Genoemd art. 6 EU-verdrag verwijst naar het EVRM. Dat houdt dus in dat beslissingen in het kader van dit Kaderbesluit niet mogen indruisen tegen de bepalingen van het EVRM en al evenmin tegen de jurisprudentie van het EHRM. Dat betekent onder andere dat een staat de jurisprudentie van het EHRM in de Soering-zaak ter harte moet nemen, wat wil zeggen dat een staat een opgeëiste persoon niet mag uitleveren dan wel overleveren aan

<sup>9)</sup> Europees verdrag betreffende uitlevering, Parijs 13 december 1957 (Trb. 1965, 9); Aanvullend Protocol bij het Europees verdrag betreffende uitlevering, Straatsburg 15 oktober 1975 (Trb. 1979, 119); Tweede Aanvullend Protocol bij het Europees verdrag betreffende uitlevering, Straatsburg 17 maart 1978 (Trb. 1979, 120).

<sup>10)</sup> Het gaat daarbij om de overeenkomst tussen de Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen betreffende de vereenvoudiging en de modernisering van de wijze van toezending van uitleveringsverzoeken, Donostia-San Sebastian 26 mei 1989 (Trb. 1990, 97); Overeenkomst opgesteld op grond van artikel K. 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, aangaande de verkorte procedure tot uitlevering tussen de Lid-Staten van de Europese Unie, Brussel 10 maart 1995 (Trb. 1995, 110); Overeenkomst opgesteld op grond van artikel K.3 van het verdrag betreffende de Europese Unie betreffende uitlevering tussen de Lid-Staten van de Europese Unie van 27 september 1996 (Trb. 1996, 304).

<sup>11)</sup> Overeenkomst van 19 juni 1990, Trb. 1990, 145.

<sup>12)</sup> Te denken valt bv. aan het Benelux Uitleveringsverdrag, Brussel 27 juni 1962 (Trb. 1962, 97) en de Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland betreffende de aanvulling en het vergemakkelijken van de toepassing van het EUV, Wittem, 30 augustus 1979 (Trb. 1979, 142).

een andere staat wanneer er gegronde redenen bestaan om aan te nemen dat de opgeëiste persoon in de verzoekende staat een reëel risico loopt onmenselijk behandeld te worden dan wel het risico loopt onderworpen te worden aan een oneerlijk proces.<sup>13)</sup> De voorrang van het EVRM dient gezien de prominente plaats van het artikel (immers het derde lid van het allereerste artikel) als een belangrijk uitgangspunt van het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel gezien te worden.

### 3. *Rechtsbeginselen*

Een van de voornaamste beginselen in het uitleveringsrecht is het beginsel van de dubbele strafbaarheid.<sup>14)</sup> Het uitgangspunt van het uitleveringsrecht is immers altijd geweest dat staten niet wensen mee te werken aan vervolgingen dan wel strafexecuties die indruisen tegen de eigen normen en waarden. Het beginsel van de dubbele strafbaarheid houdt in dat een staat alleen bereid is een opgeëiste persoon uit te leveren als het delict waarvan deze persoon verdacht wordt in beide staten strafbaar is. Daarbij is het niet van belang of het strafbare feit identiek omschreven wordt maar de handeling zal in ieder geval in beide staten strafbaar moeten zijn. Verder moet opgemerkt worden dat het daarbij niet zo zeer van belang is dat de gedraging zoals deze heeft plaatsgevonden in Nederland strafbaar is maar dat deze in een vergelijkbare of beter nog analoge situatie strafbaar zou moeten zijn.<sup>15)</sup> Om een voorbeeld te geven: art. 184 Sr. stelt het opzettelijk niet voldoen aan een ambtelijk bevel strafbaar. Met ambtelijk bevel wordt uitsluitend een Nederlands ambtelijk bevel bedoeld. Als het er echter om gaat de dubbele strafbaarheid te beoordelen dan is daaraan voldaan als het gaat om het opzettelijk niet voldoen aan -om maar een voorbeeld te noemen- een in Italië gegeven wettelijk ambtelijk Italiaans bevel.

Juist deze eis van dubbele strafbaarheid nu is in het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel voor een groot deel opgeheven. In art. 2 lid 2 KEAB staat een groot aantal delicten vermeld waarvan, mits althans het strafmaximum ten minste drie jaar bedraagt, maar dat zal in de meeste gevallen wel zo zijn, uitdrukkelijk gesteld wordt dat de dubbele strafbaarheid niet meer zal worden getoetst. De in art. 2 lid 2 KEAB opgenomen lijst bevat delicten die op het eerste gezicht in alle staten wel strafbaar zijn gesteld, zoals bijvoorbeeld deelneming aan een criminele organisatie, terrorisme, moord en doodslag, verkrachting, brandstichting, racisme, sabotage alsook de misdrijven die onder de rechtsmacht van het Internationaal Strafhof vallen, te weten oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de menselijkheid en genocide. Het probleem dat zich hier voordoet is dat nu de eis van dubbele strafbaarheid voor deze delicten is afgeschaft ook niet meer gekeken wordt naar de vraag of de feitelijke handelingen van een persoon in beide staten ook onder de betreffende noemer gebracht kunnen worden. Zo zou een andere EU-staat Nederland bijvoorbeeld om de overlevering kunnen vragen van een persoon die verdacht wordt van euthanasie of abortus, handelingen die mits volgens de regels uitgevoerd in Nederland niet strafbaar zijn maar die dat in andere staten wel zijn en onder de noemer moord vallen. Nu moord in de lijst van art. 2 opgenomen is en de toets van de dubbele strafbaarheid is

<sup>13)</sup> EHRM 7 juli 1989, Soering t. Verenigd Koninkrijk, NJ 1990, 58 m.nt. EAA recentelijk bevestigd in EHRM 6 februari 2003, Mamatkulov en Abdurasulovic t. Turkije, nrs. 46827/99 en 46951/99.

<sup>14)</sup> Zie over zowel de dubbele strafbaarheid als andere belangrijke beginselen in het uitleveringsrecht, A.H.J. Swart, *Nederlands Uitleveringsrecht*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1986, N. Keijzer, Uitlevering, in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Handboek Strafzaken*, Kluwer, Deventer, losbladig en beknopt J.M. Sjöcrona en A.M.M. Orie, *Internationaal strafrecht - vanuit Nederlands perspectief*, Kluwer, Deventer 2002.

<sup>15)</sup> In de vakliteratuur wordt ook wel gesproken van 'sinngemäße Umstellung des Tatbestandes'.

komen te vervallen, kan Nederland de overlevering met een beroep op art. 4 lid 7 KEAB alleen weigeren als de gewraakte handelingen op Nederlands grondgebied hebben plaatsgevonden. In alle andere gevallen zal Nederland de betreffende persoon ondanks het feit dat op grond van de Nederlandse opvatting de betreffende handeling niet strafwaardig geacht wordt, moeten overleveren. Euthanasie en abortus zijn echter slechts enkele van de vele mogelijke illustraties die gegeven kunnen worden van de problemen waar de afschaffing van het beginsel van de dubbele strafbaarheid toe kan leiden.

Ten aanzien van andere dan in deze lijst opgesomde delicten kan de overlevering nog wel maar hoeft zij niet afhankelijk gesteld te worden van de dubbele strafbaarheid. Voor een opgeëiste persoon zal dit een behoorlijke teruggang betekenen in rechtsbescherming ten opzichte van de situatie zoals die zich onder het EUV momenteel voordoet. Waar een staat een opgeëiste persoon nu niet mag uitleveren als geen sprake is van dubbele strafbaarheid zal dat straks wel mogen en dat betekent dat de opgeëiste persoon veel afhankelijker is van de beslissingen van de aangezochte staat en hijzelf geen rechtstreeks beroep op het verdrag meer kan doen. Een opgeëiste persoon kan zijn overlevering niet langer aanvechten door te stellen dat de gedraging die hem verweten wordt in de aangezochte staat niet strafbaar is. De rechtspositie van de opgeëiste persoon wordt door afschaffing van de dubbele strafbaarheid dus aanmerkelijk verzwakt - hij heeft immers minder mogelijkheden en gronden voor verweer - en de betreffende persoon wordt weer meer uitsluitend object van de beslissingen van de aangezochte en van de verzoekende staat.<sup>16)</sup>

Ook het specialiteitsbeginsel kan als een belangrijk beginsel worden beschouwd. Dit beginsel houdt in dat een opgeëiste persoon in de verzoekende staat niet voor andere feiten vervolgd of gestraft mag worden dan waarvoor de uitlevering expliciet is toegestaan. Het specialiteitsbeginsel vormt daarom een belangrijke rechtswaARBorg die ook wel het sluitstuk van het uitleveringsrecht genoemd wordt.<sup>17)</sup> Zonder dit beginsel zou de staat waar naartoe iemand uitgeleverd wordt immers een volledige vrije hand hebben en zouden veel van de andere waarborgen verloren gaan. Het specialiteitsbeginsel is in het Europees Aanhoudingsbevel niet afgeschaft maar staten kunnen en mogen er wel vooraf reeds afstand van doen. In art. 27 lid 1 KEAB wordt immers de mogelijkheid geboden om bij het secretariaat-generaal van de Raad van de Europese Unie een kennisgeving af te geven waarbij de staat de om overlevering verzoekende staat niet de beperkingen van het specialiteitsbeginsel oplegt. Ook dit moet om dezelfde als de hierboven genoemde redenen als een teruggang in de rechtsbescherming en -waarborgen van het individu gezien worden. De opgeëiste persoon wordt er in ieder geval niet meer door beschermd als de staat er afstand van heeft gedaan: hij kan daar in die gevallen immers niet meer zelfstandig een beroep op doen.<sup>18)</sup>

#### 4. Absolute en facultatieve weigeringsgronden

Het Europees aanhoudingsbevel kent nog slechts drie redenen op grond waarvan het

<sup>16)</sup> Reeds eerder al voorzag overigens art. 3 van de EU overeenkomst betreffende uitlevering van 1996 in de afschaffing van de dubbele strafbaarheid met betrekking tot deelneming aan een criminele organisatie.

<sup>17)</sup> Zie A.H.J. Swart, *Nederlands Uitleveringsrecht*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1986, p. 339.

<sup>18)</sup> Opgemerkt dient overigens te worden dat de opgeëiste persoon ook nu niet in alle staten een zelfstandig beroep op het specialiteitsbeginsel kan doen. In Nederland kan dat wel in Duitsland bijvoorbeeld niet.

verzoek tot tenuitvoerlegging *moet* worden geweigerd. Dan namelijk wanneer voor het strafbare feit amnestie is verleend (art. 3 lid 1 KEAB), wanneer de betreffende persoon voor het strafbare feit reeds door een andere lidstaat onherroepelijk is berecht (art. 3 lid 2 KEAB) en wanneer de persoon vanwege zijn leeftijd strafrechtelijk niet verantwoordelijk gesteld kan worden voor de feiten die aan het aanhoudingsbevel ten grondslag liggen (art. 3 lid 3 KEAB).

Een groot aantal van de weigeringsgronden die in het EUV als absolute en imperatieve weigeringsgronden golden, zijn in het KEAB nog slechts facultatieve weigeringsgronden. Dat betekent dat de overlevering op grond hiervan niet meer geweigerd hoeft te worden. Het zal van de afzonderlijke nationale wettelijke bepalingen afhangen of de staat zich het recht voorbehoudt op grond van deze weigeringsgronden de overlevering te kunnen weigeren of zichzelf zelfs daartoe verplicht. De lidstaten dienen immers ieder in hun eigen nationale wetgeving aan te geven of zij de genoemde weigeringsgrond als een facultatieve dan wel als een absolute weigeringsgrond beschouwen. Voor wat betreft Nederland zal dus nagegaan moeten worden wat de nieuwe Overleveringswet, waarin vanaf 1 januari 2004 de overleveringsprocedure in Nederland zal zijn vastgelegd, over deze afzonderlijke weigeringsgronden zal zeggen.<sup>19)</sup> Doordat nationale staten in de implementatie een betrekkelijk grote vrijheid hebben -het Kaderbesluit zegt niets over hoe de implementatie moet gebeuren- kunnen overigens grote verschillen ontstaan in hoe staten hiermee omgaan. Deze verschillen kunnen wel eens veel groter zijn dan nu verwacht wordt. Daar op dit moment de personen om wier overlevering gevraagd wordt in de diverse staten die partij zijn bij het EUV gelijkwaardige rechtsposities bekleedden, zal dat straks met betrekking tot het Europees Aanhoudingsbevel zeer verschillend kunnen zijn. Waar een persoon in de ene staat zich slechts op de drie genoemde absolute weigeringsgronden kan beroepen, zal hij in de andere staat veel meer mogelijkheden hebben of zullen bepaalde weigeringsgronden zelfs zonder dat hij daar expliciet een beroep op doet aan de overlevering in de weg staan.

De mogelijk grote verschillen gelden met name met betrekking tot de facultatieve weigeringsgronden die in art. 4 KEAB opgesomd zijn. De voornaamste daarvan zijn dat een staat overlevering mag weigeren als het feit dat aan het Europees aanhoudingsbevel ten grondslag ligt in de uitvoerende staat zelf vervolgd wordt (lid 2); de feiten verjaard zijn (lid 4); de persoon reeds door een derde staat niet zijnde een lidstaat -dan namelijk zou de overleving geweigerd *moeten* worden- reeds onherroepelijk berecht is (lid 5); in geval van een executieoverlevering -dat wil zeggen een overlevering ter uitvoering van een straf die reeds is opgelegd- terwijl de opgeëiste persoon een onderdaan dan wel ingezetene is van de aangezochte staat (lid 6). Verder is een staat niet verplicht een aanhoudingsbevel tenuitvoer te leggen als het strafbare feit geheel of ten dele op het grondgebied van die lidstaat zelf is gepleegd dan wel het buiten het grondgebied van de verzoekende staat is gepleegd en de aangezochte staat in een vergelijkbaar geval geen rechtsmacht zou hebben.

In art. 5 KEAB is verder de mogelijkheid gecreëerd om in drie expliciet omschreven gevallen de overlevering afhankelijk te stellen van bepaalde voorwaarden. Dit is in de eerste plaats mogelijk als de opgeëiste persoon bij verstek is veroordeeld. De overlevering kan dan afhankelijk gemaakt worden van de garantie dat de betreffende persoon alsnog in

<sup>19)</sup> In paragraaf 8 wordt uitgebreider op het Nederlandse wetsvoorstel dat in de implementatie van het Europees Aanhoudingsbevel voorziet, ingegaan.

de gelegenheid gesteld zal worden om zich te verdedigen. Een dergelijke weigeringsgrond is reeds in het Tweede Aanvullende Protocol bij het EUV opgenomen. In de praktijk wordt de toelaatbaarheid van de uitlevering in dergelijke gevallen inderdaad afhankelijk gesteld van de mogelijkheid van de persoon om zich alsnog te kunnen verdedigen. Deze praktijk heeft nu via art. 5 lid 1 ingang gevonden in het KEAB. Nederland had overigens ooit het initiatief tot deze weigeringsgrond genomen door destijds een voorbehoud bij het EUV te maken. Vele staten zijn Nederland nadien gevolgd en uiteindelijk is een dergelijke bepaling in het Tweede Aanvullende Protocol bij het EUV is opgenomen.

In de tweede plaats kan in geval van een veroordeling tot een levenslange gevangenisstraf de overlevering afhankelijk gemaakt worden van de aanwezigheid van een mogelijkheid van herziening dan wel gratie van de opgelegde straf. Deze bepaling is geheel nieuw en op initiatief van Portugal opgenomen omdat in Portugal levenslange gevangenisstraffen zonder mogelijkheid op vervroegde vrijlating in strijd zijn met de grondwet. Ook deze bepaling zou in de praktijk problemen kunnen veroorzaken daar bijvoorbeeld Nederland geen mogelijkheden kent voor enige vorm van vervroegde invrijheidstelling van gedetineerden die een levenslange gevangenisstraf opgelegd hebben gekregen. Het enige middel dat deze veroordeelden hebben is de mogelijkheid om een verzoek tot gratie in te dienen.<sup>20)</sup> De vraag is echter of dat voor de Portugezen voldoende zal zijn. Zo niet dan hebben we hier te maken met het probleem dat juist degene die tot de zwaarste straf zijn veroordeeld niet overgeleverd mogen worden.

Verder kan, als de opgeëiste persoon een onderdaan of ingezetene is, de overlevering ter fine van een strafvervolgning afhankelijk gemaakt worden van de garantie dat de persoon in de thuisstaat de eventuele straf die opgelegd is, mag uitzitten. Vooral deze bepaling is revolutionair. Tot nu toe waren slechts enkele staten, waaronder Nederland bereid om eigen onderdanen aan een andere staat uit te leveren. Nederland is daartoe sinds 1988 bereid, toen de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen (WOTS) in werking trad. Deze wet maakt het immers nu juist mogelijk dat buitenlandse strafvonnissen hier te lande ten uitvoer worden gelegd en daardoor kunnen nu ook Nederlanders aan andere staten uitgeleverd worden onder de garantie dat zij hier te lande hun naar Nederlandse maatstaven omgezette straf kunnen uitzitten. Een procedure die overigens niet altijd even vlekkeloos verloopt aldus blijkt uit de problemen die Nederland in dit kader enkele jaren geleden met Marokko heeft gehad en de huidige problemen die met uitleveringen aan de Verenigde Staten spelen. Marokko was er niet blij mee dat Nederlanders die in Marokko tot hoge straffen waren veroordeeld eenmaal in Nederland aangekomen vrijwel onmiddellijk op vrije voeten werden gesteld.<sup>21)</sup> Een van de problemen die daarbij speelde was dat de straffen die in Marokko opgelegd waren in de meeste gevallen hoger waren dan de strafmaximum die op grond van de Nederlandse wet opgelegd kunnen worden. Nederland was van mening dat het de veroordeelde dan ook niet langer vast mocht houden dan dat het eigen strafmaximum toestaat. De Marokkanen dachten daar anders over.<sup>22)</sup> De uitvoering van het

<sup>20)</sup> Zie voor de voorwaarden etc. de Gratiwet van 23 december 1987.

<sup>21)</sup> De eerste zeven tot hoge gevangenisstraffen veroordeelde Nederlanders die op grond van het verdrag betreffende overdracht van strafexecutie tussen Nederland en Marokko op 15 november 2000 in Nederland aankwamen, werden tot grote ontsteltenis van Marokko na aankomst op Schiphol onmiddellijk op vrije voeten gesteld.

<sup>22)</sup> Een interpretatieverschil over art. 7 lid 2 van het verdrag betreffende overdracht van strafexecutie tussen Nederland en Marokko lag hieraan ten grondslag. Zie hierover het rapport van de Ombudsman van 20 juni 2002.

verdrag heeft dan ook een jaar stilgelegen maar is inmiddels na overleg hervat. Ook zijn problemen gerezen bij het uitleveren van Nederlanders aan de Verenigde Staten veelal voor delicten die ze hier te lande hebben gepleegd. De betreffenden menen in de VS geen eerlijk proces te krijgen omdat ze in het Amerikaanse plea-bargaining systeem haast gedwongen worden tot een guilty plea<sup>23)</sup> en omdat er onzekerheid bestaat omtrent de snelheid waarmee zij uiteindelijk naar Nederland terug kunnen. Uit deze illustraties moge duidelijk worden dat het nog maar de vraag is of straks het overleveringsverkeer tussen EU-staten in een keer vlekkeloos zal verlopen. Ook daarbij kunnen namelijk problemen rijzen omtrent grote verschillen in strafbedreiging die per staat bestaan en kunnen staten van mening zijn dat eigen onderdanen niet snel genoeg terug komen.

### 5. Ontbrekende weigeringsgronden

Ten opzichte van de huidige situatie ontbreekt in het KEAB een aantal weigeringsgronden helemaal. Ten eerste ontbreekt als harde en expliciete weigeringsgrond de zogenoemde discriminatieclausule ook wel de vluchtelingenclausule genoemd. Deze exceptie houdt in dat een staat een opgeëiste persoon niet uitlevert als er ernstige redenen zijn om aan te nemen dat de persoon omwille van zijn ras, godsdienst, nationaliteit of politieke gezindheid gediscrimineerd of zelfs vervolgd zal worden. In het EUV houdt de desbetreffende bepaling een absolute weigeringsgrond in; in het KEAB is de bepaling nog slechts in de preambule terug te vinden,<sup>24)</sup> waardoor het voor een opgeëiste persoon die vreest in de verzoekende staat gediscrimineerd te worden moeilijker zal zijn zich er daadwerkelijk op te beroepen. De reden daarvoor is waarschijnlijk geweest dat men van mening was dat deze weigeringsgrond binnen de EU overbodig zou zijn, een veronderstelling waarvan men mijns inziens overigens niet zonder meer mag aannemen dat zij juist is. Zo wordt, om maar een voorbeeld te noemen, in een aantal mensenrechtenrapporten met betrekking tot een aanzienlijk aantal Europese staten melding gemaakt van discriminatie en racisme bij de politie en/of in het gevangeniswezen, die soms leiden tot mishandelingen.<sup>25)</sup> Dit doet ernstige twijfels rijzen met betrekking tot de stelling dat de discriminatieclausule in het huidige Europa een overbodige luxe is.

Ook de doodstrafclausule ontbreekt als een harde bepaling in het Kaderbesluit en is nog slechts in de preambule opgenomen.<sup>26)</sup> In het EUV is wel een bepaling opgenomen waarbij een staat de uitlevering afhankelijk kon stellen van de garanties van de verzoekende staat dat de doodstraf indien opgelegd niet ten uitvoer zou worden gelegd. De afschaffing van de doodstrafexceptie is in zoverre te rechtvaardigen dat alle Europese staten waarvoor het Europees Aanhoudingsbevel straks gaat gelden de doodstraf inmiddels hebben afgeschaft. Een expliciete weigeringsgrond is in dit geval dan ook inderdaad overbodig.

<sup>23)</sup> Vlak voor het ter perse gaan van dit stuk heeft de kortgedingrechter in deze zaken uitspraak gedaan en het verzoek van de verdediging om meer informatie over de plea bargaining procedure en een toets van deze procedure aan het EVRM alsnog afgewezen, zie daarvoor: Rb 's Gravenhage 5 juni 2003, zaaknummer 02/1609, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) en Rb. 's Gravenhage 5 juni 2003, zaaknummer 02/1611, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl). De advocaat heeft echter reeds aangekondigd in hoger beroep te gaan waardoor mogelijk het laatste woord in deze zaken nog niet gesproken is.

<sup>24)</sup> Zie overweging 12 van de preambule.

<sup>25)</sup> Meldingen van dergelijke gevallen van discriminatie worden door zowel Amnesty International in haar jaarrapport en andere berichtgeving over 2002 als het jaarrapport 2001 van het Amerikaanse State Department gemaakt t.a.v. bv. België, Duitsland, Oostenrijk, Frankrijk en Portugal. Het probleem van dergelijke discriminatie wordt zelfs als structureel ervaren in het Verenigd Koninkrijk, Griekenland, Italië en Spanje.

<sup>26)</sup> Zie overweging 13 van de preambule.

Nieuwe EU-lidstaten dienen eerst het EVRM alsmede het daarbij behorende zesde protocol betreffende de afschaffing van de doodstraf te ratificeren alvorens zij lid van de EU en dus partij bij het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel kunnen worden. Afschaffing van deze clause is dan ook gezien de omstandigheden te rechtvaardigen.

Verder is ten opzichte van het EUV ook de exceptie van het politiek delict afgeschaft. Deze exceptie houdt in dat een persoon die verdacht wordt van een politiek delict niet aan de staat tegen wiens staatsbestel dit delict gericht is, uitgeleverd mag worden, onder meer omdat het gevaar voor een oneerlijk proces en een onmenselijke behandeling in die gevallen groter is dan wanneer het slechts een uitlevering ter fine van commune delicten zou betreffen. In de jaren 1995/1996 leidde het bestaan van deze exceptie echter tot een ernstige diplomatiek incident tussen België en Spanje, doordat de eerstgenoemde staat met een beroep op de exceptie van het politiek delict afwijzend gereageerd had op het uitleveringsverzoek van Spanje van het Baskische echtpaar Moreno-Garcia dat ervan verdacht werd onderdak te hebben geboden aan een ETA-commando. Toen reeds zijn afspraken gemaakt om binnen de Europese Unie de exceptie van het politiek delict af te schaffen, wat ook uiteindelijk in een overeenkomst van 1996 tot op zekere hoogte gebeurde. Die overeenkomst bood echter nog een mogelijkheid de exceptie voor enkele delicten toch te handhaven. Bij het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel is die mogelijkheid volledig verdwenen. Ook in dit geval is de afschaffing dus geleidelijk aan gegaan, wat er overigens niet aan af doet dat deze ontwikkeling zorgwekkend is.<sup>27)</sup>

Het ontbreken van deze weigeringsgronden is mijns inziens geen goede zaak. Weliswaar kan art. 1 lid 3 KEAB, de bepaling waarin de voorrang van onder andere het EVRM op de verplichting tot overlevering in geval van een Europees Aanhoudingsbevel expliciet bevestigd wordt, als een soort achterwacht voor bovengenoemde weigeringsgronden gelden, maar staten zullen niet altijd even gemakkelijk op dit artikel een beroep doen als eerder op met name de exceptie van het politiek delict. Met een beroep op de exceptie van het politiek delict kan een staat immers op een redelijk neutrale grond een uitleveringsverzoek weigeren. Dat is anders als genoemd art. 1 lid 3 KEAB wordt ingeroepen. Het beroep op het EVRM zal immers al gauw als een verwijt jegens de aangezochte staat opgevat worden en zal politiek veel minder neutraal zijn. Zeker nu het vertrouwensbeginsel als een van de voornaamste uitgangspunten van het Europees Aanhoudingsbevel beschouwd wordt, zal een afwijzing omwille van de mensenrechtensituatie politiek gezien niet in goede aarde vallen. In dat opzicht is het dan ook zeer te betreuren dat alle bovengenoemde excepties nu zijn komen te vervallen en slechts art. 1 lid 3 KEAB daarvoor in de plaats zal treden.

#### 6. De overlevering van militairen

De overlevering van militairen valt thans niet onder het Europees Uitleveringsverdrag maar onder het NAVO-Statusverdrag,<sup>28)</sup> dat speciale bepalingen omtrent de overlevering van militairen bevat. Het Europees Uitleveringsverdrag bevat dan ook geen algemene uitleveringsexceptie voor militairen. Art. 4 EUV houdt slechts in dat dat verdrag niet van toe-

<sup>27)</sup> Zie hierover eerder al zeer kritisch H. van der Wilt, *The political offence exception in extradition law: an antidote to prefixed ideas about political integration in Europe?* *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1996, p. 25-58.

<sup>28)</sup> Verdrag tussen de Staten die partij zijn bij het Noord-Atlantisch Verdrag, nopens de rechtspositie van hun krijgsmachten, Londen 19 juni 1951 (Trb. 1951, 114)



passing is op uitlevering voor militaire delicten, die niet tevens strafbare feiten naar de gewone strafwet zijn.’ In art. 61 lid 1 sub c UW staat dat ‘de bepalingen van de voorgaande hoofdstukken niet van toepassing zijn op overlevering van leden van een vreemde krijgsmacht, en van personen die met hen zijn gelijkgesteld, aan de bevoegde militaire autoriteiten, voor zover die overlevering geschiedt krachtens een overeenkomst met een of meer staten waarmede Nederland bondgenootschappelijke betrekkingen onderhoudt. Het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel brengt daarin geen verandering; het NAVO-Statusverdrag behoort niet tot de verdragen die bij art. 31 KEAB opzij gezet worden. Overlevering van militairen zal dus onder dat verdrag blijven vallen en dus niet onder het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel.

### 7. Procedure

Een van de voornaamste redenen voor de invoering van het Europees Aanhoudingsbevel was zoals reeds opgemerkt het vereenvoudigen en versoepelen van de uitleveringsprocedures. Deze doelstelling heeft niet alleen zijn weerslag op het sterk verminderde aantal weigeringsgronden maar ook in een vereenvoudiging van de procedure. Dit uit zich in met name twee aspecten. Ten eerste is afgesproken dat in plaats van zowel de minister als de rechter in beginsel nog slechts de rechter zich over de overlevering uitspreekt. Afgesproken is immers dat de rol van de centrale autoriteiten bij de tenuitvoerlegging van het Europees Aanhoudingsbevel beperkt zal blijven tot het verlenen van praktische en administratieve hand- en spandiensten.<sup>29)</sup> In staten, zoals Nederland, waar in de nationaal wettelijke uitleveringsbepalingen een bevoegdheidsverdeling tussen rechter en minister is afgesproken, zal de procedure dus gewijzigd en aangepast moeten worden. Als nog slechts één instantie zich over de overlevering moet uitspreken versnelt en vereenvoudigt dat de procedure natuurlijk aanmerkelijk. Ten tweede zijn in het Europees Aanhoudingsbevel nogal strikte termijnen afgesproken. In geval van een zogenoemde verkorte procedure, dat wil zeggen een procedure waarbij de opgeëiste persoon zonder meer instemt met zijn overlevering, dient de beslissing over zijn overlevering binnen 10 dagen genomen te worden. In alle andere gevallen dient de beslissing binnen 60 dagen na de aanhouding van de betreffende persoon genomen te worden. Indien vanwege bijzondere omstandigheden deze termijn niet gehaald kan worden, dan kan de termijn met 30 dagen worden verlengd.<sup>30)</sup> De vraag die hierbij gesteld kan worden is ten eerste of deze termijnen in de praktijk gehaald kunnen worden - nu heeft bijvoorbeeld Nederland gemiddeld acht maanden nodig alvorens een opgeëiste persoon effectief uitgeleverd wordt - en wat het gevolg is als deze niet gehaald worden. In het Kaderbesluit is immers geen sanctie voorgeschreven, behalve dan dat de Raad van het verzuim in kennis gesteld moet worden. Onduidelijkheid zou voorts kunnen rijzen met betrekking tot de vraag wanneer de genoemde termijnen gaan lopen. In het Kaderbesluit wordt bijvoorbeeld gesproken van het moment van de aanhouding terwijl in het voorontwerp voor de Nederlandse Overleveringswet onderscheid gemaakt wordt tussen de ‘voorlopige aanhouding’ en de ‘aanhouding’, te weten het moment dat het aanhoudingsbevel door de officier in behandeling wordt genomen. Als de Nederlandse uitleg de juiste zou zijn zou de staat dus meer tijd hebben. Het is echter nog onduidelijk welke uitleg de juiste is.

<sup>29)</sup> In overweging nummer 9 staat letterlijk: ‘De rol van de centrale autoriteiten bij de tenuitvoerlegging van een Europees Aanhoudingsbevel moet beperkt blijven tot het verlenen van praktische en administratieve bijstand.’

<sup>30)</sup> Zie voor de termijnen art. 17 KEAB.

In de praktijk zal een Europees aanhoudingsbevel conform de eisen zoals vastgelegd in art. 8 KEAB opgesteld moeten worden en zal ofwel dit aanhoudingsbevel rechtstreeks aan de rechterlijke autoriteiten van de staat waar deze persoon zich bevindt toegezonden worden dan wel een signalering van de persoon in het Schengeninformatiesysteem opgenomen worden. Op grond van het aanhoudingsbevel dient de persoon aangehouden te worden en in kennis te worden gesteld van de inhoud van het aanhoudingsbevel. De aangehouden persoon heeft recht op bijstand van een raadsman en dient op de hoogte gesteld te worden van de mogelijkheid met de overlevering in te stemmen. Indien de persoon wil instemmen met de overlevering dan dient de tenuitvoerleggende staat zich ervan te verzekeren dat de betreffende persoon dat uit vrije wil doet en zich bewust is van de gevolgen van zijn beslissing. Deze gevolgen zijn onder andere dat de procedure versneld tenuitvoer wordt gelegd en dat er geen uitvoerige beslissing van de rechterlijke autoriteiten aan te pas komt. Verder, en dat is het voornaamste gevolg, is de uitvaardigende staat niet aan het specialiteitsbeginsel gebonden. Vervolgning binnen deze staat is na overlevering dan voor alle eventuele delicten waarvan de persoon verdacht wordt, mogelijk. Met de instemming neemt de persoon immers ook afstand van de bescherming door het specialiteitsbeginsel.<sup>31)</sup> Indien de aangehouden persoon daarentegen niet instemt met de overlevering dan dient hij gehoord te worden en zal de aangezochte staat binnen de in het Kaderbesluit gestelde termijnen een beslissing moeten vellen.

In uitzonderlijke gevallen kan de beslissing een afwijzing betreffen, alhoewel de mogelijkheden om een verzoek van een andere EU-staat te weigeren in het aanhoudingsbevel, zoals reeds opgemerkt, gering zal zijn. In enkele gevallen zal de instemming met voorwaarden gepaard gaan en naar alle waarschijnlijkheid in verreweg de meeste gevallen zal de opgeëiste persoon zonder meer overgedragen worden aan de autoriteiten van de verzoekende staat. Opvallend genoeg staat over de eigenlijke overdracht echter in het Kaderbesluit niets vermeld.

#### *8. Nieuwe Nederlandse Overleveringswet*

De procedures zoals vastgelegd in de Nederlandse Uitleveringswet voldoen niet aan de vereisten zoals in het Kaderbesluit vastgelegd en dus dient de wet aangepast te worden.<sup>32)</sup> Het eerste voorontwerp voor een nieuwe Nederlandse wet ter implementatie van het hierboven beschreven Kaderbesluit is het voorstel van 14 oktober 2002, dat ter advies naar enkele gremia verzonden is en bevindt zich momenteel derhalve nog in de consultatieronde. Het betreft geen aanpassing van de bestaande Uitleveringswet maar een aanvullende wet, Overleveringswet geheten, die van toepassing is op het overleveringsverkeer binnen de EU-lidstaten. Het ontwerp voorziet in een procedure zoals vastgelegd en voorgeschreven door het Europees Aanhoudingsbevel. Dat houdt dus in dat er met betrekking tot het Europees Aanhoudingsbevel geen sprake zal zijn van een bevoegdheidsverdeling tussen rechter en minister maar dat uitsluitend de rechter zich over de in het aanhoudingsbevel genoemde weigeringsgronden zal kunnen uitspreken. Opmerkelijk is dat vanaf de inwer-

<sup>31)</sup> In art. 13 KEAB staat letterlijk: 'Indien de aangehouden persoon te kennen geeft dat hij instemt met zijn overlevering, wordt die instemming en, in voorkomend geval, de uitdrukkelijke afstand van de bescherming van het artikel 27, lid 2 omschreven specialiteitsbeginsel gegeven ten overstaan van de uitvoerende rechterlijke autoriteit overeenkomstig het nationaal recht van de uitvoerende lidstaat.'

<sup>32)</sup> Dit blijkt ook uit art. 3 UW waarin het volgende bepaald is: 'Wanneer een van deze wet afwijkend verdrag aan de goedkeuring van de Staten-Generaal wordt onderworpen, doen Wij tevens een voorstel tot aanpassing van deze wet.'

kingtreding van de regeling van het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel op 1 januari 2004, althans als de huidige voorstellen aangenomen worden, alle overleveringsverzoeken op grond van een Europees Aanhoudingsbevel onder de verantwoordelijkheid van de rechtbank van Amsterdam zullen vallen. Deze rechtbank, die een speciale overleveringskamer zal moeten inrichten, is dan bij uitsluiting bevoegd, onafhankelijk van de verblijfplaats van de opgeëiste persoon, zolang deze zich maar in ons land bevindt.

Een zeer belangrijke wijziging ten opzichte van het uitleveringsrecht is bovendien het schrappen van de mogelijkheid tot beroep. In uitleveringszaken is het reeds zo dat een afzonderlijk hoger beroep niet mogelijk was. Dit met het idee om de uitleveringsprocedure niet onnodig lang te maken en met de gedachte in het achterhoofd dat de eigenlijke strafzaak -waar het uiteindelijk om gaat - in de verzoekende staat plaatsvindt. Wel echter is beroep in cassatie mogelijk, waarbij de Hoge Raad behalve als cassatierechter zondig ook als feitenrechter optreedt, en daar wordt in vele gevallen dan ook gebruik van gemaakt. In het wetsvoorstel wordt dit beroep echter in verband met de scherpe termijnen afgeschaft, en slechts cassatie in het belang der wet blijft nog mogelijk. Cassatie in het belang der wet is een buitengewoon rechtsmiddel dat uitsluitend door de Procureur-Generaal van de Hoge Raad der Nederlanden kan worden ingesteld.<sup>33)</sup> In de praktijk wordt hier zelden gebruik van gemaakt.

Een verdere belangrijke wijziging ten opzichte van het uitleveringsrecht betreft daarnaast dat, nu de minister als bevoegde instantie komt te vervallen, wellicht ook de mogelijkheid tot het aanspannen van een kort geding komt te vervallen. Het kort geding in uitleveringszaken werd immers tegen de minister aangespannen ten aanzien van zijn expliciete beslissing inzake uitlevering. Nu de minister geen eigen bevoegdheid meer heeft is een kort geding om die reden nu niet meer mogelijk. Daar het uiteindelijk wel de staat blijft die de eindverantwoordelijkheid voor de overlevering behoudt, is een zeer beperkt en marginaal kort geding wellicht toch nog mogelijk. De toekomst zal dat echter moeten uitwijzen. Dat betekent dat, waar de opgeëiste persoon in uitleveringszaken bij uiteindelijk drie verschillende rechterlijke instanties en een minister terecht kan, hij dat volgens het wetsontwerp nog slechts bij één mogelijk twee rechters terecht zal kunnen: de overleveringskamer in Amsterdam en mogelijk de kortgedingrechter in 's Gravenhage. Dat is een aanmerkelijke teruggang en maakt de visie van de betreffende overleveringskamer in Amsterdam (alsmede mogelijk die van de kortgedingrechter) zeer belangrijk. Dat kan voor de opgeëiste persoon zeer gunstig maar ook zeer ongunstig uitpakken. Zo zal bijvoorbeeld veel afhangen van hoe deze kamer met de mogelijkheden die art. 1 lid 3 KEAB biedt, omgaat. Dat zou zeer restrictief of juist zeer ruimhartig kunnen zijn, gelet op het belang dat aan de rechtsbescherming van de opgeëiste persoon gehecht wordt. De keuze die daarin gemaakt wordt zal echter doorslaggevend zijn voor het uiteindelijke overleveringsbeleid van Nederland.

Verder is het wetsontwerp voor de Overleveringswet naar het voorbeeld van de Uitleveringswet opgesteld. Bovendien heeft de regering althans in dit voorlopige ontwerp alle weigeringsgronden die in het Kaderbesluit nog facultatief zijn opgenomen en die gronden die voorheen imperatief waren nu ook als absolute weigeringsgronden opgenomen. Dat houdt in dat er voor de Nederlandse situatie uiteindelijk aanmerkelijk minder

<sup>33)</sup> Cassatie in het belang der wet is geregeld in art. 456 Sv.

verandert dan aanvankelijk gevreesd moest worden. Overlevering zal bijvoorbeeld volgens het ontwerp niet worden toegestaan als het feit verjaard is of als naar het oordeel van de rechtbank ‘een gegronnd vermoeden bestaat dat bij inwilliging van het verzoek de opgeëiste persoon zal worden vervolgd, gestraft of op andere wijze getroffen in verband met zijn godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke overtuiging, zijn nationaliteit, zijn ras of de groep van de bevolking waartoe hij behoort’.<sup>34)</sup> Ook blijkt het voorstel vast te houden aan de voorwaarde dat een Nederlander slechts ter vervolging uit- en dus ook overgeleverd mag worden als voldoende gegarandeerd is dat hij zijn straf in Nederland mag uitzitten en wordt de overlevering na een verstekvonnis ook pas toegestaan nadat de garantie verkregen is dat de ‘opgeëiste persoon na zijn overlevering in de gelegenheid zal worden gesteld om een nieuw proces te verzoeken en aanwezig te zijn op de terechtzitting.’<sup>35)</sup> Verder zal Nederland voor de delicten die niet op de lijst van art. 2 KEAB voorkomen de dubbele strafbaarheid blijven eisen.<sup>36)</sup>

Tot slot dient eveneens stilgestaan te worden bij het gegeven dat de regering er vanuit gaat, en daarin gesteund wordt door de Raad van State, dat het Kaderbesluit voldoet aan de in Nederland geldende grondwettelijke verdragseis.<sup>37)</sup> Op 19 oktober 2002 oordeelde de Raad van State dat; ‘(a) het Kaderbesluit moet worden beschouwd als een regeling met een voor de lidstaten bindend supranationaal karakter, en (b) dat de totstandkoming van het bedoelde Kaderbesluit niet leidt tot afwijking van artikel 2, derde lid, eerste volzin, van de Grondwet en derhalve voor medewerking van Nederland aan de totstandkoming van dit besluit geen voorafgaande wijziging van de grondwet noodzakelijk is.’ Dat zo gemakkelijk geaccepteerd wordt dat een Kaderbesluit gelijkgesteld kan worden met een verdrag is vooral in zoverre opmerkelijk dat de grondwettelijke verdragseis een van de belangrijkste uitgangspunten en grondbeginselen van het Nederlands uitleveringsrecht is geweest. Het verdrag materialiseerde het bestaan van vertrouwen in de staat waarmee het uitleveringsverdrag gesloten werd. Het ging er dus vanuit dat de regering alvorens uitleveringsbetrekkingen met een bepaalde staat aan zou gaan eerst uitvoerig zou afwegen en indien nodig onderzoeken of men wel voldoende vertrouwen in de betreffende staat zou hebben. Van deze praktijk wordt nu zeer gemakkelijk en zonder meer afgestapt.<sup>38)</sup>

### 9. Kanttekeningen en knelpunten

De voornaamste kanttekening die bij het Europees Aanhoudingsbevel gemaakt kan worden is de vraag of het grote vertrouwen dat de EU-staten in elkaars strafrechtspleging hebben wel te allen tijde terecht is en of dus de bestaande rechtswaARBorgen die het huidige uitleveringsrecht nog kenmerken en die in EU-verband straks afgeschaft zullen worden ook wel echt overbodig zijn. Het is immers nog maar de vraag of de procedures en de strafbaarstellingen in de diverse staten ook wel echt van dien aard zijn dat alle staten als het er op aankomt zonder meer elkaars strafrechtelijke beslissingen willen en kunnen accepteren, en of het wenselijk is dat dat zo maar zonder meer zal gebeuren. Daarbij is het van belang te bedenken dat er een hele reeks staten op de nominatie staat om lid te worden van de Europese Unie en dat tussen deze staten en de huidige EU-lidstaten het

<sup>34)</sup> Artt. 9 lid 1 sub f en art. 11 van de voorgestelde Overleveringswet.

<sup>35)</sup> Zie art. 12 van het voorstel Overleveringswet.

<sup>36)</sup> Zie art. 7 van het voorstel Overleveringswet.

<sup>37)</sup> Art. 2 lid 3 GW luidt: ‘Uitlevering kan slechts geschieden krachtens verdrag.’

<sup>38)</sup> Zie uitgebreid over deze problematiek reeds jaren geleden: J.J.E. Schutte en A.H.J. Swart, *Volkenrechtelijke aspecten van het uitleveringsrecht - preadviezen*, Kluwer, Deventer 1982.

Europees Aanhoudingsbevel dan ook zonder meer zal gelden. De vraag of het grote vertrouwen in die gevallen terecht en ook wenselijk is, wordt dan alleen nog maar acuter. Deze staten kennen wij immers, anders dan de huidige EU-lidstaten die al een ruime en jarenlange ervaring op het gebied van internationale strafrechtelijke samenwerking hebben, niet of nauwelijks. Het lijkt nogal optimistisch te veronderstellen dat deze staten onmiddellijk, onvoorwaardelijk en zonder problemen zullen kunnen meedraaien in het door ervaring gelouterde Europese systeem.

Daarbij kunnen vraagtekens gezet worden bij de mensenrechtensituatie in bepaalde EU-staten. Dat geldt zowel voor enkele van de huidige EU-staten als voor enkele van de nieuwkomers. Wat bijvoorbeeld te denken van de behandeling van ETA-verdachten in Spanje of de extreem lange termijnen die de Italiaanse justitie zich voor vervolgingen neemt? Is het in deze gevallen wenselijk dat andere EU-staten een opgeëiste persoon zonder meer en onvoorwaardelijk aan deze staten overleveren? De jurisprudentie van het EHRM zoals de Soering-uitspraak waarin bepaald is dat een staat die een persoon die zich in zijn rechtsmacht bevindt door middel van verwijdering uit de betreffende staat blootstelt aan een gevaar op een onmenselijke behandeling of een oneerlijk proces zich zelf schuldig maakt aan een schending van de fundamentele rechten van die persoon, zal immers ten aanzien van het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel niet anders uitgelegd worden dan dat de aangezochte staat een grote en volledig zelfstandige verantwoordelijkheid in deze heeft. De verantwoordelijkheid namelijk dat hij een persoon die zich in zijn rechtsmacht bevindt en om wiens uitlevering gevraagd wordt, tegen voorzienbare mensenrechtenschendingen moet beschermen.

Een ander knelpunt zal het gegeven kunnen zijn dat alle talen van de EU als officiële talen van het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel gelden. Dat betekent dus dat er een veel groter aantal authentieke teksten bestaan dan ten tijde van het EUV -toen er slechts twee authentieke teksten bestonden, de Franse en de Engelse- en dat dat gegeven misverstanden en problemen binnen de vertaalslag uitlokt. Nu reeds is duidelijk dat die verschillen bestaan. Zo is in de Nederlandse versie sprake van zowel moord als doodslag terwijl in de Engelse versie slechts sprake is van murder en niet tevens van manslaughter. Dit soort verschillen zullen straks in de praktijk grote problemen kunnen opleveren want welke authentieke versie gaat dan voor?

Verder zullen de verschillen tussen de staten mogelijk ook om eerder genoemde redenen veel groter zijn dan dat nu verwacht wordt. Het zal dan uiteindelijk nog maar de vraag zijn of de procedure inderdaad vereenvoudigd zal zijn of dat het gehele systeem juist veel ondoorzichtelijker wordt. Pas na raadpleging van de nationale implementatie wetgeving zal men er immers achterkomen hoe de individuele nationale staten de verschillende bepalingen hebben uitgelegd en in hoeverre de facultatieve weigeringsgronden op grond van de nationale wetgeving imperatieve weigeringsgronden zijn geworden.

Een andere vraag is of het voor alle EU-staten wel haalbaar is, voor 1 januari 2004 de noodzakelijk nationale wetswijzigingen door te voeren en aldus de bepalingen van het Kaderbesluit te implementeren. De zes staten, te weten het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk, Portugal, Spanje, België en Luxemburg, die hadden afgesproken om het Europees Aanhoudingsbevel in de onderlinge betrekkingen reeds vanaf 1 januari 2003 te laten gelden, zijn daar bijvoorbeeld niet in geslaagd. De vraag is of voor alle staten 1 janu-

ari 2004 straks wel haalbaar is. In Nederland ligt er weliswaar een eerste ontwerp van de nieuwe overleveringswet maar het betreft vooralsnog nog geen officieel wetsvoorstel en als dat er straks wel is, dan is het nog maar de vraag of dit wetsvoorstel snel genoeg door de Tweede en Eerste Kamer behandeld kan worden. Ook andere staten zullen met dergelijke problemen te kampen hebben. Art. 31 KEAB voorziet echter dat het Europees Aanhoudingsbevel op 1 januari 2004 het bestaande EU-uitleveringssysteem vervangt. Mochten bepaalde staten de implementatie tot die tijd niet rond krijgen dan bestaat de kans dat zij tot dat wel lukt niet binnen de EU kunnen uit- of overleveren. De werking binnen de Europese Unie van de tussen de lidstaten geldende uitleveringsverdragen vervalt immers per genoemde datum. Alleen een nieuw kaderbesluit waarin een nieuwe wel haalbare datum wordt vastgelegd kan voornoemd probleem oplossen.

### *10. Conclusie*

Het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel heeft tot doel de uitleveringsprocedures binnen de Europese Unie te versnellen en versoepelen. Voornaamste middel tot het bereiken van dit doel is het afschaffen geweest van een aantal van de rechtsbeginselen en rechtswaarborgen die het huidige uitleveringsrecht kenmerken. Het tweede middel is het versnellen van de procedures. Het eerste middel leidt echter zoals gezien tot een teruggang in rechtsbescherming voor de opgeëiste persoon en wat het tweede middel betreft moet het nog maar afgewacht worden of de korte termijnen straks gehaald gaan worden. De opstellers van het Kaderbesluit meenden echter dat de Europese staten voldoende gelijkgezind zijn en bovendien een voldoende groot vertrouwen in elkaar hebben om deze middelen te rechtvaardigen. De hieraan ten grondslag liggende veronderstellingen zijn mijns inziens echter te optimistisch. Ten eerste blijven er ook in het huidige Europa grote verschillen bestaan tussen de diverse staten en hun visies op het straf- en strafprocesrecht en daarnaast is een blik op de mensenrechtensituatie in Europa maar vooral ook in de kandidaat lidstaten voldoende om te stellen dat het vertrouwen niet zonder meer zo groot mag zijn als dat nu verondersteld wordt. En vooral tegen dat licht is het gevaarlijk, een aantal rechtswaarborgen zo gemakkelijk overboord te gooien. Nu dat toch gedaan is kan ik niet anders oordelen dan dat de zo precaire balans tussen efficiënte internationale rechtshulp en rechtsbescherming voor de verdachte te ver is doorgeslagen.

## TUCHTRECHTSpraak

**Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba**  
Meervoudige Militaire Kamer  
Uitspraak in beroep van 16 januari 2003

*Voorzitter:* Mr. O.E. Mulder; *lid:* Mr. P.A.H. Lemaire; *militair lid:* Kapitein-luitenant ter zee F.J. Schipper

### **Verschoonbare overschrijding van de beroepstermijn; wel of geen grondslagverlating; termijnen voor het beklag**

*a. Verschoonbare overschrijding van de beroepstermijn.*

*b. Wel of geen grondslagverlating*

*- In de uitspraak op beklag wordt meer bewezen verklaard dan in de beschuldiging in eerste aanleg is opgenomen. Grondslagverlating. In beroep wordt dit gecorrigeerd.*

*- In de uitspraak op beklag wordt een ander overtreden artikel genoemd dan in de beschuldiging stond. Geen grondslagverlating.*

*c. Termijnen voor het beklag.*

(Art. 66, 80g, 80i, 80j, 84, WMT)

### UITSPRAAK

op het beroep van: A. , geboren op ...., Marinier 1 Alg KV, registratienummer ....., geplaatst bij de Marinierskazerne Savaneta in Aruba en wonende te ..... (verder te noemen: de gestrafte) tegen de uitspraak van: de Commandant van de Zeemacht Caraïbisch gebied brigade-generaal der mariniers R.L. Zuiderwijk (verder te noemen: de beklagmeerdere), d.d. 7 augustus 2002, uitgereikt op 30 augustus 2002.

#### *1. De procedure:*

- Het beroepschrift is ingediend op 5 september 2002;

- De zaak is behandeld ter openbare terechtzitting van 7 januari 2003, alwaar de gestrafte is verschenen, vergezeld van zijn advocaat mr. C.F.K.J. Lejuez en alwaar de officier van justitie zijn oordeel over de zaak kenbaar heeft gemaakt.

De uitspraak is bepaald op heden.

#### *2. De bestreden uitspraak:*

In voormelde uitspraak heeft de beklagmeerdere geoordeeld over de alstoen bestreden beslissing d.d. 23 mei 2002 (uitgereikt op 24 mei 2002) van de eerste strafoplegger luitenant-kolonel der mariniers H.J. Bosch, waarin de gestrafte schuldig werd geacht aan de verweten gedraging en aan hem een boete werd opgelegd van Afl. 18,20.

De beklagmeerdere heeft de bestreden beslissing, met verbetering van de bewezenverklaring en met wijziging van de opgelegde straf in berisping, bevestigd.

#### *3. Het beroep tegen de bestreden uitspraak:*

3.1 De op 17 mei 2002 uitgereikte beschuldiging luidt:

“Op 30 april 2002, op of omstreeks 18.30 uur, bij barrestaurant “The Paddock” in Oranjestad te Aruba, ondanks herhaalde waarschuwingen om dit niet te doen, een luitenant der mariniers en een sergeant tamboer pijper gekleed in militair tenue bedreigd en

bespot door hen in de jachthaven van Oranjestad te gooien.”

3.2 De beschuldiging vermeldt als wettelijke grond: artikel 20 van de Wet militair tuchtrecht (Wmt).

3.3 De gestrafte heeft doen aanvoeren dat in de bestreden uitspraak de aan de beschuldiging ten grondslag liggende wettelijke bepaling is gewijzigd, in die zin dat daaraan artikel 18 in plaats van artikel 20 Wmt ten grondslag is gelegd. Aldus is in strijd met de artikelen 51, vijfde lid, en 66 Wmt de grondslag van de beschuldiging verlaten en werd gestrafte in zijn verdediging geschaad.

3.4 Voorts is er volgens gestrafte geen sprake van schending van enig dienstvoorschrift. Vele mariniers zijn op de bewuste koninginnedag op die plek in het water gegaan, tot groot vermaak van de omstanders. Voor iedereen was het duidelijk dat het om een geintje ging. Van schade aan de goede reputatie van de marine is geen sprake. Als er al sprake is van schending van een dienstvoorschrift, dan heeft dat geen negatieve gevolgen gehad voor het imago van de marine. Eerder heeft de te water geraakte luitenant dat imago geschaad door onbehoorlijke taal uit te slaan toen hij weer uit het water kwam.

#### *4. Het oordeel van de officier van justitie:*

4.1 De officier van justitie heeft aangevoerd dat het beroepschrift een dag te laat is ingediend. Dit moet leiden tot niet-ontvankelijkheid. Er is geen sprake van omstandigheden die met zich brengen dat redelijkerwijs niet geoordeeld kan worden dat de indiener in verzuim is geweest, als bedoeld in artikel 84 Wmt.

4.2 De officier van justitie heeft voorts aangevoerd dat de bewezenverklaring zijns inziens blijft binnen de grenzen van de beschuldiging, en dat wijziging van de kwalificatie wel degelijk is toegestaan.

4.3 Voorts oordeelt de officier van justitie dat de gestrafte wel degelijk de goede naam van de marine heeft geschaad door een officier in uniform tegen diens zin en in het bijzijn van anderen in het water te gooien. De opgelegde straf is geenszins te hoog.

#### *5. De overwegingen:*

5.1 De militaire kamer constateert dat de gestrafte het in het water gooien van de luitenant op zichzelf erkent. Vast staat dat hij niet betrokken is geweest bij het in het water duwen van de sergeant. Daar werd ook in de bestreden uitspraak van uitgegaan.

5.2 Naar het oordeel van de militaire kamer kan de overschrijding van de beroepstermijn in de door de gestrafte weergegeven omstandigheden (de uitspraak werd vrijdagmiddag tegen het einde van de werktijd uitgereikt, het weekend zat er tussen, maandags kreeg hij te horen dat hij woensdags op oefening moest, zodat hij zich maandag de hele dag daarop moest voorbereiden, dinsdag is hij op zoek gegaan naar een vertrouwensman, de door de marine aangewezen vertrouwensman probeerde hem ervan te overtuigen af te zien van beroep en liet op een laat tijdstip weten zich alsnog terug te trekken, zodat hij woensdag nog bij een advocaat moest zijn; als leek kende hij de procedure niet) verschoonbaar worden geacht.

5.3 Ten principale oordeelt de militaire kamer dat het juist is dat de in de bestreden uitspraak bepaalde straf is gebaseerd op een ander artikel dan in de beschuldiging werd genoemd. Anders dan de gestrafte is de kamer echter van oordeel dat dit op zich niet leidt tot vrijspraak. De beklagmeerdere dient zich op grond van artikel 80o Wmt te beraden of hij de overtuiging heeft gekregen dat een in de beschuldiging omschreven gedraging van de bestrafte heeft plaatsgevonden en of zulks een schending van een gedragsregel (en dus niet noodzakelijk: van de in de beschuldiging aangeduide gedragsregel) oplevert. Artikel



80o Wmt stelt hem in staat de bestreden beslissing te verbeteren. Het stond de beklagmeerdere dus vrij om in de beschuldiging de schending van een ander wetsartikel te onderkennen dan het artikel genoemd in de beschuldiging. Dat de gestrafte daardoor in zijn verdediging werd geschaad, is niet juist. Ook in de eerste strafoplegging was reeds uitgegaan van schending van artikel 18 Wmt in plaats van artikel 20. Zowel ten overstaan van de beklagmeerdere als ten overstaan van deze kamer kon betrokkene zich hiertegen verdedigen.

5.4 Artikel 80j Wmt bepaalt dat de beklagmeerdere zich dient te houden aan de grondslag van de beschuldiging. Niet toegestaan is derhalve dat in de bewezenverklaring elementen voorkomen die niet in de beschuldiging staan. De militaire kamer constateert dat de bewezenverklaring in de bestreden uitspraak ten onrechte elementen bevat die niet voorkomen in de beschuldiging. Dit leidt echter niet tot vrijspraak omdat de door deze kamer op grond van de overgelegde wettige bewijsmiddelen op de grondslag van de beschuldiging overtuigend bewezen geachte gedraging, te weten dat:

de gestrafte op 30 april 2002, op of omstreeks 18.30 uur, bij bar-restaurant "The Paddock" in Oranjestad te Aruba, ondanks waarschuwing om dit niet te doen, een luitenant der mariniers gekleed in militair tenue in de jachthaven van Oranjestad heeft gegooid,

als zodanig reeds een overtreding oplevert van de gedragsregel dat iedere militair zich correct dient te gedragen en zich onder meer dient te onthouden van het maken van inbreuk op de goede naam en/of rechten van anderen. Een in uniform geklede marinier tegen diens zin in het water gooien, moet als een schending van deze regel worden aangemerkt.

5.5 Wat betreft het verweer van de raadsman dat de goede naam van de marine door de gedraging niet is geschaad, merkt de militaire kamer op dat de normschending als zodanig reeds kan leiden tot tuchtrechtelijke maatregelen. Niet van belang is of de goede naam van de marine (of van de betrokken officier) daadwerkelijk werd geschaad.

5.6 Gelet op het voorgaande zal de militaire kamer met toepassing van artikel 96 Wmt, de bestreden uitspraak met verbetering in vorengenoemde zin bevestigen.

#### *De uitspraak:*

De militaire kamer van dit gerecht:

Bevestigt in beroep de bestreden uitspraak met verbetering van de gronden zoals hiervoor vermeld.

Bijlage bij BEKLAGFORMULIER KM/KUKlu/KMAR, behorende bij SF volgnummer 02/008

## 22. Bewezen gedraging

Op 30 april 2002 omstreeks 18.30 uur bij bar-restaurant "The Paddock" in Oranjestad te Aruba, ondanks het feit dat hem door de betrokken persoon werd aangegeven dit niet te doen, een luitenant der mariniers in militair tenue in de Jachthaven van Oranjestad gegooid, onder het toezien oog en in aanwezigheid van een groot aantal lokale gasten. Hierdoor heeft hij bijgedragen aan een ongewenst beeld van de KM in het algemeen en van de goede naam van kaderleden in het bijzonder. Hiermee heeft hij punt 2640 en 2641 van het Orderboek CMSKSAV overtreden.

### 25. Uitspraak

Schuldig, berisping.

### 26. Beslissing

Bevestiging van de bestreden beslissing, met verbetering van de bewezenverklaring en met wijziging van de opgelegde straf in berisping (artikel 80 p lid 2 onder c van de Wet

militair tuchtrecht).

#### 28. Motivering

##### Overwegende dat:

tijdens (de voorbereiding van) het onderzoek op het beklag is gebleken dat de in de beschuldiging omschreven gedraging van het in het water gooien van een luitenant de mariniers gekleed in militair tenue in de jachthaven van Oranjestad, bij barrestaurant “The Paddock”, door gestrafte is gepleegd;

het onwenselijk cq. ongepast is om in een openbare gelegenheid zoals “The Paddock”, onder het toezien van de lokale bevolking en andere niet-militairen, een kaderlid tegen zijn wil in uniform in het water te gooien;

dit kaderlid door zijn uniform, voor alle aanwezigen ter plaatse, duidelijk herkenbaar was als KM-functionaris;

door de omstandigheid dat het betreffende kaderlid voor het oog van de aanwezigen kenbaar maakte dat hij niet in het water wilde worden gegooid en er desondanks niet naar hem werd geluisterd door gestrafte, het gezag van dit kaderlid is aangetast;

daarmee een ongewenst negatief beeld van de KM in het algemeen en van de goede naam van kaderleden van de KM in het bijzonder is neergezet;

deze gedraging oplevert de schending van de in artikel 18 van de Wet militair tuchtrecht omschreven gedragsregel;

de commandant in verband met deze gedraging de straf van een geldboete van Afl. 18,20 heeft opgelegd;

tijdens de voorbereiding van het onderzoek op het beklag is gebleken dat de commandant bij deze strafoplegging heeft gelet op de omstandigheden van het geval en de persoon van de gestrafte;

de commandant er aldus blijk van heeft gegeven een individuele afweging te hebben gemaakt;

de commandant door een dergelijke wijze van strafoplegging blijk heeft gegeven van een correcte wetstoepassing;

de gestrafte naar indruk van de beklagmeerdere noch een bijzondere aanleiding had om het betreffende kaderlid in het water te gooien, noch daarmee kwade bedoelingen had;

het karakter van de gedraging die gestrafte heeft gepleegd zich in de visie van beklagmeerdere meer leent voor een berisping, om welke reden de door gestrafte reeds betaalde Afl. 18,20 aan hem moet worden geretourneerd;

##### Verder overwegende dat:

de omstandigheid dat meerdere militairen zich naar bewering van gestrafte schuldig hebben gemaakt aan dezelfde gedraging en zich wellicht zelfs ernstiger hebben misdragen, terwijl deze niet zijn gerapporteerd, doet op geen enkele wijze af aan de schuldigheid van gestrafte.

#### 28. Bijzonderheden.

De termijn van 30 dagen als bedoeld in 80 g lid 1 Wet militair tuchtrecht is met 17 dagen verlengd in verband met dienstreizen van beklagmeerdere, als bedoeld in artikel 80 g lid 2 van de Wet militair tuchtrecht. Tevens is de aanvang van het onderzoek opgeschort van 11 juli 2002 tot 31 juli 2002, in verband met gewichtige redenen van verhindering als bedoeld in artikel 80 i lid 2 Wet militair tuchtrecht, aan de zijde van de klager. Om die reden is de periode van het onderzoek op het beklag, eerst aangevangen op 31 juli 2002.

Datum en paraaf beklagmeerdere:

7 augustus 2002

## NASCHRIFT

*a. Verschoonbare overschrijding van de beroepstermijn*

*Een beroepschrift tegen een uitspraak in beklag moet worden ingediend bij de commandant binnen vijf dagen na de uitreiking van het afschrift van de uitspraak op beklag (art. 81, eerste lid, onder b van de WMT). In deze zaak stelt de militaire kamer van het Gerecht in eerste aanleg van Aruba vast dat de uitspraak op beklag is uitgereikt op vrijdagmiddag 30 augustus 2002 en dat het beroepschrift werd ingediend op 5 september 2002. In dit geval liep de beroepstermijn dus af op 4 september 2002 te 24.00 uur<sup>1)</sup>.*

*Ingevolge art. 84 WMT kan de militaire kamer niet direct op grond van termijnoverschrijding tot niet-ontvankelijkheid besluiten, maar moet eerst ook nog gekeken worden of deze termijnoverschrijding door de indiener verschoonbaar is geweest. In deze zaak is dat volgens de officier van justitie niet en volgens de militaire kamer wel het geval. Hierbij is meegenomen de tijd nodig voor het zoeken van en het overleggen met een vertrouwensman en het feit dat de vertrouwensman zich later weer terugtrok.*

*In een eerdere zaak is de militaire kamer te Arnhem<sup>2)</sup> minder soepel geweest bij de vraag of verschoonbaarheid bij de indiener aanwezig was. De tijd nodig voor overleg met een vertrouwensman wordt daar niet van invloed geacht op het verschoonbaar zijn van de overschrijding van de beroepstermijn. In die uitspraak stelt de militaire kamer te Arnhem: "Het beroepschrift is niet aan enige vorm gebonden, zodat iedere militair geacht kan worden binnen de beroepstermijn een eenvoudig beroepschrift in te dienen bij zijn commandant of bij diens afwezigheid bij diens plaatsvervanger dan wel bij de wachtcommandant of bij de administratie. Indien de militair voor een motivering van het beroep hulp behoeft, kan hij die hulp alsnog invoeren en bij aanvullend beroepschrift, ook buiten de beroepstermijn, die motivering alsnog indienen."*

*b. Wel of geen grondslagverlating*

*Zowel in eerste aanleg als in beklag moet het onderzoek worden gehouden op de grondslag van de beschuldiging (art. 66 resp. 80j WMT). Ook in beroep moet worden bekeken of een "in de beschuldiging omschreven gedraging" heeft plaatsgevonden (art. 93, vierde lid, WMT. Op "grondslag van de beschuldiging" houdt in dat niet meer bewezen kan worden dan in de beschuldiging is opgenomen; minder is wel mogelijk. De commandant bepaalt dus met het opstellen van de beschuldiging de grenzen van het onderzoek en van de uitspraken in eerste aanleg, beklag en beroep.*

*In deze zaak heeft de beklagmeerdere de grondslag verlaten door meer bewezen te verklaren dan in de beschuldiging was opgenomen (zie punt 22 in de bijlage hiervoor in vergelijking met de beschuldiging zoals die in punt 3.1 in de uitspraak in beroep is opgenomen). Het bestanddeel "Hierdoor heeft hij bijgedragen aan een ongewenst beeld van de KM in het algemeen en van de goede naam van kaderleden in het bijzonder." staat niet in de beschuldiging en mag dus niet – ook al blijkt de juistheid ervan tijdens het onderzoek - in een bewezenverklaring worden opgenomen. In beroep herstelt de militaire kamer dat door dat deel weer weg te laten (zie punt 5.4 van de uitspraak in beroep).*

*Minder bewezenverklaren dan in een beschuldiging is opgenomen kan echter wel. Ook daar is deze uitspraak een voorbeeld van. In de beschuldiging is sprake van in het water gooien van een luitenant en een sergeant, terwijl zowel in beklag als in beroep alleen het in het water gooien van de luitenant bewezen is verklaard.*

<sup>1)</sup> Zie ook ArrRb Arnhem 3 augustus 1994, MRT 1994, blz. 339.

<sup>2)</sup> ArrRb Arnhem 8 juni 1998, MRT 1999, blz. 113, m. nt. G.L.C.

*Een andere vraag is of het artikel of de artikelen die genoemd moeten worden bij de beschuldiging (art. 52, aanhef en onder d, WMT) tot de grondslag behoren.*

*De gestrafte was van mening dat dit wel het geval is (zie punt 3.3 van de uitspraak), maar de officier en de militaire kamer zijn een andere mening toegeedaan. De militaire kamer verwijst naar art. 80o, eerste lid, WMT waarin staat dat de beklagmeerdere moet bekijken of de bewezen gedraging schending van 'een' gedragsregel oplevert en niet noodzakelijk van de gedragsregel(s) genoemd bij de beschuldiging.*

*De eis dat bij de beschuldiging het artikel van de geschonden gedraging moet worden vermeld, is pas in de laatste fase van het wetgevingsproces in de wet opgenomen.<sup>3)</sup> De regering stelde naar aanleiding van een wens uit de Tweede Kamer in het eindverslag<sup>4)</sup> om bij de beschuldiging al de overtreden artikelen te noemen in de nota naar aanleiding van het eindverslag<sup>5)</sup> "Het kan nuttig zijn het desbetreffende wetsartikel daarbij te vermelden. Als dit niet gebeurt maakt dat de beschuldiging echter niet ongeldig."*

### *c. Termijnen in de beklagprocedure.*

*In beklag zijn er twee termijnen van iedere dertig dagen waarmee de beklagmeerdere rekening moet houden. Ten eerste moet het onderzoek op beklag aanvangen binnen dertig dagen na de indiening van het beklagschrift (art. 80g, eerste lid, WMT) en moet de beklagmeerdere uitspraak doen binnen dertig dagen nadat hij met dat onderzoek op beklag is aangevangen (art. 80r, tweede lid, onder b, WMT). Overschrijding van een van die termijnen heeft tot gevolg dat de beklagprocedure van rechtswege eindigt en de beslissing in eerste aanleg wordt vernietigd (art. 80r, tweede lid, WMT).*

*Bij de berekening van de eerste termijn tellen echter de dagen waarop de beklagmeerdere en de gestrafte om redenen van dienst niet in hetzelfde land zijn niet mee (art. 80g, tweede lid, WMT) en de tweede termijn wordt verlengd als er bij de gestrafte een gewichtige reden van verhindering is om op het onderzoek op beklag aanwezig te zijn (art. 80i, tweede lid, WMT). Beide gevallen deden zich hier voor en zijn ook door de beklagmeerdere vermeld in 'Bijzonderheden' bij de uitspraak op beklag. Het vermelden van deze bijzonderheden bij een uitspraak op beklag is van belang, want alleen zo kan de militaire kamer in beroep nagaan of aan de termijnvereisten in de beklagfase is voldaan.*

*J.R.G.J.*

<sup>3)</sup> Kamerstukken II, 1988-1989, 16 813 (R 1165), nr. 39 (amendement van het lid Van Traa).

<sup>4)</sup> Kamerstukken II, 1987-1988, 16 813 (R 1165), nr. 24, blz. 20-21.

<sup>5)</sup> Kamerstukken II, 1987-1988, 16 813 (R 1165), nr. 25, blz. 23.

**BESTUURSRECHTSPRAAK****Centrale Raad van Beroep**

30 mei 2002

99/4954 MAW

*Voorzitter:* Mr. J.C.F. Talman; *leden:* Mr. T. Hoogenboom en Mr. A. Beuker-Tilstra

**Leeftijdsdiscriminatie?**

*Aan een officier van de Koninklijke Luchtmacht, behorend tot het ICT-personeel, werd met ingang van 1 juli 1998 een (maandelijks uit te betalen) bindingspremie toegekend. Het toekenningsbesluit vermeldde aanvankelijk een periode van drie jaar. Korte tijd later werd bepaald dat de termijn - in overeenstemming met de regeling - zou eindigen op de eerste dag van de maand volgend op de maand waarin de officier de leeftijd van 49 jaar zou hebben bereikt. Toen de officier tegen dit laatste (na bezwaar gehandhaafde) besluit beroep instelde, verklaarde de rechtbank het beroep ongegrond. Zoals hieronder valt te lezen, bevestigt de Centrale Raad van Beroep de uitspraak van de rechtbank. De stelling van de officier dat het hanteren van de leeftijdsgrens van 49 jaar als een ongeoorloofd onderscheid in de zin van artikel 1 van de Grondwet moet worden beschouwd, onderschrijft de Raad niet. De beperking tot de leeftijd van 49 jaar vloeit voort uit de doelstelling van de regeling: het voorkomen van de uitstroom van ICT-personeel naar het bedrijfsleven, aldus de Raad. Het maken van onderscheid naar leeftijd met het oog op deze doelstelling acht de Raad te berusten op redelijke en objectieve gronden. Dit betekent dat het beroep op artikel 1 van de Grondwet niet kan slagen.*

(Art. 12 lid 1 IBM; Bindingspremies ICT-personeel)

## UITSPPRAAK

in het geding A., wonende te B., appellant, en de Bevelhebber der Luchtstrijdkrachten, gedaagde.

*I. Ontstaan en loop van het geding*

Appellant heeft op bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 12 augustus 1999, nr. AWB 99/3951 MAWKLK, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 18 april 2002, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. N.I. van Os, werkzaam bij VBM/NOV, en waar gedaagde zich heeft doen vertegenwoordigen door mr. A.H. Beijer, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

*II. Motivering*

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

1.1. Gedaagde heeft, omdat op de arbeidsmarkt de vraag naar zogenoemd ICT-personeel sterk was toegenomen en de Koninklijke Luchtmacht problemen had met het behouden van dat personeel, met het oog op de in artikel 12, eerste lid, van het Inkomstenbesluit

militairen aan hem verleende bevoegdheid een bindingspremie toe te kennen, op 10 juli 1998 beleidsregels bekend gemaakt onder de naam “Bindingspremies ICT-personeel” (hierna: de regeling). Een van de in de regeling opgenomen algemene criteria houdt in dat de bindingspremie aan betrokkenen kan worden toegekend tot de eerste dag van de maand volgend op de maand waarin zij de leeftijd van 49 jaar hebben bereikt. Een andere voorwaarde heeft betrekking op de opleidingseisen waaraan zij moeten voldoen om voor een bindingspremie in aanmerking te komen.

1.2. Appellant, geboren [in] 1950 en luitenant-kolonel bij de Koninklijke Luchtmacht, maakte als [functie] deel uit van het ICT-personeel. Bij besluit van 2 december 1998 is hem door gedaagde een bindingspremie toegekend waarbij is vermeld dat de bindingstermijn drie jaren bedraagt en aanvangt op 1 juli 1998. Bij besluit van 15 februari 1999 heeft gedaagde onder intrekking van het besluit van 2 december 1998 een bindingspremie toegekend en daarbij bepaald dat de bindingstermijn aanvangt op 1 juli 1998 en in verband met het bereiken van de 49-jarige leeftijd van appellant duurt tot 1 april 1999. Dit besluit is na gemaakt bezwaar gehandhaafd bij het bestreden besluit van 23 maart 1999.

1.3. De rechtbank heeft het beroep tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard.

2. Naar aanleiding van hetgeen partijen in hoger beroep naar voren hebben gebracht overweegt de Raad het volgende.

2.1. Appellant heeft als meest verstrekkende stelling naar voren gebracht dat het bestreden besluit onrechtmatig te achten is omdat het hanteren van de leeftijdsgrens van 49 jaar moet worden aangemerkt als een ongeoorloofd onderscheid in de zin van artikel 1 van de Grondwet en artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR).

2.2. De Raad overweegt dat, zoals hij reeds eerder als zijn oordeel heeft uitgesproken, de twee laatstgenoemde bepalingen ook zien op discriminatie naar leeftijd. In dit geval dient dan ook de vraag beantwoord te worden of het uit de desbetreffende voorwaarde van de regeling voortvloeiende onderscheid naar leeftijd is gebaseerd op redelijke en objectieve gronden.

2.3. De beperking tot 49 jaar die aan de verstrekking van de bindingspremie is verbonden is, aldus gedaagde, ingegeven door de doelstelling van de regeling, te weten de uitstroom te voorkomen van ICT-personeel naar het bedrijfsleven. Volgens gedaagde is het vertrek van militairen als appellant na de leeftijd van 49 jaar in het algemeen niet meer te verwachten, omdat zij er de voorkeur aan geven in dienst te blijven, totdat zij bij het bereiken van de leeftijd van 55 jaar, onder aantrekkelijke financiële voorwaarden, met functioneel leeftijdsontslag gaan. De Raad acht het maken van onderscheid naar leeftijd met het oog op het bereiken van voormelde arbeidsmarkt doelstelling te berusten op redelijke en objectieve gronden, zodat het door appellant gedane beroep op artikel 1 van de Grondwet en artikel 26 IVBPR niet kan slagen.

2.4. Vervolgens overweegt de Raad met betrekking tot appellants beroep op het rechtzekerheids- en zorgvuldigheidsbeginsel dat gedaagde het besluit van 2 december 1998 heeft ingetrokken omdat de daarin vermelde termijn van drie jaar berust op een fout, nu dit besluit ten onrechte geen rekening houdt met de in de regeling genoemde leeftijdsgrens van 49 jaar die appellant [in] 1999 bereikt. Die fout is hersteld bij het besluit van 15 februari 1999 waarbij is bepaald dat de bindingstermijn aanvangt op 1 juli 1998 en duurt tot 1 april 1999, de eerste dag van de maand na die waarin appellant de 49-jarige leeftijd bereikt. Aldus is ten nadele van appellant wijziging gebracht in de termijn waarover de bindingspremie is toegekend.

2.5. De Raad is van oordeel dat gedaagde zich op goede gronden op het standpunt heeft

gesteld dat er in dit geval geen enkele aanleiding was af te wijken van de in de regeling genoemde leeftijdsgrens van 49 jaar. Zoals de Raad reeds vaker heeft geoordeeld komt aan een bestuursorgaan de bevoegdheid toe een gemaakte administratieve fout te herstellen, mits het daartoe strekkende besluit niet in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel en ook overigens geen sprake is van strijd met enige geschreven of ongeschreven rechtsregel of enig algemeen rechtsbeginsel. Appellant beroept zich op de juist vermelde beginselen omdat hij er gezien het besluit van 2 december 1998 volgens hem van uit mocht gaan dat hij over een periode van drie jaren te rekenen vanaf 1 juli 1998 de bindingspremie zou ontvangen.

2.6. De Raad overweegt dat dit betoog niet kan slagen aangezien appellant redelijkerwijs had kunnen weten dat het besluit van 2 december 1998 met betrekking tot de termijn van toekenning van de bindingspremie onjuist was, nu daarbij, anders dan met betrekking tot de opleidingseis, waaraan appellant ook niet voldeed, niet gemotiveerd werd aangegeven dat van de gestelde leeftijdsgrens werd afgeweken. De Raad wijst erop dat appellant op 20 augustus 1998 schriftelijk heeft verklaard bekend te zijn en in te stemmen met de voorwaarden waaronder de bindingspremie wordt verleend waaronder ook de voorwaarde met betrekking tot de duur van de premie in relatie tot de leeftijd. Ter zitting heeft appellant nog verklaard dat hem bij het tekenen van de desbetreffende verklaring niet de gehele regeling voor ogen stond. De Raad is van oordeel dat dit voor appellants risico dient te komen, gelet op het feit dat appellant die verklaring zonder enig voorbehoud heeft getekend. De Raad acht voorts van belang dat gedaagde zijn fout binnen betrekkelijk korte tijd heeft hersteld en niet gebleken is dat appellant de continuering van het dienstverband tot enig tijdstip na het bereiken van de leeftijd van 49 jaar mede afhankelijk heeft gesteld van de beslissing van gedaagde omtrent de in het besluit van 2 december 1998 genoemde bindingstermijn van drie jaar.

2.7. Ook het beroep dat appellant op het gelijkheidsbeginsel heeft gedaan kan niet slagen. In het geval waarop appellant wijst en dat hij gelijk acht aan het zijne, is evenzeer in strijd met de in de regeling gegeven leeftijdsgrens een bindingspremie toegekend. Die toekenning is echter een gevolg van het feit dat aan de betrokken militair uitdrukkelijk was toegezegd dat te zijnen aanzien ondanks de in de bedoelde voorwaarde vervatte leeftijdsgrens de bindingspremie voor drie jaren zou worden toegekend, terwijl in appellants geval het verlenen van de premie voor de duur van drie jaren uitsluitend het gevolg was van een omissie van gedaagde. Daarmee is het door appellant aangehaalde geval niet gelijk aan het zijne en behoefde gedaagde in dit opzicht appellant ook niet op gelijke wijze te behandelen.

3. Gezien het voorgaande slaagt het hoger beroep niet. De aangevallen uitspraak moet worden bevestigd. Aangezien de Raad geen aanleiding ziet toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht inzake de proceskosten, wordt beslist als volgt.

### *III. Beslissing*

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

### NASCHRIFT

*1. Artikel 1 van de Grondwet bepaalt: "Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging,*

*politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.” Deze bepaling ziet, naar het oordeel van de Raad (en van anderen), ook op discriminatie naar leeftijd. Dit betekent dat, indien in een bepaald geval onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt, de vraag dient te worden beantwoord of het onderscheid berust op redelijke en objectieve gronden. Deze vraag beantwoordt de Raad in de onderhavige zaak bevestigend.*

*2. Door appellant was eveneens een beroep gedaan op het gelijkheidsbeginsel. Ook dit beroep kan naar het oordeel van de Raad niet slagen. Het door appellant aangehaalde geval is niet gelijk aan het zijne, aldus de Raad. Gedaagde behoefde appellant dan ook niet op gelijke wijze te behandelen.*

G.L.C.

### **Centrale Raad van Beroep**

5 september 2002

00/4148 MAW

*Voorzitter:* Mr. H.A.A.G. Vermeulen; *leden:* Mr. G.P.A.M. Garvelink-Jonkers en Mr. A. Beuker-Tilstra.

#### **Gedane zaken nemen geen keer**

*Een officier verzocht bij rekest van 16 maart 1999 om met terugwerkende kracht tot 25 oktober 1994 (subsidiair tot 23 mei 1997) effectief te worden bevorderd tot de rang van luitenant-kolonel. Hij verwees hierbij naar een (in 1998 gedane) uitspraak van de Centrale Raad van Beroep waarin de Raad tot het oordeel kwam dat de (toen in beroep gekomen) onderofficier, aan wie in het kader van een uitzending een functie was toegewezen waaraan een hogere rang was verbonden dan hij bekleedde, niet (slechts) tijdelijk, maar effectief tot die hogere rang diende te worden bevorderd. Toen het verzoek van de officier werd afgewezen, stelde hij tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) afwijzing beroep in. De rechtbank verklaarde het beroep ongegrond, welke uitspraak door de Centrale Raad van Beroep werd bevestigd. “De rechtbank heeft terecht geoordeeld”, aldus de Raad, “dat het gegeven dat de Raad inmiddels heeft bepaald dat voor een tijdelijke bevordering in geval van uitzending in een functie waaraan een hogere rang is verbonden, geen grondslag kan worden gevonden in artikel 27 van het Algemeen militair ambtenarenreglement, gedaagde niet ertoe noopt alsnog zijn eerdere onjuiste besluiten in overeenstemming te brengen met die later tot stand gekomen jurisprudentie.”*

(Invloed nieuwe jurisprudentie op oude besluiten)

#### UITSpraak

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

#### *I. Ontstaan en loop van het geding*

Namens appellant is op de daartoe bij beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank ‘s-Gravenhage van 7 juni 2000, nr. AWB 99/9692 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.



Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 1 augustus 2002, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. M.A. Billiet, werkzaam bij VBM/NOV. Gedaagde heeft zich doen vertegenwoordigen door mr. A.J.M. van Daal, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

## *II. Motivering*

1. Onder verwijzing overigens naar het in de aangevallen uitspraak gegeven overzicht van in dit geding relevante feiten en omstandigheden volstaat de Raad met het navolgende.

1.1. Bij uitspraak van 19 november 1998, in het geding 97/2325 MAW, heeft deze Raad geoordeeld dat de desbetreffende militair, aan wie in het kader van uitzending een functie was toegewezen waaraan een hogere rang was verbonden, op grond van artikel 27, derde lid, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) - thans artikel 27, vierde lid, van het AMAR - niet tijdelijk, maar effectief bevorderd had moeten worden tot de bij de hem toegewezen functie behorende rang.

1.2. Bij rekest van 16 maart 1999 heeft appellant onder verwijzing naar deze uitspraak, aan gedaagde primair verzocht met terugwerkende kracht tot 25 oktober 1994 en subsidiair met terugwerkende kracht tot 13 mei 1997 effectief te worden bevorderd tot luitenant-kolonel.

1.3. Bij besluit van 7 juli 1999 heeft gedaagde afwijzend beslist op dit verzoek, welk besluit bij de thans in geding zijnde beslissing op bezwaar van 17 september 1999 is gehandhaafd.

2. De rechtbank heeft het beroep van appellant tegen dat besluit ongegrond verklaard. De rechtbank heeft daarbij, verkort weergegeven, overwogen dat sprake is van een weigering om terug te komen van een rehtens onaantastbaar geworden besluit en dat een dergelijke weigering terughoudend dient te worden getoetst en in beginsel dient te worden geëerbiedigd. De rechtbank heeft geoordeeld dat gedaagde, gelet op de daaraan voor de organisatie verbonden bezwaren, zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat hij, hoewel hij daartoe wel bevoegd is, niet alle in het verleden in het kader van een uitzending gedane tijdelijke bevorderingen alsnog met terugwerkende kracht behoefde om te zetten in een effectieve bevordering. De rechtbank heeft tenslotte overwogen dat appellant geen feiten of omstandigheden naar voren heeft gebracht die bij de eerdere besluitvorming geen rol hebben gespeeld en die niet destijds als beroepsgrond naar voren hadden kunnen worden gebracht.

3. De Raad verenigt zich met het oordeel van de rechtbank en met de overwegingen die de rechtbank tot haar oordeel hebben geleid.

3.1. Naar aanleiding van de in hoger beroep nogmaals genoemde tekortkomingen in de rechtsmiddelverwijzing onder de besluiten van 7 juli 1994 en 17 juni 1997 waarbij appellant tijdelijk werd bevorderd, merkt de Raad nog op dat uit de gedingstukken blijkt dat het feit dat appellant tegen die besluiten in 1994 en 1997 geen bezwaar heeft gemaakt, niet is veroorzaakt door gebreken in de rechtsmiddelverwijzing, maar te maken had met de omstandigheid dat appellant op dat moment geen aanleiding zag om tegen de tijdelijkheid van de bevordering bezwaar te maken. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat het gegeven dat de Raad inmiddels heeft bepaald dat voor een tijdelijke bevordering in geval van uitzending in een functie waaraan een hogere rang is verbonden, geen grondslag kan worden gevonden in artikel 27 van het AMAR, gedaagde niet ertoe noopt alsnog zijn eerdere onjuiste besluiten in overeenstemming te brengen met die later tot stand gekomen jurisprudentie.

4. Uit het vorenoverwogene volgt dat het hoger beroep niet kan slagen en dat de aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

De Raad ziet geen aanleiding om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht.

5. Beslist is als hierna vermeld.

### III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

#### NASCHRIFT

1. *De door de Raad genoemde uitspraak van 19 november 1998, nr. 97/2325 MAW, is ook in dit tijdschrift opgenomen: zie MRT 1999, p. 172 (Bevordering en vredesmissies II). In die uitspraak overwoog de Raad met betrekking tot de stelling van de staatssecretaris, dat hij het ongewenst achtte om effectief te bevorderen op basis van een tijdelijke bemanningslijst, geënt op een vredesoperatie, dat het imperatief gestelde artikel 27 lid 4 AMAR de staatssecretaris (helaas) geen keuze liet. Artikel 27 lid 4 AMAR bepaalt dat een militair, aan wie een functie is toegewezen waaraan een hogere rang is verbonden dan de rang die hij bekleedt, effectief tot die hogere rang moet worden bevorderd.*

2. *Inmiddels is op het punt van de tijdelijke bevordering het een en ander gewijzigd. Bij Besluit van 22 juli 2002, Stb. 2002, 453, is aan artikel 27 AMAR een nieuw zesde lid toegevoegd, dat luidt: "In afwijking van het vierde lid kan, indien de militair een functie wordt toegewezen in het kader van een vredesoperatie als bedoeld in artikel 2, tweede lid, onderdeel c, de bij de functie behorende rang tijdelijk, voor de duur van de functievervulling, worden toegekend indien de militair niet voldoet aan de in artikel 22 bedoelde eisen." Artikel 22 AMAR bepaalt dat, om voor een functie in aanmerking te komen, de militair moet voldoen aan de gestelde eisen omtrent opbouw van kennis en ervaring voor de vervulling van de functie.*

*De nota van toelichting vermeldt omtrent de nieuwe bepaling: "Het uitgangspunt bij bevordering, dat aan de militair de rang wordt toegekend die behoort bij de functie die hem is toegewezen, is neergelegd in artikel 27, vierde lid. Het vijfde lid geeft hierop een uitzondering, doch biedt blijkens de toelichting op dat artikel geen grondslag om een militair, aan wie in het kader van een vredesoperatie een functie binnen de reguliere formatie wordt toegewezen, tijdelijk te bevorderen. Om hierin te voorzien wordt in het (nieuwe) zesde lid bepaald dat, indien het in het kader van een vredesoperatie noodzakelijk is om aan een militair een functie toe te wijzen, waar hij op grond van het tot dan toe door hem gevolgde loopbaanpatroon nog niet voor in aanmerking zou komen, hem de rang behorende bij de functie tijdelijk kan worden toegekend."*

*Het nieuwe zesde lid spreekt van "een vredesoperatie als bedoeld in artikel 2, tweede lid, onderdeel c". Onderdeel c ziet op "operaties in het kader van internationale overeenkomsten of andere verplichtingen door Nederland aangegaan".*

G.L.C.

**Centrale Raad van Beroep**  
Uitspraak van 21 november 2002  
Nr. 00/1264 MAW

*Voorzitter:* Mr. J.C.F. Talman; *leden:* Mr. T. Hoogenboom en Mr. J.H. van Kreveld

**Schadevergoeding wegens intrekken verlof**

*Een luitenant-kolonel-tandarts van de Koninklijke Landmacht, die wekelijks 12 uur onbetaald verlof genoot voor het voeren van een eigen tandartspraktijk, werd in 1998 aangewezen voor uitzending naar het voormalig Joegoslavië. Na overleg over de hoogte van de schadevergoeding voor betrokkene (vanwege het moeten aanstellen van een waarnemer voor zijn praktijk in verband met het intrekken van zijn verlof) besloot de Staatssecretaris van Defensie de schadevergoeding te bepalen op f 1.800,- minus de militaire neveninkomsten (exclusief toelagen) per week. Het bezwaarschrift tegen dit besluit werd door de staatssecretaris ongegrond verklaard. De Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage verklaarde vervolgens het ingestelde beroep ongegrond.*

*De Centrale Raad van Beroep heeft deze uitspraak bevestigd. De Raad overweegt dat betrokkene aanspraak heeft op de vergoeding van de geldelijke schade die het gevolg is van de intrekking van het aan hem verleende onbetaalde verlof van 12 uur per week. Het gaat derhalve niet om vergoeding van schade die het gevolg is van de uitzending naar het buitenland.*

*De Raad acht het aanvaardbaar dat de staatssecretaris bij de berekening van de bruto-omzet van betrokkene is uitgegaan van de gemiddeld over de afgelopen drie jaar door hem behaalde bruto-omzet. Voorts is de Raad van oordeel dat de staatssecretaris 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 betrokkene positieve financiële gevolgen van het intrekken van het onbetaald verlof, bestaande uit een hogere bezoldiging vanwege het tijdelijk voltijds uitoefenen van zijn militaire functie.*

**Buitengewoon verlof. Schadevergoeding**

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 beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 31 januari 2000, nr. 99/4664 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 10 oktober 2002, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door F.C. van Veen, werkzaam bij de VBM/NOV, en waar gedaagde zich heeft doen vertegenwoordigen door mr. A. Habets, 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, luitenant-kolonel-tandarts bij de Koninklijke Landmacht, geniet wekelijks 12 uur onbetaald verlof voor het voeren van een eigen tandartspraktijk. In 1998 is besloten om appellant gedurende enkele maanden uit te zenden naar het voormalige Joegoslavië. In verband hiermee is tussen appellant en gedaagde overleg gevoerd over de hoogte van de schadevergoeding waarop appellant aanspraak zou hebben, vanwege het feit dat het onbetaald verlof van appellant tijdens de uitzending en de daaraan voorafgaande opleidingsperiode zou worden ingetrokken, waardoor hij voor zijn praktijk een waarnemer zou moeten aanstellen.

1.2. Bij besluit van 12 juni 1998 heeft gedaagde deze schadevergoeding bepaald op een bedrag van *f* 1.800,- minus de militaire meerinkomsten (exclusief toelagen) per week. Bij beslissing op bezwaar van 22 april 1999 heeft gedaagde het bezwaar van appellant tegen het besluit van 12 juni 1998 ongegrond verklaard. Vervolgens heeft de rechtbank bij de aangevallen uitspraak het door appellant tegen het bestreden besluit ingestelde beroep ongegrond verklaard.

2.1. De schadevergoeding die gedaagde aan appellant heeft toegekend is gebaseerd op artikel 67, eerste lid, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR). Ingevolge deze bepaling heeft de militair aan wie een verlof is verleend en die geldelijke schade lijdt als gevolg van het geheel of gedeeltelijk intrekken van dat verlof op grond van, kort gezegd, het dienstbelang, aanspraak op vergoeding van die schade, voor zover hij die redelijkerwijs niet heeft kunnen voorkomen. Dit betekent dat appellant aanspraak heeft op de vergoeding van de geldelijke schade die het gevolg is van de intrekking van het aan appellant verleende onbetaald verlof van 12 uur per week. Het gaat derhalve niet om vergoeding van schade die het gevolg is van de uitzending van appellant naar het buitenland.

2.2. Gedaagde heeft de aan het onbetaald verlof toe te rekenen kosten van de waarnemer, die appellant heeft moeten aanstellen, gecijferd op *f* 1.800,- ( $50\% \times f 300,- \times 12$ ) per week. Bij deze berekening heeft gedaagde tot uitgangspunt genomen dat appellant aan zijn waarnemer 50% van de door deze behaalde bruto-omzet dient te betalen, welke afspraak door gedaagde, gelet op de Richtlijn waarneming van de Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Tandheelkunde (NMT) en in aanmerking genomen dat de waarnemer ook niet-declarabele managementactiviteiten moest verrichten, niet onredelijk werd geacht. Verder staat het bedrag van *f* 300,- voor de door appellant gemiddeld per uur behaalde bruto-omzet (honorarium minus tandtechniek), waartoe gedaagde het gemiddelde van de over de afgelopen drie jaar behaalde bruto-omzetten heeft gedeeld door de gemiddeld per jaar door appellant aan zijn praktijk bestede uren. Appellant heeft geen bezwaar tegen het door gedaagde gehanteerde percentage van 50, maar acht de in aanmerking genomen bruto-omzet per uur veel te laag. Volgens appellant moet uitgegaan worden van een bedrag van *f* 392,- per uur, gebaseerd op de gemiddelde bruto-omzet van de afgelopen drie jaren gedeeld door het gemiddeld aantal zoals appellant het noemt "echte praktijkmuren", neerkomende op 12 uur per week. Appellant heeft er in dit verband op gewezen dat hij, als zeer ervaren tandarts, een hoge omzet behaalt. Eventueel zou, aldus appellant, uitgegaan kunnen worden van de werkelijk door de waarnemer behaalde bruto-omzet.

2.3. In aanmerking genomen dat de bruto-omzet van een tandarts van velerlei, niet altijd te beïnvloeden, factoren afhankelijk is, acht de Raad het aanvaardbaar dat gedaagde bij de berekening van de bruto-omzet van appellant is uitgegaan van de gemiddeld over de afgelopen drie jaar door appellant behaalde bruto-omzet. Van omstandigheden op grond waarvan zou moeten worden geconcludeerd dat de aldus berekende gemiddelde bruto-omzet een dermate ongunstig beeld zou geven dat bedoeld bedrag in dit geval redelijkerwijs niet gehanteerd zou mogen worden, is de Raad niet gebleken.

2.4. Voorts is de Raad van oordeel dat gedaagde om het gemiddeld bruto-uurhonorarium te berekenen, met juistheid de gemiddelde bruto-omzet per jaar heeft gedeeld door de gemiddeld per jaar door appellant aan zijn praktijk bestede uren. Het is immers het totaal van deze uren dat bijdraagt aan de door appellant behaalde bruto-omzet. Door ervan uit te gaan dat appellant gemiddeld bijna 16 uur per week in zijn eigen praktijk pleegt te werken, heeft gedaagde appellant niet tekort gedaan. Het gaat hier immers niet alleen om de normale praktijkmaken (drie maal per week vier uur, plus, zoals appellant het omschrijft, uitloop en spoedgevallen) maar ook om de waarneming door appellant, hetgeen volgens appellant neerkwam op enkele malen per jaar een heel weekend plus de week daarna gedurende de avonden en de nachten, terwijl appellant daarnaast nog allerlei voorkomende werkzaamheden verrichtte ten behoeve van de eigen praktijk. De Raad wijst er voorts op dat het door gedaagde aldus becijferde bedrag van f 300,- per uur niet ongunstig afsteekt bij het door de NMT gehanteerde normhonorarium van f 216,- per uur.

2.5. 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 appellant positieve financiële gevolgen van het intrekken van het onbetaald verlof, bestaande uit een hogere bezoldiging vanwege het tijdelijk voltijds uitoefenen van zijn militaire functie. De Raad onderschrijft hetgeen de rechtbank dienaangaande heeft overwogen.

3. Uit het vorenstaande volgt dat het bestreden besluit in rechte stand houdt, zodat de aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

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

Beslist wordt derhalve als volgt.

### *III. Beslissing*

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

### NASCHRIFT

#### *1. Deeltijdarbeid voor militairen*

*Tot 2001 was deeltijdarbeid voor militairen gebaseerd op art. 86, aanhef en onder b, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR). In wezen ging het toen om het verlenen van buitengewoon verlof zonder behoud van militaire inkomsten. Ter uitvoering van deze bepaling bestond van 1990 tot 2001 de Regeling deeltijdverlof. De kernbepaling van deze regeling (art. 3, eerste lid) hield in dat de militair op zijn aanvraag buitengewoon verlof op grond van art. 86, aanhef en onder b, van het AMAR kon worden verleend in verband met deeltijdarbeid zonder behoud van militaire inkomsten voor de uren waarvoor buitengewoon verlof werd verleend. Thans is deeltijdarbeid voor militairen niet meer gebaseerd op het AMAR, maar op het Besluit aanpassing arbeidsduur militairen, dat voortkomt uit de Wet aanpassing arbeidsduur.*

#### *2. Intrekken van verleend verlof*

*Ingevolge art. 65, eerste lid, van het AMAR kan verleend verlof geheel of gedeeltelijk worden ingetrokken indien de belangen van de dienst dit naar het oordeel van degene die het verlof heeft verleend, uitdrukkelijk vorderen. Het kan hierbij zowel om vakantieverlof, inschepings- en ontschepingsverlof, als om buitengewoon verlof gaan.*

*In 1996 trok de staatssecretaris het aan een officier-tandarts van de Koninklijke Landmacht verleende buitengewoon verlof (drie dagdelen à vier uur per week ten behoeve van de eigen tandartspraktijk) in voor de duur van diens uitzending naar het voormalig Joegoslavië en de daaraan voorafgaande bijscholingsopleiding. De tandarts maakte bezwaar tegen de uitzending en het intrekken van zijn verlof. De verdere besluitvorming leidde er toen toe dat deze tandarts de president van de Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage verzocht een voorlopige voorziening te treffen. De president wees dit verzoek af. Hij kwam tot het oordeel dat het dienstbelang - gericht op uitvoering van een operationele taak - zwaarder woog en dat de Directeur Centrale Directie Personeel en Organisatie in redelijkheid tot het oordeel had kunnen komen dat betrokkene voor uitzending in aanmerking kwam en dat er voor zodanige uitzending geen belemmeringen bestonden. Ten aanzien van het besluit tot tijdelijk beëindiging van het buitengewoon verlof overwoog de president dat deze beschikking logischerwijze volgde uit het besluit tot uitzending (Pres Rb Den Haag 19 december 1996, MRT 1997, p. 175, naschrift G.F.W.).*

### 3. Schadevergoeding

*Op grond van art. 67, eerste lid, van het AMAR heeft de militair aan wie een verlof is verleend en die geldelijke schade lijdt als gevolg van het geheel of gedeeltelijk intrekken van dat verlof aanspraak op vergoeding van die schade, voor zover hij die redelijkerwijs niet heeft kunnen voorkomen. Immateriële schade blijft volgens deze bepaling buiten beschouwing. Deze zou wel kunnen worden gevorderd in een beroepsprocedure bij de rechtbank (Algemene wet bestuursrecht art. 8:73).*

*In de nota van toelichting bij de art. 67 (Stb. 1982, 279) is gesteld dat indien verleend verlof wordt ingetrokken om redenen van dienst, het billijk is dat de daaruit voortvloeiende geldelijke schade ten laste van het rijk komt, maar dat aan de andere kant mag worden verwacht dat de militair in zo'n geval er naar streeft de schade voor het rijk zo gering mogelijk te doen zijn. Met name kan hierbij worden gedacht aan het zo snel mogelijk annuleren van reserveringen in het kader van een voorgenomen vakantiereis. Overigens rust op de benadeelde de plicht zowel het bestaan en de omvang van de schade aannemelijk te maken als ook het causaal verband. Het bestaan van de schade zal onderbouwd moeten worden; schadeposten moeten uitdrukkelijk worden genoemd.*

*Voor een recente uitspraak over schadevergoeding wegens intrekken van verlof zij verwezen naar CRvB 14 februari 2002, MRT 2002 p. 399, naschrift G.L.C. Hierbij ging het om toepassing van de overeenkomende bepaling in het Burger ambtenarenreglement defensie.*

G.F.W.

---

**Centrale Raad van Beroep**  
Uitspraak van 5 december 2002  
Nr. 00/3963 MAW

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

### Geen muzikant

*Een sergeant der eerste klasse munitietechnicus bij de technische dienst van de Koninklijke Landmacht maakte in 1998 zijn belangstelling kenbaar voor een viertal functies van muzikant trompetterkorps bereden wapens. Hem werd vervolgens meegedeeld dat*

*deze functies niet aan hem werden toegewezen. In het besluit van de Bevelhebber der Landstrijdkrachten (BLS) op het bezwaar tegen de afwijzende mededeling werd gesteld dat betrokkene vanwege het tekort aan personeel binnen de categorie munitietechnici niet gemist kon worden en dat hij daarom niet in aanmerking kon komen voor één van de muzikant-functies.*

*De Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage verklaarde het ingestelde beroep tegen het besluit van de BLS ongegrond. De Centrale Raad van Beroep heeft deze uitspraak bevestigd. Bij de afwijzing heeft de BLS aangegeven bij het nemen van een beslissing tot functietoewijzing rekening te houden met de noodzaak van een voortdurende taakvervulling door de krijgsmacht en in samenhang daarmee van een zo goed en tijdig mogelijke bezetting van alle functies (AMAR art. 23, aanhef en onder a). Niet ten onrechte heeft de BLS aan het dienstbelang om ook op termijn over gekwalificeerde munitietechnici te kunnen beschikken een groter gewicht toegekend dan aan het belang van betrokkene om de overstap naar de militaire muziek te maken.*

### Functietoewijzing (AMAR art. 23)

#### UITPRAAK

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 door de rechtbank 's-Gravenhage op 16 juni 2000, onder nummer AWB 99/9986 MAWKLA gegeven uitspraak, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 11 oktober 2002, waar appellant zich heeft laten vertegenwoordigen door mr. P. Reitsma, advocaat te Nijkerk, en door ir. P. van Harmelen, majoor bij de Koninklijke landmacht. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. A.E.P. van Zandbergen, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

#### *II. Motivering*

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

1.1. Appellant, ten tijde hier van belang sergeant der eerste klasse bij het dienstvak van de technische dienst, heeft in december 1998 door middel van vacature-reactieformulieren (VRF) zijn belangstelling kenbaar gemaakt voor een viertal functies van muzikant trompetterkorps bereden wapens. Bij besluiten van 8 april 1999 is appellant medegedeeld dat deze functies niet aan hem zijn toegewezen omdat hij, gezien het op hem van toepassing zijnde loopbaanpatroon, daarvoor niet geschikt was. Het tegen die besluiten gemaakte bezwaar heeft geleid tot het besluit van 29 september 1999. In dit besluit is gedaagde tot de conclusie gekomen dat appellant in bezwaar terecht heeft gesteld dat de categorie beroepspersoneel waartoe hij behoort niet wordt aangemerkt als een specialistische categorie waarvoor een specifiek loopbaanpatroon is beschreven. De in het primaire besluit gegeven afwijzingsgrond is naar de mening van gedaagde dan ook niet juist geweest, hetgeen voor gedaagde aanleiding heeft gevormd het bezwaar wat betreft de motivering van dit besluit gegrond te verklaren. Aangezien gedaagde echter tevens de mening was toege-

daan dat appellant vanwege het tekort aan personeel binnen de categorie munitietechnici niet gemist kon worden, heeft gedaagde, onder verwijzing naar artikel 23, aanhef en onder a, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (hierna: AMAR), de beslissing appelland niet in aanmerking te laten komen voor één van de onderhavige functies gehandhaafd.

2.1. Tegen dat besluit is namens appelland beroep ingesteld.

2.2. In zijn verweerschrift in eerste aanleg is gedaagde teruggekomen van het in het bestreden besluit neergelegde standpunt dat appelland niet behoorde tot een specialistische categorie waarvoor een loopbaanpatroon gold. Voorts heeft hij gesteld dat het voor appelland geldende loopbaanpatroon een beletsel vormde om appelland in aanmerking te brengen voor één van de onderhavige functies. Overigens heeft gedaagde in dit verweerschrift te kennen gegeven dat de in het bestreden besluit gehanteerde afwijzingsgrond niet in strijd is met de werkelijkheid.

2.3. De rechtbank heeft het namens appelland ingestelde beroep ongegrond verklaard.

3. In hoger beroep heeft appelland in de eerste plaats bezwaren geuit tegen de omstandigheid dat gedaagde in de loop van de procedure verschillende afwijzingsgronden heeft gehanteerd. In het primaire besluit is appelland afgewezen vanwege het voor hem vastgestelde loopbaanpatroon, in het bestreden besluit is gedaagde daarvan teruggekomen en is appelland afgewezen vanwege het tekort aan personeel binnen de categorie munitietechnici en in het verweerschrift in eerste aanleg heeft gedaagde wederom gesteld dat het loopbaanpatroon een beletsel voor toewijzing vormt. Voorts bestrijdt hij de visie van gedaagde dat het voor hem geldende loopbaanpatroon, zoals dat in het van toepassing zijnde voorschrift is beschreven, een beletsel vormt voor een overgang naar een andere categorie. Daar komt bij dat in de functieomschrijvingen van de onderhavige opengestelde functies staat aangegeven dat het om algemene functies gaat, hetgeen naar de mening van appelland betekent dat elke militair die aan de functie-eisen voldoet kan solliciteren naar deze functies. Tot slot bestrijdt hij het door gedaagde ingenomen standpunt dat er ten tijde van zijn sollicitatie een tekort aan personeel bestond in de categorie munitietechnici. In dit verband heeft hij er op gewezen dat hij enige tijd boven de sterkte geplaatst is geweest vanwege het ontbreken van een passende functie voor hem binnen deze categorie.

4. De Raad overweegt als volgt.

4.1. Met betrekking tot de grief van appelland dat gedaagde in de loop van de procedure verschillende afwijzingsgronden heeft gehanteerd, merkt de Raad op dat in bezwaar een heroverweging van het primaire besluit plaatsvindt. In dit geval heeft deze heroverweging er toe geleid dat bij het bestreden besluit een andere afwijzingsgrond is gehanteerd. Voorts stelt de Raad vast dat gedaagde in het onderhavige verweerschrift weliswaar is teruggekomen van het in het bestreden besluit neergelegde standpunt dat het loopbaanpatroon geen beletsel voor toewijzing vormt, maar daarbij het in het bestreden besluit eveneens neergelegde standpunt dat appelland vanwege een tekort aan personeel binnen de categorie munitietechnicus niet in aanmerking wordt gebracht voor één van de onderhavige functies, onverkort heeft gehandhaafd. Deze gang van zaken acht de Raad niet ongeoorloofd, nu appelland in de gelegenheid is geweest te reageren op de verschillende door gedaagde ingenomen standpunten en hij ook overigens niet in zijn procesbelangen is geschaad.

4.2. Gelet op hetgeen de gemachtigde van gedaagde ter zitting desgevraagd heeft uiteengezet, moet het bestreden besluit aldus worden opgevat dat gedaagde heeft geweigerd een van de in geding zijnde functies aan appelland 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 appelland 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 voortdurende taakvervulling door de krijgsmacht en in samenhang daarmee van een zo goed en tijdig mogelijke bezetting van alle functies.

4.3. Anders dan appelland heeft betoogd, kan niet worden staande gehouden dat deze motivering van de afwijzing op een onvoldoende feitelijke grondslag berust. Op grond van de stukken, waaronder een intern memorandum van de commandant van het Munitiebedrijf van 31 maart 1999, is voldoende aannemelijk geworden dat ten tijde hier van belang sprake was van een structureel tekort aan munitietechnici zoals appelland. Dit vindt ook bevestiging in de verklaring van majoor Van Harmelen ter zitting van de rechtbank, inhoudende dat er bij de categorie officieren van het munitietechnisch personeel, en ook bij de onderofficieren, al jaren problemen zijn met betrekking tot de vulling van functies. Dat niet doorlopend sprake is geweest van onvervulde vacatures - appelland is immers enige tijd boven de sterkte geplaatst - doet hieraan naar het oordeel van de Raad niet af, nu het vaststellen van de behoefte aan personeel niet alleen op een momentopname kan berusten maar mede dient te geschieden met het oog op de toekomst, rekening houdend met te verwachten doorstroming van en naar andere functies.

4.4. Niet kan worden gezegd dat gedaagde, door aan het dienstbelang om ook op termijn over gekwalificeerde munitietechnici te kunnen beschikken een groter gewicht toe te kennen dan aan het belang van appelland bij de gewenste overstap naar de militaire muziek, een beslissing heeft genomen waartoe hij niet in redelijkheid heeft kunnen komen, dan wel anderszins heeft gehandeld in strijd met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of met een algemeen rechtsbeginsel. Niet ten onrechte heeft gedaagde laten meewegen dat de munitietechniek, in tegenstelling tot de militaire muziek, behoort tot de "core business" van de Koninklijke landmacht. Van aanzienlijke betekenis is voorts dat appelland pas kort tevoren zijn opleiding in de munitietechniek had voltooid en het loopbaanpatroon voor munitietechnici nog niet had uitgediend.

4.5. Het vorenstaande betekent dat de aangevallen uitspraak voor bevestiging in aanmerking komt.

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

Beslist moet worden als volgt.

### *III. Beslissing*

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

### NASCHRIFT

#### *1. Functietoewijzing*

*In art. 23 van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) is aangegeven dat bij het nemen van een beslissing tot functietoewijzing rekening wordt gehouden met de volgende factoren:*

*a. de noodzaak van een voortdurende taakvervulling door de krijgsmacht en in samenhang daarmee van een zo goed en tijdig mogelijke bezetting van alle functies;*

*b. de wenselijkheid van een spreiding van de totale loopbaan van de militair over functies en van een daarmee gepaard gaande opbouw van kennis en ervaring;*

- c. de bekwaamheid en geschiktheid van de militair voor de functies;
- d. de door de militair kenbaar gemaakte voorkeur.

De noodzaak van een voortdurende taakvervulling door de krijgsmacht is welbewust als eerste factor genoemd, zo blijkt uit de nota van toelichting (blz. 41) bij het besluit van 28 augustus 1989, Stb. 386, waarbij het AMAR onder meer op het punt van functietoewijzing en bevordering werd gewijzigd. Het gaat om de vervulling van alle functies, de aantrekkelijker, maar ook de minder aantrekkelijke. De taakvervulling van de krijgsmacht staat voorop.

De Centrale Raad van Beroep heeft al meerdere malen overwogen dat het al dan niet toewijzen van een geambieerde functie geschiedt met gebruikmaking van een discretionaire bevoegdheid. De toetsing door de rechter van de gebruikmaking van een dergelijke bevoegdheid is terughoudend.

## 2. Kenbare motivering

In het algemeen geldt dat een besluit moet berusten op een deugdelijke motivering en dat de motivering moet worden vermeld bij de bekendmaking van het besluit (Algemene wet bestuursrecht artt. 3:46 e.v.) In de praktijk komt het evenwel geregeld voor dat in een bezwaar- of beroepsprocedure de motivering van een besluit wordt aangevuld of gewijzigd. Een besluit waartegen bezwaar is gemaakt of waartegen beroep is ingesteld, kan, ondanks schending van een vormvoorschrift - bijvoorbeeld het ontbreken van een kenbare motivering - in stand worden gelaten indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld (Awb art. 6:22). In het algemeen gesproken lijkt de Centrale Raad van Beroep het aanvoeren van nieuwe argumenten in geen enkele fase van het proces ongeoorloofd te achten, mits de klagende ambtenaar daardoor niet in zijn processuele belangen wordt geschaad. In 1988 - voordat de Algemene wet bestuursrecht in werking trad - achtte de Raad "het niet ten principale onaanvaardbaar dat tijdens een procedure een in een bestreden besluit niet opgenomen motivering alsnog wordt gegeven dan wel een gegeven motivering wordt aangevuld." De Raad wilde daarmee voorkomen dat een eerste procedure zou leiden tot vernietiging louter op grond van een motiveringsgebrek. Deze mogelijkheid tot aanvulling van de motivering heeft echter haar grenzen. "Zo kan (aldus de Raad) niet worden aanvaard dat daardoor de belanghebbende met betrekking tot de motivering van een afwijzende beslissing geheel op een dwaalspoor wordt gebracht dan wel in zijn processuele belangen wordt geschaad, bijvoorbeeld doordat hij bij herhaling voor nieuwe argumenten wordt geplaatst." (CRvB 7 januari 1988, TAR 1988, 58).

In de onderhavige uitspraak achtte de Raad de wijzigingen in de motivering van het besluit de sergeant de door hem geambieerde functie niet toe te wijzen niet ongeoorloofd nu de sergeant in de gelegenheid was geweest te reageren op de verschillende door de Bevelhebber der Landstrijdkrachten genoemde argumenten en hij ook overigens niet in zijn procesbelangen was geschaad. Daarbij is van belang geweest dat de BLS onverkort het standpunt heeft gehandhaafd dat de sergeant wegens een tekort aan personeel binnen de categorie munitietechnicus niet in aanmerking is gebracht voor één van de muzikant-functies.

G.F.W.

**Centrale Raad van Beroep**  
Uitspraak van 16 januari 2003  
00/6380 MPW

*Voorzitter:* Mr. W.D.M. van Diepenbeek; *leden:* Mr. H.R. Geerling-Brouwer en Mr. R.P. Th. Elshof.

**Inkomen als burger geldt als grondslag voor militair pensioen**

*Bij een gewezen dienstplichtige (ontslagen per 3 april 1963) wordt als berekeningsgrondslag voor een militair invaliditeitspensioen in aanmerking genomen het inkomen dat iemand in de burgermaatschappij gedurende een bepaalde referperiode (liggende één jaar voor ontslag) zou hebben genoten. Het geschil tussen partijen betreft de vaststelling van het inkomen over deze referperiode. In deze zaak gaat het om de vraag of in dat verband een door zijn voormalig werkgever thans afgegeven verklaring als voldoende bewijs voor het door hem in 1963 genoten inkomen kan gelden.*

*De Staatssecretaris van Defensie heeft de berekeningsgrondslag vastgesteld op basis van de in die periode geldende CAO voor het Maatkledingbedrijf.*

*De gewezen dienstplichtige beroept zich op de schriftelijke verklaring van zijn vroegere werkgever bij wie hij als kleermaker in 1963 in dienst is geweest. De werkgever verklaart dat betrokkene in genoemde periode een weekloon van f 125,- zou hebben verdiend en dat het gerechtvaardigd en normaal was dat dit meer was dan het geldende CAO-loon.*

*De rechtbank overweegt dat het besluit van de staatssecretaris om, ingeval het daadwerkelijk door betrokkene destijds verdiende loon niet meer kan worden vastgesteld, de berekeningsgrondslag vast te stellen op basis van het in die tijd geldende CAO-loon niet onjuist kan worden geacht.*

*Ook de Raad is van oordeel dat de inhoud van de verklaring onvoldoende grond biedt voor de vaststelling van het inkomen dat betrokkene in de referperiode zou hebben kunnen verdienen. De door de gewezen dienstplichtige overgelegde verklaring van zijn voormalige werkgever acht de Raad onvoldoende omdat deze enkel is gebaseerd op het geheugen van die werkgever en niet wordt ondersteund door enig schriftelijk bewijsstuk over de hoogte van het genoten loon. De Raad bevestigt dan ook de aangevallen uitspraak.*

(Algemene militaire pensioenwet, artikel F 7, lid 15)

UITSpraak

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

*I. Ontstaan en loop van het geding*

Namens appellant is op bij beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 30 oktober 2000, nr. AWB 00/1163 MPWKMA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 5 december 2002, waar namens appellant is verschenen mr. M. Smid, werkzaam bij de Bond van Nederlandse Militaire Oorlogs- en Dienstslochtoffers, en waar gedaagde zich heeft doen vertegenwoordigen door mr. M.H.J. Geldof van Doorn, werkzaam bij de Stichting Pensioenfonds ABP.

## II. Motivering

In dit geding is de toepassing van de Algemene militaire pensioenwet aan de orde. Deze 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 het toepasselijke overgangsrecht bevoegd van het geding kennis te nemen.

Voor een weergave van de hier van belang zijnde feiten verwijst de Raad naar hetgeen in de uitspraak van de rechtbank is vermeld.

De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak geoordeeld dat gedaagde de inkomsten van appellant, geboren in 1942, gedurende de grondslagperiode van 3 april 1962 tot en met 2 april 1963 heeft kunnen vaststellen op f 4.730,00, zijnde het bedrag aan inkomsten dat appellant ingevolge de destijds van toepassing zijnde, algemeen verbindend verklaarde CAO voor het Maatkleidingbedrijf uit hoofde van zijn beroep over deze periode zou hebben genoten als hij in deze periode niet in werkelijke dienst was geweest, doch zijn beroep zou hebben uitgeoefend. Met betrekking tot de door appellant in geding gebrachte verklaringen van [werkgever], bij wie hij als kleermaker (gezel) in dienst was geweest, en [naam voormalig vice-president], voormalig vice-president van een kleermakersbond, is de rechtbank van oordeel dat hieruit niet kan worden opgemaakt welk loon appellant in die periode daadwerkelijk zou hebben ontvangen.

In hoger beroep betwist appellant het oordeel van de rechtbank, inhoudende dat op grond van de door hem afgegeven verklaringen, zonder ondersteunend materiaal uit die tijd, zoals loonstrookje of arbeidsovereenkomst, niet kan worden vastgesteld dat hij, zoals hij eerder had opgegeven, destijds f 125,- netto per week (exclusief vakantie-uitkering, kerstuitkering en overwerk) zou hebben verdiend. Appellant is van mening dat gedaagde had moeten uitgaan van dit hogere loon en niet van de toenmalige voor de branche geldende CAO, nu hij eveneens heeft aangetoond dat afwijking daarvan ten gunste van de werknemer toentertijd was toegestaan en ook in de praktijk voorkwam.

De Raad overweegt het volgende.

Niet in geschil is dat boekhoudkundige gegevens of loonstrookjes, waaruit kan worden afgeleid wat appellant gedurende de grondslagperiode aan inkomsten bij zijn werkgever zou hebben kunnen genieten, niet meer te achterhalen zijn. De verklaringen van [werkgever], inhoudende dat appellant omstreeks de referteperiode een weekloon van circa f 125,- netto zou hebben verdiend en dat het gerechtvaardigd en normaal was dat dit meer was dan het geldende CAO-loon omdat appellant een uitstekend vakman was; alsmede de verklaring van [naam voormalig vice-president], inhoudende dat zijn werknemer [naam werknemer] in 1975 als geroutineerd grootwerker met het Meesterdiploma f 227,14 netto per week verdiende, maken het vorenstaande niet anders.

Anders dan appellant is de Raad van oordeel dat de inhoud van evenbedoelde verklaringen onvoldoende grond bieden voor de vaststelling van het inkomen dat appellant in de referteperiode zou hebben kunnen verdienen. De door appellant overgelegde verklaring van zijn voormalige werkgever acht de Raad onvoldoende omdat deze enkel is gebaseerd op het geheugen van die werkgever en niet wordt ondersteund door enig stuk over de hoogte van het loon dat appellant bij die werkgever genoot. Aan de verklaring van [naam voormalig vice-president] ziet de Raad reeds geen beslissende betekenis toekomen nu daarin het loon van een oudere werknemer, met aanzienlijk meer ervaring en opleiding dan appellant destijds had en die bovendien werkzaam was in een ander tijdsbestek, wordt opgegeven.

De Raad is van oordeel dat het onder dergelijke omstandigheden alleszins aanvaardbaar is dat gedaagde zich heeft gebaseerd op de in de referteperiode geldende algemeen ver-

bindend verklaarde CAO voor Maatkledingbedrijf en Veranderateliers voor bedrijven in de Confectiedetailhandel.

Hetgeen appellant in hoger beroep verder heeft doen aanvoeren met betrekking tot zijn moeilijke bewijspositie en het in de onderhavige situatie ontbreken van een evenredige bewijslastverdeling kan niet tot een ander oordeel leiden.

Uit het vorenstaande volgt dat de aangevallen uitspraak voor bevestiging in aanmerking komt.

De Raad acht geen termen aanwezig om gedaagde op grond van artikel 8:75 van de Awb te veroordelen in de proceskosten van appellant.

### III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

#### NASCHRIFT

*1. Het komt nog vrij regelmatig voor dat door een gewezen dienstplichtige een verzoek om een invaliditeitspensioen bij de Minister van Defensie wordt ingediend. Het kan hierbij dan gaan om verzoeken van ex dienstplichtigen die bijvoorbeeld in Nederlands Indië of Libanon hebben gediend alsook om gewezen dienstplichtigen die van mening zijn dat de klachten die thans opkomen een gevolg zijn van de reguliere uitoefening van de militaire dienst.*

*Zoals bekend kan een gewezen militair met een ontslag vóór 1 januari 1966 op grond van de geldende regelgeving te allen tijde nog een verzoek om een invaliditeitspensioen indienen. Degene die na dat tijdstip is ontslagen kan in principe slechts tot 65 jaar een verzoek indienen.*

*2. Bij het toekennen van een militair invaliditeitspensioen is een aantal componenten van belang. Met name gaat het dan om de diensttijd (van de beroepsmilitair), de grondslag en het door de arts vastgestelde percentage invaliditeit. Voor de grondslag gelden in het onderhavige geval nog de bepalingen van artikel F7 van de Algemene militaire pensioenwet.*

*- Voor de beroepsmilitair wordt als grondslag genomen het inkomen, het jaar voorafgaande aan de datum van ontslag uit de militaire dienst (wedde, vakantie-uitkering, vaste toelagen).*

*- Voor de dienstplichtige kan voor het bepalen van de berekeningsgrondslag niet worden uitgegaan van de genoten inkomsten. Vroeger was de wedde eerste oefening, zoals bekend, zeer gering. Voor de dienstplichtige wordt voor de berekening van het pensioen dan ook als grondslag genomen het inkomen dat iemand in de burgermaatschappij zou hebben genoten, het jaar voorafgaande aan het einde van de werkelijke dienst (dus het jaar voorafgaande aan de datum van groot verlof). Als hij vóór zijn opkomst in militaire dienst geen beroep of bedrijf heeft uitgeoefend, maar wel een opleiding heeft voltooid, dan wordt bij een ontslag na 1 januari 1966 uitgegaan van de inkomsten die hij daarmee had kunnen verdienen.*

*In alle gevallen wordt voor de berekeningsgrondslag tevens getoetst de in de wet opgenomen wettelijke minimum berekeningsgrondslag.*

*3. In de onderhavige zaak heeft betrokkene, een ex dienstplichtige, in 1997 een verzoek ingediend om in aanmerking te komen voor een militair invaliditeitspensioen. Dit pensioen is toegekend, omdat uit het ingesteld medisch onderzoek is gebleken dat er verband*

*bestond tussen zijn gebreken en de uitoefening van de militaire dienst.*

*Het hoger beroep richt zich in dit geval niet tegen de mate van invaliditeit van 55% maar tegen de hoogte van de door de staatssecretaris vastgestelde berekeningsgrondslag. Betrokkene is van mening dat hij in de van toepassing zijnde referteperiode (3 april 1962 tot en met 2 april 1963) als kleermaker meer heeft verdiend dan bij de vaststelling van de grondslag in aanmerking is genomen.*

*Daartoe heeft hij een verklaring van zijn voormalige werkgever overlegd waaruit moet blijken dat hij in die periode een bedrag van f 125,- per week zou hebben verdiend. Dit is meer dan het destijds geldende CAO-loon.*

*De staatssecretaris is echter van mening dat een dergelijke verklaring van de voormalige werkgever (36 jaar na dato) niet als bewijs kan worden geaccepteerd. Slechts loonstrookjes, betalingsbewijzen etc. worden door de staatssecretaris als overtuigend bewijs aangemerkt.*

*De rechtbank heeft in eerste aanleg overwogen dat de berekening op basis van de destijds geldende CAO niet onjuist is. In hoger beroep bevestigt de Raad de aangevallen uitspraak.*

W.J.S.

---

## OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

### Boeken en tijdschriften

#### Boekbespreking

*T.D. Gill: The 11<sup>th</sup> September and the International Law on Military Operations, Vossiuspers UvA, Amsterdam, 2002, 43 pags. (ISBN 90 5629 256 0)*

De aanval op het Amerikaanse WTC die op 11 september 2001 plaatsvond, markeert het begin van een nieuwe fase in de strijd tegen het terrorisme. Deze strijd wordt gekenmerkt door een grote internationale vastberadenheid om een breed front te vormen waarin alle landen in de wereld deelnemen. Terrorisme is op geen enkele grond en onder geen enkele voorwaarde te rechtvaardigen. Op dit punt bestaat al een gevestigde *opinio juris*. Er zijn tenminste elf verschillende internationale verdragen die tot doel hebben om op de een of andere manier terrorisme uit te bannen. Sinds 1981 wordt door Verenigde Naties herhaaldelijk benadrukt dat terroristische aanvallen met onschuldige mensen als slachtoffers, onaanvaardbaar zijn. Zo heeft de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties een reeks van resoluties aangenomen met betrekking tot maatregelen om internationaal terrorisme te voorkomen en te elimineren. In het kader van zijn eigen verantwoordelijkheid heeft de Veiligheidsraad gesteld dat onderdrukking van terroristische misdaden van essentieel belang is voor het veilig stellen en het behouden van de internationale vrede en veiligheid.<sup>1)</sup>

Er bestaat nog geen algemeen geldende definitie van terrorisme in het internationale recht. Het concept blijkt te veel verschillende interpretaties en aspecten in te houden welke belemmerend werken voor het opstellen van een dergelijke definitie. Niettemin is één van de belangrijke kenmerken van internationale terrorisme dat terroristische daden door individuele personen en/of groeperingen of, met andere woorden, door ‘non-state’ entiteiten gepleegd worden. Toch komt het regelmatig voor dat er sprake is van ‘state supported’ terrorisme, waarin bepaalde staten zich schuldig maken aan het toelaten van verschillende activiteiten binnen hun territorium die feitelijke terroristische daden mogelijk maken. In het internationale recht is nog niet geregeld hoe staten in een dergelijk geval mogen reageren.

Eén van de twee belangrijkste vraagstukken die T.D. Gill in zijn inaugurele rede behandelt, is de kwestie van het recht op zelfverdediging van landen getroffen door terrorisme, in het licht van de gebeurtenissen van 11 september en in reactie daarop de militaire aanval van de Verenigde Staten op Afghanistan. In zijn rede bespreekt hij als tweede belangrijke kwestie de verplichting van de VS bepaalde regels van het internationaal humanitair recht te respecteren in hun militaire acties in Afghanistan. Zoals door de auteur wordt aangegeven, impliceren deze kwesties onderzoek naar het algemene internationale recht met betrekking tot gebruik van geweld (*jus ad bellum*), het humanitaire recht in bewapende conflicten (*jus in bello*) en naar elementen van militair strafrecht en internationaal strafrecht. Volgens Gill kan het hiervoor genoemde onder één gezamenlijke titel worden behandeld: “international law of military operations” of “international military law”.

Het recht van zelfverdediging is een nogal polemisch punt van discussie in het internationaal recht met betrekking tot terrorisme. Het is opvallend dat Gill spreekt over het

<sup>1)</sup> Zie, bijvoorbeeld, Resolutie 748 (1992) van 31 maart 1992.

recht van zelfverdediging (the *law* of self-defence) en niet over het recht op zelfverdediging (the *right* of self-defence). Ook als het verschil tussen beide niet echt duidelijk lijkt te zijn, bestaat de indruk dat de “law of self-defence” een bredere context heeft dan het recht op zelfverdediging waarop een staat in een concreet geval als basis voor zijn militaire optreden een beroep kan doen. Met betrekking tot terrorisme, gepleegd door non-state entiteiten, geeft Gill een overzicht van de belangrijker internationale documenten, zoals het VN-Handvest en de interpretatieve resoluties van de periode vóór 11 september. Volgens hem zijn er in het internationaal, conventioneel en gewoonterecht geen expliciete of impliciete beperkingen op het gebruik van het recht op zelfverdediging in het geval van een dreigende terroristische aanval die in omvang en effecten vergelijkbaar is met een gewapende aanval. De manier van redeneren herinnert aan de beroemde *Lotus case*. In zijn *dissenting opinion* heeft M. Loder het standpunt van Turkije bekritiseerd, met name de bewering dat alles wat in het internationale recht niet verboden is, toegestaan is (“every door is open unless it is closed by treaty or by established custom”)<sup>2</sup>). Ondanks het feit dat het Permanent Hof van Justitie van de Volkenbond zelf in 1927 een tegengesteld standpunt ingenomen had, lijkt de redenering van Loder niet alleen logisch maar ook acceptabel, tenminste met betrekking tot het recht om geweld te gebruiken. Dit blijkt duidelijk uit de verschillende commentaren op de Veiligheidsraadresoluties 1368 (2001) en 1373 (2001) aangenomen na de terroristische aanval op de VS. Zo noemt de Veiligheidsraad, zoals meermalen benadrukt, het recht op zelfverdediging niet in de *dispositivum* maar in de preambule van de resoluties. Bovendien erkent de Veiligheidsraad in de preambules van beide resoluties, het recht op individuele en collectieve zelfverdediging zonder een verband met terrorisme te leggen. Volgens sommige auteurs vermijdt de Veiligheidsraad met opzet de term “gewapende aanval”. Dit betekent dat hij niet bereid is om een “terroristische aanval” aan artikel 51 van het Handvest te verbinden en daarbij het gebruik van geweld goed te keuren. T.D. Gill wijst de kritiek af dat de Veiligheidsraad een dubbelzinnig standpunt heeft ingenomen. Volgens hem kan 11 september worden gekwalificeerd als “an armed attack in a material sense and had been recognized as such by the international community.” Hij merkt ook terecht op dat uit juridisch oogpunt het recht op zelfverdediging, in het geval van terroristische aanvallen, nog niet tot stand is gekomen. Zo zegt hij:

“From a legal standpoint, there is no reason why the right of self-defence cannot provide a clear legal basis for the type of military action the United States and its allies have taken and are still in the process of undertaking in Afghanistan, *once the applicability of the law of self-defence to terrorist attacks is accepted*” (emphasis added).

Binnen het vraagstuk van zelfverdediging behandelt T. D. Gill ook de proportionaliteit en noodzakelijkheid als de belangrijkste criteria voor de legitimiteit van zelfverdediging. Om te bepalen of de proportionaliteit en noodzakelijkheid in het geval van de respons van de Verenigde Staten op de aanval van 11 september genoeg gerespecteerd werden, is het nodig om met enkele elementen rekening te houden. Eén van deze elementen is de omvang en het effect van de bewuste aanval. Daarnaast speelt de aard van het dreigement voor toekomstige aanvallen door Al Qaida en haar aanhangers ook een rol. Ook zijn hierbij van belang zowel de doelen welke door Al Qaida zijn bepaald in de strijd tegen de VS en andere landen, alsook het bestaan van realistische mogelijkheden om tot een vreedzame oplos-

<sup>2</sup>) Collection of Judgments, Publications of the Permanent Court of International Justice, No 10. The Case of the S.S. “Lotus”, Judgment No. 9, Dissenting Opinion by M. Loder



sing van de conflict te komen. Zo komt Gill tot de conclusie dat de VS en de geallieerden weinig opties hadden naast het volledig vernietigen van het netwerk van Al Qaida in Afghanistan en het omverwerpen van de Taliban-regering. Dit laatste omdat het Taliban-regime niet bereid was aan de Veiligheidsraadresoluties te voldoen, wat neerkomt op steun geven aan het terrorisme. Volgens Gill traden de VS op in overeenstemming met de principes van noodzakelijkheid en proportionaliteit. Aangezien wij nu 18 maanden verder zijn sinds de eerste Amerikaanse bommen op Afghanistan zijn gevallen, is het mogelijk om de aspecten van proportionaliteit en noodzakelijkheid ook in een ander licht te bezien. Het is belangrijk op te merken dat de VS onmiddellijk na 11 september een oorlog tegen het terrorisme heeft aangekondigd en niet een strijd tegen Al Qaida. Dit verwijst niet alleen naar de brede omvang van de Amerikaanse strijd maar ook naar de beoogde duurzaamheid ervan. De systematische bombardementen op de doelen in Afghanistan die na de val van het Taliban regime nog steeds plaatsvinden, zetten momenteel vraagtekens bij het klassieke concept van zelfverdediging en de criteria van noodzakelijkheid en proportionaliteit. Dit wordt versterkt door het feit dat de strijd zich dreigt te verspreiden over andere landen. Zo hebben de VS bijvoorbeeld speciale eenheden in Soedan gestationeerd, met het doel om daar het terrorisme te bestrijden. Irak was al kort na 11 september genoemd als een land waar terroristische groeperingen opereren. Op dit moment is er een grootschalige interventie in Irak door de VS en GB, die op basis van het recht op zelfverdediging tot de verwijdering van Saddam Hussein zou moeten leiden.

Het is belangrijk te benadrukken dat met betrekking tot de preventieve zelfverdediging T.D. Gill een duidelijk standpunt heeft ingenomen. Volgens hem blijft het recht van de VS op zelfverdediging geldig in het geval dat Al Qaida geslaagd is om zich te hergroeperen en haar basis vanuit Afghanistan naar elders in de wereld te verplaatsen. Tegen het betrokken land is een militair optreden mogelijk onder de voorwaarde dat een nauwe relatie tussen de staat en de terroristische groepering, zoals Al Qaida, is ontstaan en dat de staat zelf niet bereid is om stappen tegen deze terroristische groep te ondernemen. Zonder een verband tussen een staat en Al Qaida of de aanslag van 11 september, is een militaire interventie op basis van het recht op zelfverdediging volgens Gill niet gerechtvaardigd.

“The only way that self-defence could possibly provide a basis for military action against such States would be if it could be shown that in addition to posing a potential threat now or in the future, due to their policies or increasing military potential; such States were also actively engaged in the preparation of an armed attack against United States, or its allies within the immediate future. Under such conditions, and *only under such conditions*, would the law of self-defence permit so-called anticipatory action” (emphasis added).

Het recht op preventieve zelfverdediging geldt, volgens Gill, niet in het geval van een potentieel dreigement, ook als dit het ontwikkelen van strategische massavernietigingswapens zou betekenen, tenzij het mogelijk is om te bewijzen dat een aanval aanstaande is. Alleen met instemming van de Veiligheidsraad zou een dergelijke interventie legaal zijn. Dit is een waardevolle conclusie van Gill, aangezien de VS hun militaire interventie in Irak uitvoerden onder het mom van het recht op zelfverdediging en dit zonder toestemming van Veiligheidsraad.

Het eerste punt van discussie met betrekking tot het humanitaire recht is de kwestie van de toepassing van dit recht op de oorlog tegen het terrorisme. In principe, biedt het *jus in bello* tijdens een bewapend conflict bescherming aan alle burgers en militairen die niet actief zijn in de

strijd. Terwijl deze regels van toepassing zijn in een situatie waarin de staat zelf de terroristische groepering steunt, geldt deze regel met betrekking tot Al Qaida, volgens Gill, echter niet. De grootste belemmering voor Al Qaida om toepassing van het humanitaire recht te eisen is het feit dat de groepering niet strijdt in de naam van een bepaald land, noch een bevrijdingsbeweging is waarop humanitair recht toegepast kan worden. Niettemin benadrukt Gill terecht, dat het humanitaire conventionele en gewoonterecht ook toegepast moeten worden in dit type van conflicten. Dit komt door het feit dat het humanitaire recht bedoeld is om de individuele mensenrechten te beschermen, terwijl voorkomen moet worden dat door juridische raadsels de toepassing van humanitair recht omzeild wordt.

Verder worden in de tekst de bepalingen van de Geneefse Conventies geanalyseerd die van belang zijn voor de behandeling van de gedetineerde Taliban- en Al Qaida-leden. In dit opzicht is er een verschil dat tussen de Taliban en Al Qaida gemaakt moet worden. Zo zouden de gedetineerde Taliban-leden volgens het bestaande internationale recht en de VS verplichtingen op internationaal niveau, een krijgsgevangenenstatus moeten krijgen. De positie van gedetineerde Al Qaida-leden is alleen hierin verschillend dat zij moeten worden gekwalificeerd als "krijgsgevangene", indien zij waren geïntegreerd in de militaire structuren van de Taliban. Met betrekking tot het humanitaire recht kan de gevangene, onafhankelijk van zijn status, aansprakelijk worden gesteld voor alle schendingen van het recht aangaande gewapende conflicten en andere internationale misdaden.

Aan het eind geeft Gill een kort commentaar op de vraag naar het meest geschikte regime voor de berechting van terroristische en oorlogsmisdadigers. Hij concentreert zich op de vraag welk type tribunaal het meest geschikt zou zijn om een rechtvaardig en effectief proces te bieden aan de gedetineerde en aangeklaagde Al Qaida- en Taliban-leden. In dit kader analyseert hij ook welke instanties binnen de VS jurisdictie zouden hebben. Een van zijn interessante ideeën is het creëren van een internationaal *ad hoc* tribunaal, ook al gelooft de auteur dat zoiets moeilijk tot stand zou komen nu/daar de VS weigeren het Statuut van Rome te ondertekenen en ratificeren.

De kwesties die de auteur behandelt zijn zonder meer van een groot belang gezien de ontwikkelingen na 11 september. Het publiek is geconfronteerd met een door de VS verrijkte interpretatie van het recht op zelfverdediging. Het is opmerkelijk dat deze interpretatie weinig plaats biedt voor een rol van de Verenigde Naties. Ook al is terrorisme een uitzonderlijk kwaad dat bestreden moet worden, toch bestaat er een groot risico dat unilaterale interventies van staten onder het mom van strijd tegen het terrorisme en zonder autorisatie van de Veiligheidsraad, misbruik betekenen van het recht op zelfverdediging. Met een goed opgebouwd en genuanceerd commentaar is T.D. Gill erin geslaagd om in een relatief dun boek (43 pagina's) op alle relevante punten een korte maar accurate juridische analyse te bieden. Tot slot, alle geïnteresseerden in zowel de huidige ontwikkelingen op internationaal niveau als ook in de ontwikkelingen van het internationale recht, speciaal met betrekking tot gebruik van geweld, zullen deze publicatie verwelkomen.

*Dr. Snezana Trifunovska, Faculteit van Rechten, KUN*

### **Erratum**

In de in het juninummer 2003 geplaatste bijdrage van Mr. Th.J. Clarenbeek, getiteld "Iets uit de geschiedenis van het Militair Rechtelijk Tijdschrift", dient op blz. 199, 6e regel van onderen, voor "1902" gelezen te worden "1905".

### **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 <i>A.J.T. Dörenberg</i> , Generaal-majoor Klu b.d.
Secretaris/penningmeester	Mr <i>J.F. Stinissen</i> , Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst;
Leden:	
voor de Koninklijke landmacht:	Mr <i>A. C. Zuidema</i> , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke luchtmacht:	Mr <i>J.P. de Jong</i> , Hoofd Stafgroep Juridische Zaken HK Klu;
voor de Koninklijke marine:	Mr <i>W.E. Louwerse</i> , Kapitein ter zee;
voor de Centrale Organisatie:	Mr <i>J.J. Buirma</i> , Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Mr <i>G.L. Coolen</i> ,	Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Prof. Dr. <i>T.D. Gill</i>	Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht en bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Mr <i>N. Jörg</i> ,	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden;
Prof. Mr <i>Th. A. de Roos</i> ,	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden;
Mr <i>W.J. Schmitz</i> ,	Hoofd Procesondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van het ABP;
Mr <i>G.F. Walgemoed</i> ,	Kolonel van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	NAPO 801-MS12, 3509 VP Utrecht

VASTE MEDEWERKERS:

Mr *Th. J. Clarenbeek*, Oud-Coördinerend-vice-president van de Arrondissementsrechtbank te Utrecht, res. Kolonel van de Militair Juridische Dienst b.d.;

Prof. Mr *N. Keijzer*, Raadsheer in buitengewone dienst van de Hoge Raad der Nederlanden en em. hoogleraar Internationaal Strafrecht aan de Universiteit van Tilburg.

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

WIJZE VAN UITGAVE:

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

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1-2003 € 36,75. Men abonneert zich bij Sdu Servicecentrum Uitgevers, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. tel.: 070-378 9880, fax: 070-378 9783, e-mail: [sdu@sdu.nl](mailto:sdu@sdu.nl), of bij zijn boekhandelaar. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 3,95. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar tegen de prijs van € 20,15.

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 Servicecentrum Uitgevers, postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op [www.sdu.nl](http://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 het 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 op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVI

September 2003

Aflevering

8

100 Jaar MRT  
1903 - 2003

Sdu Uitgevers

# INHOUD

## Bijdragen

Europees Veiligheids- en Defensiebeleid na het Verdrag van Nice; door Ramses A. Wessel.....	281
Het permanente internationale strafhof en de nationale veiligheid; door Göran Sluiter.....	289

## Strafrechtspraak

Ah 03.04.97	<b>Een man een man, een woord een woord?</b> Ter zake van niet-opvolging van een dienstbevel kàn de verklaring van de meerdere die het bevel gaf volledig bewijs opleveren. (Naschrift M.M.D.).....	298
Ah 29.03.02	<b>Schoolbataljon Ermelo (I)</b> Instructeur schoolbataljon pleegt ontucht met leerlingen: als ambtenaar ontucht plegen met personen aan zijn gezag onderworpen.....	301
Hof Ah 20.11.02	<b>Schoolbataljon Ermelo (II)</b> Vervolg op Rb. Arnhem, 29 maart 2002. Instructeur schoolbataljon pleegt ontucht met leerlingen: als ambtenaar ontucht plegen met een personen aan zijn gezag onderworpen. (Na wijziging tenlastelegging:) Tongzoenen is seksueel binnendringen van het lichaam: verkrachting.....	304

## Wetgeving

Overzicht tot stand gekomen en aanhangige wetgeving; door Mr. J.B. Miete.....	308
---	-----

## Opmerkingen en mededelingen

Boeken en tijdschriften - boekbespreking.....	313
Personalia.....	323
Centrale Raad van Beroep 100 jaar.....	324
Militair Juridisch Brevet.....	324

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

## BIJDRAGEN

### Europees Veiligheids- en Defensiebeleid na het Verdrag van Nice

door

RAMSES A. WESSEL<sup>1)</sup>

#### 1. Inleiding

Meer dan vijftig jaar heeft de discussie geduurd, maar met de inwerkingtreding van het Verdrag van Nice op 1 februari 2003 heeft 'Europa' dan toch zijn eigen veiligheids- en defensiebeleid, althans in procedurele zin. Dit artikel beoogt inzicht te geven in deze procedurele afspraken en in het eerste gebruik ervan. De centrale vraag is of de nieuwe arrangementen van de Europese Unie nu werkelijk een veiligheidsorganisatie hebben gemaakt.

Het Verdrag van Nice betreft de meest recente aanpassing van het EU-Verdrag. Het Verdrag werd ondertekend op 26 februari 2001 onder Frans voorzitterschap en kreeg direct zware kritiek te verduren. Velen wezen op de – vrijwel exclusieve – aandacht van de voorafgaande Intergouvernementele Conferentie (IGC) voor de institutionele aanpassingen, zonder dat deze gepaard gingen met een meer substantiële correctie van een aantal ernstige tekortkomingen, zoals het gebrek aan democratische aanspreekbaarheid van de Unie.<sup>2)</sup> Daarentegen was institutionele aanpassing van de EU wel de belangrijkste opdracht voor de IGC, mede gelet op het feit dat consensus op dit punt de vorige keer, in Amsterdam, was uitgebleven. Met tien tot twaalf nieuwe lidstaten aan de poort was dit inderdaad het eerste probleem dat oplossing behoeftte. Onder die omstandigheden werd het publiekelijk nauwelijks opgemerkt dat de IGC ook op een ander onderwerp tot een belangrijke overeenstemming kwam. Na vijftig jaar van pogingen door een aantal lidstaten om het bereik van de Europese Gemeenschap/Europese Unie te vergroten tot veiligheids- en defensievraagstukken, kwam er rond de eeuwwisseling een doorbraak. Sinds het einde van 1998 was de Unie actief bezig met het ontwikkelen van een Europees Veiligheids- en Defensiebeleid (EVDB). Het EU-Verdrag uit 1992 had in dat verband al een belangrijke aanzet gegeven. Nauwere defensiesamenwerking werd ook door dat verdrag al voorzien, hoewel het toenmalige artikel J.4 duidelijk het compromis weerspiegelde door te verwijzen naar “de bepaling op termijn van een gemeenschappelijk defensiebeleid, dat mettertijd tot een gemeenschappelijke defensie zou kunnen leiden”. Een andere internationale organisatie, de WEU, zou gevraagd worden “de besluiten en maatregelen van de Unie welke gevolgen hebben op defensiegebied uit te werken en ten uitvoer te leggen”.<sup>3)</sup> Op basis van deze bepalingen leek te kunnen worden geconcludeerd dat we werkelijke afspraken over een EVDB niet snel zouden meemaken. Toch heeft dit voorzichtig geformuleerde compromis ertoe bijgedragen dat wat recalcitrantere lidstaten (en met name het verenigd Koninkrijk) konden wennen aan een mogelijke toekomstige rol van de EU op dit terrein. Het Verdrag van Amsterdam (1997, inwerkingtreding in 1999) wijzigde artikel J.4 in artikel 17 en nam

<sup>1)</sup> Dr. R.A. Wessel is als universitair hoofddocent internationaal en Europees recht verbonden aan het Centre for European Studies van de Universiteit Twente; hij is tevens geassocieerd met de leerstoel internationaal en Europees institutioneel recht van de Universiteit Utrecht.

<sup>2)</sup> Zie over de institutionele vormgeving bijvoorbeeld K. St. C. Bradley, ‘Institutional Design in the Treaty of Nice’, *CML Rev.*, 2001, 1095-1124.

<sup>3)</sup> Zie over de arrangementen in deze periode R.A. Wessel, ‘De WEU en de EU op weg naar een Europese defensie-identiteit’, *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, 1996, afl. 9, pp. 353-358.

een volgende stap door het formuleren van een gemeenschappelijk defensiebeleid niet langer als een *mogelijkheid* te beschouwen, maar als een *doelstelling*.

Zo werd de vraag relevant hoe de driehoeksverhouding tussen de EU, de WEU en de NAVO zo kon worden ingericht dat er wat vlees zou komen op het nog steeds duidelijk zichtbare skelet van het Gemeenschappelijk Buitenlands en Veiligheidsbeleid (GBVB) van de EU, waarin retoriek tot dan toe de boventoon had gevoerd. De doorbraak eind 1998 kwam als een verrassing voor veel waarnemers en veranderde de institutionele agenda voor de daaropvolgende jaren volledig. Hij maakte ook de weg vrij voor weer een nieuwe aanpassing van artikel 17 van het EU-Verdrag, die van kracht werd op 1 februari 2003 met de inwerkingtreding van het Verdrag van Nice.

## 2. De doorbraak op de Top van Saint-Malo.

Gelet op de discussie over dit onderwerp, die meer dan een halve eeuw heeft geduurd, zijn de huidige ontwikkelingen inderdaad als historisch te kenschetsen. Voor de ontwikkeling van het EVDB hebben de laatste paar jaar meer betekend dat de vijftig jaar die eraan vooraf gingen. De belangrijkste ontwikkeling betrof een wijziging in de traditionele Britse houding ten aanzien van de versterking van Europese defensiesamenwerking. Op 4 december 1998 concludeerden de Britse en de Franse regering op een bilaterale Top in Saint-Malo dat “[t]he Union must have the capacity for autonomous action, backed up by credible military forces, the means to decide to use them and a readiness to do so, in order to respond to international crises.”<sup>4)</sup> Deze eenvoudige zin – die volgens politieke commentatoren mogelijk was geworden door de Britse wens een leidende rol op dit vlak te gaan spelen om ‘Europa’ aan het thuisfront beter te kunnen verkopen – leidde tot een aantal vervolgbesluiten van de Europese Raad te Keulen op 3 en 4 juni 1999.<sup>5)</sup> De Europese Raad besloot tot het creëren van een “autonomous operational capacity supported by credible means and decision-making institutions”. Daarnaast zou de Raad de bevoegdheid krijgen om – naast de al bestaande politieke en economische mogelijkheden – ook militaire instrumenten aan te wenden. De Conclusies van Keulen wezen tevens op een aantal WEU-organen die de Europese Unie zelf nodig zou hebben om de genoemde doelstellingen te kunnen verwezenlijken (een militair comité, een militaire staf, een satellietcentrum en een instituut voor veiligheidsvraagstukken). Dit besluit zette een ontwikkeling in beweging gedurende welke de Europese Unie geleidelijk aan nieuwe organen kreeg, ten koste van de WEU, die vrijwel ontdaan werd van haar volledige institutionele infrastructuur.<sup>6)</sup>

In november 1999 legde de WEU zich bij haar lot neer en besloot “to prepare the WEU legacy and the inclusion of those functions of the WEU, which will be deemed necessary by the EU to fulfil its new responsibilities in the area of crisis-management tasks.”<sup>7)</sup> In diezelfde maand kwam de Raad van de Europese Unie voor het eerst in zijn geschiedenis (informeel) bijeen in de samenstelling van de ministers van Buitenlandse Zaken *en* die van Defensie.<sup>8)</sup>

<sup>4)</sup> Joint Statement by the British and French Governments, Franco-British Summit, Saint-Malo, France, 4 December 1998. Zie ook de Conclusies van het Voorzitterschap van de Europese Raad van Keulen, 3 en 4 Juni 1999.

<sup>5)</sup> Ibidem, annex.

<sup>6)</sup> Uitgebreider: R.A. Wessel, ‘The EU as Black Widow: Devouring the WEU to Give Birth to a European Security and Defence Policy’, in: V. Kronenberger (Ed.), *The European Union and the International Legal Order – Discord or Harmony?*, Den Haag: TMC Asser Press, 405-434, 2001.

<sup>7)</sup> WEU Ministerial Council, Luxembourg Declaration, 23 november 1999, para. 4.

<sup>8)</sup> Conclusies van de Raad Algemene Zaken van 15 november 1999, Persbericht No. 12642/99 (*Presse* 344). De eerste formele bijeenkomst van de ministers van Defensie in de Raad vond plaats in mei 2002; zie de Conclusies van de Raad van 13-14 mei 2002.



Hoewel dat binnen de lopende ontwikkelingen een logische stap was, tekent het de revolutie die het laatste jaar had plaatsgevonden. Voor die tijd waren bijeenkomsten van de ministers van Defensie in EU-verband taboe. Op deze eerste bijeenkomst lanceerden Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk hun plan voor een snelle interventiemacht, een idee dat werd overgenomen door de Europese Raad van Helsinki in december van dat jaar.<sup>9)</sup> Waarschijnlijk om (de parlementen van) een aantal lidstaten gerust te stellen, werd hier aan toegevoegd dat dit geenszins het in het leven roepen van een ‘Europees leger’ impliceerde. Desalniettemin wezen alle ontwikkelingen in de richting van een serieuze poging van de Europese Unie om werk te maken van militaire macht. De Europese Raad formuleerde een ‘headline goal’ en besloot dat de lidstaten in 2003 in staat moesten zijn om troepen op de been te brengen (en te houden), “capable of the full range of Petersberg tasks, including the most demanding, in operations up to corps level; up to 15 brigades, or 50,000-60,000 persons.” Deze troepen zouden binnen zestig dagen operationeel moeten kunnen zijn en enkele eenheden zelfs binnen een aantal dagen of weken.

### 3. *Het EVDB na Nice*

De resultaten van deze afspraken kwamen terecht in het Verdrag van Nice dat werd gesloten in december 2000. Als gevolg van dat verdrag werd artikel 17 van het EU-Verdrag als volgt gewijzigd: de tweede alinea van het eerste lid inzake de samenwerking met de WEU werd verwijderd. Hetzelfde gold voor de eerste drie alinea’s van het derde lid inzake de rol van de WEU in de ten uitvoerlegging van EU-besluiten op defensiegebied. Dit betekent dat de Europese Unie nu zelf de bevoegdheid heeft om op te treden op het volledige terrein van de zogenoemde ‘Petersbergtaken’: “humanitaire en reddingsopdrachten, vredeshandhavingsoopdrachten en opdrachten van strijdkrachten op het gebied van crisisbeheersing, met inbegrip van het tot stand brengen van vrede” (artikel 17, lid 2). In dat opzicht is het overigens vreemd dat artikel 17 nog steeds verwijst naar “de geleidelijke bepaling van een gemeenschappelijk defensiebeleid” nu een dergelijk beleid op basis van datzelfde artikel al bestaat. Dergelijke bepalingen laten zien dat er – ondanks de uiteindelijke consensus over een EVDB – lidstaten zijn die meer behoefte hebben aan het vastleggen van de afspraken in een verdrag dan andere. Toch is de geleidelijke ontwikkeling van de oorspronkelijke bepaling in het Verdrag van Maastricht (“de bepaling *op termijn* van een gemeenschappelijk defensiebeleid, dat *mettertijd* tot een gemeenschappelijke defensie *zou kunnen* leiden”), via het Verdrag van Amsterdam (“de *geleidelijke* bepaling van een gemeenschappelijke defensiebeleid dat tot een gemeenschappelijke defensie *kan leiden* indien de Europese Raad daartoe besluit”), tot uiteindelijk het Verdrag van Nice waar alle verwijzingen naar de WEU verwijderd werden, moeilijk over het hoofd te zien. Met deze (voorlopig) laatste stap is de Europese Unie zelf verantwoordelijk geworden voor de uitvoering van besluiten op defensiegebied.

Ondanks het feit dat het oorspronkelijke EU-Verdrag al verwees naar de mogelijke ontwikkeling van een defensiebeleid, was de Unie tot aan het Verdrag van Nice niet ingericht voor taken op dat gebied. Naast de in Helsinki in december 1999 gemaakte afspraak om de ministers van Defensie de Raadsvergaderingen bij te laten wonen wanneer EVDB-vraagstukken op de agenda staan, besloot de Europese Raad op dezelfde Top daarom ook tot het instellen van een aantal nieuwe organen. Ten eerste werd een Politiek en Veiligheidscomité (PVC) ingesteld, bestaande uit nationale vertegenwoordigers op ambassadeursniveau. Dit comité wordt geflankeerd door een Militair Comité (EUMC), samengesteld uit de Chefs Defensiestaf, vertegenwoordigd door hun militaire attachés. Het EUMC wordt voorgezeten door een vier-sterren generaal en het comité wordt ondersteund

door een Militaire Staf (EUMS), een ondersteunende afdeling binnen het Raadssecretariaat. Deze comités werden op interimbasis ingesteld op 1 maart 2000, op basis van een Raadsbesluit van 14 februari 2000. De beslissing werd formeel bekrachtigd door de Europese Raad van Feira (Portugal) in juni 2000. Vanuit een juridisch gezichtspunt is het opvallend dat de Europese Raad weer een half jaar later, in december 2000, besloot om de interim-status van deze nieuwe organen om te zetten in een volledige status in 2001, zonder daarbij te wachten op de inwerkingtreding van het Verdrag van Nice.<sup>10)</sup> Het Satellietcentrum en het Instituut voor Veiligheidsvraagstukken werden van de WEU overgenomen door zowel het personeel als de lopende overeenkomsten met andere organisaties over te nemen.<sup>11)</sup> Het Satellietcentrum (in Torrejón de Ardoz, Spanje) ondersteunt het EVDB door het verschaffen van satellietbeelden.

De rechtsbasis van het Politiek en Veiligheidscomité is inmiddels artikel 25 van het EU-Verdrag.<sup>12)</sup> Inderdaad heeft het Verdrag van Nice artikel 25 dusdanig aangepast dat dit nu spreekt van een Politiek en *Veiligheidscomité*, in plaats van het eerder bestaande Politiek Comité. Een duidelijk verschil met het vroegere comité is dat het nieuwe PVC een permanent karakter heeft, waardoor de leden deel uitmaken van het Brusselse circuit en niet langer vanuit de hoofdsteden opereren. Onder verantwoordelijkheid van de Raad voert het PVC de politieke controle en de strategische regie uit over crisisbeheersingsoperaties. Het comité kan ook door de Raad worden gemachtigd om gedurende een operatie de relevante besluiten te nemen. In die gevallen wordt het PVC voorgezeten door de Hoge Vertegenwoordiger voor het GBVB (op dit moment de heer Solana).<sup>13)</sup> Dit is natuurlijk een verreikende bevoegdheid, die laat zien dat in tijden van crisis het PVC een duidelijke spilfunctie zal kunnen hebben. Het is echter wel opvallend dat artikel 25 geen enkele verwijzing naar defensievraagstukken kent. Inderdaad is gekozen voor een Politiek en Veiligheidscomité en niet voor een Politiek, Veiligheids- en *Defensiecomité*. Toch kan er geen twijfel bestaan over het feit dat het PVC verantwoordelijk is voor alle aspecten van het EVDB, nu de reden voor de wijziging van het comité juist voortkwam uit de ontwikkelingen op het terrein van het defensiebeleid.<sup>14)</sup>

Deze conclusie wordt ondersteund door het feit dat één van de taken van het PVC het geven van richtlijnen aan het andere nieuwe comité in het kader van het EVDB betreft: het Militair Comité (EUMC). Dit orgaan geeft op zijn beurt weer advies aan het PVC. De voorzitter van het comité vertegenwoordigt het EUMC bij zowel het PVC als bij de Raad.

Het EUMC is verantwoordelijk voor de volledige militaire dimensie van een operatie en geeft daaromtrent advies en doet aanbevelingen.<sup>15)</sup> De civiele crisisbeheersing blijft overigens vallen onder een speciaal voor dat doel in mei 2002 opgericht 'Committee for the Civilian Aspects of Crisis Management', hoewel ook door de relatie met het PVC dui-

<sup>9)</sup> Conclusies van het Voorzitterschap, Europese Raad van Helsinki, 10-11 december 1999.

<sup>10)</sup> Zie het rapport van het Voorzitterschap over het Europees Veiligheids- en Defensiebeleid, Brussel, 4 December 2000, EU Persbericht 14056/2/00.

<sup>11)</sup> Zie de Gemeenschappelijke Besluiten 2001/554/GBVB en 2001/555/GBVB van de Raad van 20 juli 2001, *Publicatieblad EG*, 25.7.2001. Beide organen werden formeel EU-organen op 1 januari 2002.

<sup>12)</sup> Zie ook Besluit 2000/143/GBVB van de Raad van 14 februari 2000, *Publicatieblad EG*, L 49, 2000.

<sup>13)</sup> Vgl. S. Peers, 'Common Foreign and Security Policy 1999-2000', *Yearbook of European Law*, 2001, 531-567, 556.

<sup>14)</sup> Zie ook I. Österdahl, 'The EU and its Member States, Other States, and International Organizations – The Common European Security and Defence Policy after Nice', *Nordic Journal of International Law*, 2001, 341-372, 357.

<sup>15)</sup> Rapport van het Voorzitterschap aan de Europese Raad van Nice, Annex IV.

delijk is dat van een strikte scheiding met het EVDB geen sprake zal kunnen zijn.<sup>16)</sup>

De grote Militaire Staf (EUMS, uiteindelijk 130 leden) heeft de vorm van een nieuw Directoraat-Generaal van de Raad en is samengesteld uit militaire deskundigen geleverd door de lidstaten. De EUMS is verantwoordelijk voor vroegtijdige waarschuwing en strategische planning van de Petersbergtaken. De staf implementeert het beleid en de besluiten van het EUMC en brengt eigen militaire expertise in. Gedurende een crisis kan de EUMS als een ‘Crisis Action team’ fungeren.<sup>17)</sup>

Tot slot zal het geen verrassing zijn dat ook het Verdrag van Nice heeft onderstreept dat alle EVDB-besluiten met unanimiteit zullen moeten worden genomen.<sup>18)</sup> Hoewel artikel 23, lid 2 gekwalificeerde meerderheidsbesluitvorming toestaat voor sommige GBVB-besluiten, zijn besluiten met “gevolgen op militair of defensiegebied” hiervan expliciet uitgesloten. Eenzelfde uitzondering kan gevonden worden in het nieuwe artikel 27B over verstrekte samenwerking.<sup>19)</sup> Ook een andere stap is nog niet gezet: de Raad (van Ministers) kent formeel nog geen formatie als ‘Defensieraad’. Desalniettemin is er, na een aantal informele bijeenkomsten, een eerste formele bijeenkomst geweest van de ministers van Defensie in mei 2002, waarbij zij in de Raad Algemene Zaken hun collega’s van Buitenlandse Zaken vervingen, en vond er op 29 april 2003 de eerste ‘defensietop’ plaats, waaraan overigens nog niet alle landen wilden deelnemen. Als er iets laat zien dat de Europese Unie de laatste jaren een radicale verandering door heeft gemaakt, is het wel de aanwezigheid van ministers van Defensie in de besluitvormingsstructuur van de Unie.

#### 4. De eerste militaire operaties

Op 31 maart 2003 nam de EU de NAVO-operatie Allied Harmony in Macedonië over, die omgedoopt is in operatie ‘Concordia’ (ook wel: EUFOR).<sup>20)</sup> Doel van deze operatie is een bijdrage te leveren aan een stabiele, veilige omgeving. De beslissing tot overname werd mogelijk als gevolg van een aantal overeenkomsten tussen de EU en de NAVO. De belangrijkste betreft de overeenkomst die het mogelijk maakt dat Europese landen die geen lid zijn van de EU, maar wel van de NAVO, deel kunnen nemen aan EU-operaties. Tegelijkertijd is afgesproken dat de EU gegarandeerde toegang krijgt tot de planning faciliteiten van de NAVO.<sup>21)</sup> Als een vervolg op deze afspraken sloten beide organisaties op 14 maart 2003 een aanvullende overeenkomst waarin het veilig uitwisselen van informatie zeker werd gesteld.<sup>22)</sup> De nieuwe organen, het Politiek en Veiligheidscomité en het Militair Comité, hebben in deze operatie de rollen toegewezen die hierboven beschreven staan. Ongeveer 300 manschappen vanuit 27 verschillende landen nemen deel aan de operatie.

<sup>16)</sup> Besluit 2000/354/GBVB van de Raad van 22 mei 2000, *Publicatieblad EG*, L 127, 2000.

<sup>17)</sup> *Ibid.*, Annex V.

<sup>18)</sup> Zie uitgebreider over de besluitvormingprocedure: G. Müller-Brandeck-Bocquet, ‘The New CFSP and ESDP Decision-Making System of the European Union’, *EFA Rev.*, 2002, 257-282; en A. Missiroli, ‘European Security Policy: The Challenge of Coherence’, *EFA Rev.*, 2001, 194.

<sup>19)</sup> Zie Th. Jaeger, ‘Enhanced Cooperation in the Treaty of Nice and Flexibility in the Common Foreign and Security Policy’, *EFA Rev.*, 2002, 297-316.

<sup>20)</sup> De beslissing hiertoe werd genomen op 27 januari 2003. Zie Gemeenschappelijk Optreden 2003/92/GBVB van de Raad van 27 januari 2003, *Publicatieblad EU*, L 34, 11.2.2003. Op 17 januari 2003 hadden de autoriteiten van Macedonië de Unie uitgenodigd om de verantwoordelijkheid op zich te nemen voor NAVO-operatie ‘Allied Harmony’. Op 18 maart besloot de Raad dat de operatie op 31 maart zou kunnen beginnen; Besluit 2003/202/GBVB van de Raad van 18 maart 2003, *Publicatieblad EU*, L 76, 22.3.2003.

<sup>21)</sup> EU-NATO Declaration of ESDP, NATO Press Release (2002) 142, 16 december 2002.

<sup>22)</sup> NATO Press Release (2003)022, 14 maart 2003; en EU Besluit 2003/211/GBVB van 24 februari 2003, *Publicatieblad EU*, L 80, 27.3.2003, waarin de tekst van de overeenkomst is opgenomen.

Met deze operatie kunnen alle papieren afspraken in de praktijk getest worden. De operatie wordt uitgevoerd met gebruikmaking van NAVO-middelen. De operationeel commandant is NAVO's Deputy Supreme Allied Commander for Europe (D-SACEUR) en het operationele hoofdkwartier is het Supreme Headquarters of Allied Powers in Europe (SHAPE). Dit lijkt een beetje te impliceren dat met het overnemen van de operatie eigenlijk niets is veranderd. Toch wordt de operatie nu door de EU geleid. De NAVO-infrastructuur wordt gebruikt, maar de operatie vindt volledig plaats onder leiding van de EU-organen en er wordt ook alleen aan deze organen gerapporteerd.<sup>23)</sup>

Op het terrein van de zogenoemde 'soft security' vindt sinds 1 januari 2003 tevens een andere 'tweedehands'-operatie plaats, waarbij de VN politiemacht IPTF vervangen is door de EU politiemissie (EUPM). Het besluit tot overname van IPTF was genomen in maart 2002,<sup>24)</sup> maar kon pas geïmplementeerd worden nadat een overeenkomst was gesloten tussen de EU en Bosnië-Herzegovina.<sup>25)</sup> Als uitwerking van het Dayton-akkoord werken ongeveer 500 politiemensen in deze missie aan het opbouwen van een nieuwe nationale politiemacht in Bosnië-Herzegovina. De politiemensen worden geleverd door de 15 EU-staten en door 18 andere deelnemende staten.<sup>26)</sup>

### 5. *Parlementaire controle*

De voortschrijdende toename van bevoegdheden van de EU op het terrein van veiligheid en defensie roept de vraag op naar de gevolgen van deze ontwikkeling voor de mogelijkheden van de nationale parlementen om effectieve controle te kunnen (blijven) uitoefenen op dit terrein. Het bekende democratisch deficit – dat ontstaat doordat een overdracht van bevoegdheden niet gepaard gaat met toenemende bevoegdheden voor het Europees Parlement – lijkt zich ook op het terrein van het EVDB te gaan manifesteren. Toegegeven, ook op het terrein van het Gemeenschappelijk Buitenlands en Veiligheids-beleid is de inbreng van het Europees Parlement gering. Op basis van art. 21 van het EU-Verdrag wordt het EP slechts "geraadpleegd" door het Voorzitterschap over de algemene beleidslijnen. De informatie die het EP van het Voorzitterschap en de Commissie ontvangt en de mogelijkheid tot het stellen van vragen aan de Raad zetten, daarnaast, ook niet echt zoden aan de democratische dijk. Beïnvloeding van het GBVB door het EP is traditioneel dan ook via andere wegen gegaan: ofwel het EP probeert maximale invloed te hebben op die gedeelten van het buitenlands beleid die onder de communautaire ('EG') bevoegdheden vallen, of het Parlement probeert via zijn begrotingsbevoegdheden sturing aan het beleid te geven. Duidelijk is in ieder geval dat op dit terrein de nationale parlementen een belangrijke rol zijn blijven spelen in het controleren van de eigen minister van Buitenlandse Zaken.

<sup>23)</sup> Zie artikel 10, lid 2 van het bovengenoemde EU-besluit van 27 januari 2003.

<sup>24)</sup> Gemeenschappelijk Optreden 2002/210/GBVB van de Raad van 11 maart 2002, *Publicatieblad EG*, L 70, 13.3.2002.

<sup>25)</sup> Besluit 2002/845/GBVB van de Raad van 30 september 2002, *Publicatieblad EG*, L 293, 29.10.2002. Na de overeenkomst tussen de EU en Macedonië van 25 april 2001 (*Publicatieblad EG*, L 125, 5.5.2001) met betrekking tot de EU Monitoring Mission, was dit het tweede verdrag dat wijst op de verdragsluitende bevoegdheid (en de rechtspersoonlijkheid) van de EU. Zie hierover: R.A. Wessel, 'The International Legal Status of the European Union', *European Foreign Affairs Review*, 1997, no. 1, 109-129; en 'Revisiting the International Legal Status of the EU', *European Foreign Affairs Review*, 2000, 507-537.

<sup>26)</sup> Met het oog daarop sluit de EU overeenkomsten met derde staten over hun deelname aan de EUPM. Zie bijvoorbeeld de *Agreement between the European Union and the Republic of Poland on the participation of the Republic of Poland in the European Union Police Mission (EUPM) in Bosnia and Herzegovina (BiH)*, gesloten op 24 februari 2003 en gepubliceerd als Annex bij Besluit 2003/157/GBVB van de Raad van 19 december 2002, *Publicatieblad EU*, L 64, 7.3.2003.

Opvallend is dat ook na de introductie van het EVDB, het Verdrag van Nice niet gezorgd heeft voor een uitbreiding van de procedures naar dit nieuwe beleidsterrein. De uitdrukkelijke afwezigheid van het EVDB in de verdragstekst heeft op dit punt tot gevolg dat het genoemde artikel 21 nog steeds slechts over het GBVB spreekt. In een wetenschappelijk rapport dat vorig jaar in opdracht van het EP is geschreven wordt dan ook gepleit voor het samentrekken van het GBVB en het EVDB tot een Gemeenschappelijk Buitenlands, Veiligheids-, en Defensiebeleid, zodat het EP over de gehele breedte op zijn minst zou kunnen meepraten.<sup>27)</sup> Maar men zou ook kunnen denken aan een verplichting van de Raad om antwoord te geven op vragen vanuit het EP en aan een rol van het EP bij de benoeming van belangrijke functionarissen op het terrein van het GBVB en EVDB (zoals de Hoge Vertegenwoordiger of de voorzitter van het Militair Comité). In het algemeen ligt het, gelet op de voortschrijdende integratie, voor de hand om het Europees Parlement niet langer volledig afhankelijk te laten zijn van de informatie die het Voorzitterschap wenst te delen.

Een veel gehoord tegenargument is dat het EVDB zuiver intergouvernementeel is en dat het parlementaire zwaartepunt dus op nationaal niveau ligt. Hoewel daar op dit moment inderdaad moeilijk wat tegen in te brengen lijkt, heeft de ontwikkeling van het GBVB laten zien dat een beleidsterrein binnen de Europese Unie nooit volledig intergouvernementeel is. De voorziene strikte afbakening van de pijlers van de Unie bleek in de praktijk al snel onwerkbaar omdat buitenlands beleid zich nu eenmaal niet laat opdelen in een duidelijk te scheiden economische, buitenlandspolitieke en veiligheidsdimensie. Hoewel ook in de huidige Europese Conventie een consensus over een rol van het EP in het EVDB nog ver weg lijkt, is de snelle ontwikkeling van het EVDB een reden om ook dit beleid een formele plek in het Verdrag toe te kennen, met inachtneming van het feit dat bij een ‘Europeanisering’ van beleid tegelijkertijd nagedacht moet worden over voldoende parlementaire controle en over het van toepassing verklaren van rechten die de Unieburgers inmiddels ook op andere terreinen kennen, zoals het recht op informatie.

#### 6. Conclusies en vooruitblik

Op 31 maart 2003 zette de Europese Unie een belangrijke stap in haar ontwikkeling door de eerste militaire operatie te beginnen. Dit was mogelijk geworden door een aantal nieuwe arrangementen in het EU-Verdrag, geïntroduceerd door het Verdrag van Nice. Deze arrangementen maken het mogelijk dat de EU alle soorten militaire operaties kan inzetten ten behoeve van de Europese veiligheid, inclusief de zogenoemde vredesafdwingende operaties. Hoewel dit zeker een mijlpaal is, leert de geschiedenis ons ook dat het trekken van vergaande conclusies ten aanzien van de verdere ontwikkeling van de Unie op dit terrein niet altijd gerechtvaardigd is. Na het introduceren van het Gemeenschappelijk Buitenlands en Veiligheidsbeleid in het EU-Verdrag van 1992 waren de verwachtingen hooggespannen. Inderdaad verplichten de GBVB-regels de EU-lidstaten tot systematisch samenwerken op elk terrein van buitenlands en veiligheidsbeleid en tot onderling overleg over deze vraagstukken. Dit heeft geleid tot een ‘Europese reflex’ op de nationale ministeries van Buitenlandse Zaken in de zin dat buitenlands beleid vrijwel niet meer wordt vastgesteld zonder dat er van enig overleg sprake is geweest. Tegelijkertijd dwingen de GBVB-regels de lidstaten niet tot een gemeenschappelijk beleid wanneer ze het niet eens blijken te kunnen worden. Er is een verplichting om te consulteren, en geen verbod op het

<sup>27)</sup> W. Wessels (red.), *The Parliamentary Dimension of CFSP/ESDP: Options for the European Convention*. Study submitted for the European Parliament, DG for Research, December 2002.

uiteindelijk toch de voorkeur geven aan nationale beleidsinitiatieven wanneer gemeenschappelijk beleid onmogelijk is. Hoewel dit vanaf het begin een bewuste keus was in het Verdrag (iedere bepaling die verder ging was onhaalbaar), waren de verwachtingen een stuk hoger en is de EU de laatste tien jaar beschuldigd van het niet voldoen aan deze verwachtingen.

Het nieuwe EVDB loopt het risico in dezelfde valkuil te vallen. Het EVDB werd operationeel verklaard op een moment dat de daarvoor benodigde organen nog niet bestonden en lidstaten hun toezegging om de afgesproken troepen te leveren nog niet waren nagekomen. Daarnaast is het EVDB de slagroom op het GBVB-toetje, maar wanneer het voor lidstaten nog steeds onmogelijk is om in cruciale gevallen tot een eenduidig buitenlands beleid te komen (vergelijk de recente Irak-crisis), kan men zich afvragen of dat wel zal lukken wanneer grote militaire operaties op de agenda staan.

Hiermee wordt het belang van de recente besluiten geenszins ontkend. Zowel de Saint-Malo verklaring (en de daaropvolgende besluiten) als de overeenkomsten met de NAVO zijn als historisch te beschouwen en maken het mogelijk dat de EU zich ontwikkelt in de richting van een regionale organisatie in de zin van hoofdstuk VIII van het VN-Handvest. Deze keer moet echter in de gaten worden gehouden dat juridische afspraken en besluitvormingsprocedures niet bij voorbaat een eenduidige uitkomst garanderen. Dit voorjaar is de EU voorzichtig gestart met het gebruikmaken van de nieuwe arrangementen voor het instellen van kleinschalige operaties op een terrein waar de Unie zich al had bewezen: de zogenoemde *post-conflict peace-building*. De kans dat het EVDB hier op de korte termijn voorbij gaat is klein. En, de ‘finaliteit’ van het EVDB is nog steeds duister nu de Verklaring van Laeken uit 2001 expliciet gesteld heeft dat de ontwikkelingen geenszins de vorming van een Europees leger inhouden. De EU-troepenmacht in Macedonië is blijkbaar wat anders. Dit gegoochel met woorden is kenmerkend voor het huidige EVDB. Gemeenschappelijke defensie (de term wordt gebruikt in plaats van het gebruikelijkere ‘collectieve defensie’) maakt geen deel uit van het EVDB en verwijst naar de bijstandsverplichting neergelegd in artikel V van het WEU-Verdrag en artikel 5 van het NAVO-Verdrag. Hiermee is de EU dus nog niet te beschouwen als een verdedigingsorganisatie, die in staat moet zijn het grondgebied van de eigen lidstaten te beschermen. Niet uit te sluiten is evenwel dat een volgende Intergouvernementele Conferentie het wel eens wordt over opname van een dergelijke bepaling in het EU-Verdrag.

Aan de andere kant is defensiebeleid wel een onderdeel van het EVDB, maar dit heeft dus niets te maken met defensie in de klassieke zin van het woord (territoriale verdediging). De term lijkt te wijzen op het externe beleid van de Unie wanneer gebruik gemaakt wordt van militaire operaties. Tot slot lijkt *veiligheidsbeleid* gereserveerd voor het niet-militaire buitenlands beleid van de EU op het terrein van de veiligheid zoals de standpuntbepaling van de EU binnen de OVSE, het wapenbeheersingsbeleid, de uitvoer van militaire technologie naar derde landen en de wapenexporten. Het onderscheid tussen de verschillende beleidsvormen is in de praktijk niet altijd even helder en er ligt dan ook een opdracht voor de nieuwe IGC, gepland voor 2004, om te komen met heldere definities om te voorkomen dat de verwachtingen zullen uitstijgen boven de daadwerkelijke mogelijkheden en verdragsafspraken.

## Het permanente internationale strafhof en de nationale veiligheid

Göran Sluiter\*)

### 1. Inleiding

De samenwerking tussen staten en internationale straftribunalen was het onderwerp van mijn proefschrift dat vorig jaar verscheen.<sup>1)</sup> Uitgangspunt bij dit onderzoek was dat internationale straftribunalen moeten kunnen rekenen op de nodige bijstand van staten. Immers, de straftribunalen zijn niet of nauwelijks in staat om zelfstandig verdachten aan te houden, bewijs te vergaren of strafvonnissen ten uitvoer te leggen. Samenwerking op deze terreinen, ook wel het verlenen van rechtshulp genoemd, kan een inbreuk op de nationale soevereiniteit en staatsbelangen met zich meebrengen. Het kan zich zeer wel voordoen dat een internationaal straftribunaal graag zou willen beschikken over bewijsmateriaal dat de nationale veiligheid van een staat raakt. De rechtsmacht van de internationale straftribunalen, beperkt tot oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de menselijkheid, genocide en in de toekomst wellicht ook agressie, maakt dat informatie over militaire aangelegenheden van groot belang kan zijn voor de bewijsvoering.

In deze bijdrage komt de vraag aan de orde in hoeverre het recent opgerichte permanent internationale strafhof (ICC) schade kan toebrengen aan de nationale veiligheidsbelangen van staten. Ik beperk me daarbij in beginsel tot de eigen veiligheidsbelangen in enge zin, maar zal ook aandacht besteden aan de relaties met andere staten, in het bijzonder bondgenoten.

In de volgende paragraaf zal ik eerst de wijzen weergeven waarop het ICC statuut rekening houdt met de bescherming van nationale veiligheid. Daarna richt deze bijdrage zich uitsluitend op de plicht tot samenwerking en de bescherming van de nationale veiligheid als mogelijk obstakel. In paragraaf 3 wordt eerst aandacht besteed aan het bredere ICC samenwerkingsmodel. Paragraaf 4 geeft aansluitend een beeld van de ervaringen van het Joegoslavië Tribunaal (ICTY) met nationale veiligheid als weigeringsgrond voor verlening van rechtshulp. De specifieke regulering van nationale veiligheidsbelangen in het ICC statuut als mogelijke weigeringsgrond is het onderwerp van paragraaf 5. De verplichtingen ten opzichte van andere landen op het terrein van de nationale veiligheid staan centraal in paragraaf 6. Enige afsluitende opmerkingen volgen in paragraaf 7.

### 2. Nationale veiligheid: wijzen van bescherming

Er is zowel in het ICC statuut en de Procedure- en Bewijsregels als in de statuten en Procedure- en Bewijsregels van de Tribunalen voor Joegoslavië en Rwanda (ICTR) geen definitie van nationale veiligheid te vinden. Ook diverse tussenstatelijke rechtshulpverdragen, waarin de nationale veiligheid consequent voorkomt als weigeringsgrond voor de verlening van rechtshulp, geven niet aan wat er onder nationale veiligheidsbelangen (“national security interests”) of schade aan de nationale veiligheid (“national security prejudice”) moet worden verstaan.<sup>2)</sup>

\*) Verbonden als docent/onderzoeker internationaal recht aan de Universiteit Utrecht.

<sup>1)</sup> Göran Sluiter, *International Criminal Adjudication and the Collection of Evidence: Obligations of States*. Antwerpen, Intersentia 2002. 440 pp.

<sup>2)</sup> Zie als voorbeelden het VN modelverdrag inzake de wederzijdse rechtshulp in strafzaken (VN Algemene Vergadering Resolutie 45/117 (1990): Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters (UN Doc. A/RES/45/117, 14 december 1990)) en het Europees verdrag aangaande de wederzijdse rechtshulp in strafzaken (20 april 1959, ETS No. 30). Zelfs het toelichtende rapport bij dit laatste verdrag geeft geen uitsluitsel over de reikwijdte van het begrip nationale veiligheid (zie

Uit de statuten en Regels van de thans functionerende internationale straftribunalen kan evenwel worden afgeleid dat het begrip nationale veiligheid steevast wordt gebezigd in relatie tot *informatie*.<sup>3)</sup> In het kader van de internationale strafrechtspraak lijkt de nationale veiligheid dus alleen dan te worden erkend als legitiem staatsbelang. Schade aan de nationale veiligheid wordt in deze situatie toegebracht indien bepaalde gevoelige informatie buiten desbetreffende staat bekend wordt. Om wat voor informatie het moet gaan is in eerste instantie ter beoordeling van de staat, maar men kan zich indenken dat diverse gegevens over militaire organisatie, structuur en operaties daar zeker altijd toe moeten worden gerekend.

Het is niet meer dan logisch dan dat tijdens de onderhandelingen over het ICC statuut in ruime mate aandacht werd besteed aan de bescherming van de nationale veiligheidsbelangen van staten.<sup>4)</sup> Traditiegetrouw wordt in het internationaal recht een uitzondering gemaakt voor nationale veiligheid als het gaat om samenwerking met internationale organisaties en hoven.<sup>5)</sup> Indien het ICC daar sterk van zou afwijken zou dat simpelweg een (te) groot aantal ratificaties kosten.<sup>6)</sup>

Voor de bescherming van nationale veiligheidsbelangen hebben de onderhandelende delegaties rekening gehouden met drie situaties:

- a. de gevoelige informatie is nog uitsluitend in het bezit van de staat waarvan de nationale veiligheid in het geding is;
- b. de gevoelige informatie is in het bezit van de staat waarvan de nationale veiligheid in het geding is en een derde (een andere staat, een internationale organisatie of een getuige);
- c. de gevoelige informatie is reeds in de handen van het Hof.

In alle drie situaties is er een belang van de staat om de informatie te beschermen, dat wil zeggen te voorkomen dat de informatie verder bekend en/of openbaar wordt. Dat is veruit het gemakkelijkst vanuit situatie a. In hoeverre een staat evenwel gerechtigd is deze informatie uitsluitend voor zichzelf te houden zal nader worden onderzocht in paragraaf 5.

Wat betreft situaties b en c dient ook het nationale veiligheidsbelang van staten te worden erkend. Immers, in hoeverre een staat in de toekomst bereid zal zijn vertrouwelijke informatie met een derde of het Hof te delen zal afhangen van de garanties dat de informatie niet via het Hof verder bekend en/of openbaar wordt.

Met betrekking tot situatie b is het van groot belang dat artikel 72 lid 4 van het ICC statuut staten de mogelijkheid biedt te voorkomen dat derden gevoelige informatie verstreken aan het Hof. Op grond van deze bepaling kan een staat zich tot het Hof wenden indien de staat ter ore is gekomen dat gedurende een proces informatie openbaar wordt gemaakt

---

#### *Vervolg voetnoot 2*

Explanatory report on the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, beschikbaar via <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm>.

<sup>3)</sup> Zie artikel 72 van het ICC statuut, met als titel "Protection of national security information", en Regel 54bis van de ICTY Regels.

<sup>4)</sup> Voor een overzicht van die onderhandelingen, zie Donald K. Piragoff, Protection of National Security Information, in Roy S. Lee (ed.), *The International Criminal Court - The Making of the Rome Statute: issues, negotiations, results*. Kluwer Law International, The Hague 1999, pp. 270 – 294.

<sup>5)</sup> Voor een kort overzicht, zie Peter Malanczuk, Protection of National Security Interests, in Antonio Cassese and others (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court - A Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2002, pp. 1371- 1373.

<sup>6)</sup> In deze zin ook Rodney Dixon en Helen Duffy, Article 72, in Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court - Observers' notes, article by article*. Nomos, Baden-Baden 1999, p. 939.



als gevolg waarvan de nationale veiligheidsbelangen schade oplopen. Of de interventie het beoogde succes heeft, namelijk geheimhouding van de informatie, hangt af van dezelfde criteria die van toepassing zijn op de situatie waarin een staat een verzoek tot overdracht van informatie krijgt. Deze worden besproken in paragraaf 5.

De interventie van een staat zal over het algemeen minder noodzakelijk zijn in het geval de gevoelige informatie reeds in de handen van het Hof is (situatie c). Indien een staat gevoelige informatie overlegt aan het Hof, in het bijzonder de aanklager, dan zal het veelal de garantie eisen dat de informatie niet verder bekend of openbaar wordt. Belangrijk daarbij is dat de staat kan rekenen op een uitzondering van de zogenaamde *disclosure* verplichtingen van de aanklager, op grond waarvan de verdediging inzage dient te krijgen in het (bewijs)materiaal.<sup>7)</sup> Hierbij moet de staat ook niet voor de verrassing komen te staan dat de rechter alsnog de aanklager opdraagt de gevoelige informatie in handen te stellen van de verdediging. We zien dan ook dat Regel 70 van het ICTY en ICTR zowel de aanklager als de rechters duidelijke verplichtingen oplegt tot respecteren van vertrouwelijke informatie.<sup>8)</sup> Jurisprudentie van het ICTY maakt duidelijk dat aan deze verplichtingen streng de hand moet worden gehouden, omdat

*The purpose of Rule 70 (...) is to encourage States, organisations, and individuals to share sensitive information with the Tribunal.<sup>9)</sup>*

Het ICC statuut volgt deze weg. Artikel 54 lid 3 sub e geeft de aanklager de bevoegdheid om informatie verkregen op vertrouwelijke basis geheim te houden. Regel 82 van de ICC Procedure- en Bewijsregels gaat hierin nog verder en legt, gelijk Regel 70 van het ICTY en ICTR, duidelijk geheimhoudingsverplichtingen op aan zowel aanklager als de *Trial Chamber*. Teneinde het vertrouwen te winnen van staten is het denk ik noodzakelijk om ook in andere regelingen consequent het vertrouwelijke karakter van nationale veiligheidsinformatie te bewaren. Zo zou men bijvoorbeeld in de *Draft Regulations*<sup>10)</sup> van het bureau van de ICC aanklager, waarin ook een gedragscode is opgenomen, een bepaling verwachten dat medewerkers van de aanklager verplicht zijn tot geheimhouding van vertrouwelijke informatie, ook als zij niet meer voor de aanklager werken. Zo zou het hen

<sup>7)</sup> Zie over de reikwijdte van deze verplichtingen, welke hun oorsprong hebben in het common law model van strafrechtspleging, Renee Pruitt, *Discovery: Mutual Disclosure, Unilateral Disclosure and Non-Disclosure under the Rules of Procedure and Evidence*, in in Richard May and others (eds.), *Essays on ICTY Procedure and Evidence - In honour of Gabrielle Kirk McDonald*. Kluwer, The Hague 2001, pp. 305 – 314.

<sup>8)</sup> De relevante secties van Regel 70 (B en C) luiden als volgt:

(B) If the Prosecutor is in possession of information which has been provided to the Prosecutor on a confidential basis and which has been used solely for the purpose of generating new evidence, that initial information and its origin shall not be disclosed by the Prosecutor without the consent of the person or entity providing the initial information and shall in any event not be given in evidence without prior disclosure to the accused.

(C) If, after obtaining the consent of the person or entity providing information under this Rule, the Prosecutor elects to present as evidence any testimony, document or other material so provided, the Trial Chamber, notwithstanding Rule 98, may not order either party to produce additional evidence received from the person or entity providing the initial information, nor may the Trial Chamber for the purpose of obtaining such additional evidence itself summon that person or a representative of that entity as a witness or order their attendance. A Trial Chamber may not use its power to order the attendance of witnesses or to require production of documents in order to compel the production of such additional evidence.

<sup>9)</sup> Public version of the confidential decision of the interpretation and application of Rule 70, *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, Case No. IT-02-54-AR108bis&AR73.3, A. Ch., 23 October 2002.

<sup>10)</sup> Beschikbaar via <http://www.icc-cpi.int/otp/regulations.php>

expliciet moet worden verboden een getuigenis af te leggen omtrent hun kennis van vertrouwelijke informatie zonder de toestemming van de aanklager en de staat waarvan de nationale veiligheidsbelangen op het spel staan. Het ontbreken van een dergelijke bepaling kan afbreuk doen aan het vertrouwen in de daadwerkelijke geheimhouding binnen het bureau van de aanklager.<sup>11)</sup>

Hoewel het gerechtvaardigd is dat nationale veiligheidsbelangen beschermd worden, dient het ICC er voor te zorgen dat dit niet ten koste gaat van de rechten van de verdachte. Laatstgenoemde moet de mogelijkheid krijgen het bewijsmateriaal tegen hem te toetsen. In dit verband moet worden benadrukt dat op grond van artikel 54 lid 3 sub e vertrouwelijke informatie alleen door de aanklager mag worden gebruikt om aanvullend bewijs te vergaren. Ook zal het Hof er voor moeten zorgen dat de voorwaarde van geheimhouding niet wordt misbruikt door bijvoorbeeld een getuige om selectief bepaalde vragen niet te beantwoorden.<sup>12)</sup>

### 3. Het ICC samenwerkingsmodel

Voordat we verder ingaan op de vraag in hoeverre een staat verplicht is tot het verstrekken van gevoelige informatie, zijn eerste enige algemene opmerkingen over het ICC samenwerkingsmodel op hun plaats.

Met betrekking tot de huidige internationale strafrechtspraak wordt veelvuldig gesproken over een “verticaal samenwerkingsmodel”.<sup>13)</sup> Het verticale model is ontwikkeld in de jurisprudentie van het ICTY, in het bijzonder de *Blaškić* zaak<sup>14)</sup>, en verschilt op drie punten fundamenteel van het tussen-statelijk, horizontale, samenwerkingsmodel. Er is in de eerste plaats geen wederkerigheid in de samenwerkingsrelatie: er bestaat alleen een verplichting voor staten tot verlening van rechtshulp aan internationale straftribunalen en niet *vice versa*.<sup>15)</sup> Daarnaast is er duidelijk ook geen gelijkheid in de samenwerkingsrelatie, omdat de verzoekende partij, het internationale straftribunaal, het laatste woord heeft over eventuele geschillen met staten over de reikwijdte van de samenwerkingsverplichting. In het kader van het ICC vloeit dit voort uit artikel 119 lid 1 van het ICC statuut, op grond waarvan elk geschil over het functioneren van het Hof wordt beslecht middels een beslissing van het Hof zelf.<sup>16)</sup> In hoeverre ook de nationale veiligheid als weigeringsgrond onderworpen is aan de toetsing van het Hof wordt verder besproken in paragraaf 5. Tot slot onderscheidt het verticale samenwerkingsmodel zich van het horizontale samenwerkingsmodel in de afwezigheid danwel drastische beperking van weigeringsgronden. Op basis van uitleverings- en kleine rechtshulpverdragen kunnen staten samenwerking op een aanzienlijk aantal gronden weigeren, waaronder de niet-uitlevering van onderdanen en de exceptie van het politieke delict.<sup>17)</sup>

<sup>11)</sup> Op het moment van schrijven, juni 2003, ontbreken dergelijke bepalingen nog; het is zeer wel mogelijk dat de uiteindelijke versie van de *Regulations* wel deze problematiek aan de orde stelt.

<sup>12)</sup> Zie H. Brady, *Disclosure of evidence*, in Roy S. Lee (ed.), *The International Criminal Court - Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, New York 2001. p. 421.

<sup>13)</sup> Zie uitgebreider over het verticale samenwerkingsmodel Göran Sluiter, *supra* noot 1, pp. 82 – 88.

<sup>14)</sup> *Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-AR108bis, A. Ch., 29 October 1997, in Klip/Sluiter ALC-1-245.

<sup>15)</sup> Zie Göran Sluiter, *supra* noot 1, pp. 84 - 86. Artikel 93 lid 10 van het ICC statuut geeft wel de mogelijkheid tot verlening van rechtshulp aan nationale rechters, maar legt daartoe duidelijk geen verplichting op.

<sup>16)</sup> Zie Göran Sluiter, *supra* noot 1, pp. 86 – 88.

<sup>17)</sup> Zie, bijvoorbeeld artikel 2 van het Europees verdrag aangaande wederzijdse rechtshulp in strafzaken (20 april 1959, ETS No. 30).

De statuten van het ICTY en het ICTR kennen in het geheel geen weigeringsgronden. Het ICC statuut kent een zeer beperkt aantal weigeringsgronden, waaronder de nationale veiligheid, maar veel minder dan tussen staten gebruikelijk is.<sup>18)</sup> Niet in het statuut opgenomen weigeringsgronden zullen door het Hof in beginsel niet worden aanvaard.

Het moge duidelijk zijn dat vanuit het perspectief van het berechtende forum het “verticale” model veruit te prefereren is. De rechtvaardigingsgrond voor het effectieve samenwerkingsmodel heeft uiteraard te maken met het bijzondere karakter van internationale straftribunalen. Zij hebben uitsluitend rechtsmacht over de meest ernstige misdrijven, kunnen worden beschouwd als het verlengstuk van nationale rechterlijke instanties en moeten worden geacht de mensenrechten, in het bijzonder de rechten van de verdachte, volledig te respecteren. Dit geldt ook voor het ICC.

Bij het ICC is de noodzaak voor een effectief samenwerkingsmodel zo mogelijk nog groter dan bij het ICTY en het ICTR. Het ICC mag (nog) niet rekenen op de steun van een aanzienlijk aantal landen.<sup>19)</sup> Alle VN lid-staten zijn daarentegen verplicht om met het ICTY en het ICTR samen te werken.<sup>20)</sup> Een ander belangrijk verschil is dat het ICC niet de voorrangspositie van het ICTY en ICTR heeft. Op grond van artikel 103 van het VN Handvest moeten VN lid-staten voorrang geven aan verplichtingen jegens deze tribunalen boven andere verdragsrechtelijke verplichtingen.<sup>21)</sup> Het ICC dient zich als nieuwe volkenrechtelijke organisatie nu juist aan te passen aan reeds bestaande verplichtingen voor (toekomstige) partij-staten. Wat dit betekent voor de verplichtingen jegens andere naties op het terrein van de nationale veiligheid is onderwerp van paragraaf 6.

Het ICC zal het dus vergeleken met het ICTY en het ICTR een stuk moeilijker krijgen om rechtshulp te verkrijgen. In dit licht bezien, is strikte handhaving van de verplichtingen tot samenwerking geboden.

#### 4. Het ICTY en de nationale veiligheid: de *Blaškić* zaak

De discussie in het kader van het ICC over nationale veiligheid als weigeringsgrond voor samenwerking is sterk gekleurd door de ervaringen van met name het ICTY op dit punt. In de reeds eerder genoemde *Blaškić* zaak werd het ICTY geconfronteerd met een weigering van Kroatië om stukken uit het militair archief als bewijsmateriaal over te dragen.<sup>22)</sup> Deze zaak geldt nog steeds als illustratief voor de spanning tussen nationale soevereiniteit, in de vorm van nationale veiligheid, en effectieve internationale strafrechtspiegeling. In een vorige aflevering van dit tijdschrift heb ik reeds een algemeen commentaar verzorgd op de *Blaškić* zaak.<sup>23)</sup> Hier zal ik mij beperken tot die aspecten van de zaak

<sup>18)</sup> Zie Artikel 93 lid 4 en Artikel 72 van het ICC statuut; voor een analyse van de overige hier niet ter zake doende weigeringsgronden, zie Göran Sluiter, *supra* noot 1, pp. 161 – 175.

<sup>19)</sup> Op het moment van schrijven (juni 2003) zijn 90 staten partij bij het Hof; zo’n 100 landen zijn dus geen partij. Voor een overzicht van de ratificaties: <http://www.iccnw.org/countryinfo/worldsig-sandratifications.html>

<sup>20)</sup> Thans zijn nagenoeg alle staten in de wereld lid van de VN; alleen het Vaticaan en Taiwan zijn geen lid.

<sup>21)</sup> Zie Göran Sluiter, *supra* noot 1, pp. 198 – 199.

<sup>22)</sup> Uitspraken in twee instanties: Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of Subpoenae Duces Tecum, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-T, T. Ch. II, 18 July 1997 en Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-AR108bis, A. Ch., 29 October 1997, in Klip/Sluiter ALC-I-245.

<sup>23)</sup> Samenwerking tussen Staten en het Joegoslavië Tribunaal na de *Blaskic subpoena* beslissing, *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, Februari 1998, Jaargang XCI, Afl. 2, pp. 41 – 51.

die betrekking hebben op de nationale veiligheidsproblematiek.

Kroatië stelde zich op het standpunt dat het ICTY de bevoegdheid ontbrak om te oordelen over nationale veiligheidsclaims.<sup>24)</sup> Met andere woorden, elke staat moet zelfstandig kunnen bepalen of samenwerking met het tribunaal mogelijk is in het licht van de nationale veiligheid. De Kroatische argumenten komen er op neer dat het ICTY zich moet conformeren aan het geldende gewoonterecht op dit punt; dit houdt in dat de nationale veiligheid een essentieel onderdeel is van de nationale soevereiniteit en gerespecteerd dient te worden.<sup>25)</sup> De Kamer van Beroep van het ICTY zag in artikel 29 van het statuut echter een duidelijke afwijking van het gewoonterecht; immers, in deze bepaling wordt de nationale veiligheid niet als weigeringsgrond vermeld.<sup>26)</sup> Daarnaast paste de Kamer een teleologische interpretatie toe op het gehele functioneren van het Tribunaal. Indien een staat eenzijdig de nationale veiligheid kan invoeren als weigeringsgrond, zonder enige toetsing door het Tribunaal, is laatstgenoemde niet in staat zijn mandaat te vervullen.<sup>27)</sup>

Nadat is benadrukt dat ook nationale veiligheidsbelangen uiteindelijk onderworpen zijn aan toetsing door het Tribunaal, volgt de belangrijke toevoeging dat het Tribunaal wel rekening dient te houden met deze belangen.<sup>28)</sup> De rechters waren zich er terdege van bewust dat vergaande samenwerkingsverplichtingen alleen zouden worden aanvaard indien staten de indruk krijgen dat aan hun (legitieme) belangen niet zonder meer voorbij wordt gegaan. Uit rechtspolitiek oogpunt was het dan ook verstandig dat na de harde taal van het “verticale” samenwerkingsmodel de verscheidene wijzen aan de orde kwamen waarop het Tribunaal tegemoet kan komen aan de bezwaren van staten.<sup>29)</sup> De oplossingen werden voornamelijk gevonden in de procedurele sfeer, zoals het presenteren van de informatie achter gesloten deuren en het redigeren van sommige met name gevoelige passages.<sup>30)</sup> De Kamer van Beroep vermeldt evenwel ook dat het mogelijk is dat onder bepaalde voorwaarden het niet moet worden uitgesloten dat de belangen van de staat zo zwaar wegen dat de informatie, na overleg, niet hoeft te worden overgedragen.<sup>31)</sup> Gelet op het belang van het werk van het ICTY en het ICTR kan worden gesteld dat dit niet te snel zal worden aangenomen, zeker als het gaat om cruciaal bewijsmateriaal.

De *Blaškić* uitspraak is deels gecodificeerd in de Procedure- en Bewijsregel van het ICTY, te weten Regel 54bis.<sup>32)</sup> We zien in deze bepaling de regulering van de procedures ter verkrijging van bewijsmateriaal van staten en de mogelijkheid tot voeging van staten in dergelijke procedures. Ten aanzien van de nationale veiligheid treffen we in Regel 54bis (F) deze mogelijkheid expliciet aan. Ook geeft deze bepaling de in de *Blaškić* uitspraak genoemde procedurele beschermingsoplossingen weer. Wat Regel 54bis merkwaardig genoeg niet expliciet vermeldt is dat nationale veiligheidsbelangen zó zwaar kunnen wegen dat een bevel tot overhandigen achterwege dient te blijven. Een dergelijke bevoegd-

<sup>24)</sup> Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-AR108bis, A. Ch., 29 October 1997, in Klip/Sluiter ALC-I-245, para. 61.

<sup>25)</sup> Zie *ibid.* Kroatië wijst in dit verband op de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof in de *Corfu Channel* zaak (ICJ Reports 1949, p. 32), waarin het Hof een nationale veiligheidsuitzondering accepteerde.

<sup>26)</sup> Zie Judgement, *supra* noot 24, para. 63.

<sup>27)</sup> *Id.*, para. 65.

<sup>28)</sup> *Id.*, para. 67.

<sup>29)</sup> *Id.*, para. 68.

<sup>30)</sup> *Ibid.*

<sup>31)</sup> *Ibid.*

<sup>32)</sup> Deze bepaling geldt alleen voor het ICTY; de ICTR Regels kennen (nog) geen Regel 54bis.

heid lijkt mij evenwel inherent aan de functies van de Kamers van het Tribunaal, zoals reeds is bevestigd in de *Blaškić* uitspraak.

##### 5. Nationale veiligheid in het ICC statuut

Ook tijdens de onderhandelingen over het ICC statuut waren delegaties naarstig op zoek naar een zo breed mogelijk aanvaardbaar evenwicht tussen bescherming van legitieme veiligheidsbelangen en een effectief functionerend Hof. De onderhandelingen hebben geresulteerd in een complexe regeling op dit punt, waarvan de strekking is er door middel van onderling overleg zo veel en zo goed mogelijk uit te komen.

Artikel 93 lid 4 van het ICC statuut erkent expliciet de nationale veiligheid als een weigeringsgrond ten aanzien van de vormen van samenwerking vermeld in lid 1 van diezelfde bepaling. Het gaat, zoals reeds vermeld, dan met name om de vergaring van bewijs. Artikel 93 lid 4 verwijst naar artikel 72 die bepaalt op welke wijze en onder welke voorwaarden nationale veiligheid dient te worden aanvaard als weigeringsgrond.<sup>33)</sup>

De procedure van artikel 72 kent, in geval de gevoelige informatie in handen is van de staat, drie mogelijke en consecutieve stappen.

In de eerste plaats dienen de aangezochte staat en het Hof, in de vorm van de aanklager, de verdediging of de rechters, er in goed overleg uit te komen.<sup>34)</sup> Het resultaat van het overleg kan zijn dat het verzoek tot informatie wordt aangepast, dat de benodigde informatie op andere wijze wordt verkregen of dat men overeenstemming bereikt omtrent geëigende beschermende maatregelen, zoals de reeds vermelde *non-disclosure* garantie.

Mocht dit overleg niet tot bevredigende resultaten leiden en als de staat meent dat er geen voorwaarden mogelijk zijn waaronder de gevoelige informatie kan worden overhandigd, dan moet de staat de specifieke redenen daarvoor kenbaar maken aan het Hof, tenzij een dergelijke verklaring óók in strijd is met de nationale veiligheidsbelangen.<sup>35)</sup>

Als laatste stap en in reactie op de verklaring van artikel 72 lid 6 staan het Hof drie alternatieven ter beschikking.<sup>36)</sup> Het Hof kan als eerste alsnog besluiten tot verder overleg met de weigerende staat. Men kan zich evenwel gelet op de voorafgaande stappen afvragen in hoeverre dit nog zinvol is. De volgende twee alternatieven zullen in de praktijk van groter belang zijn. Het Hof kan bepalen dat de staat in gebreke is gebleven (een zogenaamde *judicial finding of non-compliance*) en de niet-nakoming van verplichtingen doorverwijzen naar de Vergadering van Partij-staten (*Assembly of States Parties*), overeenkomstig artikel 87 lid 7.<sup>37)</sup> Of het Hof “may make such inference in the trial of the accused as to the existence or non-existence of a fact, as may be appropriate in the circumstances”.<sup>38)</sup>

Het Hof kan dus simpel gezegd kiezen tussen niets doen, dat wil zeggen de weigering accepteren en daaruit, indien nodig, consequenties trekken voor het proces, of de weigering niet accepteren en verdere (handhavings)stappen van de Vergadering vragen.<sup>39)</sup>

<sup>33)</sup> Voor commentaren op deze bepaling zie Piragoff, *supra* noot 4, Malanczuk, *supra* noot 5 en Dixon en Duffy, *supra* noot 6.

<sup>34)</sup> Zie artikel 72 lid 5.

<sup>35)</sup> Zie artikel 72 lid 6.

<sup>36)</sup> Zie artikel 72 lid 7 sub a.

<sup>37)</sup> Artikel 72 lid 7 sub a onder ii.

<sup>38)</sup> Artikel 72 lid 7 sub a onder iii.

<sup>39)</sup> Een tussenoplossing lijkt mij in theorie ook nog denkbaar. Het Hof zou kunnen vaststellen dat een staat niet aan zijn verplichtingen onder het statuut heeft voldaan, maar de zaak vervolgens niet voorleggen aan de Vergadering. Het lijkt mij evenwel raadzaam, voor de geloofwaardigheid van het Hof en een effectief samenwerkingsmodel, om alle situaties van schending van samenwerkingsverplichtingen voor te leggen aan de Vergadering.

De weigering kan worden geaccepteerd indien een staat het Hof heeft weten te overtuigen van zwaarwegende belangen. In het licht van de zaken waarmee het Hof te maken heeft zal dit niet snel aan de orde zijn. Bovendien heeft er in de voorafgaande fase al een toets plaatsgevonden of de gevraagde informatie daadwerkelijk cruciaal is voor de bewijsvoering. Toch is het geen unieke situatie indien het Hof, op grond van zwaarwegende belangen, niet kan beschikken over belangrijk bewijsmateriaal. Het statuut en de bewijsregels erkennen een aantal situaties waarin informatie geprivilegieerd is en niet als bewijs kan worden gebruikt. Voorbeelden zijn de communicatie tussen advocaat en client en informatie in het bezit van het Rode Kruis.<sup>40)</sup> Afhankelijk van de omstandigheden, ter beoordeling van het Hof, zou aan de nationale veiligheidsbelangen van staten soortgelijke geprivilegieerde status kunnen worden toegekend. Wel kan, naar blijkt uit artikel 72 lid 7 sub a onder iii, dit gevolgen hebben voor het proces. Dit zal zeker het geval zijn indien een verdachte het Hof er van weet te overtuigen dat de gevraagde informatie een grote rol speelt in zijn of haar verdediging. In dit verband kan worden gewezen op een beslissing van het ICTY in de *Tadić* zaak waarin de rechters de mogelijkheid opperden om een zaak aan te houden indien de verdediging niet over cruciaal bewijsmateriaal kon beschikken.<sup>41)</sup>

De bevoegdheid voor het Hof om uiteindelijk de weigering op grond van nationale veiligheidsbelangen onrechtmatig te verklaren onder het statuut lijkt een overwinning voor de voorstanders van een “verticaal” samenwerkingsmodel.<sup>42)</sup> Immers, in tegenstelling tot de wensen van een aanzienlijk aantal staten heeft het Hof thans de bevoegdheid tot toetsing van de nationale veiligheid als weigeringsgrond.<sup>43)</sup> Doch, in het licht van de onderhandelingen kan men zich afvragen wat deze toetsing in dit kader precies voorstelt. Staten konden het er niet over eens worden of de aangezochte staat of het Hof het laatste woord diende te hebben over de overhandiging van gevoelige informatie.<sup>44)</sup> De uiteindelijke oplossing van artikel 72 zou ook kunnen worden gezien als het doorschuiven van het probleem naar de Vergadering van Partij-staten; dit orgaan moet dan maar bepalen wie er gelijk heeft, de weigerende staat of het Hof. Een dergelijke interpretatie zou echter zonder meer zorgelijk zijn vanuit het oogpunt van de systematiek van het samenwerkingsmodel. De Vergadering is geen beroepsinstantie van beslissingen van het Hof, maar dient naar mijn overtuiging trouw te pogen beslissingen van het Hof optimaal te doen nakomen. Een andere opstelling zou de geloofwaardigheid van het gehele ICC schaden. Toch kan men niet uitsluiten dat een staat de mede-leden van de Vergadering weet te overtuigen van het gewicht van de nationale veiligheid, waarna de Vergadering besluit geen stappen te ondernemen ter handhaving van de verplichting tot overdragen. Een dergelijke ondermijning van het gezag van het Hof kan worden ondervangen door in de toepasselijke regels van de Vergadering te voorzien in een vast te volgen patroon in geval van elke niet-nakoming van de plicht tot samenwerking.

## 6. De verhouding met de bondgenoten

Staten kunnen niet alleen een verzoek ontvangen tot overhandiging van informatie die

<sup>40)</sup> Zie Regel 73. De geprivilegieerde status van informatie in handen van het Rode Kruis is reeds erkend door het ICTY als geldende regel van internationaal gewoonterecht waaraan het Tribunaal zich dient te conformeren: Decision on the Prosecution Motion under Rule 73 for a Ruling concerning the Testimony of a Witness, *Prosecutor v. Simić and others*, Case No. IT-95-9-PT, T.Ch. II, 27 July 1999.

<sup>41)</sup> Judgement, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-A. A. Ch., 15 July 1999, para. 55, in Klip/Sluiter ALC-III-778.

<sup>42)</sup> Zie paragraaf 3.

<sup>43)</sup> Zie over de onderhandelingen Piragoff, *supra* noot 4.

betrekking heeft op de eigen nationale veiligheid maar ook de nationale veiligheid van andere staten kan in het geding zijn. Staten kunnen over informatie beschikken die door (militaire) bondgenoten onder strikte voorwaarde van geheimhouding ter beschikking is gesteld. Bescherming van deze informatie dient zowel het belang van de bevriende natie als de aangezochte staat. Immers, veel staten zijn zowel verstrekker als ontvanger van vertrouwelijke informatie.

Het ICC, als nieuwe volkenrechtelijke organisatie, heeft in het statuut geanticipeerd op drie situaties waarin samenwerking met het Hof in strijd zou kunnen komen met andere volkenrechtelijke verplichtingen voor partij-staten. Dit betreft een conflicterend verzoek tot verlening van rechtshulp (artikel 90 en artikel 93 lid 9), een conflicterende verplichting naar het internationaal recht inzake diplomatieke- en staatsimmunititeiten (artikel 98) en een conflicterende verplichting tot geheimhouding jegens een andere staat (artikel 73). In alle drie de situaties respecteert het Hof in beginsel de verplichting jegens een andere staat of organisatie. Hoewel deze houding het functioneren van het Hof in de weg kan zitten,<sup>45)</sup> is het mijns inziens onvermijdelijk, omdat anders een groot aantal staten het statuut eenvoudig niet zou ratificeren.<sup>46)</sup>

De kern van artikel 73 is dat het Hof zich wendt tot de bron van de informatie, indien een staat mededeelt dat het de gevraagde informatie niet kan overhandigen omdat die in vertrouwen is verkregen van een derde.<sup>47)</sup> Artikel 73 heeft betrekking op “vertrouwelijke informatie” in zijn algemeenheid en is derhalve niet beperkt tot nationale veiligheid gerelateerde informatie. Ook gaat artikel 73, in tegenstelling tot artikelen 98, 90 en 93 lid 9, niet uit van een duidelijke volkenrechtelijke verplichting. De geheimhoudingsgarantie kan daarom van zeer informele aard zijn en hoeft niet te berusten op een verdrag of een gewoonterechtelijke regel.

Indien de bron van de informatie een andere partij-staat is dan wordt de vraag of deze staat moet instemmen met overdracht van de informatie beantwoord aan de hand van artikel 72. Verwacht mag worden dat de staat in bezit van de informatie niet gevraagd mag worden de geheimhoudingsplicht te schenden zo lang de bron-staat geen instemming heeft verleend. Naar mijn mening is dit zelfs nog het geval indien het Hof bepaalt dat de bron-staat in strijd handelt met de verplichtingen onder het statuut.<sup>48)</sup> Het is dan eerst aan de Vergadering van Partij-staten om te bepalen op welke wijze de bron-staat tot nakoming kan worden bewogen. Indien eerder druk op de bezittende staat wordt gezet tot overdracht, komt deze ten onrechte in een zeer moeilijke positie tegenover de bron-staat.

Indien de bron-staat geen partij is bij het Hof, heeft laatstgenoemde de weigering tot overdracht te accepteren.

<sup>44)</sup> Id., p. 280.

<sup>45)</sup> Zie de Artikel 98-agreements die de Verenigde Staten met partij-staten wil sluiten met als doel het creëren van een voor die staat conflicterende verplichting jegens de VS, die dan op grond van het statuut (artikel 98) voorrang zou moeten krijgen op de verplichtingen jegens het Hof. Uiteindelijk doel is het uit de handen van het Hof houden van Amerikaanse onderdanen. Zie uitgebreider Göran Sluiter, De toekomst van de berechting van internationale misdrijven: een volkenrechtelijk perspectief, *Jaarboek Vrede en Veiligheid* 2002, pp. 41 – 60.

<sup>46)</sup> Voor een andere opvatting, zie Antonio Cassese, The Statute of the International Criminal Court: Some preliminary Reflections, 10 *EJIL*, 1999, p. 166: “(...) one would have thought that the obligations stemming from the Rome Statute should have taken precedence over those flowing from other treaties”.

<sup>47)</sup> Voor een commentaar op artikel 73 zie Helen Duffy, ‘Article 73’, in Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court - Observers’ notes, article by article*. Nomos, Baden-Baden 1999, pp. 947 – 951.

<sup>48)</sup> Voor een andere opvatting, zie id., p. 950.

Problemen kunnen zich uiteraard voordoen indien de aangezochte staat de naam van de bron-staat niet kan of mag vermelden. In deze situatie is het ondoenlijk om artikel 73 volledig toe te passen, maar zal de weigering van de staat beter beoordeeld kunnen worden aan de hand van de procedure van artikel 72.

### *7. Afsluitende opmerkingen*

Vooralsnog lijkt er geen grond te zijn om geen partij te worden bij het ICC statuut ter bescherming van de nationale veiligheid. Het statuut houdt op diverse wijzen terdege rekening met legitieme nationale veiligheidsbelangen van staten. Het gaat daarin verder op de door het ICTY en ICTR ingeslagen weg waarin vergaande verplichtingen worden gekoppeld aan het zo veel mogelijk tegemoet komen aan legitieme nationale belangen. In vergelijking met deze ad hoc tribunalen is het ICC statuut er in geslaagd om nog nadrukkelijker rekening te houden met de nationale veiligheidsbelangen zonder dat daarbij noodzakelijkerwijs het Hof veel aan daadkracht inboet. Het Hof behoudt namelijk de bevoegdheid om een nationale veiligheidsclaim als niet zijnde legitiem af te wijzen. Men kan hierbij denken aan de situatie waarin de nationale veiligheid duidelijk wordt gebruikt om een effectieve rechtsgang voor het Hof te frustreren.

Ondanks gedetailleerde regelingen blijft een aantal vragen onbeantwoord. Veel zal afhangen van de interpretatie van het Hof van artikel 72 en de algehele houding ten opzichte van een weigerende staat. In welk stadium en onder welke omstandigheden zal een coöperatieve houding, op zoek naar wederzijds bevredigende oplossingen, worden ingeruild voor een confrontatie, gegrond op de verplichtingen onder het statuut?

Nog belangrijker dan de positie van het Hof inzake nationale veiligheid is mijns inziens de *modus operandi* van de Vergadering van Partij-staten in deze. De centrale vraag is of de Vergadering het geschil opnieuw inhoudelijk wil beoordelen of het oordeel van het Hof direct volgt en maatregelen ter handhaving van verplichtingen onder het statuut neemt. Deze laatste houding is zeker geboden indien men het gezag van het Hof wil handhaven.

---

## STRAFRECHTSPRAAK

### **Arrondissementsrechtbank te Arnhem**

Militaire Kamer

Vonnis van 3 april 1997

*Voorzitter:* Mr. F.J.P.M. Haas, *Lid:* Mr. J. Barendsen, *Militair Lid:* Kolonel mr. H.W. Bezemer

### **Een man een man, een woord een woord?**

*Ter zake van niet-opvolging van een dienstbevel kàn de verklaring van de meerdere die het bevel gaf volledig bewijs opleveren.*

(Sv artt. 338, 342 lid 3; WMSv art. 41)

VONNIS

In de zaak van: de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen De V., N.O.



geboren op [...] te A., wonende te R., sergeant der eerste klasse, nr. [...] ingedeeld bij [...].

### *1. Tenlastelegging*

[Aan verdachte is ten laste gelegd dat:]

“hij als militair, in de rang/stand van sergeant der eerste klasse, op of omstreeks 17 maart 1996 te of nabij Gavrica (ten westen van Jajca), Bosnië-Herzegovina (voormalig Joegoslavië), in elk geval in voormalig Joegoslavië, nadat zijn meerdere, majoor P.B.v.C., het bevel had gegeven om voor de nabijbeveiliging van de aldaar gelegen wachtpost (WP 15) geen andere middelen dan struikeldraadlichtseinen en rookpotten in te zetten, opzettelijk dat dienstbevel niet heeft opgevolgd, hierin bestaande dat hij opzettelijk, in weerwil van zijn wetenschap van het bevel dat slechts als uiterste middel struikeldraadlichtseinen en/of rook- en lichtpotten mochten worden ingezet, voor die nabijbeveiliging tevens een of meer handgrana(a)t(en) (type 20-C1) heeft geïnstalleerd, en/of nadat zijn meerdere, tweede luitenant H.J.B. hem het bevel had gegeven om bij de aldaar gelegen wachtpost (WP 15) geplaatste handgrana(a)t(en) (type 20-C1) niet op scherp te zetten, opzettelijk dat dienstbevel niet heeft opgevolgd, hierin bestaande dat hij opzettelijk die handgrana(a)t(en) op scherp heeft gezet en/of met een struikeldraad heeft gevalstrikt, althans met een struikeldraad heeft verbonden, terwijl daardoor levensgevaar voor (een) ander(en), te weten voor (een) zich in de nabijheid van die handgrana(a)t(en) bevindende perso(o)n(en) te duchten was.”

### *2. Het onderzoek ter terechtzitting*

De zaak is op 13 januari 1997 en op 24 maart 1997 ter terechtzitting onderzocht. Op beide terechtzittingen is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr. H.J.M.G.M. van der Meijden, advocaat te Nijkerk.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte terzake van het tenlastegelegde wordt veroordeeld tot 12 weken militaire detentie, waarvan 6 weken voorwaardelijk, proeftijd 2 jaren.

### *3. Motivering van de beslissing*

De rechtbank stelt voorop dat zij primair niet moet beoordelen of en zo ja, in hoeverre, het gedrag van verdachte laakbaar is maar of verdachte heeft gedaan hetgeen hem in de tenlastelegging wordt verweten.

Het kan niet met voldoende zekerheid worden vastgesteld dat verdachte aanwezig is geweest bij de bevelsuitgifte van majoor P.B.v.C. Verdachte heeft dit expliciet ontkend evenals de tweede luitenant H.J.B. De majoor v.C. neemt weliswaar gemotiveerd aan dat verdachte daarbij aanwezig was, maar dit levert op zichzelf niet het vereiste bewijs. Desgevraagd kan majoor v.C. niet met zekerheid bevestigen dat verdachte bij de bevelsuitgifte was. Evenmin is uit het dossier en de behandeling ter terechtzitting het bewijs af te leiden dat het bevel van majoor v.C. aan verdachte is doorgegeven.

Met betrekking tot het tenlastegelegde handelen in strijd met een bevel van tweede luitenant H.J.B. ontbreekt eveneens het vereiste bewijs. Tegenover de ontkenning van verdachte dat een bevel als verwoord in de tenlastelegging is gegeven staat in wezen slechts de tegenovergestelde verklaring van B. Op grond van artikel 31 van de Wet Militaire Strafrechtspraak zou diens verklaring als volledig bewijs voor het naar zijn zeggen door hem gegeven dienstbevel kunnen gelden, doch in dit geval kan dat bewijs overtuigen: de rechtbank heeft reden aan de juistheid van de verklaringen van de luitenant B. te twijfelen.

Gelet op het vorenstaande ontbreekt het wettig en overtuigend bewijs dat verdachte het hem tenlastegelegd heeft begaan. Verdachte zal derhalve worden vrijgesproken.

[Volgt: Vrijspraak – Red.]

#### NASCHRIFT

*Hoewel dit een oud vonnis betreft, meende de redactie het toch – alsnog – te moeten publiceren.<sup>1)</sup> De kwestie die aan de orde is – het verwijt dat een dienstbevel niet is opgevolgd veronderstelt dat een dienstbevel is gegeven – heeft immers niet aan actualiteit ingeboet. En de vraag was of een dienstbevel gegeven was. Daarom trent verschillen de dramatis personae van mening: verdachte ontkent dat hem door de majoor v.C. of de luitenant B. een dienstbevel gegeven is, majoor v.C. neemt aan dat verdachte aanwezig was toen hij een bevel gaf maar weet dat niet zeker en de luitenant B. verklaart dat alleen hij verdachte een bevel gegeven heeft.*

*Onder deze omstandigheden moest de rechtbank wel vrijspreken van het ten laste gelegde niet opvolgen van het door majoor v.C. gegeven bevel: verdachte ontkende en de verklaring van majoor v.C. kon niet redengevend geacht worden. Moeilijker lag het met het bevel van luitenant B., want die kon zich – naar eigen zeggen – wel met zekerheid herinneren dat hij verdachte een bevel gegeven had. Tegenover zijn woord als meerdere stond het woord van zijn ondergeschikte. Wie moet de rechter dan geloven?*

*Die vraag wordt beantwoord in art. 31 lid 1 Wet militaire strafrechtspraak, dat bepaalt dat – in afwijking van art. 342 lid 3 Sv – de verklaring van een (gewezen) meerdere volledig bewijs van schuld kan opleveren, indien zij (o.m.) betrekking heeft op de schending van een door hem gegeven dienstbevel. De ratio van deze bepaling is gelegen in de omstandigheid dat het functioneren van de krijgsmacht voor een belangrijk deel afhankelijk is van het opvolgen van bevelen. En omdat bij het geven van een bevel vaak alleen de meerdere en zijn ondergeschikte aanwezig zijn, zou – unus testis, nullus testis – het bewijs dat een bevel niet opgevolgd is niet te leveren zijn als de verdachte ontkent.*

*Maar de wet verplicht de rechter niet de meerdere op zijn woord te geloven: zijn verklaring kan volledig bewijs opleveren. Deze formulering houdt verband met het bepaalde in art. 338 Sv, dat niet alleen wettig, maar ook overtuigend bewijs eist.<sup>2)</sup> En daar mankeerde het aan, want de rechtbank had reden aan de juistheid van de verklaring van luitenant B. te twijfelen. Maar waarom? Op die vraag blijft de rechtbank het antwoord helaas schuldig.*

M.M.D.

<sup>1)</sup> Het vonnis werd mij toegestuurd door prof. Coolen, die erop gestuit was bij de voorbereiding zijn bijdrage tot het symposium op 22 mei 2003 ter gelegenheid van het honderdjarig bestaan van dit tijdschrift.

<sup>2)</sup> Vgl. Van den Bosch e.a. (red.), *Militair straf- en tuchtrecht*, Deventer: Gouda Quint (losbl.), aant. 4 op art. 31 WMSv (Th.J. Clarenbeek), waar aan art. 338 Sv een zelfstandig argument ontleend wordt tegen de opvatting dat de verklaring van de meerdere verplicht volledig bewijs oplevert.

**Arrondissementsrechtbank te Arnhem**

Militaire kamer

Vonnis van 29 maart 2002

*Voorzitter:* Mr. B.N. Crol, *Lid:* Mr. A. van Waarden, *Militair Lid:* Luitenant-kolonel mr. A.M. van Gorp.

**Schoolbataljon Ermelo (I)**

*Instructeur schoolbataljon pleegt ontucht met leerlingen: als ambtenaar ontucht plegen met personen aan zijn gezag onderworpen.*

(Sr art. 249)

## VONNIS

In de zaak van: de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen H., S.H.J., geboren op [...] te W., adres [...] A., sergeant der eerste klasse, rnr. [...].

*1. De inhoud van de tenlastelegging*

Aan verdachte is ten laste gelegd dat:

“hij op een of meer tijdstippen in of omstreeks de periode gelegen van 1 augustus 1999 tot en met 5 maart 2001, te of nabij Ermelo, althans in Nederland, terwijl hij als ambtenaar (militair in de rang van sergeant 1e klas) was aangesteld in de functie van Instructeur Algemene Militaire Opleiding bij het Schoolbataljon Centraal van de Koninklijke Landmacht, (telkens) ontucht heeft gepleegd met soldaat D.C. en/of soldaat I. D. en/of soldaat I.O. en/of soldaat J.A. en/of soldaat A.L., welke perso(o)n(en) als leerling(en) van het Schoolbataljon Centraal aan zijn, verdachtes, gezag waren/was onderworpen en/of aan zijn waakzaamheid waren/was toevertrouwd en/of aanbevolen, welke ontucht bestond uit het (tong)zoenen met/van voornoemde C. en/of D. en/of O. en/of A. en/of L. en/of uit het hebben van geslachtsgemeenschap met die A. en/of uit het door die O. (over diens kleding) laten strelen/betasten van zijn penis.”

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

*2. Het onderzoek ter terechtzitting*

De zaak is laatstelijk op 18 en 19 maart 2002 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is op 18 maart 2002 bijgestaan door mr. B.D.W. Martens, advocaat te ‘s-Gravenhage, en op 19 maart 2002 door mr. M.J. van Basten Batenburg, advocaat te ‘s-Gravenhage.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een militaire detentie voor de duur van 4 weken, geheel voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren met aftrek van de tijd in verzekering doorgebracht, en voorts tot een geldboete ten bedrage van € 500,-, bij gebreke van betaling en van verhaal te vervangen door 10 dagen hechtenis onvoorwaardelijk.

*3. De beslissing inzake het bewijs*

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

“hij in de periode gelegen van 1 augustus 1999 tot en met 5 maart 2001, te of nabij

Ermelo, terwijl hij als ambtenaar (militair in de rang van sergeant 1e klas) was aangesteld in de functie van Instructeur Algemene Militaire Opleiding bij het Schoolbataljon Centraal van de Koninklijke Landmacht, telkens ontucht heeft gepleegd met soldaat D.C. en soldaat I.D. en soldaat I.O. en soldaat J.A. en soldaat A.L., welke personen als leerlingen van het Schoolbataljon Centraal aan zijn, verdachtes, gezag waren onderworpen, welke ontucht bestond uit het tongzoenen met voornoemde C. en D. en O. en A. en L. en uit het hebben van geslachtsgemeenschap met die A. en uit het door die O. (over diens kleding) laten strelen/betasten van zijn penis.”

Artikel 249, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht ziet op de bescherming van personen die aan het gezag van een (militair) ambtenaar zijn onderworpen tegen het plegen van ontuchtige handelingen door deze laatste.

De krijgsmacht, waarvan de Koninklijke Landmacht een onderdeel vormt, is belast met bijzondere overheidstaken. Aan militairen worden andere eisen gesteld dan aan burgers. De krijgsmacht is niet alleen een werkverband, maar ook een leefgemeenschap en niet in alle opzichten vergelijkbaar met de burgermaatschappij. Er is sprake van een hiërarchische bevelsstructuur. Discipline en gehoorzaamheid zijn onontbeerlijk. Daarzonder kan de krijgsmacht niet functioneren. Er wordt gewerkt in een strikt hiërarchische organisatie, onderverdeeld in niveaus die in principe op rang zijn gebaseerd. De militair wordt opgeleid en geconditioneerd om aan soms zeer vergaande bevelen te gehoorzamen. Gehoorzaamheid aan gezag wordt te allen tijde geëist en zo nodig afgedwongen. Gezag binnen de krijgsmacht is echter niet uitsluitend gebaseerd op de rangverhouding tussen meerdere-mindere (artikel 67 lid 1 en 2 Wetboek van Militair Strafrecht) maar kan ook voortvloeien uit het vervullen van een bepaalde functie (artikel 67 lid 3 Wetboek van Militair Strafrecht). De militaire instructeur ontleent zijn welhaast volstreekte gezag jegens een leerling bij uitstek zowel aan zijn rang als aan zijn functie. Zolang een leerling bij het Schoolbataljon is geplaatst en ongeacht de modules die de leerling tijdens de opleiding volgt behoort het tot de taak van de instructeur om een leerling te onderrichten in de grondbeginselen en vaardigheden van het militaire bedrijf in de ruimste zin des woords.

De aard en strekking van het militaire (straf- en tucht)recht brengt met zich mede dat de functionaliteit in de gezagsverhouding zich niet uitsluitend tot de werkzaamheden beperkt, maar zich ook verder uitstrekt in het kader van onder meer begeleiding en personeelszorgaspecten. De hiervoor bedoelde geformaliseerde en functionele relatie eindigt eerst door plaatsing van de leerling op functie na de opleiding bij de zogenaamde gebruikende eenheid waarvoor de leerling is opgeleid; dit is bij formele plaatsing buiten het Schoolbataljon.

Het voren overwogene leidt tot de conclusie dat de in de bewezenverklaring vermelde personen aan verdachtes gezag waren onderworpen.

In de gegeven situatie zijn de aan verdachte verweten en bewezen verklaarde gedragingen aan te merken als ontucht.

Hetgeen verdachte 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:

als ambtenaar ontucht plegen met een persoon aan zijn gezag onderworpen,

voorzien en strafbaar gesteld bij artikel 249, tweede lid aanhef en onder 1° juncto eerste lid van het Wetboek van Strafrecht, meermalen gepleegd.

De feiten zijn strafbaar.

##### 5. *De strafbaarheid van verdachte*

Er is geen omstandigheid of feit aannemelijk geworden waardoor de strafbaarheid van verdachte wordt opgeheven of uitgesloten. Verdachte is dus strafbaar.

##### 6. *De motivering van de sanctie(s)*

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

- de aard en de ernst van het bewezenverklarde en de omstandigheden waaronder dit is begaan;

- de persoon en de persoonlijke en financiële omstandigheden van verdachte, waarbij onder meer is gelet op het uittreksel uit het algemeen documentatieregister betreffende verdachte, gedateerd 31 mei 2001.

Meer in het bijzonder heeft de militaire kamer nog het volgende in aanmerking genomen. De verdachte heeft zich als instructeur bij het Schoolbataljon Centraal schuldig gemaakt aan ontucht met leerlingen die aan zijn gezag waren onderworpen. Zijn zaak staat niet op zich. Gelijkzeitig met de verdachte hebben nog negen voormalige instructeurs van het Schoolbataljon Centraal voor de militaire kamer van deze rechtbank terechtstaan op verdenking van ontucht met leerlingen in grotendeels dezelfde periode. Ook in hun gevallen is de militaire kamer tot een bewezenverklaring gekomen. In de periode waarin een en ander zich afspeelde was in de kring van de verdachte en de andere hiervoor genoemde instructeurs sprake van een onfrisse cultuur die mede kon ontstaan en blijven bestaan omdat de leiding van het Schoolbataljon door de betrokken instructeurs zo veel mogelijk onwetend werd gehouden van relaties tussen instructeurs en leerlingen. In veel gevallen ook lijkt sprake van calculerend gedrag.

De bewezen verklaarde ontucht is gepleegd ten aanzien van jonge vrouwen, meisjes veeleer, die ervoor hadden gekozen om bij de Koninklijke Landmacht te worden opgeleid tot soldaat. Feitelijk betekende dit dat zij voor de opleiding werden toevertrouwd aan de het Schoolbataljon en daar waren onderworpen aan de zorg van geldende hiërarchische verhoudingen. De onderofficieren/instructeurs waren belast met het geven van die opleiding en zij waren militaire meerdere in rang. In die positie hadden zij een voorbeeldfunctie. Daarbij waren zij zonder uitzondering ouder dan hun leerlingen. De verdachte moet derhalve een groot overwicht hebben gehad op de leerling-soldaten waarmee hij ontucht heeft gepleegd. Dit overwicht moet des te groter zijn geweest in het geval van de soldaten O. en D. die in de periode van de ten aanzien van hen bewezen verklaarde ontucht geplaatst waren bij het 'remedial peloton' van de E-compagnie.

Ook in wijder verband heeft de verdachte zijn voorbeeldfunctie niet waargemaakt [en] het vertrouwen in het gezag aangetast, hetgeen nadelig is voor de dienst en hij heeft hierdoor het aanzien van zijn werkgever de Koninklijke Landmacht schade berokkend.

Uit het onderzoek ter terechtzitting is de militaire kamer voorts gebleken dat verdachte er geen blijk van geeft het laakbare van zijn handelwijze in te zien en ook dit rekent zij de verdachte aan.

Als strafverminderend heeft de militaire kamer in aanmerking genomen dat de verdachte naar aanleiding van het onderzoek naar de feiten waarvoor hij heeft terechtstaan is geschorst in zijn functie en dat er, voor zover de militaire kamer bekend is, geen sprake is van nieuwe strafbare feiten. Bovendien gaat de militaire kamer er van uit dat de publi-

citeit waarmee de zaak tegen de verdachte is omgeven een zekere belasting voor hem met zich brengt.

Gelet op al hetgeen hiervoor is overwogen en op de persoon en omstandigheden van de verdachte is de militaire kamer van oordeel dat voor de afdoening van de zaak een voorwaardelijke militaire detentie en een geldboete is aangewezen. De voorwaardelijke militaire detentie dient als waarschuwing voor de verdachte om zich voortaan van het plegen van delicten te onthouden.

#### *7. De toegepaste wettelijke bepalingen*

De beslissing is, behalve de hiervoor genoemde wettelijke voorschriften, gegrond op de artikelen 14a, 14b, 14c, 23, 24, 24a, 24c, 27, 57 en 91 van het Wetboek van Strafrecht en op artikel 11 van het Wetboek van Militair Strafrecht.

[Volgt: Veroordeling tot militaire detentie voor de duur van vier weken, voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar en tot geldboete van € 500,-, subsidiair tien dagen hechtenis. – *Red.*]

---

### **Gerechtshof te Arnhem**

Militaire kamer

Arrest van 20 november 2002

*Voorzitter:* Mr. Lion, *Lid:* Mr. Van den Heuvel, *Militair Lid:* Commandeur (A) tit. Mr. Van Seventer

#### **Schoolbataljon Ermelo (II)**

*Vervolg op Rb. Arnhem, 29 maart 2002.<sup>1)</sup> Instructeur schoolbataljon pleegt ontucht met leerlingen: als ambtenaar ontucht plegen met personen aan zijn gezag onderworpen. (Na wijziging tenlastelegging:) Tongzoenen is seksueel binnendringen van het lichaam: verkrachting.*

(Sr artt. 242, 249)

#### ARREST

gewezen op het hoger beroep, ingesteld tegen het vonnis van de militaire kamer in de rechtbank te Arnhem van 29 maart 2002 in de strafzaak tegen: S.H.J.J., geboren te W. op [...], wonende te A..

#### *Het hoger beroep*

De verdachte heeft tegen voormeld vonnis hoger beroep ingesteld.

#### *Onderzoek van de zaak*

Dit arrest is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting van het hof van 6 november 2002 en, overeenkomstig het bepaalde bij artikel 422 van het Wetboek van Strafvordering, het onderzoek op de terechtzitting in eerste aanleg.

Het hof heeft kennisgenomen van de vordering van de advocaat-generaal [...], na voor-

---

<sup>1)</sup> Het bestreden vonnis is hiervoor weergegeven - *Red.*

lezing aan het hof overgelegd, en van hetgeen door en namens de verdachte naar voren is gebracht.

*Het vonnis waarvan beroep*

Het hof verenigt zich niet met het vonnis, waarvan beroep, zodat dit behoort te worden vernietigd en opnieuw moet worden recht gedaan.

*De tenlastelegging*

Aan verdachte is ten laste gelegd, zoals deze tenlastelegging in hoger beroep is gewijzigd, dat: “[1] hij op een of meer tijdstippen in of omstreeks de periode gelegen van 1 augustus 1999 tot en met 5 maart 2001, te of nabij Ermelo, althans in Nederland, terwijl hij als ambtenaar (militair in de rang van sergeant 1e klas) was aangesteld in de functie van instructeur Algemene Militaire Opleiding bij het Schoolbataljon Centraal van de Koninklijke Landmacht, (telkens) ontucht heeft gepleegd met soldaat D.C. en/of soldaat I.D. en/of soldaat I.O. en/of soldaat J.A., welke perso(n)en(en) als leerling(en) van het Schoolbataljon Centraal aan zijn, verdachtes, gezag was/waren onderworpen en/of aan zijn waakzaamheid was/waren toevertrouwd en/of aanbevolen, welke ontucht bestond uit het (tong)zoenen met/van voornoemde C. en/of D. en/of O. en/of A. en/of uit het hebben van geslachtsgemeenschap met die A. en/of uit het door die O. (over diens kleding) laten strelen/betasten van zijn penis.

[2, primair] hij, als militair in de rang van sergeant 1e klas, in elk geval als militair in werkelijke dienst bij de Koninklijke Landmacht, in of omstreeks 1 juli 2000 tot en met 1 augustus 2000 te Ermelo, althans in Nederland, meermalen, althans eenmaal, door geweld of een andere een feitelijkheid en/of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid soldaat A.L. heeft gedwongen tot het ondergaan van handelingen die (mede) bestonden uit het seksueel binnendringen van het lichaam van die A.L., te weten (telkens) het inbrengen van verdachtes tong in de mond van die L., welke geweld of andere feitelijkheid en/of welke bedreiging met geweld of andere feitelijkheid hierin heeft/hebben bestaan dat hij, verdachte, die L. onder voorwaarden en/of tegen haar wil heeft meegenomen naar zijn, verdachtes, kamer en/of na het afsluiten van die kamer (telkens) opzettelijk die A.L. bij haar polsen heeft gepakt en/of met zijn polsen haar handen omklemde en/of op het bed heeft geduwd en/of met kracht haar hoofd bij haar kaken heeft vastgepakt en/of haar in een judogreep heeft gehouden waar zij niet uit los kon komen en/of misbruik maakte van zijn, verdachtes, psychisch en gezagsoverwicht als militair meerdere van die L. en/of van haar gezags- en/of afhankelijkheidsrelatie met hem, verdachte.

[2, subsidiair] hij op een of meer tijdstippen in of omstreeks de periode gelegen van 1 juli 2000 tot en met 1 augustus 2000, te of nabij Ermelo, althans in Nederland, terwijl hij als ambtenaar (militair in de rang van sergeant 1e klas) was aangesteld in de functie van instructeur Algemene Militaire Opleiding bij het Schoolbataljon Centraal van de Koninklijke Landmacht, (telkens) ontucht heeft gepleegd met soldaat A.L., welke als leerling van het Schoolbataljon Centraal aan zijn, verdachtes gezag was onderworpen en/of aan zijn waakzaamheid was toevertrouwd en/of aanbevolen, welke ontucht bestond uit het (tong)zoenen [met/van die L.]”

Indien in de tenlastelegging taal- en/of schrijffouten voorkomen, zijn deze verbeterd. De verdachte is daardoor niet geschaad in de verdediging.

*Bewezenverklaring*

Door wettige bewijsmiddelen, waarbij de inhoud van elk bewijsmiddel - ook in onderdelen - slechts wordt gebezigd tot het bewijs van dat tenlastegelegde feit waarop het blij-

kens de inhoud kennelijk betrekking heeft, en waarin zijn vervat de redengevende feiten en omstandigheden waarop de bewezenverklaring steunt, heeft het hof de overtuiging verkregen en acht het hof wettig bewezen, dat verdachte het onder 1 en 2 primair tenlastegelegde heeft begaan, met dien verstande, dat:

“[1.] hij in de periode gelegen van 1 augustus 1999 tot en met 5 maart 2001, te of nabij Ermelo, terwijl hij als ambtenaar (militair in de rang van sergeant 1e klas) was aangesteld in de functie van instructeur Algemene Militaire Opleiding bij het Schoolbataljon Centraal, telkens ontucht heeft gepleegd met soldaat D.C. en soldaat I.D. en soldaat I.O. en soldaat J.A., welke personen als leerlingen van het Schoolbataljon Centraal aan zijn, verdachtes, gezag waren onderworpen, welke ontucht bestond uit het tongzoenen met voornoemde C. en D. en O. en A. en uit het hebben van geslachtsgemeenschap met die A. en uit het door die O. over diens kleding laten strelen/betasten van zijn penis.

[2., primair.] dat hij, als militair in de rang van sergeant 1e klas, in elk geval als militair in werkelijke dienst bij de Koninklijke Landmacht, in de periode van 1 juli 2000 tot en met 1 augustus 2000 te Ermelo, eenmaal, door een feitelijkheid soldaat A.L. heeft gedwongen tot het ondergaan van handelingen die (mede) bestonden uit het seksueel binnendringen van het lichaam van die A.L., te weten het inbrengen van verdachtes tong in de mond van die L., welke feitelijkheid hierin heeft bestaan dat hij, verdachte, die L. tegen haar wil heeft meegenomen naar zijn, verdachtes, kamer en na het afsluiten van die kamer opzettelijk die A.L. bij haar polsen heeft gepakt en/of met zijn polsen haar handen omklemde en op het bed heeft geduwd en met kracht haar hoofd bij haar kaken heeft vastgepakt en haar in een judogreep heeft gehouden waar zij niet uit los kon komen en misbruik maakte van zijn, verdachtes, psychisch en gezagsoverwicht als militair meerdere van die L.”

Naar het oordeel van het hof wordt aan de bewezenverklaarde gezagsrelatie tussen verdachte en de betrokken leerlingen inhoud gegeven door een aantal factoren, die elkaar onderling versterken en, voor zover zij ieder voor zich al niet het bestaan van een gezagsrelatie kunnen dragen, dat in onderling verband en samenhang in ieder geval wel doen.

Tussen de verdachte en de leerlingen bestond steeds krachtens hogere militaire rang de verhouding van meerdere tot mindere. Tevens was sprake van een veelal aanzienlijk en steeds relevant leeftijdsverschil. De bewezenverklaarde feitelijkheden vonden veelal plaats in militaire gebouwen, op militair terrein en/of in het kader van met de dienst verband houdende activiteiten. Verder was de feitelijke situatie naar het oordeel van het hof deze, dat moet worden gesproken van ‘de instructeurs’, respectievelijk ‘de leerlingen’ van het Schoolbataljon Centraal.

Verdere differentiatie naar gelang de administratieve onderbrenging van instructeurs respectievelijk leerlingen bij de onderscheiden compagnieën of andere onderdelen binnen het Schoolbataljon zou aan deze feitelijke werkelijkheid geen recht doen. Tenslotte is het hof van oordeel dat deze gezagsrelatie met de instructeurs van het Schoolbataljon gedurende de gehele initiële opleiding, dus tot aan de plaatsing op het onderdeel, bleef bestaan. Naar het oordeel van het hof is niet aannemelijk geworden dat deze gezagsrelatie bij de bewezenverklaarde handelingen geen rol heeft gespeeld.

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.

#### *Strafbaarheid van het bewezenverklaarde*

Het bewezene levert op de misdrijven:

ten aanzien van het onder 1 bewezenverklaarde:

Als ambtenaar ontucht plegen met een persoon aan zijn gezag onderworpen,



meermalen gepleegd;  
ten aanzien van het onder 2 primair bewezenverklaarde:  
Verkrachting.

*Strafbaarheid van de verdachte*

Verdachte is strafbaar, nu geen omstandigheid is gebleken of aannemelijk geworden die verdachte niet strafbaar zou doen zijn.

Nu de overtreden norm is vastgelegd in een in het Wetboek van Strafrecht opgenomen strafbepaling, is naar het oordeel van het hof niet relevant wat hieromtrent wel of niet zou zijn vastgelegd in nadere dienstvoorschriften, noch of deze deugdelijk zijn bekendgesteld.

*Oplegging van straf en/of maatregel*

De verdachte heeft zich als instructeur bij het Schoolbataljon Centraal schuldig gemaakt aan ontucht met leerlingen, waarbij hij misbruik heeft gemaakt van de gezagsrelatie die tussen hem en die leerlingen bestond. Verdachte heeft daarbij geen rekening gehouden met de voorbeeldfunctie die hij te vervullen had ten opzichte van de leerlingen en heeft daarmee het vertrouwen beschaamd dat in hem moet kunnen worden gesteld ten aanzien van de zorgvuldigheid waarmee hij de aan zijn gezag onderworpen personen hoort te bejegenen.

De verdachte heeft zich daarnaast schuldig gemaakt aan verkrachting van A.L. door haar met kracht te dwingen tot het ondergaan van een tongzoen. Dit feit vormt een inbreuk op de lichamelijke en geestelijke integriteit van het slachtoffer.

Gelet op de aard en de ernst van hetgeen bewezen is verklaard, de omstandigheden waaronder dit is begaan en de persoon van de verdachte, zoals van een en ander ter terechtzitting is gebleken, acht het hof oplegging van een militaire detentie passend, voor de duur als bepaald in de hierna te dien aanzien te vermelden beslissingen.

Ten aanzien van deze strafoplegging is het hof van oordeel dat, in het bijzonder in aanmerking genomen hetgeen omtrent de persoon van verdachte is gebleken, kan worden volstaan met een voorwaardelijke veroordeling, als hierna te vermelden.

Ten aanzien van de strafoplegging is het hof van oordeel dat, in het bijzonder in aanmerking genomen hetgeen omtrent de persoon van verdachte is gebleken, oplegging van een taakstraf, bestaande uit een werkstraf, gerechtvaardigd is.

*Toepasselijke wettelijke voorschriften*

Het hof heeft gelet op de artikelen 14a, 14b, 14e, 22c, 22d, 57. 63, 242 en 249 van het Wetboek van Strafrecht en artikel 11 van het Wetboek van Militair Strafrecht.

[Volgt: Veroordeling tot militaire detentie voor de duur van een maand, voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar en tot werkstraf voor de duur van veertig uur, subsidiair twintig dagen hechtenis. – Red.]

MEDEDELING VAN DE REDACTIE

*Hoewel het hiervoor gepubliceerde arrest nog niet onherroepelijk is – verdachte heeft daartegen beroep in cassatie ingesteld – heeft de redactie in de onverminderde actualiteit van zaken als deze aanleiding gezien desondanks tot publicatie te moeten overgaan.*

*De redactie*

## WETGEVING

door

MR. J.B. MIETE

*Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten*

Deze rijkswet van 24 februari 2003 is bekendgemaakt in Stb. 2003, 134.

*Brief aan de Eerste Kamer*

Tijdens de plenaire behandeling in de Eerste kamer op 18 februari 2003 van de (toen nog ontwerp-)Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten werd door de Minister van Defensie toegezegd een aantal vragen van de heer Dölle schriftelijk te beantwoorden. Deze vragen betroffen een aantal aspecten terzake van de Nederlandse militair die op basis van artikel 10 van het Legerkorpsverdrag in Duitsland wachtloopt (derhalve de spiegelbeeldige situatie van de Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten, die immers de geweldbevoegdheid van buitenlandse militairen in Nederland betreft).

Ministeriële verantwoordelijkheid: De Minister stelt in zijn brief dat het wachtlopen in Duitsland door een Nederlandse militair geen wijziging brengt in het feit dat die Nederlandse militair ambtenaar is van het Nederlandse Ministerie van Defensie. Dit betekent dat de Minister van Defensie ingevolge artikel 42 (dat de ministeriële verantwoordelijkheid regelt) en artikel 68 (dat het verstrekken van inlichtingen aan het parlement betreft) de politieke verantwoordelijkheid draagt voor de werkzaamheden van zijn ambtenaren en gehouden is daaromtrent aan de Staten-Generaal de nodige inlichtingen te verschaffen.

Civielrechtelijke aansprakelijkheid: Onrechtmatige gedragingen van een militair in het kader van zijn bewakingstaak worden ingevolge jurisprudentie van de Hoge Raad toegerekend aan de Staat. Het NAVO-statusverdrag bevat een schaderegeling tussen zendstaat en ontvangende staat. Op militairen, geplaatst bij het hoofdkwartier te Münster, is het Paris Protocol van toepassing, dat voor handelen of nalaten van een werknemer van dat hoofdkwartier aansprakelijkheid van het hoofdkwartier meebrengt.

Ambtenaarrechtelijk: De Minister van Defensie beschikt over bevoegdheden van rechtspositionele aard jegens zijn ambtenaren, ook wanneer deze in een ander land wachtlopen.

Strafrechtelijk: Artikel 4 van het Wetboek van Militair Strafrecht brengt mee dat de Nederlandse strafwet van toepassing is op de militair die zich buiten Nederland aan enig strafbaar feit schuldig maakt. Dit geldt onverkort voor de Nederlandse militair die in Duitsland wachtloopt. Qua rechtsmacht heeft onder andere ingevolge het NAVO-statusverdrag de staat waarvan de betrokken militair onderdaan is, voorrang.

Tenslotte gaat de Minister in op de voor Nederlandse militairen die in Duitsland wachtlopen geldende schiet- en wachtinstructie. Van toepassing is de Duitse regelgeving terzake, en de uitvoering van bewakingstaken geschiedt onder gezag van een Duitse wachtcommandant. De Nederlandse militairen worden geïnstrueerd omtrent de geldende regelingen.

(Brief dd 14 april 2003, kamerstukken I, 2002-2003, 27 624 (R 1677), nr. 31d).

*Wijziging Besluit geweldgebruik defensiepersoneel in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak i.v.m. de Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten.*

Het besluit voorziet in de aanpassing aan de Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten van de uitvoeringsregelgeving op het niveau van algemene maatregel van

rijksbestuur. In hoofdzaak betreft het de wijziging van het begrip “meerdere”. Deze wijziging is noodzakelijk aangezien de uitoefening van geweldsbevoegdheden door buitenlandse militairen ingevolge de rijkswet dient te geschieden onder verantwoordelijkheid van een tot de krijgsmacht van het Koninkrijk behorende militair of burgerambtenaar in dienst van het Ministerie van Defensie. Uitsluitend een dergelijke persoon kan derhalve als meerdere worden aangewezen.

Voorts wordt de rapportageverplichting inzake geweldgebruik herzien, zulks in aansluiting op een wijziging die in 2001 in de Ambtsinstructie voor de politie, de Kmar en de buitengewoon opsporingsambtenaar is aangebracht. De plicht tot rapporteren verschuift daarbij van degene die geweld heeft gebruikt naar de meerdere. Hiermee wordt voorkomen dat de degene die het geweld heeft gebruikt in het conflict tussen zwijgrecht enerzijds en meldingsplicht anderzijds komt te verkeren. Betrokkene wordt derhalve op afstand van de schriftelijke bescheiden geplaatst die van zijn handelen moeten worden opgemaakt.

Het besluit (van 17 juni 2003) was ten tijde van het schrijven van deze bijdrage nog niet gepubliceerd in het Staatsblad. Uitgaande van publicatie in juli 2003 zullen ingevolge artikel II van het besluit de Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten en dit besluit in werking treden met ingang van 1 september 2003.

*Besluit houdende aanwijzing van Duitse militaire bewakers met geweldbevoegdheid.*

Sluitstuk van de herziening van de regelgeving ten behoeve van de binationale wacht vormt het Besluit houdende aanwijzing van Duitse militaire bewakers met geweldbevoegdheid. In artikel 1 worden als militairen met geweldbevoegdheid aangewezen de militairen van de Duitse krijgsmacht voor zover zij zijn belast met de bewaking (in Nederland) van voor binationale doeleinden van het 1(Duits/Nederlandse) legerkorps gebruikte faciliteiten of gebouwen.

Gepubliceerd in Staatscourant 2003, 74, dd 15 april 2003.

*Wijziging Wet gewetensbezwaren militaire dienst ivm Kaderwet dienstplicht (25 990)*

Deze technische aanpassing van de Wet gewetensbezwaren militaire dienst aan de Kaderwet dienstplicht (zie MRT mei 2003, blz. 189) is op 10 april 2003 als hamerstuk door de Tweede Kamer aanvaard en door de Eerste Kamer, eveneens als hamerstuk, op 20 mei 2003. Als Wet van 22 mei 2003 is deze wijziging van de Wet gewetensbezwaren gepubliceerd in Stb. 2003, 255. De wet treedt in werking met ingang van 1 september 2003.

*Wijziging Verkeersregeling Defensie*

De wijziging strekt ertoe om met het oog op de leerdoelen op het nieuwe verkeersoefenterrein van het Opleidings- en trainingscentrum Rijden op “Strijpse Kampen” (Oirschot) mogelijk te maken dat op wegen met een ontsluitingsfunctie gereden kan worden met een snelheid van 80 kilometer per uur (in afwijking van de gebruikelijke maximumsnelheid van 70 km/uur). De wijziging is geplaatst in deel 11-70 van de Ministeriële Publicatieserie, waarvan mededeling is gedaan in Staatscourant 2003, 84. De wijziging is in werking getreden met ingang van 4 mei 2003.

*Besluit vervoer gevaarlijke stoffen door de lucht met militaire luchtvaartuigen*

Dit besluit van 2 juni 2003 strekt tot uitvoering van de artikelen 10.6 en 10.7 van de Wet luchtvaart, betreffende het vervoer van gevaarlijke stoffen door de lucht met militaire luchtvaartuigen. Het betreft hier het internationale vervoer van gevaarlijke stoffen, het nationale vervoer van ontplofbare stoffen of voorwerpen en het nationale vervoer van aan

te wijzen gevaarlijke stoffen anders dan ontplofbare stoffen of voorwerpen, behorend tot de operationele uitrusting of het wapensysteem van een militair luchtvaartuig of behorend tot de uitrusting van personen die met een dergelijk luchtvaartuig worden vervoerd. [Voor het resterend vervoer, te weten in hoofdzaak het nationale vervoer van gevaarlijke stoffen, niet zijnde ontplofbare stoffen en voorwerpen, gelden ingevolge het Besluit vervoer gevaarlijke stoffen door de lucht de reguliere civiele eisen.] De hier bedoelde regels gelden voor het vervoer met luchtvaartuigen waarvan de krijgsmacht of de krijgsmacht van een andere mogendheid houder is. Hier vallen dus ook luchtvaartuigen onder die bij voorbeeld door de krijgsmacht zijn geleased. Aan derden uitbesteed vervoer valt evenwel niet onder de hier bedoelde regels, doch onder de reguliere civiele regels voor vervoer van gevaarlijke stoffen door de lucht. Als specifieke regels voor het in de artikelen 10.6 en 10.7 van de Wet luchtvaart bedoelde vervoer worden vastgesteld de voorschriften die zijn opgenomen in een drietal Stanags (NATO Standardization Agreements).

Het besluit is bekend gemaakt in Stb.2003, 242. Ingevolge het in Stb. 2003, 243, bekend gemaakte inwerkingtredingsbesluit is het Besluit vervoer gevaarlijke stoffen door de lucht met militaire luchtvaartuigen in werking getreden met ingang van 20 juni 2003.

#### *Besluit aanwijzing KMCGS ex artikelen 11.1 en 11.3 Wet luchtvaart*

Ingevolge dit besluit worden de commandant en de controleurs van het Korps militaire controleurs gevaarlijke stoffen van de Kmar belast met het toezicht op de naleving van de bepalingen in de Wet luchtvaart die betrekking hebben op het vervoer van gevaarlijke stoffen (als bedoeld in titel 6.5 en de artikelen 10.7 en 10.8) met luchtvaartuigen waarvan de krijgsmacht of de krijgsmacht van een andere mogendheid houder is. Bedoelde functionarissen worden tevens belast met de opsporing van het bepaalde in artikel 6.59 van de Wet luchtvaart. Aanwijzing als opsporingsambtenaar voor de hiervoor met betrekking tot toezicht genoemde bepalingen zal, aangezien de strafbaarstelling van die feiten geschiedt in de Wet op de economische delicten, ingevolge artikel 17 van die wet geschieden.

Gepubliceerd in Stcrt 2003, 84. Het besluit is in werking getreden met ingang van 4 mei 2003.

#### *Onderzoeksraad voor veiligheid*

Het voorstel van Rijkswet onderzoeksraad voor veiligheid (zie MRT november/december 2002, blz. 403/404) heeft het afgelopen half jaar goede voortgang geboekt. Het voorstel geeft uitvoering aan de in december 2000 door de Tweede Kamer aanvaarde moties inzake het totstandbrengen van één onafhankelijke onderzoeksraad voor rampen en zware ongevallen waaronder transportongevallen en overige ongevallen zoals defensieongevallen, daarbij rekening houdend met de specifieke positie van defensie.

Op 12 februari 2003 bracht de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties het verslag uit [kamerstukken II, 2002-2003, 28634 (R 1727), nr 4]. Met goed gevoel voor timing zond de beoogd voorzitter van de nieuwe raad, de voorzitter van de huidige Raad voor de Transportveiligheid, kort daarvoor een brief met opmerkingen over het wetsontwerp aan de Tweede Kamer, welke brief aldaar in vruchtbare aarde viel. Op 13 mei 2003 volgt van de kant van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) een nota naar aanleiding van het verslag en een nota van wijziging (nrs. 5 en 6), waarna op 16 juni 2003 het voorstel van rijkswet werd behandeld in een zogenaamd wetgevingsoverleg. Vlak voor dat overleg zond genoemde voorzitter andermaal een brief aan de Tweede Kamer en trad hij uitgebreid in de publiciteit. Waar gaat het allemaal om? Aangezien de hiervoor genoemde stappen in het wetgevingproces een duidelijk element

van herhaling van zetten kennen, vat ik de discussie van een half jaar in een aantal hoofdpunten samen.

*Bescherming gerubriceerde gegevens*

Belangrijkste punt betreft het waarborgen dat gerubriceerde gegevens niet onbedoeld in de openbaarheid komen. Daartoe is in het wetsvoorstel op een aantal plaatsen waar stukken in de openbaarheid kunnen komen (zoals openbare zitting en vaststellen eindrapport), een voorziening getroffen dat de Minister van Defensie alvorens tot verspreiding van stukken wordt overgegaan, in de gelegenheid wordt gesteld de stukken te beoordelen op vertrouwelijke of gerubriceerde informatie. Een vergelijkbare voorziening is opgenomen ten behoeve van de Ministers van BZK en Justitie. Door de Tweede Kamer (cq de genoemde voorzitter) wordt voorgesteld deze bepalingen te vervangen door een door de betrokken minister uit te oefenen “vetorecht”, meebrengend dat de raad zich op last van die minister onthoudt van onderzoek.

In de nota naar aanleiding van het verslag wordt een dergelijk vetorecht van de hand gewezen. Zo'n vetorecht is namelijk een veel te drastisch middel aangezien het een onderzoek op voorhand volstrekt onmogelijk maakt terwijl zeer wel kan blijken dat vertrouwelijke gegevens geen rol van betekenis spelen. Ook politiek is het vetorecht uiterst onaantrekkelijk: welke minister wil immers een verbod tot ongevallenonderzoek uitspreken en daarmee de verdenking van doofpotactiviteiten over zich afroepen?

Het in het wetsvoorstel neergelegde systeem van een toets tijdens het onderzoek biedt de mogelijkheid maatwerk te leveren en in een zo groot mogelijk aantal gevallen daadwerkelijk onderzoek uit te voeren. Onderzoek staat voorop, zij het dat in voorkomend geval bewaakt moet worden dat gerubriceerde gegevens niet in de openbaarheid komen. En dat is wat de bevoegdheid van de minister, anders dan men in de publiciteit wil doen geloven, inhoudt. De minister beziet of gerubriceerde gegevens niet onbedoeld in de openbaarheid komen. Niet meer, en niet minder. Het schrappen van onwelgevallige passages of het wijzigen van onderzoeksresultaten is dus niet aan de orde. De Kamer wil evenwel de eindverantwoordelijkheid voor de beoordeling van openbaarheid bij de onderzoeksraad leggen. Tijdens het wetgevingsoverleg laat de minister van BZK er geen misverstand over bestaan dat de verantwoordelijkheid voor gerubriceerde gegevens (zoals de staatsveiligheid) bij een politiek verantwoordelijke minister moet berusten en niet kan worden overgedragen aan een los van de regering opererende onderzoeksraad. En terecht. Zou de eindverantwoordelijkheid voor dergelijke gegevens bij de onafhankelijke raad komen te liggen, dan staat het parlement uiteindelijk met lege handen: de raad is geen verantwoording schuldig aan het parlement, en de minister is niet langer aanspreekbaar omdat zijn verantwoordelijkheid terzake bij de raad is gelegd. Een drietal op dit punt ingediende amendementen stuit derhalve op een krachtige afwijzing door de minister van BZK. Wel zegt hij toe een controlemechanisme in te zullen bouwen. Een minister die bepaalt dat gegevens niet door de raad in de openbaarheid mogen worden gebracht, moet dit zo de raad dat verzoekt, mededelen aan het parlement. Dit controlemechanisme is neergelegd in de derde nota van wijziging [kamerstukken II, 2002-2003, 28634 (R 1727), nr 19]. Naar het voorkomt zou dit instrument in de praktijk goed moeten kunnen werken. Indien een minister van oordeel is dat bepaalde vertrouwelijke gegevens niet in de openbaarheid mogen komen, deelt hij dat mee aan de raad. Is de raad het daarmee eens, dan is het probleem opgelost en is er geen noodzaak het parlement omtrent het gebruik van de bevoegdheid door de minister in te lichten. Is de raad het niet met de betrokken minister eens, dan kan de raad hem verzoeken het parlement over het verschil van inzicht te informeren. Het parlement kan dan desgewenst de betrokken minister ter verantwoording roepen.

### *Budget van de raad*

De voor het ongevalsonderzoek beschikbaar gestelde financiële middelen vormen ook een bron van zorg voor de beoogd voorzitter van de raad en voor de Tweede Kamer. De minister van BZK houdt evenwel voet bij stuk. De beschikbare 8,1 miljoen euro is naar zijn mening voldoende; de ontwikkelingen zullen nauw in het oog worden gehouden en voor extreme rampen zal altijd extra geld vrij worden gemaakt.

### *Rechtspersoonlijkheid van de raad*

Het wetsontwerp zoals dat werd voorgelegd aan de Raad van State, kende aan de Onderzoeksraad voor veiligheid rechtspersoonlijkheid toe. De Raad van State achtte de motieven daarvoor evenwel niet overtuigend, waarna de rechtspersoonlijkheid is komen te vervallen. Beoogd voorzitter en Kamer hechten evenwel bijzonder aan het alsnog toekennen van rechtspersoonlijkheid aan de raad, zulks als nadere onderstreping van het onafhankelijk karakter van de raad. De minister van BZK lijkt hier geen halszaak van te gaan maken. Hij geeft aan dat de onafhankelijkheid van een instantie niet afhangt van het bezitten van rechtspersoonlijkheid. Tegen een amendement met die strekking zal hij zich evenwel niet verzetten.

### *Controle op het opvolgen van aanbevelingen*

De raad heeft de bevoegdheid om in het kader van een onderzoek aanbevelingen te doen ter vergroting van de veiligheid in de toekomst (art. 3). Vanuit de Tweede Kamer wordt aangedrongen op een mogelijkheid voor de raad om toe te zien op het naleven van die aanbevelingen. De minister van BZK meent dat hier geen taak voor de raad ligt. Het voorstel van rijkswet bevat reeds de verplichting voor degene tot wie de aanbeveling zich richt om op deze aanbeveling te reageren en de raad daaromtrent te informeren (art. 68 en 69). De raad heeft derhalve reeds de mogelijkheid om informatie te verstrekken omtrent de naleving van aanbevelingen, bij voorbeeld in zijn jaarverslag.

### *De plenaire behandeling in de Tweede Kamer: een anticlimax?*

Op 26 juni vindt de openbare behandeling in de Tweede Kamer plaats. Andermaal volgt in belangrijke mate een herhaling van de hiervoor genoemde onderwerpen. Cruciaal punt is de bescherming van gerubriceerde gegevens. Het in de derde nota van wijziging neergelegde systeem heeft de Kamer niet kunnen overtuigen. Van de kant van de PvdA wordt tijdens de behandeling een tweetal amendementen op tafel gelegd met als strekking dat een ruimer gebruik moet worden gemaakt van het in artikel 36 neergelegde vetorecht (waarbij de minister van BZK het onderzoek dus geheel stillet) onder mededeling aan het parlement. Er wordt hierbij vanuit gegaan dat de andere bevoegdheden van de betrokken ministers tot het waarborgen van vertrouwelijke gegevens komen te vervallen.

De minister van BZK voelt hier helemaal niet voor en geeft aan dat indien de Kamer de amendementen tot het schrappen van laatstbedoelde bevoegdheden zal aanvaarden, hij zal moeten verzoeken de eindstemming over het wetsvoorstel aan te houden omdat hij binnen het kabinet over de dan ontstane situatie overleg zal moeten voeren. Vervolgens stelt het CDA voor om de stemming over het wetsvoorstel tot een nader te bepalen tijdstip uit te stellen teneinde alles nog eens “door te kunnen exerceren”. Dit voorstel stuit bij de andere fracties niet op verzet (de VVD was inmiddels niet meer vertegenwoordigd in verband met andere prioriteiten). Tenslotte wordt door de SGP (met steun van Chr.Unie, PvdA, CDA, D66, SP en GL) een amendement ingediend met als strekking dat gezien de zwaarwegende bezwaren van de regering tegen een aantal amendementen, de regering wordt verzocht daarover advies van de Raad van State in te winnen. Het is evenwel zeer de vraag of dit een zinvolle motie is. Immers, hier is sprake van een verschil van inzicht tussen Kamer en bewindspersoon over een principiële politieke keuze. De Raad van State pleegt

in dergelijke kwesties niet als scheidsrechter op te treden.

*Vervolg*

De afronding van de parlementaire behandeling is hierdoor zoals dat heet “over het zomerreces getild”. In de tussentijd kan een ieder zich beraden over de ontstane situatie, en zal het kabinet zich beraden over het al dan niet uitvoeren van de motie. De geplande invoering van de Onderzoeksraad voor veiligheid per 1 januari 2004 is in ieder geval een stuk onzekerder geworden. De Tijdelijke Commissie Ongevallenonderzoek Defensie (MRT mei 2003, blz. 191) zal daardoor wel eens langer in functie moeten blijven dan oorspronkelijk beoogd.

---

## OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

### Boeken en tijdschriften

#### Boekbespreking

*Machteld Boot, Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court, dissertatie, Intersentia, Antwerpen z.j. [2002], 708 pagina's.*

#### *Inleiding*

Sinds de oprichting van het Joegoslavië tribunaal (ICTY) in 1993 en een jaar later het Rwanda tribunaal (ICTR) is in ijlt tempo een nieuw recht ontwikkeld: het supranationale strafrecht. Met de totstandkoming van het permanente *International Criminal Court* (ICC) is dit verder bestendigd. Dit supranationale strafrecht is voor iedereen nieuw. Het is een merkwaardige combinatie van volkenrecht en strafrecht, waarbinnen ook mensenrechten een belangrijke rol spelen. Het is bovendien een merkwaardige combinatie van de adversaire en inquisitoire procesvormen, en van common en civil law tradities. Eenieder die ermee te maken krijgt, ‘*faces a very steep learning curve*’, zoals ooit een oudgediende bij het ICTY zei kort na de benoeming van de huidige *prosecutor* van de *ad hoc* tribunalen. Een belangrijke oorzaak daarvan is dat het van alle rechtssystemen en rechtstradities wel iets weg heeft, maar tegelijkertijd ook heel anders is. Termen die in een bekend systeem worden gekend en gebruikt kunnen in hun nieuwe, supranationale, context een heel andere betekenis krijgen. Het is, kortom, een sui generis systeem, een nieuw systeem met een eigen dynamiek, vergelijkbaar met maar zeker niet identiek aan de bestaande systemen.

Een van de onderwerpen waarop zich dit sui generis karakter toont is het legaliteitsbeginsel, ofwel het *nullum crimen*-beginsel. *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*. Geen strafbaar feit, geen straf, zonder een voorafgaande wettelijke strafbepaling (zie ook ons art. 1 WvSr). En over de legaliteit van het supranationale strafrecht is wel het een en ander te zeggen.

Wie bijvoorbeeld ontdekt dat er in de nog geen tien jaar dat de beide *ad hoc* tribunalen rechtspreken in totaal al vier verschillende definities van verkrachting (*rape*) zijn ontwikkeld, telkens gegeven in het eindvonnis, nadat de feiten bewezen werden geacht; wie leert dat in de eerste zaak voor het ICTY door zowel de verdediging als de aanklager werd gevraagd aan de rechters een definitie te geven van ‘oorlogsmisdrijven’, wat door de rechters niet eerder werd gedaan dan in hun eindvonnis; wie leest dat een verdachte de rech-

ters vraagt een definitie te geven van de strafuitsluitingsgrond ‘*mental incapacity*’, die daar pas antwoord op krijgt in het eindvonnis, als hij zijn verdediging dus al heeft gevoerd; wie dit alles en nog veel meer met stijgende verbazing leest wordt benieuwd naar de waarde van het legaliteitsbeginsel in het supranationale strafrecht.

Is de supranationale rechter dan niet gebonden aan de strenge eisen die het legaliteitsbeginsel stelt – toch een van de meest fundamentele beginselen, zo niet het belangrijkste, in het strafrecht? Of moet je het beginsel anders lezen omdat het bij de ‘oorlogstribunalen’ niet om gewone misdaden gaat maar om de ergst denkbare: oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de menselijkheid, genocide, en voor het langzaam maar zeker actief wordende ICC ook het nog onbepaalde delict ‘agressie’?

Het zijn precies dit soort vragen die Machteld Boot in haar vuistdikke proefschrift stelt; te dik overigens, 700 pagina’s van kaft tot kaft. Ik waag me dan ook niet aan een samenvatting; die van Boot zelf is al 14 pagina’s lang. Ik beperk me tot een paar opmerkelijke onderwerpen, met voorbijgaan aan een hele hoop andere interessante zaken die dit rijke boek te bieden heeft.

#### *Probleemstelling en methode*

De centrale vraag in dit onderzoek luidt (p. 27):

*‘To what extent are the content and scope of the Court’s subject matter jurisdiction restricted by its Statutory principle, nullum crimen sine lege?’*

Een van de doelen van het onderzoek is te bekijken of er een ‘*core concept*’ van het legaliteitsbeginsel bestaat, los van verschillen op nationaal niveau. Zoals ook blijkt uit dit boek is de tweeledige functie van het *nullum crimen* algemeen aanvaard:

- het waarschuwen van burgers over hetgeen strafbaar is en dus door hen moet worden nagelaten;
- het beschermen van burgers tegen willekeurig overheidsoptreden.

Maar met die constatering is nog niet veel gezegd; het komt aan op de betekenis die aan deze twee zinnen wordt gegeven, de manier waarop er inhoud aan wordt gegeven, en juist daarover wordt gestreden.

Het ligt voor de hand eerst te bekijken hoe het *nullum crimen* in nationale jurisdicties wordt opgevat. Boot heeft gekozen voor een vergelijking tussen Duitsland en de Verenigde Staten, als representanten van respectievelijk de civil en common law tradities: ‘wetgeversrecht’ tegenover ‘rechtersrecht’.

De keuze voor Duitsland als min of meer de basis voor *civil law* dogmatisch denken ligt voor de hand; de Nederlandse lezer kan het bovendien vrij eenvoudig op de Nederlandse situatie leggen. Maar de keuze voor de VS vind ik minder voor de hand liggen. Boot kiest voor de VS omdat deze tijdens de onderhandelingen over het ICC de noodzaak hebben benadrukt van ‘*Elements of Crimes*’ als onderdeel van het geschreven recht. Boot motiveert deze keuze onder verwijzing naar het feit dat ‘[t]he US delegation believed that “criminal elements can give teeth to the concept of nullum crimen sine lege”.’ (p. 82) Dit lijkt een goede onderbouwing, maar juist met deze opmerking toont het VS-recht zich veel meer *civil* – wetgevers – law dan *common* – judge-made – law. Juist op dit aspect hebben het meer *civil law* georiënteerde continentale Europa en het officieel als *common law* te boek staande Amerika elkaar gevonden.

De conclusie, in grote lijnen, dat er niet zo veel verschil is tussen beide tradities komt



dan ook niet onverwacht. Een vergelijking met Engeland, de bakermat van de *common law*, waar de rechterlijke creatieve arbeid weliswaar officieel in de ban is gedaan maar de traditionele achtergrond nog wel degelijk leeft – Schotland zou een nog mooier voorbeeld zijn – was waarschijnlijk interessanter geweest. Dit had vermoedelijk tot de conclusie geleid dat de theoretische achtergrond wel degelijk enorme verschillen vertoont, en dat als gevolg hiervan bij het doordenken van oplossingen voor praktische problemen hele verschillende oplossingen uit de bus komen rollen. De wijze waarop het recht traditioneel in de *common law* en het daarachter liggende gewoonterechtelijk denken (*customary law*) wordt gevonden, afgezet tegen het wat dat betreft veel ‘simpeler’ wettenrecht in de *civil law*, had bijvoorbeeld wellicht kunnen verklaren hoe het kan, dat van verkrachting inmiddels vier verschillende definities bestaan, alle vier geformuleerd niet voordat de zaak begon maar pas aan het eind, na vaststelling van de bewezen feiten.

Ondertussen is de gemaakte rechtsvergelijking zeker interessant. Zoals gezegd blijft de traditie, de theoretische achtergrond, wel degelijk een rol spelen bij keuzes die worden gemaakt; ik kom daar later nog op terug. Ten tweede kan het ons veel leren over de verschillende manieren waarop het *nullum crimen*-beginsel kan worden ingevuld. Zo leren we dat Duitsland en de VS gemeen hebben wat de Duitsers het ‘*Konkretisierbarkeits-Kriterium*’ noemen en de Amerikanen de ‘*Void for Vagueness*’-doctrine, beide te zien als een operationalisering van het *lex certa* aspect van het legaliteitsbeginsel. Te vaag is een delictsomschrijving die de wetgever in meer concrete termen had kunnen formuleren; het is te vaag als het concreter kan. Dit legt terecht de verantwoordelijkheid bij de wetgever, en niet, zoals in Nederland in de praktijk gebeurt, bij de rechter, die bekijkt of hijzelf vindt dat hij ermee overweg kan.

Interessant vond ik het ook te lezen dat de Duitsers de eis stellen dat ‘*[a] penal statute must in any event define the conditions of punishability more precisely, the more severe the punishment is that threatens the violation of the statute*’ [p. 99]. Op het supranationale vlak wordt mij iets te vaak en te gemakkelijk gezegd dat we ons niet aan alle eisen die een faire strafrechtsbedeling ons stelt hoeven te houden omdat het hier om zulke ernstige feiten gaat (dat is overigens niet veel anders op nationaal vlak, waar de tendens bestaat om strafvorderlijke en andere eisen te versoepelen naar mate de verdenking – dus nog niet eens het bewezen verklaarde – zwaarder is). Het tegendeel zou moeten worden gesteld: juist omdat de consequenties voor de verdachte burger veel ernstiger zijn, juist omdat het om zulke zware beschuldigingen gaat, dient nog meer dan normaal al uiterst voorzigt met het strafrecht te worden omgesprongen. De lat moet hoger in plaats van lager worden gelegd. Toch is dat in de internationale discussie niet onomstreden.

#### *Nullum crimen bij internationale misdrijven*

De vraag of het legaliteitsbeginsel anders, ruimer, moet worden opgevat bij internationale misdrijven, is lang positief beantwoord. Met een beroep op de oorlogstribunalen van Tokio en Neurenberg wordt gesteld dat in ieder geval sindsdien iedereen kan weten dat hij kan worden gestraft voor het plegen van dit soort misdrijven.

Een rechtsgeleerd schrijver als Bassiouni stelt dat we het ‘*sine lege*’ moeten lezen als staat er ‘*sine iure*’, wat, als ik het goed begrijp, een uitbreiding van ‘wet’ naar ‘recht’ betekent, niet alleen geschreven recht, de wet, maar ook de ‘gewoonte’ wordt directe bron van bestraffing. Morris en Scharf, auteurs van naam, zijn eveneens van mening, constateert Boot, dat zo lang *international customary law* wordt toegepast, er geen schending is van *nullum crimen sine lege*, ook niet wanneer het betreffende land geen partij is bij de ver-

schillende internationale instrumenten op basis waarvan de gewoonte kan worden vastgesteld, noch wanneer er vooraf geen straffen op de gedragingen waren gesteld.

En hebben ze geen gelijk? Stelt niet ook artikel 7, tweede lid, van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM) dat iemand berecht mag worden voor gedrag dat ten tijde van het plegen ‘*was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations*’, op het eerste gezicht een duidelijke uitbreiding ten opzichte van het ‘reguliere’ legaliteitsbeginsel zoals dat in het eerste lid staat beschreven. En gebeurt niet hetzelfde in artikel 15 lid 2 van het minstens zo prestigieuze International Covenant on Political and Cultural Rights (ICCPR)?

Voor een *common law* jurist is dit geen schokkende gedachte, noch is het dat voor een volkenrechtelijk georiënteerd jurist. Zij zijn immers meer geneigd te denken in termen van gewoonte, *customary law*, dat zich geleidelijk ontwikkelt, en wordt ‘ontdekt’ door de rechter, hoewel die liever zal zeggen dat hij de al bestaande norm ‘blootlegt’.

Voor volkenrechtelijke juristen speelt daarbij nog een rol dat het recht waarmee zij zich bezig houden in beginsel niet direct toepasbaar is. Zij houden zich bezig met normen die tussen staten gelden. Die volkenrechtelijke normen worden pas na een ‘vertaling’ door de nationale wetgever tot strafbare feiten. Volkenrechtelijke juristen hebben zich dan ook nooit echt in het legaliteitsbeginsel hoeven te verdiepen. Zij kunnen verschillen laten bestaan – *agree to disagree* – in de wetenschap dat hun normen altijd nog door de nationale molen moeten (en dus tot verschillende interpretaties, tot verschillende delictomschrijvingen op nationaal niveau kunnen leiden).

Voor *civil law* opgeleide juristen, en zeker de strafrechtjuristen onder hen, is daarentegen het denken over recht in termen van ‘gewoonte’, *customary law*, vloeken in de kerk. Wellicht lijkt het op het eerste gezicht aantrekkelijk en spannend, maar wie zich vervolgens verdiept in de wijze waarop wordt bepaald wat die ‘gewoonte’ dan precies is, voelt zich heftig tegen de borst gestoten. Een *civil law* strafrechtjurist zal al snel roepen dat hier het *gesunde Volksempfinden* wordt geïntroduceerd als basis van strafbaarheid. Gewoonte, *custom*, kan geen directe bron van strafbaarheid zijn, al is het maar omdat het zo moeilijk is vast te stellen wat die ‘gewoonte’ dan precies wil zeggen.

Strafrechtjuristen zijn zich zeer bewust van het legaliteitsbeginsel, juist omdat zij met direct toepasbare normen werken, een toepassing die in elk opzicht een inbreuk op mensenrechten betekent. Per slot van rekening impliceren vrijwel alle besluiten van functionarissen binnen het strafrechtelijk systeem – politie, officieren van justitie, rechters – dat een inbreuk op mensenrechten wordt gemaakt; slechts bij de gratie van het feit dat de wet hun hiertoe de bevoegdheid geeft levert deze inbreuk geen schending van mensenrechten op.

Juist daarom ook is het tweede lid van artikel 7 EVRM voor een *civil law* georiënteerd strafrechtjurist zo moeilijk verteerbaar. Ongetwijfeld tot opluchting van deze critici laat Boot zien dat bij art. 7 lid 2 EVRM wel degelijk de nodige kanttekeningen zijn te plaatsen. Dit tweede lid is speciaal gecreëerd om (achteraf) een legitimatie te geven aan het Neurenberg tribunaal en de verschillende nationale oorlogswetten en tribunalen, en niet op de toekomst geschreven. Als het al op de toekomst geschreven zou zijn, is het bovendien in deze tijd vrij onduidelijk welke ‘misdrijven’ precies onder de ‘*general principles of law*’ kunnen worden begrepen. Ten slotte past een uitzondering op het eerste lid van artikel 7 niet in het systeem van het EVRM, dat de toepasselijkheid van het *nullum crimen* beginsel ook in oorlogstijd garandeert.

### *Rechtstatelijkheid of Fair Trial*

De kern van de vraag of het *nullum crimen* in het internationale (straf)recht ruimer mag

worden uitgelegd, lijkt te schuilen in de door Boot geciteerde uitspraak van het *US Military Tribunal* in de *Justice Case*, waarin dit tribunaal aangeeft dat het wellicht onzin is om *nullum crimen* ook in internationaal recht toe te passen, omdat er nu eenmaal geen internationale wetgever is:

*(...) It would be sheer absurdity to suggest that the ex post facto rule [= verbod op terugwerkende kracht van strafwetgeving], as known to constitutional States, could be applied to a treaty, a custom, or a common law decision of an international tribunal, or the international acquiescence which follows the event. To have attempted to apply the ex post facto principle to judicial decisions of common international law would have been to strangle that law at birth'.*

Hiermee lijkt het *nullum crimen* aan de kant te worden geschoven, maar Boot wijst erop dat het vervolg van dit citaat vaak wordt vergeten, ten onrechte, omdat het tribunaal zich in dat vervolg niet zonder meer neerlegt bij dat gebrek aan een wetgever:

*'As a principle of justice and fair play, the rule in question will be given full effect. As applied in the field of international law that principle requires proof before conviction that the accused knew or should have known that in matters of international concern he was guilty of participation in a nationally organised system of injustice and persecution shocking to the moral sense of mankind, and that he knew or should have known that he would be subject to punishment if caught'.*

waarna het tribunaal uitvoerig laat zien dat verdachten dit inderdaad konden weten. Het tribunaal lijkt dus de consequentie te trekken uit de constatering dat er geen wetgever is, door zelf terug te gaan naar de ratio achter *nullum crimen*, om na te gaan of aan die ratio dan wel is voldaan.

Waarop het tribunaal hier bovendien wijst is in feite de rechtstatelijke eis die van oudsher met name in *civil law* continentaal Europa aan het *nullum crimen* wordt gesteld: dat strafbare feiten de producten zijn van wetgevende arbeid, waarover vervolgens de rechter mag oordelen. Niet de rechter creëert strafbare feiten maar de wetgever.

Voor een *civil law* Europeaan krijgt het legaliteitsbeginsel pas echt zijn waarde in de context van de *Trias Politica*, de scheiding van de drie machten in de staat – wetgevende, rechtsprekende en uitvoerende macht – met elk een afgebakende opdracht. Door de machten te verdelen en er grenzen aan te stellen wordt misbruik van staatsmacht tegengegaan. Enerzijds bepaalt het wat elk van de drie machten vermag jegens burgers, maar tevens bepaalt het wat elk van de machten vermag jegens elkaar. Legaliteit niet slechts om te garanderen dat de burger ‘kon voorzien’ dat wat hij deed strafbaar was, en dat die burger dus een *fair trial* krijgt, maar tevens om te garanderen dat de staat zijn macht niet misbruikt. *Nullum crimen* dus niet alleen als een mensenrechtelijk beginsel – *fair trial* – maar tevens als een rechtstatelijk beginsel: *trias politica*. En daarin is, gepolariseerd gezegd, de rechter slechts ‘*la bouche qui prononce les paroles de la loi*’.

In dit licht moet ook de conclusie van Boot worden gelezen, dat het ICC het *nullum crimen* beginsel ‘*even more seriously*’ heeft te nemen dan nationale gerechten, en wel omdat het *nullum crimen* in het ICC-recht niet alleen ertoe dient om voor burgers af te bakenen wat zij (niet) mogen en wat de ‘vervolgende overheid’ jegens hen mag – wat zeker ook een argument is geweest bij de totstandkoming van het statuut – maar tevens ook afbakent wat de verdragssluitende partijen hebben gewild dat de rechtsmacht van het ICC is. Dat

laatste is in feite een verlengstuk van het afbakenen van wat de rechter jegens burgers kan doen.

Daarin onderscheidt het ICC, en de wijze waarop het *nullum crimen* wordt uitgelegd, zich duidelijk van de beide *ad hoc* tribunalen. De ICC-rechters hebben zich ook af te vragen of de Verdragsluitende Partijen het ICC wel jurisdictie hebben willen toekennen over een bepaald misdrijf, of dat deze dit binnen de grenzen van de eigen soevereiniteit hebben willen houden. En dat is nu precies wat binnen de *Trias Politica* de wetgever doet jegens de rechtsprekende macht: afbakenen wat de macht van de rechter is. Het primaat ligt bij de politiek, de wetgever – in het geval van het ICC de *Assembly of States Parties* – die bepaalt over welke feiten de rechtsprekende macht mag oordelen.

*Achtergrond: traditie*

Deze conclusie, dat het er bij het ICC ook om gaat de grenzen van de rechtersprekende macht af te bakenen, is met name ook interessant tegen de achtergrond van het Neurenberg tribunaal, waar de rechters in hun ‘*judgement*’ (para 49) stelden dat

*‘the maxim nullum crimen sine lege is not a limitation of sovereignty, but is in general a principle of justice’,*

om vervolgens te constateren dat het vanuit die opvatting bezien ‘*unjust*’ is iemand niet te bestraffen die wel degelijk kon weten op basis van algemene verdragen dat wat hij deed ‘*wrong*’ was.

Waar komt dit verschil vandaan? Is het een verschil tussen strafrechtelijk en volkenrechtelijk georiënteerde juristen? Is het een voortschrijdend inzicht, waarbij tegenwoordig meer nadruk ligt op de rechtstatelijkheid van (de toepassing van) het recht? Is het een verschil tussen pragmatisme en dogmatiek? Het aloude verschil tussen *crime control* en *due process*?

Waarschijnlijk spelen al deze factoren mee. Maar wel denk ik dat de traditie een van de meer belangrijke factoren is. Dat blijkt ook bij lezing van de vergelijking tussen *common law* VS en *civil law* Duitsland. In de praktijk mogen beide landen dan dicht tegen elkaar aan zijn komen liggen, in het bijzonder wat betreft de eisen die aan de omschrijving van delicten worden gesteld, in de theoretische achtergrond van de *common law* en de *civil law* zitten wel degelijk verschillen, en juist die verschillen kunnen in sterke mate bepalen hoe over beginselen wordt gedacht: *in casu* de vraag of het *nullum crimen* beginsel vooral moet worden gezien als een onderdeel van, althans dicht aanschurkend tegen, het *fair trial* concept, dus als een meer mensenrechtelijk ingevuld beginsel, of als veeleer een rechtstatelijk principe, waarbij meer de band met de *Trias Politica* doctrine centraal staat.

Het lijkt alsof de eerste visie vooral in de *common law* domineert, en de tweede visie vooral in de *civil law* georiënteerde landen. Helemaal verwonderlijk is dat niet.

In *civil law* Europa wordt een sterk onderscheid gemaakt tussen de drie machten in de staat, ter voorkoming van machtsmisbruik door (een van de machten in) diezelfde staat, wat een sterk historisch bepaalde invulling is. Daarnaast heeft het tegenwoordig in toenemende mate ook een meer (crimineel) politieke en economische component, in de zin dat men zich ervan bewust is dat het ook gaat om een verdeling van democratische zeggenschap in een staat. Als de wetgever bepaald gedrag niet strafbaar heeft gemaakt, heeft hij daar, als democratisch gekozen orgaan, kennelijk zijn redenen voor. Zo bezien verdeelt de wetgever de schaarse middelen over verschillende doelen in de samenleving; hij kan ervoor kiezen bepaald gedrag op een andere wijze te beantwoorden, bijvoorbeeld om

overbelasting van het strafrechtelijk systeem te voorkomen, om de kosten voor de staat beperkt te houden of om andere, effectiever geachte, reacties op ongewenst gedrag een kans te geven. Per slot van rekening is een strafrechtelijke respons niet de enig denkbare reactie op ‘*atrocities*’, en zeker niet een supranationaal strafrechtelijke respons.

In de *common law* traditie daarentegen is het vanouds niet de wetgever maar de rechter die het recht schept, of beter: openbaart. Daar ligt een invulling van legaliteit in de zin van een verdeling van machten binnen de staat dus niet voor de hand. Het is juist het prerogatief van de rechter om het recht bloot te leggen en te ontwikkelen. De huidige inperking van die rechterlijke creativiteit ook in *common law* landen is relatief nog maar jong. *Nullum crimen* heeft zich in die traditie meer ontwikkeld als een onderdeel van het *fair trial* denken: kon de burger voorzien dat wat hij deed gestraft kon worden?

### *Gevolgen in denken*

Helemaal lood om oud ijzer is het ondertussen niet welk van beide visies wordt ‘aangehangen’. In de *fair trial* visie staat de voorzienbaarheid en kenbaarheid voor de burger centraal; deze moet op het moment dat hij bepaald gedrag pleegt hebben kunnen weten dat dit gedrag ‘*wrong*’ is en kan worden bestraft.

Een uitspraak als in de beroemde Engelse ‘*intermarital rape*’ zaken is in dit licht goed te begrijpen: in de huidige tijd kun je weten dat dit uiterst laakbaar is, en als je ook weet dat de rechter dan straf kan opleggen – en dat weet je, want dat maakt nu juist deel uit van de rechtstraditie waarin je leeft – is er in feite niets aan de hand; het *trial* is *fair* geweest, de strafbaarheid was voorzienbaar. Er zou juist van *unfairness* sprake zijn als niet zou worden bestraft.

In dit licht wordt ook de uitspraak van het Neurenberg tribunaal begrijpelijk dat het *nullum crimen* een *principle of justice* is.

Voor diegenen daarentegen die de meer rechtsstatelijke visie aanhangen is het daarentegen onconstitutioneel dat de rechter bestraft wat niet eerst door de wetgever tot strafbaar gedrag is verheven. In die traditie is het *nullum crimen* wel degelijk, anders dan de Neurenbergse rechters stellen, een ‘*limitation of sovereignty*’. Vandaar ook dat in Nederland de rechter de strafbaarstelling van verkrachting binnen het huwelijk aan de wetgever heeft overgelaten.

Als Boot naar aanleiding van de *intermarital rape cases* zegt dat ‘*an arbitrary punishment cannot be atoned by moral judgement about the conduct concerned, as the principle of nullum crimen sine lege exactly protests against such weighing of interests*’, gaat ze daarbij voorbij aan deze verschillende invulling van legaliteit. In de Engelse *common law* is er traditioneel bezien geen sprake van een ‘*arbitrary punishment*’, want de burger kon wel degelijk weten dat zijn gedrag ‘*wrong*’ was en daarmee door de rechter bestraft kon worden; het is nu juist de taak van de rechter af te wegen wat kan worden geweten, en wat kan worden geweten is sterk moreel maatschappelijk bepaald.

Overigens heeft Boot wel gelijk dat in deze zaak de wijze van redeneren niet geheel zuiver is, alleen al omdat in het huidige Engeland officieel die rechterlijke creativiteit is afgeschikt (zij het met andere woorden nog steeds voorkomt). Maar vanuit de traditionele opvatting bezien, gebeurt hier niets vreemds; er gebeurt slechts iets vreemds voor diegene die *nullum crimen* ziet als een rechtstatelijk beginsel: juist in die opvatting is de rechter zijn grenzen te buiten gegaan.

Een en ander heeft overigens nog een gevolg, namelijk wat de betekenis van het woord *crime* – of vergelijkbaar in het Nederlands: criminaliteit – betreft. In een rechtstatelijke tra-

ditie zal meer onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds wat formeel een misdaad is, namelijk wat door de wetgever officieel tot strafbaar feit is bestempeld, en anderzijds wat feitelijk door mensen als ‘misdadig’ wordt gevoeld. Je zou kunnen zeggen het onderscheid tussen strafbaar en strafwaardig; niet elk strafwaardig gedrag is strafbaar, immers de wetgever heeft niet al het strafwaardige gedrag ook formeel strafbaar gemaakt. In een *common law* traditie loopt dit formele begrip en het ‘gevoelsbegrip’ veel meer door elkaar: strafwaardig impliceert gemakkelijk strafbaar.

Ik ben er niet altijd zeker van welk begrip Boot bedoelt als zij het over *crime* heeft. Als zij bijvoorbeeld constateert, na een overigens verhelderende uiteenzetting over de discussie rond ‘*persecution*’ bij het ICTY, dat ‘[a]lthough the criminal character of these three examples [specifieke gedragingen] appear easy to establish, it is the Tribunal itself that determines what conduct is criminal or not, which determination further leads to establishing criminal jurisdiction over such conduct’ (p. 288), neem ik aan dat het ‘*criminal character*’ meer op strafwaardigheid duidt, wat mensen vinden dat strafbaar zou moeten zijn (en dus kunnen voorzien dat zij ervoor gestraft kunnen worden), en het tribunaal dat bepaalt ‘*what conduct is criminal*’ op het formele begrip strafbaar: dat wat – *in casu* door de rechters zelf – formeel strafbaar is verklaard en waarvoor dus ook door diezelfde rechter straf kan worden opgelegd.

#### *ICC en rechtstatelijkheid*

Wat hier ook van zij, het is vervolgens de vraag of dit meer rechtstatelijke denken ook voor het supranationale strafrecht opgaat. Het argument ertegen is, dat er op supranationaal niveau geen ‘trias’ bestaat.

Met Boot moet worden geconstateerd dat het ICC een meer rechtstatelijke invulling van *nullum crimen* heeft te respecteren, waarbij de delictsomschrijvingen niet slechts de ‘*fairness*’ dienen ten opzichte van de burger, maar ook de verdeling van de macht tussen rechter en wetgever (*in casu* de *State Parties*). De verdragspartijen hebben niet voor niets uitvoerig onderhandeld over de omschrijving van de misdrijven. Daarmee hebben zij mede afgebakend welk deel van het (internationale) strafrecht zij hebben willen afstaan aan een supranationaal orgaan: zij hebben iets van hun soevereiniteit opgegeven. Samen met een helder omschreven *nullum crimen* artikel in het Statuut van het ICC, betekent dit, in ieder geval in de ogen van een *civil law* strafrechtjurist, een aanmerkelijke verbetering ten opzichte van de wel erg vrije benadering van *nullum crimen* in de praktijk van de *ad hoc* tribunalen, waar in feite zo’n wetgevende macht ontbreekt en rechters zich een vergaande vrijheid toeëigenen om wetgevende taken te verrichten zonder dat zij zich bewust lijken te zijn van hun precaire positie bij gebrek aan een hen controlerende ‘wetgevende’ macht. Vergelijk de voorbeelden aan het begin van deze boekbespreking.

Dit gebrek aan zo’n controlerende wetgever lijkt een steekhoudend argument om dan maar als rechters zelf wet te gaan geven, maar bij nadere beschouwing keert het zich juist tegen die wel erg vrije manier van omgaan met de regels door de rechters. Waren de rechters zich immers bewust geweest van hun ongecontroleerde positie, van het feit dat zij in feite een deel van de wetgevende taak overnamen, dan hadden zij op zijn minst moeten besluiten de *crime definitions*, de daderschapsvormen en de omschrijving van strafuitsluitende gronden niet pas aan het eind maar al bij het begin van het proces te geven, opdat verdachte en verdediging al bij aanvang weten wat hun positie is; nog te laat uiteraard, want in beginsel horen dit soort zaken al vast te liggen voordat het gewraakte gedrag wordt gepleegd.

De onderbouwde stelling van Boot dat het *nullum crimen* ook in de context van de beide

*ad hoc* tribunalen als rechtstatelijk beginsel zou moeten worden uitgelegd, is mij dan ook sympathiek. Zij doet dat bijvoorbeeld bij de bespreking van de rechtspraak van de *ad hoc* tribunalen, als zij de vraag beantwoordt of ‘*the criminal character of international norms [could] be distinguished from the exercise of criminal jurisdiction in the context of an international tribunal, in that the nullum crimen sine lege principle is only relevant to the question of criminality of a particular norm*’ (p. 271). Terecht wijst Boot erop dat de beide *ad hoc* tribunalen, onder andere refererend aan art. 15 (2) van het ICCPR, slechts een van de aspecten van het *nullum crimen* belichten, namelijk dat de verdachte burger weet had kunnen hebben van het op zich ‘strafbare’ karakter van zijn daden. Maar, stelt Boot, een belangrijk aspect van het legaliteitsbeginsel is burgers te beschermen tegen machtsmisbruik door de staat.

*‘This aspect (...) is equally important at the international level, where states have concluded agreements with each other, regulating powers to exercise extra-territorial jurisdiction such as the 1984 Convention against Torture. Although these agreements have not been concluded for the purpose of protecting individuals against state abuse of power, it can be argued that inter-state regulations on the exercise of jurisdiction are aimed to prevent states from exercising jurisdiction in an arbitrary manner. It can therefore be argued that, at the international level, the nullum crimen sine lege principle should also apply to powers to exercise jurisdiction. This would contribute to prevent arbitrary exercise of such power, that might, otherwise, endanger the international legal order.’ (p. 271)*

Anders dan vaak gebeurt, laat Boot hiermee zien dat ook op het internationale vlak wel degelijk van een zekere wetgevende activiteit sprake is, althans sterk daarmee vergelijkbaar, en dat dan ook de *Trias Politica* wel degelijk op zijn consequenties voor het supranationale strafrecht kan worden bekeken.

Is de supranationale rechtsprekende macht eigenlijk wel bevoegd verklaard, door de supranationale ‘wetgevende’ macht, om zich over individuele strafbaarheid uit te laten? Een onvoldoende heldere delictomschrijving maakt dat die vraag niet is te beantwoorden. Zoals een op zich wel heldere delictomschrijving waarvan echter niet vaststaat of aan de rechterlijke macht over die op zich heldere omschrijving door de wetgevende macht rechtsmacht is toebedeeld, die bevoegdheid eveneens dubieus maakt.

De consequentie van het naar voren halen van het ‘rechtstatelijke’ element is, dat bij de uitleg van de delictomschrijvingen en ander jurisdictie bepalende regels niet alleen naar de voorzienbaarheid voor de burger zal moeten worden gekeken maar tevens naar wat de wetgever – de verdragsluitende partijen – hebben bedoeld strafbaar te stellen.

### *De misdrijven*

Wat dit daadwerkelijk betekent wordt uitvoerig uit de doeken gedaan in het derde deel van het boek, de laatste 200 pagina’s, nadat al eerder zo af en toe een voorzetje is gegeven. Ten eerste moet worden geconstateerd dat wat de verdragsluitende partijen niet als misdrijven hebben opgenomen in het statuut in ieder geval niet onder de jurisdictie van het hof valt. Dat wil niet zeggen dat wat niet genoemd is geen internationaalrechtelijk verbod kan inhouden of niet strafbaar kan zijn; het is slechts niet strafbaar onder de vlag van het ICC. Op andere plaatsen blijven er vaagheden, bewust door de verdragsluitende partijen gecreëerd dan wel onbewust erin gelaten. Ik kies een paar voorbeelden uit de vele die Boot beschrijft.

Zo zou (p. 371) de constatering dat er geen ‘politieke wil’ was om zogenaamde ‘conti-

*nuing crimes* – voortdurende delicten, zoals verdwijningen – onder de jurisdictie van het hof te brengen, ertoe moeten leiden dat de ICC-rechters dat dan ook niet door interpretatie toch binnen hun macht brengen.

Wat genocide betreft (p. 452), zal het ICC de definitie niet mogen ‘oprekken’ door ook ‘*social and political groups*’ in te sluiten, zoals de beide *ad hoc* tribunalen hebben gedaan, nu de verdragsluitende partijen dit uitdrukkelijk hebben geweigerd. Als de *Assembly of State Parties* in een latere fase meent dat ook deze groepen ingesloten moeten worden, dan zal zij het Statuut moeten wijzigen.

Boot is in mijn ogen nogal voorzichtig in het veroordelen van de ‘*opened*’ artikelen in het ICC-Statuut, zoals de strafbaarheid van ‘*other inhumane acts*’ als misdrijf tegen de menselijkheid in artikel 7(1)(k). ‘*In view of the strict formulation of nullum crimen sine lege in the Rome Statute, the Court should not treat these definitions as catchall provisions so as to criminalize conduct that was unacceptable for the drafters of the Statute to include as a crime*’ (p. 532). Helemaal waar, maar het mag wel wat sterker. Zoals een andere auteur over het vergelijkbaar wijd geformuleerde ‘*persecution*’ in art. 7(1)(h) stelt: het is gevat in ‘*overly broad terms, (...) is nonexhaustive (...) and tautological*’ (door Boot geciteerd in een noot op de betreffende pagina). Denkend aan de Amerikaanse ‘*void for vagueness*’ doctrine of het Duitse ‘*Konkretisierbarkeits-Kriterium*’ kan wellicht beter worden geconstateerd dat deze strafbaarstelling als te vaag moet worden verworpen.

Onder de oorlogsmisdrijven in art. 8 van het statuut staan vergelijkbare vage bepalingen genoemd, samen te vatten onder de noemer ‘*outrages upon personal dignity, en cruel, inhuman and degrading treatment*’, begrippen die volkenrechtelijk in afspraken tussen staten wellicht een voldoende duidelijke betekenis hebben, maar als delictomschrijvingen zijn ze wel erg vaag.

Wie dit alles wat overdreven vindt moet bedenken dat, ook al is een bepaald misdrijf in redelijk heldere termen vervat, er nog steeds erg vele vragen onbeantwoord zijn, over kwesties die in nationaal recht al lang en breed zijn uitgekristalliseerd. Bijvoorbeeld: wat is precies ‘*intent*’ en ‘*reckless*’? Moeten we dat uitleggen in termen van de verschillende gradaties van *dolus* en *culpa* zoals wij hier gewend zijn, of heeft het een andere betekenis. Een aardige illustratie vormt de beschrijving door Boot (p. 288 e.v.) van de wijze waarop de *common purpose* doctrine – wat wij ‘medeplegen’ in de ruime zin des woords zouden noemen, naast bijvoorbeeld *conspiracy* (‘samenzwering’) – in het supranationale strafrecht wordt ontwikkeld.

Veel van deze voorbeelden laten ook goed zien dat het ICC-Statuut en de *Elements of Crimes* veeleer het resultaat van diplomatieke onderhandelingen zijn, uitmondend in een verdrag, dan het resultaat van een wetgevend orgaan dat een wetboek van strafrecht en strafvordering ontwerpt. Nogal eens lijken de onderhandelaars te zijn gestopt waar het voor een strafrechtjurist interessant begint te worden. En ondertussen heeft het toch te functioneren als een supranationaal Wetboek van Strafrecht en Strafvordering.

*Slot: een mooi boek*

Is het een mooi boek? Ja, het is een mooi boek. Het inspireert de lezer verder te denken, en dat is toch juist waarin wetenschap zich onderscheidt van de praktijk, waarin kritiekloos wordt verhaald over wat de tribunalen doen, en waar alles wat die tribunalen doen wel gedaan is. ‘Want we willen toch niet dat [...] volgt een gruwelijk feit [...] onbestraft blijft’, op de daarbij passende moreel-gelijkhebbende toon. In sommige kringen is het uiterst moeilijk kritisch te zijn over de ontwikkelingen binnen het supranationale strafrecht, bang als men is het kind bij of kort na de geboorte al te wurgen. Dit boek laat zien dat een kri-



tische blik het recht juist vooruit helpt.

Er is zich een nieuw recht aan het ontwikkelen. Er zijn zich nieuwe juristen aan het ontwikkelen. Juristen die op het snijvlak van het volkenrecht en het strafrecht denken; die nog niet vastzitten in het geijkte stramien van een van beide rechtsfamilies. Dit boek past in die ontwikkeling.

Tegelijkertijd lokt dit onvermijdelijk vele reacties uit. Voor wie zich dit nieuwe denken nog niet heeft meester gemaakt – en soms twijfel ik of me dat ooit zal lukken – staan er moeilijk te begrijpen zaken in dit boek. Zo begrijp ik niet goed waarom Boot het in het slot van haar boek (p. 606, 613) ‘paradoxaal’ noemt dat het *nullum crimen*-beginsel het Hof afhoudt van uitoefening van rechtsmacht buiten de grenzen die het statuut stelt door bijvoorbeeld de strikte omschrijving van de misdrijven. Paradoxaal is het hoogstens in een *common law* – of (*international*) *customary law* – benadering. In een *civil law* strafrechtelijke context is het juist het toppunt van consequent denken. Ook in de slotregel van het boek komt deze tegenstelling terug. ‘*In the further development of an international legal order, in which humanitarian considerations and concerns are to prevail over state sovereignty, both states and the Court should keep in mind that all is not lost that is delayed*’. Misschien moeten ‘wij’ strafrechtjuristen er aan wennen dat het volkenrecht ‘ons’ recht insluit, en er een nieuw ‘wij’ ontstaat met een nieuw ‘eigen’ recht. ‘*A very steep learning curve indeed*’. Dit boek helpt ongetwijfeld die curve wat af te vlakken. Het is, had ik het voor het zeggen, verplichte kost voor de nieuw benoemde rechters en de aanklager van het ICC.

Roelof Haveman<sup>1)</sup>

---

### Personalialia

Bij beschikking van de Minister van Defensie d.d. 8 augustus 2003 is per die datum tot lid van de redactie van het MRT benoemd de Kolonel van de Koninklijke Marechaussee mr. C.P.C. Kuijs, hoofd Afdeling Operatiën Staf KMar.

De redactie is verheugd dat nu ook het vierde krijgsmachtdeel vertegenwoordigd is in de redactie, dit temeer omdat juist ‘het Wapen’ tal van taken verricht met juridische implicaties die in het MRT op interessante wijze aan bod kunnen komen.

Per 3 september 2003 is bij ministeriële beschikking van 29 augustus 2003 benoemd tot vaste medewerker van het MRT Dr. M. Boot-Matthijssen, momenteel als wetenschappelijk medewerker verbonden aan het Nederlands Instituut voor Externe Betrekkingen ‘Clingendael’.

Haar werd in mei van dit jaar voor haar proefschrift *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter of the International Criminal Court* de onder auspiciën van de International Society for Military Law and the Law of War driejaarlijks uitgereikte ‘Ciardi-prijs’ toegekend.

De redactie vleit zich met de gedachte dat ook haar werkgebied tal van aanknopingspunten zal opleveren voor bijdragen aan het MRT.

---

<sup>1)</sup> Roelof Haveman is universitair hoofddocent straf(proces)recht aan de Universiteit van Leiden, en programmadirecteur van het *Grotius Centre for International Legal Studies*, Universiteit Leiden/Campus Den Haag.

## Centrale Raad van Beroep 100 jaar

In het jaar 1903, waarin voor het eerst met een gemotoriseerd vliegtuig een echte vlucht werd gemaakt, het jaar ook waarin een aanvang werd gemaakt met de uitgave van 'Militaire Jurisprudentie', waaruit het Militair Rechtelijk Tijdschrift is voortgekomen, in dat bijzondere jaar dus vond op 15 april de eerste zitting van de Centrale Raad van Beroep plaats. Dit feit is in Utrecht, waar de Raad steeds gevestigd is geweest, op 15 april gevierd met onder meer een symposium, waarbij prof.mr. C.A.J.M. Kortmann sprak over 'De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de bestuursrechtspraak', prof.dr. E.M.H. Hirsch Ballin over 'De toekomst van de rechtspraak inzake Sociale Zekerheid, het Pensioenrecht en het Ambtenarenrecht' en prof.mr. T. Koopmans over 'Bestuursrechtspraak in rechtsvergelijkend perspectief'. Drie referaten waarvan gehoopt mag worden dat ze ook in druk zullen verschijnen.

Wat reeds in goed verzorgde druk en band is verschenen, en bij de viering van het jubileum is gepresenteerd, dat is het gedenkboek 'Centrale Raad van Beroep 1903-2003' (Den Haag, Sdu, 2003, 452 pp., ISBN 90 5409 369 2, 35 euro). Zoals in het voorwoord gesteld, is het thema voor het boek 'Ontwikkelingen in de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep in het licht van wijzigingen van wetgeving, afgezet tegen de zich parallel daaraan voltrekkende maatschappelijke gebeurtenissen en ontwikkelingen, zowel op het gebied van de sociale wetgeving als in breder maatschappelijk verband.' Het boek bestaat uit drie delen, deel A: Geschiedenis en maatschappelijke betekenis van de Raad; deel B: Rechtspraak van de Raad, en deel C: Toekomst van de Raad.

De Raden van Beroep en als tweede en laatste instantie de Centrale Raad van Beroep werden in 1902 ingesteld als organen van sociale verzekeringsrechtspraak, dit in het verband van de Ongevallenwet 1901. Toen de Ambtenarenwet 1929 en vervolgens de Militaire Ambtenarenwet 1931 werden ingevoerd, werden de (regionale) Raden van Beroep tevens belast met de rechtspraak in ambtenarenzaken, die in 's-Gravenhage (landelijk) met de militaire ambtenarenzaken. In het MRT zijn voor het eerst uitspraken van de ambtenarenrechter gepubliceerd in jaargang XXIX (1933/34).

Zoals in bijna elk nummer van het MRT valt te zien, is kennisneming van de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep van groot belang voor (militaire) ambtenaren in het algemeen en voor personeelsfunctionarissen in het bijzonder. Wie bovendien (veel) meer wil weten van het functioneren van de Centrale Raad van Beroep in verleden, heden, en tot op zekere hoogte zelfs in de toekomst, vindt in het gedenkboek van de Raad een prachtige bron van informatie.

*Mr. A.J.T. Dörenberg*

---

### Militair Juridisch Brevet

De Bevelhebber der Landstrijdkrachten heeft op 13 maart jongstleden het brevet voor meer uitgebreide kennis van het militaire recht uitgereikt aan Luitenant-kolonel mr. J. Wiersma.

### **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 <i>A.J.T. Dörenberg</i> , Generaal-majoor Klu b.d.
Secretaris/penningmeester	Mr <i>J.F. Stinissen</i> , Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst;
Leden:	
voor de Koninklijke Landmacht:	Mr <i>A. C. Zuidema</i> , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke Luchtmacht:	Mr <i>J.P. de Jong</i> , Hoofd Stafgroep Juridische Zaken HK Klu;
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 van de Koninklijke Marechaussee;
voor de Centrale Organisatie:	Mr <i>J.J. Buirma</i> , Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Mr <i>G.L. Coolen</i> ,	Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Prof. Dr. <i>T.D. Gill</i>	Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht en bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Mr <i>N. Jörg</i> ,	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden;
Prof. Mr <i>Th. A. de Roos</i> ,	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden;
Mr <i>W.J. Schmitz</i> ,	Hoofd Procesondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van het ABP;
Mr <i>G.F. Walgemoed</i> ,	Kolonel van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	NAPO 801-MS12, 3509 VP Utrecht

VASTE MEDEWERKERS:

Mr *Th. J. Clarenbeek*, Oud-Coördinerend-vice-president van de Arrondissementsrechtbank te Utrecht, res. Kolonel van de Militair Juridische Dienst b.d.;

Prof. Mr *N. Keijzer*, Raadsheer in buitengewone dienst van de Hoge Raad der Nederlanden en em. hoogleraar Internationaal Strafrecht aan de Universiteit van Tilburg.

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

Dr. M. Boot-Matthijssen, wetenschappelijk medewerker verbonden aan het Nederlands Instituut voor Externe 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 Servicecentrum Uitgevers, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. tel.: 070-378 9880, fax: 070-378 9783, e-mail: [sdu@sdu.nl](mailto:sdu@sdu.nl), of bij zijn boekhandelaar. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 3,95. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar tegen de prijs van € 20,15. 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 Servicecentrum Uitgevers, postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op [www.sdu.nl](http://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 het 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 op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVI

Oktober 2003

Aflevering

9

100 Jaar MRT

1903 - 2003

Symposium

‘Geweldgebruik in het kader  
van vredesoperaties’

Sdu Uitgevers

# INHOUD

## Symposium “Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties”

Voorwoord; door Mr. A.J.T. Dörenberg.....	325
Openingswoord; door Dr. S.B. Ybema.....	326
Inleiding; door Prof. mr. N. Keijzer, dagvoorzitter.....	329
<i>Thema 1 – Vredesoperaties en humanitair oorlogsrecht</i>	
Vredesoperaties en humanitair oorlogsrecht; door Prof. dr. T.D. Gill.....	331
Vredesoperaties en humanitair oorlogsrecht; door Generaal-majoor J.T. Bakker.....	348
<i>Thema 2 – Rules of Engagement in vredesoperaties</i>	
Rules of Engagement: Het politiek-juridische struikelblok voor de militaire commandant; door Drs. J.F.R. Boddens Hosang.....	354
Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties: Leidt de integratie van politieke, juridische en operationele aspecten in de Rules of Engagement in het kader van vredesoperaties tot vage en multi-interpretabele regels?; door Generaal-majoor J.A. van Diepenbrugge.....	371
<i>Thema 3 – Geweldsinstructies vanuit strafrechtelijk perspectief</i>	
Geweldsinstructies vanuit strafrechtelijk oogpunt bezien; door Prof. mr. G.L. Coolen.....	376
Een opmerking over de reikwijdte van het beroep op ambtelijk bevel en een opmerking over de delictskeuze van de officier van justitie, in militaribus; door Mr. N. Jörg.....	390
<i>Nabeschuwing</i>	
Geweldgebruik, bevoegdheidsgrondslagen en verantwoordelijkheid: Een nabeschuwing op het symposium “Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties”; door Luitenant-kolonel mr. drs. P.A.L. Ducheine.....	393

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

**VOORWOORD**

Op 22 mei is het 100-jarig bestaan van het Militair Rechtelijk Tijdschrift gevierd met een druk bezocht symposium over 'Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties', gevolgd door een geanimeerde receptie in de prachtige grote hal van het Vredespaleis.

In het juninummer van het tijdschrift is een uitstekend verslag van het symposium geplaatst, maar echt geïnteresseerden zullen pas tevreden zijn als ze, zoals beloofd, de volledige symposiumdocumenten ter beschikking krijgen. Welnu, deze treft u hierbij aan.

Namens de redactie en de overige medewerkers van het tijdschrift dank ik van deze plaats hartelijk al degenen die als wetenschapper, ervaringsdeskundige of facilitair dienstverlener, hebben bijgedragen aan het inhoudelijk en organisatorisch succes van de jubileumviering en van de publicatie van dit speciale nummer van het MRT.

*Mr. A.J.T. Dörenberg, Voorzitter Redactie MRT*

---

## Openingswoord

door

DR S.B. YBEMA

Directeur Juridische Zaken van het Ministerie van Defensie

Dames en heren,

Het is als Directeur Juridische Zaken van het Ministerie van Defensie, een voorrecht bij dit symposium ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan van het Militair Rechtelijk Tijdschrift, enkele woorden tot U te mogen richten.

Allereerst wil ik een felicitatie uitspreken aan het adres van de huidige leden van de redactie. Ik weet dat het niet geheel gepast is om stil te staan bij de bijdrage van één persoon waar het een groepsinspanning betreft, maar toch wil ik hierbij in het bijzonder de aandacht vragen voor de innoverende en inspirerende rol die Generaal Dörenberg de afgelopen jaren heeft gespeeld als voorzitter van de redactie. Ik meen dat zijn inspanningen van doorslaggevend belang zijn geweest voor het feit dat het MRT momenteel, voor een 100-jarige, ongekende vitaliteit vertoont.

Het bestaan van het Militair Rechtelijk Tijdschrift onderstreept het belang van de juridische invalshoek bij het optreden van de krijgsmacht. Ik ben van mening dat deze juridische component van toenemend belang is, hetgeen derhalve ook geldt voor het Militair Rechtelijk Tijdschrift zelf. Niet alleen omdat de professioneel betrokkenen zich via deze bron kunnen laten informeren over deze materie, maar ook omdat buitenstaanders via het Militair Rechtelijk Tijdschrift kunnen vernemen wat er in dit kader bij Defensie precies omgaat. Dit is immers evengoed belangrijk aangezien Defensie vaak, in meerdere opzichten, het verwijt krijgt bij voorkeur alles onder de glazen stolp te houden!

Wat dat betreft ben ik dan ook dankbaar dat het aanbod aan opiniërende artikelen in het Militair Rechtelijk Tijdschrift sterk is toegenomen. Dit vooral dankzij de inspirerende leiding en de niet aflatende inspanning van Generaal Dörenberg, als voorzitter van de redactie. Wellicht dat zelfs nog meer mogelijk is, indien de collegae uit de militair-operationele praktijk hun terughoudendheid laten varen om het achterste van de tong te laten zien en de juridische invalshoek vanuit de eigen professionaliteit te belichten. Het zou te betreuren zijn als slechts in beperkte mate kan worden geput uit deze bron van deskundigheid.

Ook is het belangrijk dat de krijgsmacht zich, naast de collegae uit de praktijk, laat voeden door de mensen uit de academische wereld, die wat verder van de materie afstaan en hun eigen perspectief meebrengen. Deze verbinding tussen de academische wereld en de krijgsmacht krijgt al steeds meer gestalte in het kader van de - door professor Gill bezette - Leerstoel militair recht aan de Universiteit van Amsterdam en de verhouding daarvan met de opleiding van militair juristen. Het is toe te juichen dat ook deze wetenschap via het MRT haar gezichtspunten onder de aandacht brengt. In deze wil ik dan ook professor Gill complimenteren, vanwege zijn inzet voor de kruisbestuiving tussen de krijgsmacht en



de wetenschap op juridisch terrein.

U zult het met mij eens zijn dat 100 jaar een respectabele leeftijd is en dat we het jubileum van het MRT terecht niet in stilte voorbij laten gaan. Derhalve richt ik een woord van dank aan de Militair Rechtelijke Vereniging, die steeds nauw met het tijdschrift verbonden is geweest, en bereid was deze gelegenheid op bijzondere wijze te markeren met het organiseren van een symposium in het Vredespaleis over een zeer belangrijk onderwerp: *'Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties'*.

Ik beschouw het niet alleen als een grote eer dat ik gevraagd ben om de opening van dit symposium te verrichten, maar ik vind het persoonlijk ook bijzonder nuttig om hier aanwezig te zijn. Immers, gelet op het bijzondere niveau van de verschillende experts die aan het woord zullen komen, ben ik er van overtuigd dat ik, samen met U allen, deze middag als zeer boeiend en leerzaam zal ervaren. Ik meen daarom, dat het mij zeker anders zal vergaan dan zijne Koninklijke Hoogheid Prins Hendrik, die begin vorige eeuw de viering ter markering van *het 100-jarige bestaan* van een kerk in Friesland met zijn aanwezigheid opluisterde. Na afloop van de festiviteiten onderhield hij zich nog enige tijd minzaam met de pastoor en vroeg hij op een gegeven moment, om het gesprek gaande te houden: "Vertelt U mij toch eens, meneer de Pastoor; *hoe oud is deze kerk nu precies?*"

Een dergelijke *faux pas*, lijkt mij, gelet op de importantie van het onderwerp van dit symposium voor militair juristen en hun operationele collega's, vandaag evenwel onmogelijk. Een prikkelende discussie zal meer voor de hand liggen! Immers, het onderwerp raakt de essentie van de krijgsmacht. Ondanks de vermaatschappelijking van de krijgsmacht; ondanks de nieuwe operationele concepten en ondanks de toegenomen complexiteit van onze organisatie, blijft de kern van het militaire vak de gelegitimeerde toepassing van geweld.

Kenmerkend voor de discussies over geweldgebruik door de krijgsmacht, is dat alle betrokkenen van mening zijn dat de anderen er niets over te vertellen hebben! Dit is niet vreemd te noemen aangezien militairen, politici en juristen zich in de eerste plaats bewust zijn van de eigen verantwoordelijkheid en deze derhalve het zwaarste gewicht toekennen. Zo zullen politici geweldgebruik door de krijgsmacht en in het verlengde daarvan de *Rules of Engagement*, zien als een voortzetting van de politiek en zal men een zo groot mogelijke invloed willen uitoefenen over al hetgeen de militaire eenheden uitvoeren.

Hoewel militairen zich natuurlijk uitstekend realiseren dat hun optreden onderworpen is aan en in het verlengde ligt van de politiek besluitvorming, is men geneigd de nadruk primair te leggen op de militaire uitvoerbaarheid van een operatie. Met andere woorden; men wil in staat worden gesteld om de opgedragen taken zo goed mogelijk te vervullen, en dat gaat vanzelfsprekend het best via een zo breed mogelijk scala aan operationele mogelijkheden. Vanuit de militair-operationele invalshoek wordt dan ook regelmatig bepleit dat te veel beperkingen van de operationele mogelijkheden afbreuk doen aan de effectiviteit van de militaire inzet.

Vervolgens zijn er dan natuurlijk altijd nog de juristen, wier taak het is om zeker te stellen dat het gebruik van geweld zich afspeelt binnen de daartoe door nationale en internationale regels gestelde kaders. De juristen bepleiten dan ook dat het politiek-militaire eind-

product te allen tijde ondergeschikt is aan het recht. *Genoeg aanleiding, derhalve, voor een pittig debat!*

Gelet op het zojuist geschetste belang van het onderwerp waarover tijdens dit symposium zal worden gesproken en het MRT, doet het mij deugd om zo velen van U hier vandaag te zien. Ik beschouw Uw aanwezigheid niet alleen als een compliment aan de deskundigheid van de diverse experts die vandaag aan het woord zullen komen, maar ook als een blijk van waardering voor de belangrijke rol die het Militair Rechtelijk Tijdschrift de afgelopen 100 jaar op ons vakgebied heeft gespeeld. Ik wil derhalve, namens ons allen, mijn dank en gelukwensen uitspreken aan de huidige redactie van het MRT en de redacties die hen zijn voorgegaan. Generaal Dörenberg, Ik hoop dat U, tot slot, namens de redactie, mijn welgemeende wens in ontvangst wilt nemen dat het MRT nog vele jaren zal bestaan!

Dames, en heren, ik dank U vriendelijk voor Uw aandacht.

---

## Inleiding

door

PROF. MR. N. KEIJZER<sup>\*)</sup>

dagvoorzitter

Ik ben nog geen 100 jaar oud, zoals het Militair Rechtelijk Tijdschrift, maar ik ben wel onlangs 68 geworden, en daaraan meen ik het recht te ontleen om U te vervelen met verhalen over wat ik zoal heb meegemaakt.

Zo'n veertig jaar geleden was ik commandant van een klein houten scheepje, met 25 man aan boord. Voordat ik dat commando op me nam was mij medegedeeld dat het schip niet voor 100% zeewaardig was: bij een windkracht hoger dan 7 mocht ik er niet mee de zee op. Dat was geen groot bezwaar, want ons operatiegebied waren de Zuid-Hollandse en de Zeeuwse wateren, waar we vissers moesten bevrijden van in hun net gevonden mijnen, die we dan onschadelijk moesten maken.

Op zekere dag lagen we afgemeerd te Rotterdam, toen ik opdracht kreeg om op te stomen naar Den Helder, als ik me goed herinner voor reparaties. De weersverwachting was ongunstig, en ik gaf te kennen dat ik zou komen zodra de weersomstandigheden dat zouden toestaan. Het was een stormachtig jaargetijde en enkele dagen gingen zo voorbij, tot dat ik uit Den Helder het bevel kreeg: Opstomen, nu! Het KNMI voorspelde windkracht 9, maar daar was die ochtend in Rotterdam niets van te merken. Ik meende ten miste te moeten gaan kijken hoe het er op zee uitzag, en we stoomden naar Hoek van Holland. Daar bleek wel een briesje te staan, windkracht 4, maar dat leek niet onoverkomelijk. Koers Noord dus. Maar na enkele uren kreeg het KNMI gelijk. De wind wakkerde aan tot windkracht 7, 8, 9. Terugkeren kon niet meer. Doorvaren dus, met volle kracht, om te trachten de golven voor te blijven. Als een golf over ons achterdek zou slaan en het schip zou binnendringen zou dat het einde betekenen. Het scheepje ging vreselijk te keer, en op zeker ogenblik meldde de telegrafist dat de radio was uitgevallen, die was tegen het geslinger niet bestand gebleken. De wind nam nog verder toe, tot kracht 10 met vlagen van 11. Aan dek was niemand meer te zien - men zat kennelijk binnen met zwemvesten om het ergste af te wachten - en als ooit de Vliegende Hollander stooft ik over het water. Na nog een moeilijk stukje, waar wind en zee niet recht maar schuin achterin kwamen - gelukkig ging het goed - voeren we tenslotte tevreden de haven van Den Helder binnen. Op de kade stond een koerier: Onmiddellijk melden bij de Commandant Zeemacht. Ik verwachtte een schrobbering omdat ik niet al vier dagen eerder was verschenen, maar de stafofficier operaties die me ontving bleek blij me te zien. Vanaf het moment van het uitvallen van de radio had men handenwringend rondgelopen, vrezend dat ons scheepje zou zijn vergaan. Eind goed, al goed.

Enkele dagen later sprak ik echter een andere stafofficier, die me naar aanleiding van dit voorval het volgende inprentte: "Als commandant ben jij verantwoordelijk voor je schip en voor je bemanning. Alleen jij bepaalt of het verantwoord is uit te varen. Er kan van alles

<sup>\*)</sup> Raadsheer in buitengewone dienst van de Hoge Raad der Nederlanden en emeritus hoogleraar Internationaal Strafrecht aan de Universiteit van Tilburg.

gebeuren, men kan je zelfs van je commando ontheffen en een vervanger sturen, maar niemand kan je dwingen uit te varen wanneer jij dat niet verantwoord vindt.” Dat heb ik goed in mijn oor geknoopt.

Het tweede verhaal dateert van ca. tien jaar geleden. Twee onderofficieren, behorende tot het Nederlandse contingent van de vredesmacht in Joegoslavië, stonden aan het hoofd van een verbindingscentrum, dat was ondergebracht in een kazerne, de Maarschalk Tito kazerne. Omdat die kazerne voorwerp werd van zware beschietingen was het verbindingscentrum daaruit teruggetrokken, maar enige tijd later kregen de onderofficieren opdracht het centrum daar opnieuw in te richten. Dat weigerden ze, stellende dat de omstandigheden niet rechtvaardigden hun mannen bloot te stellen aan een zodanig gevaar. Dat leidde tot een veroordeling tot vier maanden militaire detentie, en tot administratief ontslag uit de militaire dienst. Het tegen het desbetreffende arrest van Hof Arnhem ingestelde cassatieberoep is verworpen.<sup>1)</sup> Die beslissing draagt ook mijn handtekening. Die zaak heeft me echter wel aan het denken gezet: Het is mooi dat de commandant in vrijheid mag beslissen of hij uitvaart of niet, maar die beslissingsvrijheid is niet gratis. Zou mijn scheepje zijn vergaan, dan was ik vervolgd wegens dood door schuld. Zou ik hebben geweigerd, dan was ik dáárvoor vervolgd. Hoe de rechter zou oordelen, daarover valt geen garantie te verkrijgen. Men moet manoeuvreren *between the devil and the deep blue sea*. Er is geen veilige weg.

Dat geldt ook met betrekking tot *Rules of Engagement*, zoals die vandaag in het zoeklicht staan. In de tijd van Napoleon was het eenvoudig: Schieten moest je op het commando ‘Vuur!’, en anders niet. Inmiddels wordt geopereerd in kleine eenheden, die over geweldgebruik in voorkomende omstandigheden zelf moeten beslissen. Dat geeft onzekerheid, aan twee zijden: onzekerheid bij het oppercommando of de op tactisch niveau genomen beslissingen wel de gewenste zullen zijn, en onzekerheid op tactisch niveau welke beslissing het hogere niveau welgevallig zal zijn. Daarom schrijven we rules of engagement. Maar daardoor wordt de onzekerheid niet geheel opgeheven. Steeds zullen de omstandigheden van het geval moeten worden ingeschat en zullen de regels in verband daarmee moeten worden geïnterpreteerd. Dat maakt iedere beslissing tot geweldgebruik tot een tot op zekere hoogte persoonlijke beslissing. Men moet er dan ook rekening mee houden dat men later thuis kan worden ontvangen door *debriefing*commissies, parlementaire enquêtemissies en wellicht de Militaire Kamer. Dat spreekt vanzelf; voor belangrijke beslissingen moet men zich verantwoorden. Daar moet men niet bang voor zijn. Een naar eer en geweten genomen beslissing kan men ook dáár verdedigen. Hoe het oordeel zal uitvallen, daarover valt geen garantie te verkrijgen. Er is geen veilige weg.

Het beroep van militair is een edel beroep. Gemakkelijk is het niet.

---

<sup>1)</sup> HR 11 januari 1994, MRT 1994, 182, m.nt. De R.

# THEMA 1 - VREDESOPERATIES EN HUMANITAIR OORLOGSRECHT

## Vredesoperaties en humanitair oorlogsrecht

door

PROF. DR. T.D. GILL\*)

### 1. Inleiding

Het thema van dit symposium “Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties”, ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan van het Militair Rechtelijk Tijdschrift, is zeker actueel. Vredesoperaties hebben een evolutie ondergaan vanaf hun ontstaan in de periode van de Koude Oorlog tot de meest recente praktijk van de laatste jaren, waarbij zij in toenemende mate buiten de traditionele uitgangspunten van onpartijdigheid, instemming van de betrokken partijen en minimale geweldsinzet worden uitgevoerd. In de laatste jaren hebben de Nederlandse strijdkrachten deelgenomen aan een breed scala van vredesoperaties die werden uitgevoerd onder zeer uiteenlopende politiek-juridische mandaten en operationele omstandigheden en waarbij de mogelijkheid dat ze genoodzaakt zouden worden tot geweldgebruik ter uitvoering van hun mandaat, of in het kader van zelfverdediging, alleen maar is toegenomen.

Deze bijdrage zal aandacht besteden aan de toepasselijkheid van het internationale humanitaire recht van gewapende conflicten, meestal aangeduid binnen de Nederlandse krijgsmacht als het humanitair oorlogsrecht (HOR) op vredesoperaties, en de implicaties daarvan voor het inzetten van geweld tegen specifieke militaire doelen (targeting process). De kwestie van de toepasselijkheid van het humanitair oorlogsrecht op vredesoperaties was lange tijd uiterst controversieel.<sup>1)</sup> In de laatste jaren is deze controverse in rechtstheoretische zin grotendeels opgehelderd; deels door de invloed van de ontwikkeling en eerder aangeduide evolutie in de praktijk van vredesoperaties, en deels door de ontwikkeling in de doctrine. Met de publicatie van het Brahimi Rapport<sup>2)</sup>, waarbij aanbevelingen werden gedaan voor een veel robuuster optreden in het kader van VN-vredesoperaties en in het bijzonder van de Richtlijnen van de Secretaris-Generaal inzake de Nakoming van

\*) Hoogleraar Militair Recht, Universiteit van Amsterdam; Universitair Hoofddocent Volkenrecht, Universiteit Utrecht

<sup>1)</sup> Zie o.a. D. Schindler, “United Nations forces and international humanitarian Law” in C. Swinarski (red.) *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet* (1984) blz. 520 ev; de resoluties aangenomen door het prestigieuze Institut de droit international; Resolutions on Conditions of Application of Humanitarian Rules of Armed Conflict to Hostilities in which United Forces may be Engaged (Zagreb Session 1971); Resolution on Conditions of Application of Rules, other than Humanitarian Rules of Armed Conflict to Hostilities in which United Nations Forces may be Engaged (Wiesbaden Session 1975) en meer recentelijk o.a. G.J. van Hegelsom, “The Law of Armed Conflict and UN Peace-Keeping and Peace-Enforcing Operations” in *Hague Yearbook of International Law* (1995) blz. 45 en C. Greenwood, “International Humanitarian Law and United Nations Military Operations” in *Yearbook of International Humanitarian Law* (1998)

<sup>2)</sup> Report of the Panel on United Nations Peace Operations (het ‘Brahimi Rapport’) UN doc. A/55/305, S/2000/809, 17 August 2000. Zie voor commentaar hierop N.D. White, “Commentary on the Report of the Panel on United Nations Peace Operations” in *Journal of Conflict and Security Law* (2001) blz. 127 ev.

het Internationaal Humanitair Recht door VN-vredesmachten,<sup>3)</sup> lijkt dit probleem van de toepasselijkheid van het humanitair oorlogsrecht op VN-vredesoperaties definitief opgelost. Aan de andere kant zijn beide genoemde rapporten gebaseerd op een aantal veronderstellingen die niet altijd geldig zijn, waardoor er nieuwe vragen en onduidelijkheden kunnen ontstaan. Om deze reden is het toch nodig om aandacht te besteden aan de kwestie van de toepasselijkheid van het humanitair oorlogsrecht op vredesoperaties in het licht van de genoemde ontwikkelingen en de rapporten.

Nauw verwant hieraan is de vraag hoe de toepasselijkheid van het humanitair oorlogsrecht op VN-vredesoperaties in het algemeen de kwestie van het *targeting process* kan beïnvloeden. Anders gezegd: welke specifieke problemen kunnen zich in juridische zin voordoen bij het aanwenden van (vrij) intensief geweldgebruik in het kader van VN-vredesoperaties? Deze bijdrage zal deze twee hoofdvragen successievelijk behandelen. In de hiernavolgende paragraaf 2 zal de kwestie van de toepasselijkheid van het humanitair oorlogsrecht aan de hand van recente ontwikkelingen worden besproken en zal tevens worden afgesloten met een aantal deelconclusies. Vervolgens, in paragraaf 3, zullen de implicaties van de toepasselijkheid van het humanitair oorlogsrecht, gezien tegen de achtergrond van de recente praktijk en de eerdergenoemde wijzigingen in VN-doctrine, voor het targeting process worden besproken. Het geheel zal in paragraaf 4 worden afgesloten met een aantal conclusies en aanbevelingen.

Voor alle duidelijkheid wordt het begrip ‘VN-vredesoperaties’ primair verstaan als VN-vredesbewarende (*peacekeeping*) operaties uitgevoerd door militaire eenheden onder de verantwoordelijkheid en directe controle van de Verenigde Naties. Militaire operaties die door de lidstaten worden uitgevoerd met een autorisatie van de VN-Veiligheidsraad teneinde de internationale vrede en veiligheid gewapenderhand te (doen) herstellen, oftewel de vredesafdwingende (*peace-enforcement*) operaties, zullen secundaire aandacht krijgen voorzover nodig om de twee hoofdvragen te verduidelijken.

## 2. Toepasselijkheid HOR tijdens Vredesoperaties

### 2.1 Uitgangspunten en achtergrond van de controverse omtrent de toepasselijkheid

Er was een aantal redenen voor de controverse omtrent de toepasselijkheid van de HOR tijdens VN-militaire operaties in het algemeen en vredesoperaties in het bijzonder. Sommige van deze redenen waren -en zijn tot op zekere hoogte nog- juridisch-technisch van aard. Onder dit soort redenen viel het argument dat de VN geen partij was bij de diverse conventies op het gebied van het humanitair oorlogsrecht en dat deze conventies bovendien uitsluitend gericht waren op Staten. Andere aanverwante argumenten waren dat sommige van de verplichtingen en rechtsregimes binnen het HOR, zoals strafrechtelijke vervolging van schendingen of het belligerente bezettingsrecht niet uitvoerbaar zouden zijn

<sup>3)</sup> Secretary General’s Bulletin on Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law. UN doc. ST/SGB/1999/13 of 6 August 1999. Zie voor commentaar hierop o.a. M. Zwanenburg, “The Secretary General’s Bulletin on Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law: A Pyrrhic Victory?” in *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre* (2000) blz. 15 ev.

voor een internationale organisatie als de VN.<sup>4)</sup>

Belangrijker echter waren argumenten van meer principiële aard. De VN is gebaseerd op een geweldverbod en het primaat van de Veiligheidsraad bij de handhaving van internationale vrede en veiligheid. Als zodanig werd er gesteld dat de VN-organisatie geen partij bij een gewapend conflict kon zijn op voet van gelijkheid met een Staat (een gelijkheid die voortvloeit uit het oorlogsrecht zelf), waarbij de rechtmatigheid van het geweldgebruik volledig irrelevant is voor de gelijke toepassing van het oorlogsrecht.<sup>5)</sup> Aangezien de VN per definitie altijd een rechtsbasis heeft voor het aanwenden van geweld namens de internationale gemeenschap in het kader van de handhaving van internationale vrede en veiligheid, zou er geen plaats zijn voor de veronderstelde gelijkheid tussen belligerente partijen dat een wezenlijk onderdeel en één van de oudste principes is van het *jus in bello* (de klassieke aanduiding van het oorlogsrecht).<sup>6)</sup>

Bij vredesoperaties werd er nog een aantal verdere bezwaren tegen de toepasselijkheid van het HOR gebruikt. Vredesoperaties waren immers geen klassieke geweldsoperaties en de uitgangspunten bij traditionele vredesoperaties van onpartijdigheid, instemming van de betrokken partijen tot een conflict en grote terughoudendheid bij het gebruik van geweld door de VN-vredesstroepen, zouden zich moeilijk verenigen met het HOR, dat op totaal andere veronderstellingen is gebaseerd en een veel intensievere aanwending van geweld mogelijk maakt, ondanks de restricties op strijdmiddelen en methoden die er bestaan binnen dit stelsel.<sup>7)</sup>

Het wordt echter vrij snel duidelijk dat zulke argumenten niet in de weg konden of mochten staan van de toepasselijkheid van tenminste de kernprincipes van het HOR op VN-militaire operaties, inclusief vredesoperaties, waar dat relevant en nodig was. Al vanaf de Korea-oorlog werd - vooral vanuit een pragmatisch oogpunt - duidelijk dat de beginselen en de belangrijkste onderdelen van het HOR toepasselijk waren op de 'VN-strijdkrachten' die deelnamen aan dat conflict.<sup>8)</sup>

Ook ten aanzien van vredesoperaties, die in de jaren na de Korea-oorlog het enige alternatief waren voor VN-militaire betrokkenheid bij conflicten vanwege het verder uitblijven in die periode van de functionering van het VN-collectief veiligheidsstelsel, werd het snel

<sup>4)</sup> Zie o.a. H. McCoubry en N.D. White, *The Blue Helmets: Legal Regulation of United Nations Military Operations* (1994) blz. 153 ev. Zie ook de bronnen genoemd in n. 1 *supra*

<sup>5)</sup> Het beginsel van de gelijke toepassing van het HOR op alle partijen van een gewapend conflict is één van de kardinale principes van het oorlogsrecht ongeacht de (on)rechtmatigheid van hun optreden in termen van het *jus ad bellum*. Zie o.a. Y. Sandoz, "Rapport general", L. Condorelli e.a. (red.) in *Les Nations Unies et le Droit International Humanitaire: Actes du Colloque international à l'occasion de cinquantième anniversaire de l'ONU, Genève 19-21 octobre 1995*, blz. 59 en 81. Zie ook de preambule bij het Aanvullend Protocol I van 1977 bij de Geneefse Conventies van 1949.

<sup>6)</sup> Zie voorgaande noot. Het onderscheid tussen het *jus ad bellum* en het *jus in bello* is één van de oudste beginselen van het oorlogsrecht, zoals o.a. te zien is in Cicero, *De Officiis*, I xi 34- xiii 40, Loeb Edition (1921). Een moderne variant van dit klassieke onderscheid is te vinden in o.a. de Preambule van Aanvullend Protocol I bij de Geneefse Conventies van 1949.

<sup>7)</sup> Vanzelfsprekend bevat het HOR een groot aantal restricties op het gebied van toegestane strijdmiddelen en methoden waaronder het verbod op aanvallen op burgers en burgerdoelen als zodanig, het verbod op strijdmiddelen die 'onnodig leed' veroorzaken en het beginsel dat de strijdmiddelen en methoden niet onbepaald zijn om een paar te noemen. Desalniettemin blijft er heel wat ruimte over voor de toepassing van zeer intensief geweld binnen het stelsel.

<sup>8)</sup> Zie Schindler, n.1, *supra*, blz. 522-523.

duidelijk dat alleen al om praktische redenen de toepasselijkheid van de beginselen van het HOR en van de belangrijkste onderdelen van de relevante conventies onontbeerlijk was voor VN-operaties. In zowel Kongo als in de Cyprus vredesoperaties werd dit door de VN snel aanvaard. De redenen hiervoor waren een combinatie van druk van diverse betrokken partijen en de praktische noodzaak om de vredesmacht niet in een juridisch vacuüm te laten opereren.<sup>9)</sup>

Met de groei van het aantal vredesoperaties in de periode sinds het einde van de Koude Oorlog en de intrede van een veel grotere diversiteit in de mandaten en soorten van vredesoperaties, is dit besef verder toegenomen. De grote schokken die de (grotendeels) mislukte operaties in Bosnië, Somalië, en Rwanda teweeg hebben gebracht resulteerden in een significante aanpassing van de VN-doctrine omtrent vredesoperaties - tenminste op papier.<sup>10)</sup>

De oude uitgangspunten ten aanzien van vredesoperaties zijn in belangrijke mate aangepast - althans in de typen operaties waar ze irrelevant of zelfs contraproductief zouden zijn voor een succesvolle uitvoering van het mandaat. Als gevolg van deze ontwikkelingen is de oude controverse omtrent de relevantie van het HOR bij VN-vredesoperaties beslecht in de richting van de toepasselijkheid ervan in alle situaties waarbij VN-troepen betrokken raken bij gevechtshandelingen.<sup>11)</sup> De aanvaarding van de toepasselijkheid van het HOR op vredesafdwingende operaties, uitgevoerd door de bereidwillige lidstaten met de autorisatie van de Veiligheidsraad, was al een feit vanaf de Korea-oorlog en werd zonder controverse aanvaard in de Tweede Golfoorlog.<sup>12)</sup>

## 2.2. De typen van VN-militaire operaties en de relatie tot het humanitair oorlogsrecht

De indeling van VN-militaire operaties in een bepaalde categorie, op grond van de rechtsbasis, doelstelling en commandostructuur, heeft ook consequenties voor de mate waarin het HOR relevant en toepasselijk wordt.

Het belangrijkste onderscheid is dat tussen vredesafdwingende en andere soorten VN-militaire operaties. Vredesafdwingende operaties zijn gebaseerd op Hoofdstuk VII van het Handvest en zijn in beginsel gevechtsoperaties gericht tegen een bepaalde Staat of andere entiteit met het doel om de wil van de internationale gemeenschap, zoals verwoord in het mandaat verleend door de Veiligheidsraad, op te leggen.<sup>13)</sup>

Dit soort militaire operaties is niet afhankelijk van de instemming van de bij een conflict

<sup>9)</sup> Id. blz. 523 en McCoubry en White, *supra* n. 4 blz. 167-168. De druk kwam o.a. van de positie van de ICRC die consistent het standpunt heeft verdedigd dat het HOR toepasselijk is op alle gevechtshandelingen waaraan de (VN) strijdkrachten deelnemen. Zie o.a. R. Zacklin, "General Report" in Condorelli e.a. *supra* n. 5 blz. 49.

<sup>10)</sup> Zie de rapporten genoemd in nn. 2 en 3 *supra*.

<sup>11)</sup> Dit is het uitgangspunt van de Richtlijnen van de Secretaris Generaal genoemd in n. 2 *supra* (Section 1 of the Sec. Gen. Bulletin luidt als volgt: "The fundamental principles and rules of international humanitarian law ... are applicable to United Nations forces when in situations of armed conflict they are actively engaged therein as combatants, to the extent and for the duration of their engagement").

<sup>12)</sup> Zie U.S. DOD "Report to Congress on the Conduct of the Persian Gulf War" gereproduceerd in *Int. Legal Materials* (1992) blz. 612 ev. De Eerste Golfoorlog was tussen Iran en Irak 1980-1988.

<sup>13)</sup> D. Bowett, *United Nations Forces* (1964) blz. 485.



betrokken partijen en wordt gelijk aan alle VN-militaire operaties uitgevoerd op basis van vrijwilligheid van de kant van de troepenleverende Staten met dien verstande dat de strijdkrachten onder de controle blijven van de deelnemende landen. Uiteraard zijn verschillende operationele bevelsstructuren mogelijk, doch dit neemt niet weg dat de deelnemende strijdkrachten in essentie onder nationale controle blijven binnen het kader van de verleende VN-autorisatie en bijbehorend mandaat. Voor dit soort operaties is vanaf het begin van de Korea Oorlog duidelijk dat het HOR in zijn geheel toepasselijk is op de deelnemende partijen. Ten eerste vanwege de aard van dit soort operaties, die gekenmerkt wordt door intensief geweldgebruik in een traditionele gevechtsrol, en ten tweede omdat de deelnemende landen zelf partij zullen zijn (de meeste van) de relevante internationale conventies en tevens gebonden zijn aan het internationale gewoonterecht op dit gebied.<sup>14)</sup>

De typering van een bepaalde operatie als ‘vredesafdwingend’ betekent niet per se dat alle dergelijke operaties gelijk zijn aan traditionele oorlogsvoering met een VN-mandaat. De mate waarin dit nodig zal zijn zal verschillen naar omstandigheden. Vredesafdwingende operaties zoals Korea en de VN-geautoriseerde bevrijding van Koeweit waren traditionele militaire operaties, waarin intensief geweld werd aangewend over een langere periode tegen een vijandelijke Staat. Andere voorbeelden van vredesafdwingende operaties, zoals die in Somalië, Rwanda en Haïti voldoen in belangrijke opzichten niet aan het traditionele patroon en waren ook niet (altijd) gevechtsoperaties.<sup>15)</sup>

Desondanks hebben deze operaties gemeen dat zij gemandateerd zijn om zonodig tot pro-actief optreden over te gaan waarbij intensief geweld *kan* worden gebruikt en dat zij niet afhankelijk zijn van de instemming van de bij een conflict betrokken partijen op welk niveau dan ook. Als zodanig zal het HOR in beginsel in zijn geheel toepasselijk zijn op de operatie, doch in de praktijk zal dit niet altijd nodig zijn voor zover er geen sprake is van een georganiseerd gewapend verzet of andere situaties waar het HOR relevant wordt.

Andere soorten VN-operaties verschillen van vredesafdwingende operaties in hun rechtsbasis, doelstelling en andere belangrijke uitgangspunten, zoals de kwestie van noodzaak tot instemming door de betrokken partijen. Hierdoor is de plaats die het HOR inneemt in relatie tot deze soorten operaties een andere dan in relatie tot militaire dwangmaatregelen. Binnen de algemene typering van vredesoperaties anders dan vredesafdwingende operatie, is er een aantal belangrijke categorieën die onderscheiden kunnen worden.

De eerste hiervan zijn de traditionele vredesbewarende (*peacekeeping*) operaties waarin de VN-troepen, ofwel preventief worden ontplooid, ofwel worden ingezet om een staakt-het-vuren overeenkomst te helpen bewaren. In beide gevallen is het hoofddoel van

<sup>14)</sup> Bowett, *supra* n. 13 blz. 503-5; C. Greenwood, *supra* n. 1. blz. 17-18

<sup>15)</sup> F. Hampson “States military operations authorized by the United Nations and international humanitarian law” in Condorelli e.a. *supra* n. 1, blz. 371 ev. In de Somalië operatie werd de missiedoelstelling gewijzigd van bescherming van humanitaire hulpverlening tot ontwapening en arrestatie van de Aideed factie. Er werden geen traditionele gevechtsoperaties als zodanig tegen een Staat gevoerd. In Rwanda werd Frankrijk een mandaat verleend om een veilige aftocht te garanderen van vluchtelingen. Er was nauwelijks sprake van direct contact tussen de Franse troepen en de milities en gewapende bendes die het land teisterden, laat staan van gevechtsoperaties. In Haïti was de dreiging van militair geweld voldoende en er zijn nooit gevechtsoperaties gevoerd tussen de multinationale interventiemacht, of van UNMIH en de Haïtiaanse strijdkrachten.

een dergelijke missie de *status quo* te handhaven - en zoals het woord 'peacekeeping' al suggereert - berust een dergelijke operatie op een basisveronderstelling, namelijk dat er sprake is van een vreedzame situatie die bewaard kan worden. De rechtsbasis van deze operaties is de instemming van de betrokken partijen met de aanwezigheid en het optreden van de VN-troepen op alle niveaus (volkenrechtelijk, operationeel en tactisch); en als zodanig zal het HOR in beginsel slechts een beperkte en tijdelijke rol spelen voorzover de VN-troepen gedwongen worden om zichzelf te verdedigen tegen incidentele gewelddadige bedreigingen of aanslagen.<sup>16)</sup> Voor de rest worden deze soorten operaties geregeerd door de traditionele uitgangspunten bij vredesoperaties en de status van de deelnemende troepen is die van burger met specifieke taken, bescherming en immuniteiten die voortvloeien uit het mandaat en de relevante internationale instrumenten.<sup>17)</sup>

Een ander type van vredesbewarende operatie wordt in het Engels aangeduid als *wider peacekeeping* ofwel *robust peacekeeping*. Dit type operaties is in de laatste jaren veel talrijker en prominenter geworden dan voorheen, al zijn er voorbeelden van uit de vroege periode van de VN.<sup>18)</sup>

Wider peacekeeping deelt in beginsel dezelfde uitgangspunten en rechtsbasis als zijn meer traditionele voorganger, doch deze worden breder geïnterpreteerd en de missiedoelen bij dit soort operaties zijn aanzienlijk ambitieuzer gesteld. Een ander belangrijk verschil is, dat hoewel er sprake zal zijn van instemming op het volkenrechtelijk - en tenminste in beginsel - op het operationeel niveau van de betrokken partijen, dit lang niet altijd het geval zal zijn op het tactisch niveau.<sup>19)</sup> Als gevolg hiervan zullen de VN-eenheden veel vaker geconfronteerd worden met gewelddadige bedreigingen, verzet en aanslagen. Dit gebrek aan volledige instemming, tezamen met de veel ambitieuzer gestelde missiedoelstelling, zoals de bescherming van de burgerbevolking of humanitaire hulpverlening, het afdwingen van de ontwapening of terugtocht van gewapende milities of andere groeperingen, betekent dat het begrip 'zelfverdediging' veel breder wordt geïnterpreteerd dan bij de meer traditionele variant van peacekeeping om mede de missiedoelstellingen en de uitvoering van het mandaat te verzekeren.<sup>20)</sup> Hierdoor wordt de relevantie en de toe-

<sup>16)</sup> McCoubry and White, *supra* n. 4, blz. 18-19.

<sup>17)</sup> De traditionele uitgangspunten (zie blz. 1 *supra*) van instemming, neutraliteit en beperking van geweldgebruik tot zelfverdediging worden in vrijwel alle relevante literatuur besproken. Zie bijvoorbeeld Mc Coubry and White, *supra*, nn. 3 en 16 op blz. 19. De taken bescherming en immuniteiten van VN vredesstroepen worden geregeld in het verleende mandaat door de Veiligheidsraad, de Conventie inzake de Veiligheid van personeel van de Verenigde Naties, en van geassocieerd personeel van 1994 (hierna aangeduid als 'the Safety Convention') en de relevante overeenkomsten tussen de troepenleverende landen en de VN, tezamen met de relevante Status of Forces Agreements (SOFAS) tussen de VN en de Staat waar de vredesmacht is ontplooid.

<sup>18)</sup> Hampson, *supra* n. 15, blz. 385-6. Een vroeg voorbeeld hiervan was de Kongo operatie.

<sup>19)</sup> Id. blz. 375. Onder volkenrechtelijke instemming wordt verstaan de overeenkomst tussen de VN en de regering(en) van de Staten waar de VN-vredesmacht zal optreden. Onder operationeel niveau instemming wordt verstaan de overeenkomst(en) tussen de VN op het niveau van de vertegenwoordiger van de Secretaris Generaal en/of de commandant van de vredesmacht en de militaire of paramilitaire commandanten van de lokale strijdkrachten of milities met betrekking tot de modaliteiten van ontplooiing en optreden van de VN-vredes machten. Onder tactisch niveau instemming wordt verstaan de afspraken op lokaal niveau tussen plaatselijke commandanten van contingenten van de VN-vredesstroepen en hun tegenhangers bij de lokale strijdkrachten of milities.

<sup>20)</sup> Dit is in feite de door de VN gehanteerde definitie van zelfverdediging binnen het kader van peacekeeping in ieder geval sinds de Cyprus en Libanon vredesoperaties - tenminste op papier. Zie bijvoorbeeld Greenwood, *supra* n. 11, blz. 11 en M. Arsanjani, "Defending the blue helmets: protection

passelijkheid van het HOR aanzienlijk vergroot. Deze verschillen tussen de meer traditionele en de robuustere varianten in vredesoperaties, gezien tegen de ervaring van de jaren '90, hebben geresulteerd in de wijzigingen in VN-doctrine die eerder zijn aangeduid en in vele gevallen tot veranderingen in de operationele doctrine zoals robuustere ROE's en wijzigingen in de samenstelling en potentiële slagkracht van de ontplooiende VN-vredesmachtes in de meer recente operaties.<sup>21)</sup>

De laatste categorie vredesoperaties wordt in het Engels aangeduid als *peace-building* (vredesopbouwende) operaties, waarbij er meestal een gecombineerde civiele en militaire taak wordt gesteld bestaande uit wederzijds peacekeeping aan de ene kant, en voorbereiding en assistentie verlenen in het herstel en opbouw van een civiele administratie aan de andere kant.<sup>22)</sup> In sommige gevallen heeft de VN zelfs voor een bepaalde periode het gehele bestuur van een bepaald territorium op zich genomen, inclusief de handhaving van de openbare orde.<sup>23)</sup>

Voor zover het in dit soort operaties om militaire taken gaat, verschillen ze meestal niet veel van wederzijds peacekeeping, al zijn er soms elementen van vredesafdwinging in de mandaten ingebouwd geweest om het succes van de operatie te verzekeren en om als afschrikking te dienen tegen potentiële *spoilers* (verstoorders van het vredesproces).<sup>24)</sup> De interpretatie van zelfverdediging bij dit soort operaties is in essentie dezelfde als in wederzijds peacekeeping operaties, namelijk verzekering van het mandaat als geheel. (Dit moet niet worden verward met zuivere politieke taken als handhaving van de openbare orde, aanhouding van verdachte (oorlogs)criminelen etc. die buiten het aandachtsveld van deze bijdrage vallen). Als zodanig is de relevantie en toepasselijkheid van het HOR in essentie hetzelfde als bij robuuste vredesbewaring.

De hierboven omschreven categorieën en subcategorieën binnen de VN-militaire operaties zijn bruikbaar en nuttig vanuit een juridisch perspectief en kunnen als een vertrekpunt dienen vanuit een meer praktisch georiënteerd operationeel perspectief voor een beoordeling van de toepasselijkheid van het HOR in concrete situaties. In de praktijk zijn deze categorieën echter allesbehalve vast en zeker en er is vaak een aanzienlijke mate van onduidelijkheid omtrent de precieze categorie waarbinnen een gegeven operatie valt, alsmede een behoorlijke mate van overlap tussen de categorieën binnen een specifiek mandaat. Wij zullen hier later in deze bijdrage op terugkomen.<sup>25)</sup>

### 2.3 De uitwerking van recente ontwikkelingen in VN-doctrine en praktijk op het vraagstuk van de toepasselijkheid van het humanitair oorlogsrecht bij vredesoperaties.

*Vervolg voetnoot* <sup>20)</sup>

of United Nations Personnel" in Condorelli e.a. *supra*, n. 5.115 op blz. 136-141. In de praktijk werd echter meestal een aanzienlijk restrictievere interpretatie van zelfverdediging bij peacekeeping operaties gehanteerd, zowel in de oudere vredesoperaties uit de periode van de Koude Oorlog (met uitzondering van Kongo en Cyprus en in beperkte mate Zuid Libanon) als in een aantal van de meer recente vredesoperaties, zoals UNPROFOR I en de eerste fase van UNPROFOR II.

<sup>21)</sup> Zie blz. 331-332 *supra*, alsmede n. 10 en bijbehorende tekst. Zie ook Hampson, *supra* n. 15 op blz. 376.

<sup>22)</sup> White, *supra* n. 2, blz. 90 ev.

<sup>23)</sup> Bijvoorbeeld in Kosovo en Oost-Timor. (Handhaving van de openbare orde is een politieke taak ongeacht of deze door politie of militair personeel wordt verricht).

<sup>24)</sup> Hampson, *supra* n. 15 op blz. 376 en White, *supra* n. 2 blz. 94.

<sup>25)</sup> Zie paragraaf 2.3 hieronder.

De ervaringen gedurende de jaren '90 bij een aantal vredesmissies hebben, zoals gezegd, geleid tot een besef van de noodzaak tot verbeteringen en hervormingen op dit gebied, alsmede een toegenomen aanvaarding van de toepasselijkheid van het HOR bij vredesmissies.

Een aantal van de problemen die zich hebben voorgedaan in recente vredesoperaties en die deels geadresseerd werden in het Brahimi Rapport en het Secretary General's Bulletin, alsmede in de praktijk van de betreffende vredesoperaties, kunnen als volgt worden samengevat.<sup>26)</sup>

1. Onduidelijke en in sommige gevallen overambitieuze mandaten, waarbij aspecten van vredesafdwinging en vredesbewaring met soms tegenstrijdige missiedoelstellingen door elkaar zijn gegooid.
2. Inadequate aandacht voor de relatie tussen mandaten en de juridische en praktische mogelijkheden om deze te verzekeren en uit te voeren door geweldsgebruik waar dit nodig is.
3. In vele gevallen onvoldoende voorbereiding en aandacht voor de relatie tussen vredesoperaties en de verplichtingen voortvloeiende uit het HOR, zowel voor wat betreft het preventief en repressief optreden door VN-vredestroepen tegen schendingen door andere partijen, als naleving van het HOR door de leden van vredesmandaten zelf.

### 2.3.1 Het Brahimi Rapport en de toepasselijkheid van het HOR

Het Brahimi Rapport dat naar aanleiding van de mislukte vredesmissies in Bosnië en Rwanda tot stand kwam tussen 7 maart en 17 augustus 2002 besteedt geen directe aandacht aan het vraagstuk van de toepasselijkheid van het HOR als zodanig. Indirect komt deze kwestie echter aan de orde in een aantal van de aanbevelingen die in het Rapport werden gedaan, waarschijnlijk meer in wat niet wordt gezegd dan in wat wel wordt aanbevolen. Het Rapport richt zich op sommige van de problemen (zie 2.3 hierboven) die zich hebben voorgedaan bij recente vredesoperaties en verdient als zodanig enig commentaar.<sup>27)</sup>

Het Rapport gaat uit van een strikte scheiding tussen vredesafdwingende en andere vredesoperaties en stelt zich op het standpunt dat vredesoperaties nooit moeten ontaarden in traditionele gevechtsoperaties. "The United Nations does not wage war". Dit wordt overgelaten aan coalities van Staten die bereid zijn om een gevechtsrol op zich te nemen met de autorisatie van de Veiligheidsraad<sup>28)</sup> Zoals White opmerkt, is dit een nogal gemakkelijk en enigszins halfslachtig standpunt dat noch recht doet aan het uitgangspunt van het Handvest, noch volledig in overeenstemming is met de werkelijkheid, waarbij regionale instellingen en *ad hoc* coalities een nauwe relatie met VN-vredesoperaties onderhouden om 'ruggengraat' aan de VN-operaties te verschaffen.<sup>29)</sup>

Aan de andere kant is een strikte scheiding tussen militaire dwangmaatregelen (vredesafdwinging) en vredesbewaring als uitgangspunt alleszins toe te juichen. Eén van de hoofdproblemen bij een aantal recente vredesoperaties, zoals bijvoorbeeld UNPROFOR in

<sup>26)</sup> Er zal in dit kader alleen aandacht worden besteed aan de problemen bij vredesoperaties die betrekking hebben op de toepasselijkheid van het HOR.

<sup>27)</sup> Hierin wordt het commentaar zo beperkt mogelijk gehouden tot het onderwerp van deze bijdrage. Voor een veel uitgebreider commentaar zie White, *supra* n. 2.

<sup>28)</sup> Brahimi Rapport, para. 53.

<sup>29)</sup> White, *supra* n. 2 blz. 135.

Bosnië en UNSOM in Somalië was ontegenzeggelijk de menging van de twee functies door elkaar in de verschillende mandaten. Bij UNPROFOR heeft dit geleid tot het opleggen van onrealistische en deels tegenstrijdige doelstellingen aan de missie die vrijwel onuitvoerbaar waren, gezien de inadequate middelen die beschikbaar waren gesteld om deze te realiseren. Bij UNSOM werd gekozen voor het loslaten van het beginsel van onpartijdigheid en het overgaan tot een *enforcement mode* – juist op het moment dat de vredesmacht werd teruggeschaald en, nog belangrijker, zonder dat men de consequenties van deze omschakeling voldoende had doordacht of de bereidheid had om de ingezette koers af te maken<sup>30</sup>) Als zodanig is de sterke scheiding tussen de gevechtsrol die (potentieel) inherent is aan vredesafdwinging en overige vredesoperaties die in het Rapport wordt voorgestaan zonder meer een verbetering.

Tegelijkertijd wordt in het Rapport een sterke aanbeveling gedaan om te komen tot een robuuste interpretatie en toepassing van het begrip zelfverdediging. Het Rapport stelt dat VN-vredestroepen niet beperkt dienen te worden tot een passieve en restrictieve reactie op gewelddadige aanslagen en dat het initiatief niet volledig hoeft te worden overgelaten aan de aanvallende partij.<sup>31</sup>) Bovendien wordt de brede definitie van zelfverdediging in het kader van vredesmissies onderschreven die officieel gehanteerd wordt door de VN, doch die lang niet altijd in de praktijk wordt uitgevoerd. Dit houdt, zoals gezegd, het verdedigen en verzekeren van het mandaat als geheel in; niet louter het afweren van aanslagen gericht tegen individuele VN-militairen of een individuele VN-militaire eenheid.<sup>32</sup>) Het Rapport gaat zelfs een stap verder door te stellen dat VN-troepen onder een positieve verplichting staan om genocide en andere ernstige mensenrechtenschendingen actief tegen te gaan en stelt dat vredesmachten over voldoende uitrusting en bewapening moeten beschikken om deze verplichting te realiseren.<sup>33</sup>) Dit lijkt op een verbreding van zelfverdediging in de richting van een norm van humanitaire interventie die eventueel los zou kunnen staan van het mandaat.

Dit heeft duidelijke consequenties voor de toepasselijkheid van het humanitair oorlogsrecht. Zelfs als men uitgaat van de premisse dat vredesoperaties geen (klassieke) gevechtsoperaties moeten zijn en dat de VN geen oorlogvoerende partij is, zal een dergelijke brede interpretatie van zelfverdediging en impliciete onderschrijving van een *plicht* tot humanitaire interventie in extreme situaties leiden tot de reële mogelijkheid dat de VN-vredesmachten verwickeld zullen raken in gevechtssituaties, waarbij intensief geweldgebruik zal plaatsvinden. Er is geen ander juridisch kader dan het HOR voor zulke situaties.

### 2.3.2 *Het Secretary General's Bulletin en de toepasselijkheid van het HOR*

De achtergrond van de controverse omtrent de toepasselijkheid van het HOR op VN - (vredes)operaties is reeds eerder aan de orde geweest.<sup>34</sup>) De Richtlijnen van de Secretaris Generaal Inzake de Nakoming van het Internationaal Humanitair Recht door VN-vredesmachten, hierna als het "(Secretary General's) Bulletin" aangeduid, lijken op dit punt een definitief antwoord te geven. Het beginsel dat VN-vredestroepen gebonden zijn aan tenminste "de fundamentele beginselen en regels van het internationaal humanitairrecht"...

<sup>30</sup>) J. Mayall (red.), "The New Interventionism, 1991-1994: United Nations Experience in Cambodia, the former Yugoslavia and Somalia" (1996) blz. 107. Zie ook Arsanjani, *supra* n. 20 blz. 123-124.

<sup>31</sup>) White, *supra* n. 2 blz. 134 verwijzend naar para. 49 Brahimi Rapport.

<sup>32</sup>) Zie n. 20 en begeleidende tekst *supra*.

<sup>33</sup>) White, *supra* n. 2 blz. 134 verwijzend naar paragrafen 50-52 Brahimi Rapport.

<sup>34</sup>) Zie paragraaf 2.1 *supra*.

“voorzover zij betrokken zijn bij gevechtshandelingen als combattanten en voor zo lang als de gevechtshandelingen voortduren” is het uitgangspunt van het Bulletin.<sup>35)</sup> Dat dit ook van toepassing is op zelfverdedigingsituaties in het kader van vredesmissies wordt expliciet duidelijk gemaakt door de zinsnede “they (de fundamentele beginselen en regels van het HOR) are accordingly applicable in enforcement actions, or in peacekeeping operations when the use of force is permitted in self-defence”.<sup>36)</sup>

Er is al het nodige commentaar op het Secretary General’s Bulletin geweest en een aantal van de tekortkomingen en onduidelijkheden ervan zijn daarbij geanalyseerd. Het is niet nodig omdat nog een keer over te doen behalve in zover dat nodig is in het kader van deze bijdrage.<sup>37)</sup>

Het belangrijkste commentaar betreft de relatie tussen het Bulletin en de *Safety Convention* van 1994 en de relatie tussen het Bulletin en de nationale regelgeving van de verschillende troepenleverende Staten waarin het HOR is geïncorporeerd.<sup>38)</sup> Voor wat betreft het eerstgenoemde is er duidelijk sprake van een mogelijke tegenstrijdigheid en een verre van heldere afbakening in de toepassing van beide instrumenten.

De *Safety Convention* gaat uit van de speciale beschermde status van VN-(militair) personeel betrokken bij een door de VN opgestelde en uitgevoerde vredesoperatie, en voorziet in de strafrechtelijke aansprakelijkheid van alle vormen van gewelddadige aanslagen of onwettige detentie van VN-personeel in zulke operaties. Het Bulletin dat in zijn openende bepaling naar de *Safety Convention* verwijst, gaat echter uit van de mogelijkheid dat VN-militairen die aan vredesoperaties deelnemen, betrokken kunnen worden bij gevechtshandelingen waarin ze de status van combattant zouden hebben en waarop de fundamentele beginselen en regels van het internationaal humanitair recht toepasselijk zijn. Dit leidt, als men de tekst van beide instrumenten letterlijk neemt tot een gelijktijdige toepasselijkheid van de status van onschendbare burger (in VN-dienst) en van combattant die gerechtigd is om geweld te gebruiken.<sup>39)</sup> Het in de *Safety Convention a contrario* gestelde uitgangspunt dat het HOR niet toepasselijk is op vredesoperaties, is direct in strijd met het uitgangspunt van het Bulletin dat het humanitair recht van toepassing is op alle situaties waarin VN-militairen deelnemen aan gevechtshandelingen, inclusief het gebruik maken van geweld bij vredesoperaties.<sup>40)</sup> Dit levert bij elkaar een aantal juridische onmogelijkheden op. Ik ben met Zwanenburg eens, dat de enige oplossing hiervoor is om de *Safety Convention* tegen de achtergrond van het bestaan van het Bulletin op zodanige wijze te interpreteren dat de *Convention* niet toepasselijk wordt zodra VN-militairen betrokken zouden raken bij gevechtshandelingen als combattanten, ongeacht of dit in het kader is van een vredesoperatie of een andersoortige VN-militaire operatie.<sup>41)</sup>

Het andere probleem is dat van de relatie tussen het Bulletin en de nationale regelgeving van de troepenleverende Staten waarin het HOR geïncorporeerd is. Dit probleem

<sup>34)</sup> Zie paragraaf 2.1 *supra*.

<sup>35)</sup> Zie n. 1 *supra*. Dit is een (eigen) vertaling van het gestelde in sec. 1 van het Bulletin.

<sup>36)</sup> *Ibid.*

<sup>37)</sup> Zie n. 3 *supra*.

<sup>38)</sup> Zie n. 17 *supra*. De officiële benaming van de *Safety Convention* is “The Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel”. De tekst ervan is gepubliceerd als Annex bij de General Assembly Resolution 49-59 van 9 December 1994. UN Doc. A/RES/49/59 Ann. De *Conventie* is per 15 januari 1999 in werking getreden. Voor commentaar zie o.a. P. Kirsch, “The Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel” in 2 *International Peacekeeping* (1995) blz. 102 ev.

<sup>39)</sup> Zwanenburg, *supra* n. 3 blz. 22.

<sup>40)</sup> *Ibid.* Zie ook paragraaf 2.3 *supra*.

<sup>41)</sup> Zwanenburg *supra* n. 2 blz. 22.

heeft een aantal facetten. Los van de kwestie van toezicht op de naleving van de voorschriften van het Bulletin, dat ondanks het belang ervan niet direct verband heeft met het onderwerp van deze bijdrage,<sup>42)</sup> zijn er twee punten die enige nadere bespreking moeten hebben. De eerste is de mogelijke discrepantie tussen nationale interpretaties van het HOR en de uitleg die eraan wordt gegeven in het Bulletin. Vanzelfsprekend zijn zowel de VN als alle troepenleverende Staten gebonden aan het internationale gewoonterecht inzake het humanitaire recht. Het probleem is echter dat de interpretatie van gewoonterechtelijke beginselen en regels van het HOR in het Bulletin vrijwel zeker botst met de interpretatie ervan in een aantal troepenleverende Staten.<sup>43)</sup>

Wellicht nog fundamenteeler - tenminste in het kader van het onderwerp van de toepasselijkheid van het HOR op vredesoperaties - is het feit dat de kwestie van de toepasselijkheid van het HOR op vredesoperaties eveneens op een uiteenlopende manier wordt geïnterpreteerd in diverse troepenleverende landen. In zijn analyse geeft Zwanenburg voorbeelden van hoe deze kwestie anders werd uitgelegd in de nationale militair rechtelijke systemen van België en Canada.<sup>44)</sup> Als twee zulke redelijk aanverwante landen binnen de NAVO tot andere antwoorden in de kwestie van toepasselijkheid van het HOR bij vredesoperaties kunnen komen, dan is het potentieel van discrepantie bij deze kwestie meer in het algemeen nog groter. Dit geldt niet alleen voor de potentieel verschillende interpretaties tussen troepenleverende Staten onderling, maar ook voor wat betreft mogelijke strijdigheid tussen nationale interpretaties en het uitgangspunt bij het Bulletin dat het HOR toepasselijk is op alle situaties waarin VN-troepen direct betrokken raken in gevechtshandelingen, inclusief bij vredesoperaties.

Er kan geen twijfel over bestaan dat het Secretary General's Bulletin in vele opzichten een vooruitgang betekent in de richting van een algemene toepassing van het HOR op VN-vredesoperaties in relevante situaties. Deze onduidelijkheden en mogelijke tegenstrijdigheden maken deze stap in de goede richting minder zeker dan anders het geval zou zijn.

#### 2.4 Deelconclusies

Het is duidelijk dat de VN gebonden is aan het HOR in alle situaties waarbij VN-militairen betrokken worden in situaties waar internationaal humanitair recht relevant en toepasselijk is. Dit vloeit zowel voort uit het feit dat de VN zelf een subject is van het volkenrecht<sup>45)</sup> als het feit dat de troepenleverende lidstaten zelf gehouden zijn aan de toepasselijke conventies, alsmede het internationaal gewoonterecht op dit gebied. Het oude, deels achterhaalde, deels incorrecte argument dat in de jaren '50 en '60 werd gehanteerd dat de VN niet gebonden was aan het HOR, zijn eindelijk - althans gedeeltelijk - terzijde geschoven door de aanvaarding van het Brahimi Rapport en het Secretary General's Bulletin van de toepasselijkheid van tenminste de fundamentele regels en beginselen van het humanitair recht.

<sup>42)</sup> Zwanenburg, *loc. cit.* blz. 26-28.

<sup>43)</sup> Bijvoorbeeld de interpretatie van de toegestane strijdmiddelen en methoden wijkt (vrij sterk) af van die van Staten die geen partij zijn tot Aanvullend Protocol I en zelfs van een aantal Staten die wel partij zijn. Zie Section 6 van het Bulletin art. 62. De Verenigde Staten heeft de zorg uitgesproken dat het Bulletin op een aantal punten een onjuiste weergave van het HOR geeft. Zie Zwanenburg, *loc. cit.* blz. 28.

<sup>44)</sup> *Id.* blz. 27.

<sup>45)</sup> Bowett, *supra* blz. 13 blz. 494-499; Greenwood, *supra* n. 13 blz. 14-16; McCoubry en White, *supra*, n. 4 blz. 38 ev; Schindler *supra* n. 1 blz. 526-530. Zie ook de adviesuitspraak van het Internationaal Gerechtshof in de *Reparations of Injuries case*, *ICJ Reports* 1949, blz. 182.

Dit is zonder twijfel een belangrijke stap in de goede richting. De uiteenzetting van de beginselen en regels die toepasselijk worden geacht in het Secretary General's Bulletin verschaft meer duidelijkheid op dit gebied en mag zonder meer worden toegejuicht.

Aan de andere kant blijft deze aanvaarding door de VN van de toepasselijkheid van het HOR toch enigszins halfslachtig. In plaats van het HOR als zodanig te aanvaarden blijft het Secretary General's Bulletin steken bij de fundamentele regels en beginselen. Bovendien zijn er nieuwe onduidelijkheden tussen de uitgangspunten in een aantal recent totstandgekomen rechtsinstrumenten. Dit probleem wordt versterkt door de kloof tussen de uitgangspunten in deze instrumenten en de opvattingen van verschillende VN-lidstaten omtrent de inhoud van het HOR en de toepasselijkheid ervan tijdens vredesoperaties. Vanzelfsprekend zal er meer moeten gebeuren op zowel theoretisch als praktisch niveau om te verzekeren dat het HOR volledig en zo consistent mogelijk wordt toegepast in alle relevante situaties tijdens VN-vredesoperaties.

### 3. Doelenkeuze ('Targeting Process') in het kader van vredesoperaties

#### 3.1 Uitgangspunten bij 'targeting' in het licht van de toepasselijkheid van het HOR

In de vorige paragraaf hebben we de kwestie van de toepasselijkheid van het HOR in verschillende soorten vredesoperaties besproken en geconcludeerd dat om een aantal redenen, het international humanitair recht toepasselijk is in alle VN-militaire operaties waarbij er sprake is van gevechtshandelingen of andere situaties waarin het HOR relevant wordt<sup>46</sup>). In deze paragraaf zullen de implicaties van deze toepasselijkheid op het 'targeting process' in het kader van vredesoperaties kort worden besproken.

Bij deze bespreking zullen een aantal uitgangspunten worden gehanteerd. Ten eerste, het begrip *military objective* (militair doel) is in *juridische* zin niet anders bij vredesoperaties dan bij andere militaire operaties van een meer traditioneel karakter. Anders gezegd, er is niet één humanitair recht voor vredesoperaties en een ander voor 'klassieke' militaire operaties. Als we zeggen dat het HOR toepasselijk is op gevechtshandelingen en andere relevante situaties bij vredesoperaties, dan is dit in principe hetzelfde stelsel van regels en beginselen dat geldt bij alle militaire operaties waarin het oorlogsrecht toepasselijk is.

Het tweede uitgangspunt is dat ondanks deze juridische gelijkheid, er wel degelijk verschillen op politiek en operationeel niveau zullen zijn tussen 'klassieke' militaire operaties en de meeste vredesoperaties, vooral vredesoperaties uitgevoerd door de Verenigde Naties. Met de uitzondering van grootschalige vredesafdwingende operaties zoals in Korea en de Golf, die uitgevoerd worden door een *ad hoc* groep lidstaten op grond van een autorisatie van de VN-Veiligheidsraad, zullen vredesoperaties meestal een restrictievere opvatting van militaire doelen hanteren dan strikt genomen door het humanitair recht vereist is. In de meeste vredesoperaties zullen politieke overwegingen en operationele beperkingen tot een lagere intensiteit van geweldgebruik en een restrictievere *targeting*

<sup>46</sup>) 'Andere' situaties waarbij het HOR relevant is zijn bijvoorbeeld de behandeling van gevangengenomen of gedetineerd militair personeel, of de toepassing van (onderdelen van) het bezettingsrecht waar de VN of VN-troepen *de facto* effectief gezag uitoefenen. Zie bijvoorbeeld D. Shagra, "The United Nations as an actor bound by international humanitarian law" in Condorelli e.a., *supra* n. 5, blz. 318, en blz. 326-328. Zie ook Débats (Discussion) under the chairmanship of Prof. T. Meron in *id.* blz. 430-431 en 439-440.



ting process leiden dan in ‘conventionele’ militaire operaties het geval is.<sup>47)</sup>

### 3.2 Het begrip ‘militair doel’ (military objective)

Het begrip militair doel vormt uiteraard de kern van het targeting process. In essentie zijn militaire doelen (personen of) objecten zoals beschreven in Artikel 52 van het Aanvullend Protocol I, dat als volgt luidt:

“military objectives are limited to those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definitive military advantage”.<sup>48)</sup>

Deze definitie richt zich op objecten en niet op personen als zodanig. Vanzelfsprekend zijn vijandelijke combattanten legitieme militaire doelen. Ook burgers die direct deelnemen aan militaire operaties, of direct bijdragen aan het gevechtspotentieel van een partij tot een gewapend conflict (bijvoorbeeld arbeiders in een munitiefabriek) zijn militaire doelen voor de duur van hun directe participatie.<sup>49)</sup>

De definitie bestaat uit twee delen. Ten eerste moet de aard, locatie, het doel of het gebruik van een object een effectieve bijdrage leveren aan militaire operaties. Ten tweede moet de uitschakeling, gevangenneming of vernietiging van het object een definitief militair voordeel opleveren uitgaande van de heersende omstandigheden en beschikbare informatie op het moment dat een aanval wordt uitgevoerd.<sup>50)</sup>

Bij het uitvoeren van aanvallen tegen militaire doelen zijn commandanten verplicht om voorzorgsmaatregelen te treffen teneinde in zoverre mogelijk te verzekeren dat objecten die aangevallen worden inderdaad militaire doelen zijn en ervoor te zorgen dat incidentele schade aan burgers en burgerobjecten wordt voorkomen, of in ieder geval tot een minimum wordt beperkt, en waar mogelijk, een voorafgaande waarschuwing te geven van aanvallen die een direct effect op de burgerbevolking kunnen hebben, behalve waar dit onmogelijk is onder de omstandigheden. Aan de andere kant zijn de partijen bij een conflict verplicht om maximaal te verzekeren dat militaire doelen niet in de nabijheid van burgers en burgerobjecten worden gesitueerd.<sup>51)</sup>

De bovengestelde regels vloeien voor een groot deel voort uit de relevante bepalingen van Aanvullend Protocol I, maar worden over het algemeen beschouwd als regels van internationaal gewoonterecht. Als zodanig zijn zij van toepassing op alle militaire operaties uitgevoerd door militaire eenheden die in het kader van een VN-mandaat of vredesoperaties optreden<sup>52)</sup>

#### 3.2.1 Het begrip ‘militair doel’ in het kader van vredesafdwingende operaties.

De kwestie van de toepassing van het ‘targeting process’ in het kader van vredesafdwingende operaties is met name van belang om een vergelijking te kunnen maken met de situatie bij andere soorten VN vredesoperaties, die in deze bijdrage het focus van de aan-

<sup>47)</sup> Dit is vanouds de drieluik (politiek, operationeel, juridisch) van elementen die een rol spelen bij het samenstellen van ‘Rules of Engagement’ (ROE).

<sup>48)</sup> Art. 52(2) Protocol I Additional to the Geneva Conventions 1977 (Aanvullend Protocol I).

<sup>49)</sup> W. Fenrick, “The Law Applicable to Targeting and Proportionality after Operation Allied Force: a view from the Outside” in *Yrbk of Int. Humant. Law* (2000) op blz. 58.

<sup>50)</sup> *Ibid.*

<sup>51)</sup> *Id.* blz. 57. Dit is in wezen een samenvatting van het gestelde in Artt. 51-58 van AP I. Zie ook A. Rogers, “*Law on the Battlefield*” (1996) blz. 34 ev.

<sup>52)</sup> Zie Fenrick, *supra* n. 49, blz. 57. Zie ook i.h.a. paragraaf 2 *supra*.

dacht vormen en waarbij het begrip ‘militair doel’ over het algemeen aanzienlijk nauwer zal worden omschreven.

De eigenschappen en basiselementen van vredesafdwingende acties zijn eerder in deze bijdrage aan de orde geweest. Daarbij is opgemerkt dat vredesafdwingende operaties uitgaan van een veronderstelling van pro-actief militair optreden gericht tegen een bepaalde staat of entiteit, waarbij de mogelijkheid bestaat dat traditionele oorlogsvoering onder een VN autorisatie wordt verricht. Aan de andere kant is dit laatste niet per se altijd de vorm die zulke operaties aannemen. Vredesafdwinging kan ook plaatsvinden zonder dat er sprake hoeft te zijn van langdurig of intensief militair optreden.<sup>53)</sup> Voorzover er weinig – of zelfs geen sprake is van langdurige of intensieve gevechtshandelingen bij vredesafdwingende operaties, zullen zij niet wezenlijk verschillen van overige vredesoperaties voor wat betreft de invulling van het begrip military objective en de toepassing van het targeting process. De redenen hiervoor zullen hieronder aan de orde komen.<sup>54)</sup>

Voor wat betreft vredesafdwingende operaties waar wel ‘oorlog’ wordt gevoerd van het type Korea, de Tweede Golfoorlog (of hypothetisch Kosovo) ligt dit wel degelijk anders.<sup>55)</sup> Bij dit soort operaties worden over een periode van weken, maanden, of -in het geval Korea- jaren intensieve gecombineerde operaties (‘*combined operations*’) tegen zowel strategische als tactische doelen gevoerd met de doelstelling om de oorlogsvoerende capaciteit van de tegenstander volledig uit te schakelen of in ieder geval aanzienlijk te verzwakken. Onder deze omstandigheid zal het begrip military objective niet wezenlijk verschillen van dat welk gehanteerd wordt bij traditionele oorlogsvoering tussen (coalities van) staten. Het targeting process zal mede worden gericht op economische en infrastructurele doelen van militaire significantie zoals productie en opslagfaciliteiten voor de metallurgische en petrochemische industrieën, munitiebedrijven, de (tele)communicatieve en verkeersinfrastructuur, het commando en controlesysteem van de tegenpartij, inclusief militaire en politieke hoofdkwartieren, etc; naast traditionele ‘zuiver’ militaire doelen op operationeel en tactisch niveau, zoals troepenconcentraties, militaire voertuigen, militaire vliegvelden, enzovoort.<sup>56)</sup> Over het algemeen zal het begrip military objective ruimer worden geïnterpreteerd naarmate het conflict langer duurt en het militair potentieel van de tegenstander groter is.<sup>57)</sup>

Dit is volledig begrijpelijk als men accepteert dat het begrip military objective niet statisch is, doch grotendeels afhangt van de omstandigheden en de politieke doelstellingen die nagestreefd worden.<sup>58)</sup>

<sup>53)</sup> Zie paragraaf 2.2. *supra*.

<sup>54)</sup> Zie subparagraaf 3.2.2. hieronder.

<sup>55)</sup> Operation ‘Allied Force’ in 1999 in en over de Federale Republiek Joegoslavië en Kosovo was uiteraard geen door de VN geautoriseerde vredesafdwingende operatie. Deze operatie werd zonder een (expliciet) mandaat of autorisatie van de VN-Veiligheidsraad uitgevoerd als een multilaterale humanitaire interventie. Ondanks het ontbreken van een formeel juridisch mandaat had de operatie vele van de kenmerken van een vredesafdwingende operatie. Zie o.a. B. Simma, “Nato, the UN and the Use of Force: Legal Aspects” *EJIL* (1999) p. 1 ev; A. Cassese, “*Ex inuria jus oritur*: Are we moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Counter Measures in the World Community?” In *EJIL* (1999) blz. 23 ev. Zie ook T. Gill, “Humanitaire Interventie: rechtmatigheid, rechtvaardigheid en legitimatie nader bekeken” in MRT (2001) blz. 221 ev.

<sup>56)</sup> Zie Rogers, *supra* n. 51 blz. 35-37; Fenrick, *supra* n. 49 blz. 62-67. Zie ook US DOD Report geciteerd in n. 12 *supra*.

<sup>57)</sup> Fenrick, *loc. cit.* blz. 66-7.

<sup>58)</sup> Dit is niet een verwarring van *jus ad bellum* en *jus in bello* criteria, doch een erkenning dat een militaire operatie met een beperkte geografische reikwijdte en beperkte politieke/militaire doelstelling (bijv. het verdrijven van een militaire incursie in een grensgebied en het ontmoedigen van herhalingen ervan) een veel nauwere omschrijving van militaire doelen zal hebben dan het geval is bij langdurige intensieve conflicten. Zie Fenrick, *loc. cit.* blz. 68.

### 3.2.2 Het begrip 'militair doel' in het kader van overige VN-vredesoperaties

In tegenstelling tot de situatie bij grootschalige vredesafdwingende operaties die hierboven is besproken, zal het begrip military objective veel nauwer worden omschreven bij de overige soorten vredesoperaties. Dit geldt uiteraard het meest voor traditionele interpositionele vredehandhaving van het type Cyprus of Ethiopië/Eritrea, waarbij het uitgangspunt de handhaving van een staakt het vuren akkoord is. De mandaten en bijbehorende gewelddirecties (ROE) voor deze soorten operaties gaan uit van een restrictief geweldgebruik, in de meeste gevallen beperkt tot het verzekeren van de bewegingsvrijheid van de vredesmacht en het afweren van directe bedreigingen of pogingen om vredestroepen te ontwapenen of te gijzelen.<sup>59)</sup> Als gevolg zal het begrip military objective uitsluitend relevant worden op het moment dat direct vuur wordt geopend in reactie op één van deze situaties en beperkt blijven tot doelen op tactisch niveau en het geweldsgebruik zal, behoudens uitzonderlijke situaties, beperkt zijn in omvang en duur.

Bij wider peacekeeping operaties, en zelfs bij vredesafdwingende mandaten waarbij er geen sprake is van georganiseerd verzet of intensievere langdurige gevechtshandelingen, zal het begrip military objective iets ruimer (kunnen) worden omschreven en het targeting process dientengevolge wat meer inhouden dan het reageren op directe bedreigingen van de veiligheid of integriteit van de vredestroepen zonder dat dit in de regel onttaardt in 'oorlogsvoering' in de echte zin van het woord.<sup>60)</sup> Situaties waarbij vuursteunmiddelen worden geneutraliseerd door artillerie of tactische luchtsteun kunnen wel een rol spelen en doelen op operationeel niveau, zoals luchtverdedigingssystemen, troepenconcentraties, munitieopslagdepots, zouden in beginsel, onder bepaalde omstandigheden, tot military objectives kunnen worden gerekend voor een kortere of langere periode. Dit is wat in de laatste fase van de operatie Bosnië geschiedde toen de NAVO 'Rapid Reaction Force' werd ingezet om vuursteun te verlenen aan UNPROFOR teneinde de Bosnisch Servische druk op Sarajevo te verminderen in de periode voorafgaande de Dayton Akkoorden. Dit viel buiten de VN-operatie zelf en was in feite een vredesafdwingend optreden uitgevoerd met de autorisatie van de VN. Dit had echter in principe tot de taak van de vredesmacht zelf kunnen behoren als deze over de noodzakelijke middelen had beschikt om een dergelijke operatie uit te kunnen voeren.<sup>61)</sup>

Dit is echter meestal niet het geval bij vredes machten onder de directe controle van de VN. Dergelijk robuust optreden wordt meestal in de praktijk overgelaten aan interventie of reactie eenheden die onder de controle staan van een regionale veiligheidsorganisatie, een *ad hoc* coalitie van staten, of zelfs een enkele staat, zoals in het geval van de Britse interventiemacht in Sierra Leone. Dit soort derde partij 'ruggengraat' verlening kan, mits de respectievelijke taken goed zijn afgebakend en de modaliteiten voor het verlenen van ondersteuning helder zijn, een probaat middel zijn om de effectiviteit van de operatie te verhogen.

Samenvattend kan worden gezegd dat bij vredesoperaties anders dan grootschalige VN-geautoriseerde operaties het begrip military objective meestal nauw zal worden omschre-

<sup>59)</sup> Het begrip 'zelfverdediging' bij vredesoperaties houdt meer in dan het afweren van onmiddellijke levensbedreiging zoals meestal in het commune strafrecht het geval is en omvat mede -althans in theorie- de verzekering van de bewegingsvrijheid en integriteit van de vredesmacht zelf en het mandaat als geheel. In de praktijk wordt dit echter meestal beperkt tot 'unit self-defence'. Zie nn. 20 en 32 *supra* met begeleidende tekst. Zie ook White, *supra* n. 2 blz. 134.

<sup>60)</sup> Zie subparagraaf 2.3.1. *supra* en White *loc. cit.* blz. 135.

<sup>61)</sup> P. Benvenuti "The Implementation of International Humanitarian Law in the Framework of United Nations Peace-Keeping Operations" in European Commission: *Law in Humanitarian Crises*, Office for Official Publications of the European Communities 1995, vol. 1, op blz. 88-9.

ven en het targeting process beperkt zal blijven tot het neutraliseren van tactische - of in enkele gevallen - operationele niveau bedreigingen van de veiligheid of integriteit van de missie. In de meeste gevallen zullen robuustere vormen van vuursteunverlening verricht worden door aangewezen derde partijen, die in samenwerking met de vredestroepen opereren, doch die niet onder het directe commando en controle staan van de Verenigde Naties.

De belangrijkste oorzaken hiervan zijn politiek en in mindere mate operationeel van aard. Ten eerste is er bij de meeste lidstaten en bij de VN zelf weinig bereidheid om te accepteren dat VN-vredesoperaties ook intensieve gevechtshandelingen kunnen inhouden. Dit geldt des te meer voor de lidstaten die de meeste troepen aan VN-vredesoperaties leveren. Dit wordt onderstreept door het feit dat van de troepenleverende staten, er slechts een relatief klein aantal beschikt over het soort hoogwaardige goed uitgeruste militaire eenheden die nodig zijn voor deelname aan intensieve gevechtshandelingen op relatief lange afstand van hun eigen territorium, en dat deze staten over het algemeen op zijn minst terughoudend zullen zijn om zulke eenheden en militaire middelen aan de VN toe te vertrouwen. Tot slot, ondanks een aantal verbeteringen die in het Brahimi Rapport zijn genoemd, heeft de VN er vooralsnog weinig blijk van gegeven dat ze beschikt over de noodzakelijke organisatiestructuren, slagvaardigheid en 'know-how' om complexe en intensieve militaire operaties uit te kunnen voeren.

De bovenstaande redenen, veel meer dan de mandaten en missiedoelinden van de meeste vredesoperaties zelf, zijn de belangrijkste redenen waarom het gebruik van geweld en het daarbij behorende targeting process beperkt blijft tot het direct reageren op onmiddellijke dreigingen en aanslagen op de vredestroepen zelf; in plaats van de veel ruimer gestelde verzekering van het mandaat als geheel die in het Brahimi Rapport wordt nagestreefd. Voorzover de mandaten en doelstellingen van vredesmissies ambitieuzer door de Veiligheidsraad worden gesteld dan binnen het vermogen van de vredes machten ligt om deze mandaten en doelstellingen waar te maken, zullen de bescherming en verzekering van het mandaat als geheel meestal afhankelijk blijven van derde partijen; zoals de NAVO in de Balkan, Australië in Oost-Timor en het Verenigd Koninkrijk in Sierra Leone, die in samenwerking met de VN-vredesoperaties opereren doch onafhankelijk ervan optreden.

#### **4. Eindconclusies**

In het eerste deel van deze bijdrage (paragraaf 2) is de kwestie van de toepasselijkheid van het humanitair oorlogsrecht op de VN-vredesoperaties, mede aan de hand van een aantal ontwikkelingen uit de recente praktijk en in de VN-doctrine, besproken. Daarbij is geconcludeerd dat er geen twijfel kan bestaan dat het HOR toepasselijk is op alle VN-militaire operaties, inclusief 'traditionele' en robuustere varianten van vredesbewarende operaties, waarbij VN-militairen deelnemen aan gevechtshandelingen als combattanten of waar het HOR anderszins relevant wordt. De erkenning van deze toepasselijkheid - impliciet in het Brahimi Rapport en expliciet in het Secretary General's Bulletin - is een duidelijke vooruitgang en brengt de officiële VN-positie dichterbij het standpunt dat in het internationaal recht al relatief lang is ingenomen en, belangrijker nog, meer in overeenstemming is met de praktische noodzaak om een geaccepteerd juridisch kader te hebben voor geweldgebruik in het kader van vredesoperaties.

Ondanks deze stap in de goede richting blijven er nog onduidelijkheden en potentiële problemen. Een aantal van deze zijn eveneens besproken. Wellicht de belangrijkste is de

tegenstrijdigheid in een aantal relevante juridische instrumenten betreffende de status van VN-militairen die betrokken raken bij gevechtshandelingen. De Safety Convention gaat uit van de uitsluiting van de toepasselijkheid van het HOR bij vredesoperaties, terwijl het Brahimi Rapport en meer in het bijzonder het Secretary General's Bulletin juist van de tegenovergestelde en tevens correcte positie uitgaan dat het HOR (potentieel) toepasselijk is op vredesoperaties. De voor de hand liggende oplossing hiervoor lijkt een pragmatische toepassing van de Safety Convention te zijn, waarbij de werking ervan wordt uitgesloten zodra er sprake is van gevechtshandelingen waaraan VN-militairen deelnemen en het Secretary General's Bulletin en het HOR in het algemeen toepasselijk wordt.

Niettemin is het fundamentele onderscheid tussen vredesafdwingende operaties en overige vredesoperaties nog altijd geldig. Bij vredesafdwingende operaties is het uitgangspunt dat het HOR toepasselijk is, behoudens waar er geen noemenswaardig verzet aan het optreden van VN-militairen wordt geboden. Bij overige vredesoperaties is het uitgangspunt dat het HOR uitsluitend relevant wordt in situaties waar er sprake is van gevechtshandelingen waaraan VN-militairen deelnemen. Als dit zich voordoet moeten de VN en de deelnemende landen aan de operatie de toepasselijkheid van het HOR ondubbelzinnig aanvaarden. Zulke gevechtshandelingen in het kader van vredesoperaties blijven echter eerder uitzondering dan regel. Het is van groot belang dat bij het opzetten van vredesoperaties en het verlenen van mandaten zowel de Veiligheidsraad als de deelnemende staten oog hebben voor dit fundamentele onderscheid en de afzonderlijke positie die het HOR hierbij inneemt.

Dit onderscheid heeft ook, zoals beargumenteerd is in het tweede deel van deze bijdrage, significante gevolgen voor de toepassing van het begrip militair doel (military objective) in het kader van het targeting process. Waar bij grootschalige vredesafdwingende operaties het begrip military objective volledig overeen zal komen met de interpretatie die hieraan wordt gegeven in het internationaal gewoonterecht dat van toepassing is op oorlogsvoering, om mede strategische militaire en militair relevante economische doelen te omvatten, zal dit bij overige vredesoperaties vrijwel nooit voorkomen.

Bij overige vredesoperaties zal het begrip military objective in de regel nauw worden omschreven om overwegend doelen op het tactisch niveau te omvatten. Sterker nog, ondanks de evolutie van het begrip zelfverdediging bij vredesoperaties in de richting van de bescherming en verzekering van het mandaat als geheel in de VN-doctrine, zal dit bij de meeste vredesoperaties niet worden vertaald in een hogere intensiviteit van geweldgebruik en daarmee een potentiële verbreding van het begrip military objective vanwege een aantal politieke en operationele factoren die aan het einde van paragraaf 3 zijn besproken. Dit betekent dat, wil men inderdaad de bescherming van het mandaat als geheel verzekeren, er meestal een beroep zal moeten worden gedaan op een bereidwillige en capabele derde partij in de vorm van een regionale veiligheidsorganisatie of een *ad hoc* samenwerking met één of meer staten. Vanzelfsprekend vereist dit een heldere afstemming van de respectievelijke taken tussen de betrokken partijen.

## Vredesoperaties en humanitair oorlogsrecht

door

GENERAAL-MAJOR J.T. BAKKER\*)

### 1. Inleiding

Tijdens mijn, onlangs afgesloten, periode bij het NAVO-hoofdkwartier AIRNORTH trad ik onder meer op als voorzitter van de Joint Targeting Working Group (JTWG) voor het hoofdkwartier AFNORTH te Brunssum, Nederland. De taken van deze werkgroep omvatten niet alleen het verzorgen van targeting tijdens operaties en oefeningen; de groep is ook mede verantwoordelijk voor de ontwikkeling van de NAVO doctrine inzake targeting. Gezien de ontwikkelingen van de afgelopen jaren nam het onderwerp: het targeting process tijdens vredesoperaties, een belangrijk deel van de werkzaamheden van deze groep in beslag. Ik heb daarom met veel genoegen gehoor gegeven aan de uitnodiging om een bijdrage te leveren aan het symposium Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties.

Deze bijdrage zal zich met name richten op de ontwikkeling van het *targeting process* binnen NAVO voor het gehele spectrum van mogelijke vredesoperaties. Met name na de operatie 'Allied Force' was het duidelijk dat een aantal procedures moest worden herzien. Onder meer werd vastgesteld dat er een betere toetsing op de naleving van het Humanitair Oorlogsrecht (HOR) tijdens het gehele targeting process nodig was. Nog niet alle ontwikkelingen zijn binnen NAVO al in procedures vastgelegd. Dit geldt met name voor de targeting procedures tijdens vredesbewarende operaties, die momenteel de status van voorgestelde wijzigingen hebben.

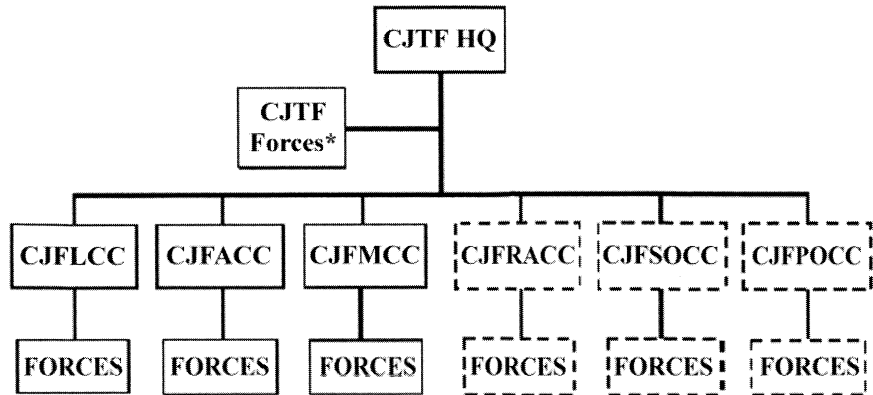
### 2. Hoe werkt het targeting process?

#### 2.1 De plaats van het targeting process binnen de commandostructuur

Uitgangspunt is dat NAVO vredesoperaties worden uitgevoerd door een *Combined Joint Task Force* (CJTF). NAVO en de meeste grote landen binnen NAVO hebben inmiddels dit concept aanvaard. Zoals wellicht bekend, treedt de CJTF binnen NAVO op namens de strategische commandant SHAPE en staat zij onder leiding van de Joint Force Commander (JFC). Deze heeft onder zich de verschillende *component commands* (zie fig. 1.1). Voor het targeting process beschikt de JFC over de *Joint Targeting Working Group* (JTWG). De *component commanders* die primair belang hebben bij het targeting process zijn *Land* (CJLCC), *Air* (CJFACC), *Maritime* (CJMCC), *Special Operations* (CJSOTF) en *Psychological Operations* (CJPOTF). De *Rear Area Commander* (CJRACC) is over het algemeen niet bij het targeting process betrokken. De JFC zal de JTWG onderbrengen bij de component die gelet op het karakter van de operatie het meest geschikt is voor deze functie, normaliter zal dat de *Air Component* zijn. De JTWG bestaat uit targeting specia-

\*) Generaal-majoor der Koninklijke Luchtmacht. Voormalig Assistant Chief of Staff for Operations bij het NAVO-hoofdkwartier AIRNORTH, Ramstein, Duitsland

lijsten van alle components. Aan de groep zijn verder politiek adviseurs, mediaspecialisten en juristen toegevoegd.



**Figure 1.1 The Combined Joint Task Force Structure**

### 2.2 Het targeting process in vredesafdwingende operaties

Het targeting process is initieel een integraal onderdeel van het planningproces van de operatie. Uit een lijst van alle mogelijke doelen (*Installation Database*) wordt door de JTWG voor de JFC een lijst met doelen, de *Joint Target List (JTL)* geselecteerd. De JTL bevat alle doelen die bijdragen tot het bereiken van de militaire doelstellingen voor het gehele conflict (*Campaign Objectives*). Naast zuiver militaire doelen zullen hierbij ook zgn. *dual use* doelen zijn. Dit zijn doelen met zowel een militair als civiel karakter. Te denken valt hierbij aan bruggen, elektriciteitscentrales, mediacentra, enz. enz. Onderdeel van de JTL is ook een *Prohibited*- en een *Restricted Target List*. De Prohibited Target List geeft de doelen weer die onder geen beding mogen worden aangevallen. Hieronder vallen scholen, ziekenhuizen, monumenten, nucleaire elektriciteitscentrales, religieuze en culturele faciliteiten, maar ook alle objecten die onmisbaar zijn voor het overleven van de bevolking. De Restricted Target List vermeldt de doelen die alleen onder bepaalde condities mogen worden aangevallen, meestal is daarbij voorafgaand toestemming vereist van het strategisch niveau. Vanwege hun aard zijn hierop vaak ‘dual use’ doelen aangegeven, maar ook valt te denken aan politiek/strategisch gevoelige doelen.

Op doctrinair vlak gaat vooral in de VS de gedachte op dat de regering van een land gevoelig is voor schade aan infrastructuur en dual use faciliteiten – faciliteiten die zowel een militair als civiel nut hebben. Aanvallen daarop kunnen beëindiging van het conflict bespoedigen, waarmee in de geest van het HOR wordt gehandeld, zeker wanneer niet direct slachtoffers worden veroorzaakt onder de burgerbevolking. Echter, afhankelijk van de interpretatie van het HOR kan hier anders tegen worden aangekeken. Een land met een uiterst strikte interpretatie van het HOR dat deelneemt aan een coalitieoperatie, kan dus worden geconfronteerd met een coalitiepartner die een strategie ontwikkelt die doctrinair wellicht steekhoudend is, maar in strijd is met nationale inzichten. Tijdens Allied Force was dit voor een aantal landen aanleiding om missies tegen dit soort doelen te weigeren.

Van in de JTL opgenomen doelen worden zgn. *target folders* geproduceerd, waar alle relevante gegevens over het doel zijn opgenomen. Onder meer wordt hierbij het risico van *collateral damage* vermeld. Hierbij is het niet zo dat doelen die in een hoge collateral damage' categorie vallen per se in de Restricted Target List worden opgenomen. Dit soort doelen vereist meer voorbereidende analyse met bijvoorbeeld als resultaat dat het doel uitsluitend met precisiewapens mag worden aangevallen. Een complicerende factor hierbij vormen de toegenomen mogelijkheden van precisiewapens en veranderingen in doctrine die daaruit voortvloeien. Het is inmiddels mogelijk om zeer nauwkeurig doelen aan te vallen en alleen de beoogde objecten te treffen en te beschadigen, ook al bevinden deze zich temidden van civiele omgeving. De marge voor fouten is echter zeer gering. Bij targeting van bruggen kan een bepaalde aanvalskoers worden opgelegd, zodat eventuele afzwaaiers in het water belanden en niet in huizen aan de oever. Juridisch gezien dient met name bij doelen in een hoge collateral damage categorie de vraag te worden gesteld of mogelijke toegebrachte schade aan de bevolking opweegt tegen het militaire voordeel dat wordt behaald door de uitschakeling van het doel.

Voor de JTL wordt op het politiek/strategisch niveau toestemming gevraagd. Deze wordt binnen NAVO door de NAC verleend per zgn. *target category*, ergo niet per individueel doel. De toetsing op naleving van het HOR vindt tijdens dit deel van het targeting process op zowel strategisch als operationeel/tactisch niveau plaats. Deelnemende landen kunnen op het strategisch niveau afwijkende interpretatie over de naleving van het HOR kenbaar maken en indien gewenst een voorbehoud maken tegen het aanvallen van bepaalde target categories.

De operatie zal normaliter worden verdeeld in een aantal fases, per fase worden de *phase objectives* gedefinieerd die moeten leiden tot de gewenste *end state* van de fase. Aan de hand van deze phase objectives wordt door de JTWG wederom een selectie gemaakt uit de JTL met als resultaat de target lijst die van toepassing is voor de betreffende fase, de *Joint Prioritized Target List* (JPTL). Het onderliggende principe is *effect based targeting by objectives*. Tijdens de uitvoering van een fase wordt dagelijks de *Battle Damage Assessment* (BDA) in de JPTL verwerkt. Doelen die vanwege het verloop van de fase minder relevant zijn geworden, worden verwijderd. Tevens worden de doelen verwijderd die binnen direct bereik van een van de component commanders komen te liggen. De betreffende component commander is verder verantwoordelijk voor eventuele actie tegen het doel. De component commanders zullen voor zover zij dit nodig achten nieuwe doelen nomineren voor opname in de JPTL. Indien deze doelen afkomstig zijn van de JTL is toestemming nodig van de JFC, indien het doelen betreft die niet op de JTL voorkomen, is toestemming van het politiek/strategisch niveau vereist. Het moge duidelijk zijn dat de JPTL in tegenstelling tot de JTL een dynamisch document is. Door deelname van juristen aan de JTWG is toetsing op naleving van het HOR gewaarborgd.

Naast de selectie van zgn. *hard targets* is er tevens sprake van de selectie van zgn. *soft targets*. Bij 'soft' targets handelt het vaak om personen, terwijl bij 'hard' targets veelal sprake is van installaties. 'Soft' targets worden geselecteerd voor het bereiken van *information warfare* doelstellingen van de operatie. Information warfare is betrekkelijk nieuw binnen NAVO. Op welke wijze invulling wordt gegeven aan information warfare ligt buiten het kader van dit symposium. Er kan mee worden volstaan dat integratie van 'soft'- en 'hard targets' plaats vindt in de JPTL.



De doelen met de hoogste prioriteit van de JPTL worden dagelijks door de component commanders aan het tactisch niveau doorgegeven. Bij de CJFACC wordt een zgn. *Prioritized Target List* (PTL) als onderdeel van de *Air Operations Directive* (AOD) intern naar het geïntegreerde Air Operation Centre (AOC) gestuurd. De AOD is geldig voor een periode van 24 uur. Het AOC, als onderdeel van de CJFACC-organisatie gebruikt dit document als input bij de productie van de *Air Task Order* (ATO). De ATO koppelt wapensystemen aan de doelen van de PTL en wordt aan de diverse onderdelen verstuurd voor missieplanning en uitvoering. Door deelname van juristen aan de JTWG is toetsing op naleving van het HOR gewaarborgd. Deelnemende naties kunnen op grond van hun interpretatie van HOR tijdens de productie van de ATO opdrachten weigeren. Zoals reeds opgemerkt kwam dit tijdens de operatie 'Allied Force' regelmatig voor.

Bovenstaand wordt het reguliere targeting process beschreven. De tijdspanne tussen het actualiseren van de JPTL en uitvoering van de ATO is ongeveer drie dagen. Dit proces werkt uitsluitend voor statische doelen. Er dient tevens rekening te worden gehouden met mobiele doelen of doelen met een hoge prioriteit, waarvan de positie tijdens de JPTL behandeling nog niet is vastgesteld. Na waarneming van deze doelen is het zaak dat zij zo snel mogelijk worden aangevallen. Om targeting binnen de reguliere drie dagen cyclus mogelijk te maken, is hiertoe een tweede targeting process ontwikkeld. Dit proces wordt *Time Sensitive Targeting* genoemd. Het volstaat te vermelden dat ook binnen dit proces toetsing op naleving van het HOR plaatsvindt. Aangezien er geen target folders van dit soort doelen voorhanden zijn, wordt de bepaling op het risico van collateral damage aan het uitvoerend niveau overgelaten. Bij luchtoperaties zijn hiertoe ROE's en *Special Instructions* (SPINS) aan de vlieger verstrekt. Aan de hand hiervan maakt hij zijn afweging of het doel kan worden aangevallen.

### 2.3 *Het targeting process in overige operaties*

In vredesoperatie waar het gebruik van geweld minder voor de hand ligt dan in een vredesafdwingend scenario verandert ook het targeting process. Deze veranderingen zijn een direct gevolg van de verandering in het karakter van de operatie. Immers in een vredesafdwingende operatie heeft de JFC het initiatief. Hij bepaalt voor iedere fase zijn doelstellingen en gebruikt zonedig in iedere fase van het conflict geweld om de gewenste end state voor de betreffende fase te bereiken. Aanhoudende tegenstand zal vaak leiden tot meer geweldgebruik.

In een vredesbewarende operatie is vaak sprake van partijen die na onderlinge vijandelijkheden, via een overeenkomst hebben ingestemd met de aanwezigheid van een vredesmacht. Deel van de overeenkomst zal de wijze zijn waarop een stabiele situatie zal worden bereikt. Het bewaken van de naleving van de overeenkomst is de opdracht van de JFC. Het initiatief ligt in dit soort operaties niet bij de JFC, maar bij de al dan niet meewerkende partijen. Zolang deze zich houden aan de gemaakte afspraken (*compliance*), is er geen reden voor actie van de zijde van de JFC en zal geweldgebruik zeker achterwege blijven. Onder deze omstandigheden zal het targeting process voornamelijk bestaan uit 'soft' targeting. Ook in geval van *non-compliance* ligt geweldgebruik zeker niet voor de hand. Alvorens over te gaan tot geweldgebruik dienen eerst alle andere maatregelen om de partijen tot compliance te bewegen te zijn uitgeput. Enkele maatregelen zijn: overleg met de betrokken partijen, het instellen van een beloning/sanctiesysteem, beïnvloeding via de media, enz. enz.

Een andere complicerende factor is dat er vaak sprake is van optredende groeperingen die geen partij zijn binnen de gesloten overeenkomst op grond waarvan de JFC zijn operatie uitvoert. Deze groeperingen zijn het doorgaans niet eens met de aanwezigheid van de vredesmacht en hun doel is, al of niet met verkapte steun van het formele gezag, om via gerichte acties het vredesproces te vertragen, of onmogelijk te maken. Optreden tegen deze groeperingen is moeilijk, aangezien zij geen deel uitmaken van het formeel overleg tussen de partijen. In geval zij daadwerkelijk buiten bereik van de formele partijen optreden, is proportioneel geweldgebruik vaak het enige middel.

Uit de JTL zullen voor een fase nog steeds doelen worden geselecteerd voor de JPTL, maar deze keer handelt zich om doelen die in geval van aanhoudende non-compliance en bij uitputting van alle andere methodes, kunnen worden aangevallen. In de JPTL wordt dat kenbaar gemaakt door voor de komende periode de gewenste actie tegen het doel aan te geven. Enkele categorieën van gewenste actie zijn: geen actie, beïnvloeding, overleg, observatie, geweldgebruik. Op deze wijze vindt wordt de scheiding tussen 'soft' en 'hard' targeting minder stringent. Door verandering van gewenste actie kan meer of minder druk op de partijen worden uitgeoefend. Aan de hand van de gewenste actie per doel heeft de JFC voortdurend inzicht in zijn mogelijkheden in geval van non-compliance. De toestemming voor gebruik van geweld zal, afhankelijk van het verleende mandaat, vaak door het politiek/strategisch niveau worden aangehouden.

#### 2.4 Als ieder doel op naleving van het HOR is getoetst, wat kan er dan nog mis gaan?

Het antwoord hierop is: teveel om op te noemen. De oorzaak is veelal menselijk falen op enig niveau. Zonder de pretentie te hebben compleet te zijn een aantal redenen:

- weercondities tijdens de aanval;
- vlieger valt het verkeerde doel aan;
- afzwaaiers door verkeerd richten dan wel technisch falen van het wapen;
- verkeerde wapenkeuze;
- vijandelijke verdediging van het doel;
- deceptie;
- verkeerde coördinaten van het doel;
- verkeerde gegevens over het gebruik van het doel.

De opgave is uiteraard om dit aantal missers zo klein mogelijk te houden, dit tracht men te bereiken door op alle niveaus voldoende *checks and balances* aan te brengen. Zeker in een multinationale omgeving als NAVO is er altijd *room for error*. Vragen die in ieder geval bij de selectie en het aanvallen van doelen dienen te worden beantwoord zijn:

- Heeft het doel een militaire bestemming?
- Zijn de aanwezige personen op of in de directe nabijheid van het doel combattanten?
- Bij twijfel hieraan dient men er vanuit te gaan dat er civilisten op het doel aanwezig zijn.
- Kies voor het realiseren van de doelstelling de doelen met de laagste collateral damage classificatie.
- Val het doel aan met wapens en tactieken die de kans op collateral damage zo klein mogelijk houden.
- Beperk schade aan de bevolking tot een absoluut minimum.

Wat een rol speelt is ook het fenomeen van zogenaamde asymmetrische reacties. Er is

een trend waarneembaar dat tegenstanders van de NAVO lidstaten inspelen op de publieke en politieke gevoeligheid in het Westen en op de stringente regels waaraan Westerse krijgsmachten zijn gebonden. In Allied Force, maar ook in andere recente operaties zijn vele voorvallen geweest waarbij militaire objecten en eenheden juist nabij civiele objecten werden geplaatst of zelfs in kerken en culturele objecten werden ondergebracht. In Allied Force mengde een militair konvooi zich opzettelijk onder een vluchtelingenstroom. Dit alles heeft als oogmerk ofwel het voorkomen van een aanval, maar veeleer juist het uitlokken van een aanval op ogenschijnlijk civiele objecten om daarmee het befaamde CNN-effect te ontketenen.

### **3. Conclusies**

Het targeting process binnen NAVO is na de operatie Allied Force herzien en biedt nu voldoende zekerheid op naleving van het HOR. Vanwege de verschillen in nationale interpretatie tussen de landen bestaat voor deelnemende landen ruimte om zowel op strategisch als op het tactisch niveau voorbehoud te maken over de doelkeuze dan wel opdrachten te weigeren.

Dit laat onverlet dat er ook bij toekomstige conflicten situaties zullen voorkomen die in strijd zijn met het HOR. Door strikte discipline op alle niveaus te handhaven, zal men dit aantal zo beperkt mogelijk dienen te houden.

---

## THEMA 2 - RULES OF ENGAGEMENT IN VREDESOPERATIES

### Rules of Engagement:

#### Het politiek-juridische struikelblok voor de militaire commandant

door

DRS. J.F.R. BODDENS HOSANG<sup>\*)</sup>

### Inleiding

Het besluitvormingstraject inzake militaire operaties, waaronder de politieke besluitvorming en het militaire planningsproces, kent wat betreft het juridische aandeel daarin drie hoofdonderwerpen:

1. vraagstukken gerelateerd aan het mandaat;
2. het vaststellen en vastleggen van statuskwesities; en
3. de richtlijnen inzake het gebruik van geweld en het daadwerkelijk optreden van de eenheden.

Van deze onderwerpen is het eerste vaak het meest controversiële, maar tevens het meest belangrijke voor de besluitvorming ten principale om de operatie op te starten. De discussie omtrent het mandaat, ofwel de grondslag voor de operatie, vindt plaats op het raakvlak tussen het recht en de politieke wenselijkheid en tekent de contouren af van de internationaal-politieke kern van het internationale recht. Het dynamische karakter van die kern is echter tevens de bron voor de levensvatbaarheid van het omringende rechtssysteem. Immers, een te statische benadering van het recht inzake het gebruik van geweld zou de mogelijkheid om adequaat te reageren op internationale crises op onwenselijke wijze kunnen inperken en zou het primaat van de politiek in de internationale betrekkingen aantasten. Statisch recht waarin geen rekening wordt gehouden met politieke en maatschappelijke ontwikkelingen verliest zijn geloofwaardigheid, en daarmee zijn effectiviteit, en nodigt aldus uit tot het terzijde schuiven van het recht als irrelevante factor. Anderzijds dient de politiek erkenning te hebben voor de functie van het recht als bescherming tegen een verval tot een autocratie van de sterkste en als waarborg tegen het automatisme van onbegrensd geweldgebruik. Ook op het geopolitieke niveau bestaat immers een bepaalde behoefte aan rechtsbescherming. Daarnaast heeft de regering een grondwettelijke taak (zie artikel 90 van de Grondwet) om de internationale rechtsorde te bevorderen. Een goed mandaat is dan ook het resultaat van een symbiose tussen recht en politiek en niet slechts het dictaat van één van beiden.

Het tweede onderwerp, de statusregeling, is het enige echt juridische aandachtspunt. Hier zullen immers internationale overeenkomsten aan te pas moeten komen en zijn de daarbij betrokken aspecten in de regel gerelateerd aan vraagstukken omtrent rechtsbescherming, jurisdictie, aansprakelijkheden, enz. Dit aspect is echter niet specifiek gerelateerd aan militaire operaties, maar kent ook vele toepassingen in vredestijd en zelfs buiten de inzet van militaire middelen. Omdat statusregelingen mede daardoor een geheel eigen

<sup>\*)</sup> Juridisch beleidsadviseur bij de Directie Juridische Zaken van het Ministerie van Defensie.

onderwerp binnen het recht betreffen, blijven ze hier verder buiten beschouwing.

Na vaststelling van het mandaat zal de aandacht moeten worden gevestigd op de wijze van uitvoering daarvan. Daarbij zal nadrukkelijk moeten worden verzekerd dat het optreden van de eenheden binnen de grenzen en beperkingen van het mandaat blijft, maar tevens dat de verschillende rechtsregels die van toepassing zijn op de operatie als geheel, op het inzetgebied of op de aard van het optreden zelf, zullen worden nageleefd. Geen van de twee overige hierboven genoemde onderwerpen geven zoveel aanleiding voor misvatting en controverse als dit derde onderwerp: de *rules of engagement* (ROE) voor een operatie. Hoewel zij vanzelfsprekend het sluitstuk van de besluitvorming en de planning behoren te zijn, teneinde de uitkomsten van de hierboven genoemde discussies te kunnen omvatten, zijn zij in de praktijk meestal aanleiding voor een geheel eigen besluitvormingstraject dat geïsoleerd van de overige planning en besluitvorming wordt doorlopen. Dit is het gevolg van een aantal duidelijk identificeerbare en structurele misvattingen en meningsverschillen omtrent ROE. Dit betreft met name:

1. de aard en doelstelling van ROE;
2. de vereiste bestanddelen van ROE;
3. de interpretatie en toepassing van ROE.

Om te kunnen komen tot een adequate benadering van ROE, waarin de operationele bruikbaarheid en de strategische belangen optimaal met elkaar in verhouding staan, is het nodig om een generiek model vast te stellen. Dit model kan vervolgens dienen als leidraad bij de totstandkoming van ROE en criteria aandragen voor een juiste interpretatie en toepassing van ROE. Daarvoor is het echter primair van belang om ten aanzien van het eerste aandachtspunt, de aard en de doelstelling van ROE, helderheid te verkrijgen.

## 1. Aard en doelstelling

De Amerikaanse Chairman of the Joint Chiefs of Staff (CJCS) stelt in de nationale *ROE instruction* dat ROE regels zijn “that implement the inherent right of self-defense and provide guidance for the application of force for mission accomplishment”<sup>1)</sup>. Volgens de *Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms*<sup>2)</sup> zijn zij:

“Directives issued by competent military authority that delineate the circumstances and limitations under which United States forces will initiate and/or continue combat engagement with other forces encountered”.

Daarbij worden directives gedefinieerd als:

“A military communication in which policy is established or a specific action is ordered” of ook wel

“[a] communication which initiates or governs action, conduct or procedure.”

De Canadese definitie is wat omvattender, en luidt als volgt:

“[ROE are] directions and orders regarding the use of force by Canadian Forces in domestic and international operations in peacetime, periods of tension and armed conflict”.

<sup>1)</sup> Chairman of the Joint Chiefs of Staff Instruction CJCSI 3121.01A, 15 januari 2000, p. 1.

<sup>2)</sup> Chairman of the Joint Chiefs of Staff Joint Publication 1-02, 9 januari 2003, p. 159.

Daarbij zijn zij “designed to remove any legal or semantic ambiguity that could lead a commander to violate national policy by inadvertently under reacting or over reacting to an action by foreign forces.”<sup>3)</sup>)

Hoewel er duidelijke overeenkomsten zijn tussen deze definities, lijkt er een belangrijk verschil tussen de Amerikaanse benadering van ROE als directives en de Canadese visie dat ROE directions and orders zijn. Hierin lijkt zich een wezenlijk verschil af te tekenen ten aanzien van de aard van de ROE, waarbij zij enerzijds als richtlijnen worden beschouwd en anderzijds als dwingende opdracht. Hierdoor lijkt de Amerikaanse benadering meer ruimte te laten voor eigen interpretatie, terwijl de Canadese benadering die ruimte juist lijkt te willen minimaliseren en zelfs alle onduidelijkheid over de reikwijdte van het optreden te willen voorkomen.

Dit verschil is echter in de praktijk een stuk kleiner. Ook de Amerikanen beschouwen het overtreden van ROE als een strafbaar feit waarover een *Court Martial* zich kan uitspreken.<sup>4)</sup> Anderzijds zijn ROE opdrachten die op het strategische niveau<sup>5)</sup> worden uitgegeven voor de operatie als geheel en zal voor elk specifiek geval op het tactische niveau een afweging moeten worden gemaakt hoe de ROE daarop toe te passen. ROE moeten die ruimte voor afweging ook open laten. Het opdragen van verplichtende regels vanaf het strategische niveau draagt immers het inherente risico met zich mee dat daardoor tactische beslissingen niet langer zijn toegesneden op de tactische omstandigheden, maar aan de meer abstracte strategische overwegingen die aan de regels ten grondslag liggen. ROE zijn dan ook niet bedoeld om dergelijke tactische aanwijzingen te geven of om specifieke, op de situatie toegesneden instructies aan te reiken. De ROE zijn echter wel het algemene kader waarbinnen het optreden moet passen en waaraan de tactische commandant zijn beslissing om tot actie over te gaan moet toetsen. Dit aspect wordt hieronder in punt 3 verder besproken.

Hieruit vloeit de volgende conclusie voort ten aanzien van de aard van ROE: ROE zijn opdrachten of instructies van het bevoegd gezag, die als dwingend kader gelden voor het optreden van de eenheden.

De hierboven weergegeven definities bevatten echter, in weerwil van de intentie in de Canadese definitie, een semantische valkuil, die bij vertaling nog gevaarlijker wordt: wat wordt bedoeld met *force*? Een zoekslag in willekeurige woordenboeken zal al snel een breed scala aan definities opleveren, die variëren van verschillende vormen en gradaties van dwang tot en met het aanwenden van geweldsmiddelen, al dan niet met dodelijk gevolg. De combinatie van deze definities en de doelstelling die impliciet wordt weergegeven in de definities van ROE geeft aan dat *force* in deze context meer omvat dan

<sup>3)</sup> Minister of Public Works and Government Services, Canada, “Use of Force in CF Operations”, 1997, zoals ook geciteerd in Guindon, P. “Rules of Engagement” (geschreven voor de Canadese Advanced Military Studies Course).

<sup>4)</sup> Zie bijvoorbeeld Parks, W.H. “Deadly force is authorized” in *Naval Institute Proceedings*, januari 2001, p 33.

<sup>5)</sup> In deze discussie wordt de aanduiding “strategisch” gebruikt voor het nationale politieke niveau (Ministerraad of individuele ministers) alsmede het hoogste nationale militaire niveau (CDS en Defensiestaf). Met het operationele niveau wordt bedoeld het hoogste militaire bevelsniveau in het inzetgebied. Met tactisch niveau wordt bedoeld het daadwerkelijk uitvoerend niveau in het inzetgebied (meestal pelotonsniveau of lager).

alleen het feitelijk gebruik van geweld.

Dit komt ook tot uitdrukking in de praktijk, waarin ROE immers vaak aanzienlijk meer soorten van gedrag bepalen. Zo worden ROE bijvoorbeeld ook afgekondigd terzake van de geografische grenzen voor het ontplooiën van eenheden<sup>6)</sup>, de minimum afstand bij het positioneren van eigen eenheden in relatie tot vreemde troepen of platforms, enz. Het fundamentele doel van al deze ROE ligt echter in het verlengde van de ROE aangaande feitelijk geweldgebruik: het beïnvloeden van die vormen van militair optreden, welke gevolgen kunnen hebben voor het algehele geweldsniveau in een gegeven situatie of operatie.

Hieruit vloeit de volgende conclusie voort ten aanzien van de doelstelling van ROE: ROE dienen als middel tot escalatiedominantie.

## 2. Vereiste bestanddelen

In 1983 is in de Verenigde Staten reeds een generiek model opgesteld voor ROE, waarin de bronnen van ROE worden uiteengezet.<sup>7)</sup> Dit model wordt sindsdien als standaardkader beschouwd in discussies over ROE en komt ook steeds weer tot uitdrukking in de verschillende artikelen die over dit onderwerp gepubliceerd zijn. De basisbestanddelen van ROE die Roach identificeert zijn:

- a. militair-operationele belangen;
- b. juridische belangen;
- c. politieke belangen; en
- d. diplomatieke belangen.

Over het algemeen worden de onder c. en d. genoemde elementen samengevoegd tot één bestanddeel, te weten politiek-beleidsmatige belangen. ROE zouden vervolgens tot stand moeten komen door, of althans een weerslag moeten zijn van, een evenwichtige samenwerking tussen al deze belangen. Dit model verdient echter nuancering. Alvorens daartoe over te gaan, zullen de bestanddelen eerst nader worden beschouwd.

### *a. militair-operationele belangen*

In de Verenigde Staten worden ROE primair beschouwd als militair instrument. Dit komt ook tot uitdrukking in de JCS definitie zoals hierboven weergegeven, waarin wordt gesproken over “directives issued by a competent military commander”. Parks stelt hierover:

“This was altered from the earlier definition that stated ‘a government may establish’ to emphasize the responsibility of the combatant commander and (in theory) to eliminate the Vietnam-era perception that all ROEs come from the National Command Authority”.<sup>8)</sup>

Deze militaire belangen eerst benadering komt ook tot uitdrukking in het artikel van

<sup>6)</sup> Zie bijvoorbeeld Politakis, G.P. “Modern Aspects of the Laws of Naval Warfare and Maritime Neutrality”, London, 1998, p. 82 – 83, en Fenrick, W.J. “The Exclusion Zone Device in the Law of Naval Warfare” in *The Canadian Yearbook of International Law*, Vol. XXIV, 1986, p. 109. Zie hierover verder hieronder, terzake van politieke invloeden op de ROE.

<sup>7)</sup> Roach, J.A. “Rules of Engagement” in *Naval War College Review*, 1983.

<sup>8)</sup> Parks, op. cit. p. 34 – 35.

Duncan, waarin hij stelt dat “the responsibility for ROE resides with the commander.”<sup>9)</sup> Hoewel hij daarin tevens toegeeft dat “the political or operational influences behind the mission may necessitate a limitation on the level of force to be used”, benadrukt hij niettemin het belang om de militair-operationele belangen voorop te stellen.

De doctrine van de Koninklijke Landmacht (KL) terzake van ROE is hiervan het tegenovergestelde. Zo beschouwt zij de ROE als

“richtlijnen over de aard en de wijze van gebruik van geweld binnen het politieke raamwerk. Zij worden ontworpen om te verzekeren dat politieke autoriteiten het gebruik van geweld kunnen beheersen binnen het politieke en juridische raamwerk.”<sup>10)</sup>

Hoewel de KL benadering daarmee overigens beter aansluit bij de praktijk van moderne operaties, zoals hierna zal worden besproken in de beschouwing over het politieke aandeel in ROE, brengt deze benadering het risico met zich dat het militair-operationele aandeel in de ROE daardoor ondergewaardeerd wordt. Hierdoor dreigen de belangen van de uitvoerder verloren te raken in het krachtenspel dat zich boven hem of haar afspeelt. Deze belangen zijn echter cruciaal, aangezien zij verband houden met de militair-operationele realiteit van het optreden te velde en de omstandigheden en gevaren die zich in dat kader voordoen. Het negeren van de wensen en belangen van de militairen die het feitelijke werk moeten doen kan zeer nadelige gevolgen hebben voor zowel de veiligheid van het personeel als het welslagen van de operatie als geheel.

De mate waarin het opstellen van ROE wordt overgelaten aan de militaire commandanten is gerelateerd aan een combinatie van vertrouwen en deskundigheid. Het element vertrouwen is echter niet alleen een kwestie van vertrouwen van de politieke leiding in de militaire commandanten, maar ook de mogelijkheid voor de commandant om te kunnen vertrouwen dat de hem of haar gegeven opdracht helder zal zijn en dat er voldoende middelen beschikbaar zijn om zonodig nader advies in te winnen. Dit stelt eisen aan de formulering van die opdrachten en aan de C<sup>2</sup> structuur van de organisatie.

Daarnaast zal er binnen de militaire staf echter voldoende deskundigheid aanwezig moeten zijn om de gegeven opdracht, al dan niet in combinatie met nader advies, uit te werken in bruikbare ROE. Regelmatige oefening hiervan en het overdragen van ervaring zijn daarvoor onontbeerlijk. Daarnaast kan niet worden volstaan met het aanwijzen van een militair jurist als *ROE expert* binnen een staf. De input van echte operationele experts is voor het militair-operationele aandeel in ROE veel belangrijker dan een tolk tussen de juridische en militaire belevingswereld. Dergelijke input vereist een combinatie van terugkoppeling van ervaringen uit het inzetgebied, adequate evaluaties van afgeronde ope-

<sup>9)</sup> Duncan, J.C. “The Commander’s Role in Developing Rules of Engagement” in *Naval War College Review*, 1999.

<sup>10)</sup> Landmacht Doctrine Publicatie (LDP) II-A (Grondslagen van gevechtsoperaties). Vastgesteld door de Bevelhebber der Landstrijdkrachten op 17 maart 1998. p. 21. Zie ook LDP III (Vredesoperaties), 1999, pp. 107 – 109: “Als middel tot beheersing van militair geweld en daaraan gerelateerde activiteiten worden Rules of Engagement vastgesteld. De Rules of Engagement bestaan uit richtlijnen en regels, die tezamen het (operationeel) beleid ten aanzien van het gebruik van geweld vaststellen [...] Zij omvatten echter ook regels voor – aan het gebruik van geweld gerelateerde – activiteiten, zoals positionering. [...] Voor iedere operatie worden specifieke Rules of Engagement vastgesteld [...] op basis van het mandaat, in samenhang met de militair operationele planning en de (internationaal-) juridische context van de operatie”.



raties en een deskundige bezetting van de J3 en J5 cellen van de strategische en operationele staf, die vervolgens ook betrokken moet worden bij de opstelling van de ROE.

Het kan dan ook niet voldoende worden benadrukt dat de militaire commandant en de eenheden onder zijn of haar bevel als uitvoerders van de opdracht en op basis van hun expertise en ervaring het beste zullen weten wat wel of niet mogelijk is. Zij kunnen als enige aangeven of de ROE uitvoerbaar en bruikbaar zijn. Daaruit zal dan tevens blijken of de ROE voldoende helder zijn en of zij ten minste de ruimte open laten voor wat de uitvoerders als minimaal noodzakelijke beschouwen voor het uitvoeren van de operatie. Ook bij dit aspect speelt vertrouwen een belangrijke rol: de autoriserende instanties moeten erop kunnen vertrouwen dat verzoeken vanuit het inzetgebied omtrent ROE gebaseerd zijn op daadwerkelijke noodzaak, terwijl de militaire commandant erop moet kunnen vertrouwen dat zijn of haar verzoeken omtrent ROE ook serieus behandeld zullen worden.

#### *b. juridische belangen*

Zoals Duncan reeds aangeeft in zijn artikel, “many commanders have delegated the preparation of ROE to their staffs, primarily to the Staff Judge Advocate”.<sup>11)</sup> Parks stelt zelfs dat “ROEs largely are the product of military lawyers”, om daaraan toe te voegen dat “the rap lawyers receive for ROEs is not entirely fair. [...] Problems exist in part because commanders and their staffs have defaulted on their responsibilities in this area”.<sup>12)</sup> Ook in Nederland is het opstellen van ROE een “lawyer-heavy” aangelegenheid en wordt dit onderwerp over het algemeen beschouwd als het terrein van de (militair) jurist.

Een eerste verklaring hiervoor is dat ROE het geweldgebruik en de daaraan gerelateerde activiteiten beheersen, en dat deze, zoals reeds aangegeven in de LDP III, binnen de juridische kaders voor de operatie dienen te blijven. De ROE worden vaak gezien als adequate waarborg voor deze eis. Daarmee worden zij, naast een middel tot escalatiedominantie, tevens een middel om de voor de operatie toepasselijke rechtsregels samen te vatten. Zo worden bijvoorbeeld ROE opgesteld om de eenheden ervan te weerhouden internationale landsgrenzen te passeren zonder voorafgaande toestemming van het te betreden land. Dat deze regel ook geldt zonder de overeenkomstige ROE spreekt voor zich, maar niettemin wordt in vele ROE deze volkenrechtelijke norm herhaald. Ook normen uit het humanitair oorlogsrecht worden vaak in ROE opgenomen, ongeacht de algemene gelding (en veronderstelde algemene bekendheid) van deze regels. Hiermee kunnen de ROE als een probaat middel worden beschouwd om extra aandacht te vestigen op rechtsregels die in een bepaalde operatie nadrukkelijker in het geding kunnen zijn, als gevolg van de specifieke omstandigheden tijdens de operatie.

Deze benadering van ROE kan ook worden gebruikt om bepaalde regels van nationaal recht die op de operatie van toepassing zijn nadrukkelijk onder de aandacht te brengen, bijvoorbeeld van coalitiegenoten, dan wel om regels van internationaal recht die door het ene land wel, en het andere land niet, als geldend recht worden beschouwd nadrukkelijk te vermelden. Met de toenemende aandacht voor individuele strafbaarstelling van schendingen van de wetten en gebruiken van de oorlog in het internationale en het nationale recht, kunnen de ROE aldus worden aangewend als aanvullende verzekering dat de eigen

<sup>11)</sup> Duncan, op. cit.

<sup>12)</sup> Parks, op. cit., p. 35. Zie ook de opmerkingen hierboven over de vereiste deskundigheid bij de operationele staf.

militairen zich bewust zijn van de grenzen die aan hun optreden moeten worden gesteld.<sup>13)</sup>

Daarnaast bevatten nagenoeg alle ROE aanwijzingen voor het uitoefenen van het (al dan niet inherente) recht op zelfverdediging. In de hierboven weergegeven Amerikaanse definitie van ROE wordt het implementeren van het inherente recht op zelfverdediging zelfs als één van de doelstellingen van ROE genoemd. Met deze aanwijzingen bevatten daarentegen nagenoeg alle ROE tevens een innerlijke tegenstrijdigheid, aangezien zij ook als standaardelement de opmerking bevatten dat niets in de ROE het inherente recht op zelfverdediging beperkt of mag beperken.<sup>14)</sup> De in de ROE opgenomen regels terzake lijken een dergelijke beperking echter juist tot gevolg te hebben, aangezien men niet snel daarvan zal willen of durven afwijken en deze regels daardoor als alomvattende uitleg – en maximale toepassing – van zelfverdediging zullen worden beschouwd.

Hoewel de opmerking in de ROE aangaande het onaantastbare recht op zelfverdediging nog kan worden beschouwd als een algemene mededeling, en lijkt te zijn bedoeld ter voorkoming van misvattingen aangaande het doorwerken van dat recht tijdens militaire operaties, lijkt het opnemen van regels daaromtrent in dezelfde ROE misplaatst. Als de uitoefening van geweld in zelfverdediging een inherent recht is, behoeft zulks immers niet te worden uitgewerkt in de vorm van ROE autorisaties. Niettemin wordt het nog steeds vaak wenselijk geacht om dergelijke regels op te nemen. Sterker nog, het Nederlandse toetsingskader voor de uitzending van militaire eenheden verplichtte tot de herziening daarvan in 2001 zelfs dat de ROE “de mogelijkheid bieden tot zelfverdediging, willen eenheden verantwoord kunnen opereren”.<sup>15)</sup> In de versie van 2001 wordt hierover slechts gesteld:

“Te allen tijde moeten de eigen troepen op een geloofwaardige wijze in hun zelfbescherming kunnen voorzien.”

De koppeling van die zelfbescherming aan de ROE zelf, anders dan op grond van de plaatsing van deze opmerking onder het kopje “De geweldsinstructie”, is echter wijselijk losgelaten.

De belangrijkste oorzaak voor deze structurele verwarring omtrent het onderwerp zelfverdediging in relatie tot de ROE is het ontbreken van een duidelijke aanwijzing in de ROE of het algemene geweldsconcept voor de operatie waarin wordt aangegeven welke soort zelfverdediging wordt bedoeld. Het nationale recht op zelfverdediging, zoals weergegeven in artikel 51 van het Handvest van de Verenigde Naties en waarnaar wordt verwezen in artikel 5 van het Noord-Atlantisch Verdrag, is immers een inherent recht van

<sup>13)</sup> Zie in deze context de bepalingen daaromtrent in de Wet militaire strafrechtspraak, de Wet militair strafrecht en de Wet oorlogsstrafrecht (WOS). Daarbij zij opgemerkt dat de WOS thans op het punt staat om wat betreft dit aspect te worden vervangen door de Wet internationale misdrijven, die is geënt op het Statuut voor het Internationaal Strafhof teneinde invulling te geven aan het beginsel van complementariteit tussen het Internationaal Strafhof en het nationale recht.

<sup>14)</sup> Zie bijvoorbeeld ook LDP II-A, paragraaf 0206, en LDP III, paragraaf 0444. Deze paragrafen spreken elkaar overigens tegen wat betreft de begrippen *hostile act* en *hostile intent*, waarbij de LDP III (die dan ook van latere datum is) meer in lijn is met de huidige opvattingen binnen de NAVO hieromtrent. Zie hieronder, onder punt 3 van de discussie.

<sup>15)</sup> Brief van de Ministers van Buitenlandse Zaken en van Defensie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 28 juni 1995, Vergaderjaar 1994 – 1995, 23 591 nr. 5. Dit toetsingskader is in 2001 herzien in de Brief van de Ministers van Buitenlandse Zaken en van Defensie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 13 juli 2001, 23 591 en 26 454 nr. 7.

staten, maar geeft geen automatisch recht tot geweldgebruik aan de individuele militair. Voor het toepassen van geweld in dit kader is autorisatie op grond van de ROE dus wel noodzakelijk. Het individuele recht op zelfverdediging daarentegen, overeenkomstig het begrip noodweer in artikel 41 van het Wetboek van strafrecht, is wel een inherent recht van ieder individueel persoon en behoeft geen rechtvaardiging op grond van ROE. Nu dat recht ook de bescherming van anderen inhoudt, wordt daarmee tevens het begrip *unit self-defense* afgedekt.

Wel dient in dit kader rekening te worden gehouden met de bijzondere aspecten ten aanzien van de toepassing van het individuele en inherente recht op zelfverdediging. Het individuele recht op zelfverdediging, dat zoals gesteld mag worden uitgeoefend ongeacht het gestelde in de ROE, dient uitsluitend als waarborg voor de uiterste gevallen, waarin geen andere redmiddelen meer kunnen worden aangewend en onmiddellijk handelen geboden is om eigen of andermans leven te redden. Het dient derhalve niet te worden ingeroepen als grondslag voor het vooraf plannen van gevechtsacties of voor het reageren op reguliere, gerechtvaardigde vijandelijkheden in het kader van een gewapend conflict. In plaats daarvan dient toepassing van het inherente en individuele recht op zelfverdediging uitsluitend te worden beschouwd als noodmaatregel.

Omdat het recht op zelfverdediging los van het gestelde in de ROE mag worden uitgeoefend dient de betrokken militair zich terdege bewust te zijn van het ontbreken van politieke of juridische waarborgen wanneer hij of zij met een beroep op dit recht het zorgvuldig afgewogen raamwerk van de ROE terzijde schuift. Het recht op zelfverdediging is ook in dat opzicht een individueel recht: men zal zich individueel moeten verantwoorden voor de gemaakte beslissing en kan niet verwijzen naar de ROE of de taakopdracht voor de gegeven operatie. Door het invoeren van deze noodmaatregel plaatst men zich als het ware tijdelijk buiten de structuren en waarborgen van de operationele besluitvorming en is men geheel aangewezen op de eigen beoordeling van de toestand. Mede hierom kan een strategische commandant op afstand ook geen opdracht geven tot geweldgebruik op deze grondslag; dat zou immers indruisen tegen het individuele karakter van dit recht en de individuele verantwoordingsplicht achteraf. Wel kan (en moet) een commandant ter plaatse met een beroep op zelfverdediging opdracht geven tot geweldgebruik indien zulks zijns inziens noodzakelijk en onvermijdelijk is om de eenheid onder zijn bevel te redden en de ROE onvoldoende mogelijkheden daartoe bieden.<sup>16)</sup>

Het moge duidelijk zijn dat het recht op zelfverdediging zowel vérstrekkende bevoegdheden toekent als dat het risico's met zich brengt voor de betrokken militair. Zo zal de rechter, indien de militair zich voor de militaire kamer in Arnhem moet verantwoorden, het besluit onder andere toetsen aan de volgende criteria:

- noodzaak: waren er daadwerkelijk geen alternatieven meer mogelijk; was het buiten de voor-geschreven regels en instructies treden de enige mogelijkheid om het eigen leven of het leven van anderen in de directe omgeving te redden; was het optreden daadwerkelijk onvermijdelijk?
- subsidiariteit: was het gekozen geweldsmiddel het lichtst mogelijke onder de gegeven omstandigheden?
- proportionaliteit: stond het geweld in verhouding tot de dreiging, cq. het geweldgebruik door de tegenstander?

<sup>16)</sup> Zie hieronder de bespreking van de incidenten rond de USS Stark en de USS Vincennes.

Daarnaast zal de betrokken militair zich na optreden op grond van het recht op zelfverdediging moeten verantwoorden tegenover zijn politiek leidinggevend, zeker indien het optreden tot politiek onwenselijke gevolgen aanleiding was. De politieke rugdekking van de ROE en de daarin opgenomen *Political Policy Indicator*<sup>17)</sup> zijn alsdan immers niet inroepbaar.

Bij operaties onder bevel van de Verenigde Naties geldt weer een geheel ander recht op zelfverdediging, wat eigen is aan die organisatie. Dat recht wordt door de Verenigde Naties (VN) eveneens beschouwd als inherent, maar geldt alleen voor blauwhelmen. Op grond van geldende normen voor VN-operaties, hebben VN-vredesmachtsen het recht om, in het kader van zelfverdediging, zonedig geweld te gebruiken om hun eigen *freedom of movement* zeker te stellen, alsook om op te treden tegen gewapende personen die hen belemmeren in de uitoefening van hun optreden. Dit recht is niet alleen voorbehouden aan operaties onder Hoofdstuk VII van het Handvest van de VN, maar geldt – althans in theorie – voor alle VN-vredesoperaties.<sup>18)</sup> Ook bij de VN worden de regels omtrent dit recht op zelfverdediging echter steevast opgenomen in de betreffende ROE.

Naast de beschreven verwarring over het toepasselijke rechtssysteem, bestaat er nog een tweede zorg bij het gebruik van ROE als weergave van het geldende recht. De ROE kunnen immers nooit het geldende recht vervangen, en bij verschillen tussen de twee gaan de geldende rechtsregels altijd voor. Door het opnemen van rechtsregels in de ROE ontstaat echter de indruk dat de daarin opgenomen regels een adequate weergave zijn van het voor de operatie toepasselijke *corpus juris* en ontstaat het risico dat de overige rechtsregels daardoor onvoldoende aandacht zullen krijgen. Het gebruik van ROE als middel tot weergave van het geldend recht dient dan ook met uiterste terughoudendheid en voorzichtigheid gepaard te gaan en dient alleen te worden overwogen indien er zonder deze weergave een wezenlijk gevaar zou ontstaan voor overtreding van specifieke rechtsregels in een bepaalde operatie.

Een tweede verklaring voor het lawyer-heavy aspect van ROE is dat het door de ROE gestuurde geweldgebruik zijn grondslag vindt in een veelal juridische interpretatie van het mandaat voor de operatie. Deze verklaring is echter gebaseerd op de premisse dat het mandaat zich ook leent voor een dergelijke juridische interpretatie, hetgeen niet altijd het geval is. Zo kan een operatie gebaseerd zijn op een politiek besluit dat slechts gedeeltelijk een rechtsgrond heeft in de klassieke juridische bronnen voor gewapend optreden. Ook kan het volledig toepassen van het geldend recht (bijvoorbeeld het humanitair oorlogsrecht) om politieke redenen onwenselijk zijn vanwege de geografische of publicitaire uitstraling daarvan. Hoewel de ROE in dergelijke gevallen nog steeds een juridische toetsing moeten ondergaan om zeker te stellen dat zij binnen de grenzen van het toepasselijke recht vallen, kan een juridische invalshoek alsdan echter slechts beperkt oplossingen bieden voor even-

<sup>17)</sup> Zie hieronder de bespreking van de politieke bestanddelen van ROE.

<sup>18)</sup> Zie bijvoorbeeld Higgins, R. “A General Assessment of United Nations Peace-Keeping” en Von Gröning, M. “Neutrality in Peacekeeping”, beide in Cassese, A. [ed.] “United Nations Peace-Keeping: Legal Essays”, Alphen a/d Rijn, 1978, pp. 18 en 138. Zie ook Simma, B. “The Charter of the United Nations: A Commentary”, Oxford, 1995, p. 589, en de “General Guidelines for Peace-Keeping Operations” van het United Nations Department of Peacekeeping Operations (UN Doc. 95-38147). De toenmalige Secretaris-Generaal van de VN verwees ook naar dit recht in zijn “Report of the Secretary-General on the Situation in Bosnia and Herzegovina” van 10 september 1992 (UN Doc. S/24540).

tuele militair-operationele zorgen omtrent de in dergelijke ROE opgenomen belemmeringen of beperkingen. Deze politieke invloed zal in het volgende onderdeel nader worden besproken.

*c. politiek-beleidsmatige belangen*

De inzet van militaire middelen is primair een politiek instrument. Deze visie werd reeds door Von Clausewitz uitgedragen:

“[...] War is not merely an act of policy, but a true political instrument, a continuation of political intercourse, carried on with other means.[...] The political object is the goal, war is the means of reaching it, and means can never be considered in isolation from their purpose.”<sup>19)</sup>

In het Nederlandse rechtssysteem wordt dit beginsel uitgedragen door artikel 97 van de Grondwet, waarin (onder andere) wordt bepaald dat de regering het oppergezag heeft over de krijgsmacht. ROE dienen als gevolg hiervan, zoals ook de LDPs van de KL reeds aangeven, rekening te houden met de politieke kaders en de politieke wenselijkheid van het beoogde optreden. Veel van de ROE hebben dan ook eerder een politieke dan een juridische achtergrond, met name die welke meer beperking opleggen dan waartoe het toepasselijke recht aanleiding zou geven.<sup>20)</sup>

Nationale politieke belangen om meer beperkingen op te leggen aan het militaire optreden dan waartoe het recht aanleiding geeft kunnen uiteenlopende doelstellingen hebben. Zo kan in Nederland het parlement bij de consultatie op grond van artikel 100 van de Grondwet aangeven welke beperkingen het wenselijk acht, of tot hoever de parlementaire steun voor het regeringsbesluit tot militair optreden strekt. Een regering kan ook trachten om de gevolgen van het conflict geografisch beperkt te houden, teneinde uitbreiding van het conflict naar buurlanden of naar een meer omvangrijk en dus risicovoller conflictsoort te voorkomen.<sup>21)</sup> Politieke beperkingen kunnen verband houden met pogingen om het conflict via diplomatiek overleg tot een oplossing te brengen, waarbij het diplomatieke overleg gelijk-tijdig met (beperkte) militaire inzet plaatsvindt.<sup>22)</sup> Ook kunnen politieke beperkingen verband houden met het beeld dat de regering wenst af te geven ten aanzien van de operatie.<sup>23)</sup>

<sup>19)</sup> Von Clausewitz, C. *On War*, editie bewerkt door Howard, M. en Paret, P., Everyman's Library, 1993, p. 99.

<sup>20)</sup> Zie bijvoorbeeld voetnoot 65 op pagina 109 in Fenrick, op. cit., waarin de 200-mijls conflictzone rond de Falkland eilanden in 1982 wordt omschreven als een “curious proposal” omdat “such a limit would restrict action by the Royal Navy to an extent not required by international law”. Het vervolgens aanpassen van dergelijke ROE brengt echter ook gevaren met zich, ongeacht de mogelijkheid dat daarmee juist meer aansluiting met het recht wordt bereikt, vanwege de onvoorspelbaarheid van de gedragingen die daardoor ontstaat. Zie hierover Politakis, op. cit., pp. 82 – 85.

<sup>21)</sup> Een voorbeeld hiervan is de beperking die MacArthur in Korea kreeg opgelegd om geen eenheden de grens met Mantsjoerije of de Sovjet-Unie over te laten steken en om zijn acties in Noord Korea te staken zodra Chinese of Sovjet eenheden daar zouden binnentrekken. Zie Milkowski, S.D. “To the Yalu and Back” in *Joint Force Quarterly*, zomer 2001, p. 39 – 40.

<sup>22)</sup> Zo werden tijdens de eerste Linebacker operatie in Vietnam vele beperkingen opgelegd ten aanzien van de doelselectie in noord Vietnam. Bij het falen van de vredesbesprekingen eind 1972 werd operatie Linebacker II gestart, waarbij die beperkingen waren opgeheven.

<sup>23)</sup> Tijdens het Amerikaanse optreden in Panama werd bijvoorbeeld bepaald dat bij de aanval op Rio Hato de bommen niet dichterbij dan 150 yards van de basis mochten neerkomen omdat het doden van de daar aanwezige Panamese eenheden tot hevig verzet in heel Panama zou kunnen leiden. Zie Cole, R.H. “Operation Just Cause: The Planning and Execution of Joint Operations in Panama, February 1988 – January 1990”, Joint History Office, Office of the Chairman of the Joint Chiefs of Staff, Washington, 1995, p. 31.

Dit belang van beeldvorming heeft tot gevolg dat naarmate de zichtbaarheid van het militaire optreden toeneemt, het politieke belang bij het bedwingen en sturen van dat optreden zal toenemen. Het publicitaire fenomeen dat ook wel wordt aangeduid als het CNN-effect heeft daarbij tot gevolg dat er een directer verband bestaat tussen het optreden van militaire eenheden tijdens een operatie en de maatschappelijke betrokkenheid – en daardoor het maatschappelijk draagvlak – voor die operatie.<sup>24)</sup> Hierdoor nemen bij operaties met een hoog publicitair gehalte de politieke risico's van militair optreden toe en wordt het politieke aandeel in de ROE als middel tot beheersing van dat optreden en als middel tot escalatiedominantie evenredig groter.

De tegenpartij zal hier eveneens dankbaar gebruik van kunnen maken. In de studie uit 2001 van het ministerie van defensie van het Verenigd Koninkrijk naar toekomstige strategische concepten wordt reeds opgemerkt:

“In the face of continuing NATO superiority in conventional military capabilities, adversaries are likely increasingly to seek to pursue unconventional strategies and tactics to negate this advantage. They will focus on perceived weaknesses and vulnerabilities, such as the sensitivity of public opinion to casualties and other cultural, legal and ethical constraints. Pervasive use of propaganda can be expected with the intention of constraining Alliance rules of engagement or seeking to detach wavering Alliance members.”<sup>25)</sup>

Hierin ligt tevens besloten het belang van *internationale* politieke overwegingen, naast de meer directe *nationale* belangen. Het bijeenhouden van een coalitie zal immers tot het sluiten van compromissen dwingen, welke hun weerslag zullen vinden in het operationeel concept en daardoor in de ROE voor een operatie. Dit heeft verstrekkende gevolgen voor zowel de inhoud van de ROE als de wijze van opstellen daarvan:

“Coalitions may include countries with disparate interests and perceptions. Decision-making processes during such operations may be slower and rules of engagement limited by public opinion across the coalition.”<sup>26)</sup>

De Amerikaanse visie terzake luidt niet veel anders. Zo stellen Bennett en Macdonald: “Developing coalition ROE requires negotiation and consensus, not dictation. All members must be represented.”<sup>27)</sup>

Daaraan voegen zij echter toe dat indien overeenstemming op grond van gemeenschappelijkheid niet haalbaar is, een flexibele benadering vereist kan zijn. Dit kan onder andere inhouden dat voor een meer-sporenbenadering moet worden gekozen, waarbij de ROE van sommige landen meer bevoegdheden bevatten dan die van andere deelnemende landen. Hoewel de aanwezigheid van meerdere ROE in één en dezelfde operatie vanuit militair-operationeel oogpunt onwenselijk is, moet het als een politieke realiteit worden beschouwd dat zulks vaak onvermijdelijk is.

De ontwikkeling van deze politieke realiteit komt ook tot uitdrukking in het Nederlandse

<sup>24)</sup> Zie onder andere Porch, D. “No Bad Stories: The American Media – Military Relationship” in *Naval War College Review*, winter 2002, Vol. LV no.1, pp. 85 – 107.

<sup>25)</sup> United Kingdom Ministry of Defense “The Future Strategic Context for Defence”, 2001.

<sup>26)</sup> Ibidem.

<sup>27)</sup> Bennett, D.A. en Macdonald, A.F. “Coalition Rules of Engagement” in *Joint Forces Quarterly*, zomer 1995, p. 125.

toetsingskader voor uitzendingen, dat op dit punt is aangepast. Zo stelde de versie van 1995:

“De ‘rules of engagement’ (Roe’s) van de uitgezonden eenheden moeten [...] voor alle aan de uitvoering van specifieke militaire taken deelnemende eenheden (ook die van andere landen) in principe gelijk zijn.”

Deze verplichting komt in de versie van 2001 niet meer voor. Anderzijds lijkt het parlement wel nog steeds veel belang te hechten aan gezamenlijk en eendrachtig optreden van alle deelnemers aan een operatie.<sup>28)</sup> De evaluatieverslagen die door de regering aan het parlement worden aangeboden besteden dan ook nog steeds aandacht aan dit punt.

### 3. Interpretatie en toepassing

#### a. Interpretatie

ROE bestaan niet uit één enkel document maar vallen ruwweg uiteen in vier hoofddocumenten. Op het strategische niveau komen de ROE tot uitdrukking in de *Use of Force Policy* en de genummerde instructies voor het gebruik van geweld en aanverwante zaken die voor de operatie als geheel gelden. Voor het operationele niveau worden deze documenten aangevuld met een *Commander’s Guidance*, zijnde een samenvatting van de hogerliggende documenten. Op het tactische niveau wordt gebruik gemaakt van een *Soldier’s Card*, zijnde de meest concrete en specifieke aanwijzingen. Deze structuur heeft tot gevolg dat naarmate het toepassingsniveau verschuift van het strategische naar het tactische niveau, de ruimte voor eigen interpretatie van de inhoud en strekking van de ROE afneemt. Dit laat uiteraard onverlet de noodzakelijke ruimte voor eigen interpretatie van de noodzaak om ook daadwerkelijk tot toepassing van geweld over te gaan.

Deze afnemende interpretatievrijheid is noodzakelijk en wenselijk, gelet op de evenredig afnemende mogelijkheid om nader advies in te winnen of om (uitvoerige) besluitvormingsprocessen te doorlopen. Waar een hogere commandant moet bepalen hoe hij de onder zijn bevel staande eenheden het beste kan ontplooiën en de doelstelling van de operatie zo effectief en efficiënt mogelijk kan bereiken, moet de tactische commandant met een hoge mate van duidelijkheid en onmiddelijkheid weten welke handelingen wel of niet zijn geoorloofd ten aanzien van de vijand.

Voor al deze vormen van militaire besluitvorming is het echter, gelet op het hierboven gestelde ten aanzien van het politieke aandeel in de ROE en de politieke doelstelling van militair optreden, van groot belang dat de ROE naast meer specifieke aanwijzingen, een algemene indicatie geven van het politieke ‘klimaat’ waarbinnen het optreden plaatsvindt. Hiervoor wordt een *Political Policy Indicator* (PPI) gebruikt, bestaande uit de aanduiding *X-ray* (de-escaleren, probeer gebruik van geweld te voorkomen), *Yankee* (status quo handhaven, niet terugtrekken maar ook geen escalatie uitlokken) of *Zulu* (escalatie toegestaan, neem zonodig het initiatief tot geweldgebruik). Het spreekt voor zich dat de PPI, evenals het geval is met de ROE zelf overigens, kan wijzigen als gevolg van veranderingen

<sup>28)</sup> Zie bijvoorbeeld de behandeling van de evaluatie van het optreden in Kosovo (Brief van de Minister-President en de Ministers van Buitenlandse Zaken en van Defensie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, 28 maart 2000, 22 181 nr. 310) in de Handelingen van de Tweede Kamer, 13 april 2000 (69-4675 – 69-4679 en 77-4973 – 77-5031).

in de omstandigheden of het politieke beleid gedurende een operatie.

Deze PPI wordt vaak slechts ter kennisgeving aangenomen, maar is cruciaal voor het adequaat interpreteren van de ROE en dient als één van de belangrijkste hulpmiddelen voor de militaire commandant. Zo kan immers zelfs een eenvoudige instructie waarin geweld wordt toegestaan in antwoord op gebruik van geweld door de tegenstander in aanzienlijke mate worden beïnvloed door de PPI. Is de PPI voor de operatie op X-Ray gesteld, dan weet de commandant, niettegenstaande de genoemde instructie, dat van hem verwacht wordt dat hij zoveel mogelijk zal proberen om eerst door gebruik van waarschuwingen of sussend optreden de situatie op te lossen en pas als dat niet werkt tot geweld over te gaan. Bij een PPI Zulu is daarentegen een direct gebruik van geweld in dergelijke omstandigheden geoorloofd.

De ROE staan dan ook niet op zichzelf, maar moeten altijd worden geïnterpreteerd in relatie tot de overige aanwijzingen en instructies voor de operatie. Daartoe behoren met name dezelfde bronnen als die welke zijn gebruikt bij het opstellen van de ROE. Zo zal de beoordeling van de toestand door de militair te velde moeten worden gerelateerd aan de politieke opdracht voor de operatie als geheel (het mandaat), zal de militair zich bewust moeten zijn van de juridische kaders waarbinnen hij optreedt (het toepasselijk recht) en moet hij de grenzen en capaciteiten van zichzelf en zijn eenheid kennen (het militair-operationele aspect). Hoewel de ROE voor hem in dit proces een van de belangrijkste hulpmiddelen zullen zijn, zijn zij slechts een onderdeel van het totale vereiste pakket van bronnen.

#### *b. Toepassing*

Zoals gesteld staat de ruimte voor interpretatie van de ROE los van de noodzakelijke ruimte voor de beoordeling door de commandant, c.q. de individuele militair, of het gebruik van geweld noodzakelijk is. ROE laten de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit dan ook onverlet en zijn nimmer verplichtingen tot het gebruik van geweld. Zij geven slechts aan wanneer het gebruik van geweld of aanverwante acties zijn toegestaan of *verboden*, maar kunnen nooit aangeven wanneer het gebruik van geweld is *gebo-*  
*den*.

Hieruit vloeit onlosmakelijk voort dat de militaire commandant ondanks de ROE vaak moeilijke beslissingen zal moeten nemen. Geen enkele mate van duidelijkheid of alomvattendheid van de ROE zal daar verandering in kunnen brengen. Dit geldt met name met betrekking tot beslissingen omtrent het gebruik van geweld in zelfverdediging, in reactie op een *hostile act* of in reactie op *hostile intent*.<sup>29)</sup> De LDPs van de Koninklijke Landmacht spreken elkaar op dit onderwerp overigens tegen. Zo stelt de LDP II-A:

“0206. Geweldsinstructies beperken niet de expliciete bevoegdheid en het recht van een militair om alle beschikbare, noodzakelijke middelen te gebruiken en alle passende maatregelen te nemen om voor de zelfverdediging van zijn eenheid of van bondgenootschappelijke troepen in de directe omgeving zorg te dragen. Het betreft hier zelfverdediging

<sup>29)</sup> Zie bijvoorbeeld de Somalia Inquiry Report van 2 juli 1997 van de Canadese Minister of National Defense, waarin hierover onder andere wordt gesteld: “The ROE themselves were substantively weak and incomplete. They failed, among other things, to address the crucial distinction between a ‘hostile act’ and ‘hostile intent’. The interpretation and application of the ROE created considerable confusion among the troops. [...]”



tegen een vijandelijke daad (*hostile act*) of een getoonde vijandelijke bedoeling (*hostile intent*).”

De LDP III stelt daarentegen:

“0444. De *Rules of Engagement* beperken niet het inherente recht op **zelfverdediging**: het recht om alle noodzakelijke middelen te gebruiken en alle passende maatregelen te nemen voor de eigen verdediging en de verdediging van eigen troepen. Dit recht geldt ongeacht het gestelde in de *Rules of Engagement*. Zelfverdediging gaat uit van een onmiddellijke noodzaak tot handelen als gevolg van een dreiging of aanval, hetgeen niet noodzakelijkerwijs aan de orde zal zijn bij iedere vijandelijke daad (*hostile act*) of getoonde vijandelijke bedoeling (*hostile intent*). Het recht tot gebruik van geweld zal in gevallen waarbij zelfverdediging niet aan de orde is dan ook moeten worden ontleend aan de *Rules of Engagement*.”

Deze verschillen zijn niet eenvoudigweg te verklaren door het feit dat LDP II-A handelt over gevechtsoperaties en de LDP III over vredesoperaties. Dat zou immers voor een uitleg over zelfverdediging als inherent recht – dus als losstaand van de omstandigheden, de ROE of de operationele opdracht – geen verschil moeten maken. Hier lijkt eerder sprake te zijn van een markant verschil in doctrine ten aanzien van het begrip zelfverdediging, welke verklaarbaar is uit de datum van publicatie van de beide handboeken. LDP II-A dateert van 17 maart 1998, terwijl de LDP III dateert van 29 juni 1999. In december 1998 werd echter in NAVO-kader het opstellen van de standaard NAVO-doctrine ten aanzien van ROE afgerond. De daarin weergegeven definities terzake komen overeen met de benadering van de LDP III, terwijl de LDP II-A nog aansluit bij de Amerikaanse definitie van ‘self-defense’ zoals weergegeven in de hierboven reeds geciteerde JP 1-02 van de CJCS:

“A commander has the authority and obligation to use all necessary means available and to take all appropriate action to defend that commander’s unit and other US forces in the vicinity from a hostile act or hostile intent [...]”

In de praktijk betekent dit ‘nieuwe’ gebruik van terminologie en doctrine<sup>30)</sup> dat de commandant of individuele militair aan de hand van zijn beoordeling van de toestand zal moeten bepalen of de dreiging dermate onmiddellijk is dat handelen in zelfverdediging geboden en geoorloofd is, of dat geautoriseerde ROE ten aanzien van ‘hostile act’ of ‘hostile intent’ benodigd zijn. Daarbij wordt ‘hostile act’ beschouwd als een vijandelijke daad anders dan een aanval, en wordt hostile intent beschouwd als een getoonde vijandelijke bedoeling anders dan een onmiddellijk dreigende aanval.

De relatie tussen deze begrippen en de PPI is van wezenlijk belang bij het opstellen van de ROE en het bepalen van de PPI voorafgaand aan (en tijdens) de operatie. Zo zullen ROE die geen autorisatie geven tot reacties op ‘hostile act’ en ‘hostile intent’, en dus alleen reacties op grond van het inherente recht op zelfverdediging toestaan, alleen uitvoerbaar zijn in relatie tot een PPI X-Ray. Omgekeerd zal een PPI Zulu tot gevolg hebben dat ROE moeten worden opgenomen die zowel reacties op een ‘hostile act’ autoriseren,

<sup>30)</sup> Het woord ‘nieuwe’ wordt hier gebruikt om het verschil aan te geven tussen de doctrine na 1998 en die ervoor. Inhoudelijk is de doctrine echter niet nieuw en heeft de wijze van weergave na 1998 juist bijgedragen aan verduidelijking van het onderscheid tussen reacties in zelfverdediging (als inherent recht) en reacties op ‘hostile act’ en ‘hostile intent’ (in beide gevallen alleen toegestaan op grond van ROE).

als reacties op ‘hostile intent’.

Tot slot dient te worden opgemerkt dat de eigen beslissingsbevoegdheid van de commandant terzake van het toepassen van de ROE tevens een evenredig grote ruimte laat voor de eigen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de commandant. Hoewel schending van de ROE uiteraard tot tucht- of zelfs strafrechtelijke gevolgen voor de commandant zal leiden, geeft optreden binnen de grenzen van de ROE geen automatische vrijwaring voor eventuele gevolgen van zijn handelen of beslissingen. De ROE bieden dan ook geen rechtvaardigingsgrond of strafuitsluitingsgrond voor eventuele schendingen van het recht. De ROE, tezamen met de daarin opgenomen PPI, bieden daarentegen wel een essentieel hulpmiddel voor de militaire commandant om te kunnen beoordelen wat zijn ‘speelruimte’ is ten aanzien van het gebruik van geweld en aanverwante acties, alsmede wat het politieke gezag van hem verwacht. Twee klassieke voorbeelden illustreren dit.

(i) *Casus*: In mei 1987 werd het Amerikaanse fregat USS Stark benaderd door een Iraaks gevechtsvliegtuig. Hoewel de Amerikaanse ROE geenszins de verplichting inhielden om het eerste schot af te wachten en met elektronische middelen duidelijk kon worden vastgesteld dat het vliegtuig afkoerste op de Stark, werden slechts minimale verdedigingshandelingen verricht. Op geen enkel moment werd het vliegtuig als doelwit gemarkeerd of werden voorbereidingen getroffen om het vliegtuig uit te schakelen. Irak was destijds immers geen vijand van de Verenigde Staten, de Verenigde Staten waren geen partij in de oorlog tussen Iran en Irak en het gebied kende een grote hoeveelheid aan vaar- en vliegbewegingen. Pas toen duidelijk werd dat het vliegtuig met zijn aanvalsradar een ‘lock’ had op de Stark, werd getracht de luchtverdedigingsradar van het schip op het vliegtuig te richten. Die actie bleek echter te laat, toen een door het vliegtuig afgevuurde Exocet raket het schip raakte, met 37 doden tot gevolg. Het incident leidde tevens tot het einde van de carrière van de commandant, Glen Brindel.<sup>31)</sup>

*Beoordeling*: Zonder inzage in de Amerikaanse ROE die destijds van toepassing waren, is een adequate analyse van de casus niet mogelijk. Wel is duidelijk dat het naderen van het schip op zich reeds een indicatie van hostile intent had kunnen zijn indien aannemelijk zou zijn dat het vliegtuig enige intentie had om het schip aan te vallen. Die was er onder de gegeven omstandigheden echter niet. Het doorvliegen op dezelfde koers in de richting van het schip na het bereiken van de vereiste aanvalsafstand zou vervolgens kunnen worden aangemerkt als een hostile act. Het schip ondernam echter geen handelingen om de piloot voorafgaand aan, of op dat moment te waarschuwen of van koers te doen veranderen. Waren dergelijke handelingen wel verricht en vervolgens genegeerd, of was er enige overige indicatie of informatie beschikbaar geweest waaruit bleek dat de piloot de intentie had om een aanval in te zetten, dan was op dat moment reeds aanleiding geweest om van een zelfverdedigingssituatie te spreken. Toen het vliegtuig eenmaal een lock op het schip had met zijn aanvalsradar, ontstond in ieder geval een onmiddellijke dreiging en was handelen in zelfverdediging geoorloofd. Het feit dat de toen ondernomen handelingen te laat en niet meer effectief waren, was overigens niet zozeer een indicatie dat het recht op zelfverdediging onvoldoende was, als wel een indicatie dat het schip onvoorbereid was op het nemen van noodzakelijke actie.

<sup>31)</sup> Zie onder andere Politakis, op. cit., pp. 110 – 111 en 373 – 374 en Rochlin, G.I. “Trapped in the Net: The Unanticipated Consequences of Computerization”, Princeton, 1998, Hoofdstuk 9, para 23 – 29.

(ii) *Casus*: Op 3 juli 1988 was de Amerikaanse kruiser USS Vincennes tijdens een aanenschakeling van dreigingen door kleine bewapende motorbootjes in verhoogde staat van paraatheid aan het varen in de Perzische Golf. De bemanning van de commandocentrale, reeds overstelpt met de enorme hoeveelheid informatie die het geavanceerde Aegis SPY1-A radarsysteem aangaf in het door druk vaar- en vliegverkeer gekenmerkte gebied, bemerkte een vliegtuig dat zich leek te bewegen in de richting van de Vincennes. Het *Identification Friend or Foe* (IFF) systeem leek daarbij aan te geven dat het een militair vliegtuig was, afkomstig van de Iraanse (gedeeld militaire en civiele) luchthaven Bandar Abbas. De ROE waren naar aanleiding van het incident met de Stark aangescherpt, overeenkomstig een PPI-wijziging tot Zulu. De commandant, William Rogers, vroeg zelfs nog om bevestiging van de Commander, Joint Task Force om onder de gegeven omstandigheden tot actie te mogen overgaan. Die bevestiging kreeg hij, en om 10:54 gaf hij opdracht tot het afvuren van twee luchtdoelraketten. Kort daarop werd Iran Air vlucht 655, een Airbus met ongeveer 290 personen aan boord, door de raketten geraakt en vernietigd.<sup>32)</sup>

*Beoordeling*: De beoordeling of een commandant een juiste beslissing heeft genomen dient altijd te worden gemaakt aan de hand van de informatie die de commandant ten tijde van die beslissing tot zijn beschikking had of behoorde te hebben. Hoewel achteraf duidelijk werd dat het vliegtuig een commercieel toestel was en dat de informatie waaruit vijandelijke bedoelingen waren afgeleid betrekking had op een ander, militair vliegtuig op Bandar Abbas, was het handelen van Rogers in lijn met de geldende ROE en was zijn beslissing om aan te vallen gebaseerd op de hem beschikbare informatie dat het een militair vliegtuig betrof op een directe koers naar de Vincennes.<sup>33)</sup> Op grond van die informatie was er van de zijde van het vliegtuig sprake van hostile intent of, op de afstand van onderschepping, een hostile act en was het optreden gerechtvaardigd. Het incident heeft dan ook geen gevolgen gehad voor de carrière van Rogers.

## Conclusie

Het door Roach in 1983 opgestelde model voor ROE is in beginsel nog steeds bruikbaar voor het opstellen en analyseren van ROE. Een aantal veranderingen die zich sindsdien hebben voorgedaan noodzaken echter tot een nuancering van dat model. Dit betreft met name de toenemende aandacht voor individuele strafbaarstelling en vervolging op grond van handelingen verricht tijdens militair optreden, de toenemende publicitaire aandacht voor de inzet van militaire middelen, en de toegenomen politieke risico's ten aanzien van militaire operaties. De laatstgenoemde factor is daarbij ten dele gerelateerd aan de genoemde publicitaire aandacht, en voor het overige het gevolg van een toename in politieke beslissingen tot inzet van militaire middelen op andere grondslagen dan de klassieke juridische grondslagen.

Als gevolg van deze ontwikkelingen is de door Roach gepresenteerde evenredige ver-

<sup>32)</sup> Zie onder andere Rochlin, op. cit., Hoofdstuk 9, para 31 – 78, Politakis, op. cit. pp. 19 en 108 – 119, en Gruner, William P. “No Time for Decision Making” in *Naval Institute Proceedings*, november 1990, pp. 39 – 41.

<sup>33)</sup> Later is veel controverse ontstaan over de vraag of het Aegis systeem had gefaald of juist de bemanning die het systeem bediende. De officiële uitleg van het incident gaf aan dat een combinatie van factoren, waaronder de *battle stations* situatie aan boord, had bijgedragen aan de onjuiste inschatting van de situatie.

houding tussen de militaire, juridische en politieke aandelen niet meer aanwezig. In plaats daarvan bepaalt thans de grondslag, cq. het mandaat van de operatie of het juridische aandeel bepalend is voor de inhoud van de ROE, of juist het politieke aandeel. Hierdoor lijkt het militair-operationele aandeel het kind van de rekening te worden en ontstaat het risico van academisch abstracte, en voor de betreffende militairen onduidelijke, ROE.

Om hieraan het hoofd te kunnen bieden dient elk van de betrokken disciplines erkenning te hebben voor de onmisbare rol van de anderen en dient te worden voorkomen dat één of meer van de betrokken disciplines de rol van één of meer van de anderen gaat overnemen. Het adagium ‘schoenmaker blijf bij je leest’ is hier nadrukkelijk van toepassing.

Dit leidt onvermijdelijk tot een logische taakverdeling tussen de betrokken disciplines wat betreft het proces van opstellen, toetsen en goedkeuren van de ROE. Daarbij dient het *opstellen* van de ROE door de uiteindelijke gebruiker daarvan, de militaire commandant, te worden ondernomen. Alleen de militaire commandant kan immers een goede inschatting maken van de door hem benodigde bevoegdheden. Het *toetsen* van de ROE dient als verantwoordelijkheid van de juristen te gelden. Zij kunnen aldus op adequate wijze zeker stellen dat de ROE passen binnen de geldende en toepasselijke rechtsregels en dat de ROE een juiste weergave zijn van de door het mandaat verleende bevoegdheid tot geweldgebruik. Het uiteindelijk *goedkeuren* van de ROE dient echter het primaat van de politieke leiding te zijn. Als opdrachtgever voor het optreden, kan de politieke leiding als enige aangeven of de uitwerking van die opdracht in concrete regels ten aanzien van geweldgebruik overeenkomt met het door die politieke leiding beoogde ten aanzien van de operatie als geheel.

Een onjuiste toepassing van deze verhoudingen leidt tot een groot risico dat de ROE onduidelijk of onbruikbaar zullen zijn, met een mogelijk falen van de uiteindelijke doelstelling van de operatie tot mogelijk gevolg. Hoewel deze verhoudingen in het verleden niet altijd in acht zijn genomen, dient te worden herrinnerd aan het Romeinse gezegde dat *abusus non tollit usum*,<sup>34)</sup> teneinde te voorkomen dat *abyssus abyssum invocat*.<sup>35)</sup>

---

<sup>34)</sup> Misbruik van iets ontnemt niet het onderliggende nut van het misbruikte.

<sup>35)</sup> Een vergissing nodigt uit tot een volgende.

## **Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties: Leidt de integratie van politieke, juridische en operationele aspecten in de Rules of Engagement in het kader van vredesoperaties tot vage en multi-interpretabele regels?**

door

GENERAAL-MAJOR J.A. VAN DIEPENBRUGGE<sup>1)</sup>

*“Wat iemand denkt, hangt af van de plaats waar hij zit.”*

Als deze stelling klopt dan zal er alleen al vanwege uw gemêleerde gezelschap een levendige discussie na het referaat van de heer Boddens Hosang moeten kunnen ontstaan. Als co-referent kan ik dit debat hooguit aanwakkeren door enkele van mijn gedachten met u te delen.

Omdat de hiervoor genoemde stelling ook op mij van toepassing is, hebt u het recht te weten waar ik “zit”, of beter nog: waar ik “zat”.

Van september 2001 tot september 2002 mocht ik het commando voeren over de Multinational Division South-West van de Stabilisatiemacht SFOR in Bosnië-Herzegovina. Deze divisie bestond uit ruim 4000 militairen uit negen landen.

Terug naar het onderwerp van vandaag:

*“Leidt de integratie van politieke, juridische en operationele aspecten in de Rules of Engagement in het kader van vredesoperaties tot vage en multi-interpretabele regels?”*

Mijn antwoord op de stelling is een volmondig JA.

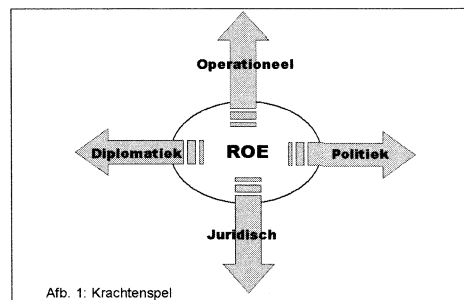
En ik voeg daar onmiddellijk aan toe dat, dat dit voor een multinationale commandant ook van essentieel belang is om zijn opdracht namens de International Gemeenschap of de Nederlandse regering effectief te kunnen volbrengen. Wel dient de term “vage” vervangen te worden door “algemene”.

Ook moet u weten dat ik deze positie als voormalig Divisiecommandant inneem: op lagere (tactische) niveaus bestaat doorgaans meer behoefte aan duidelijkheid en detaillering.

Mijn opvatting vraagt om uitleg. Alleen al vanwege het feit dat vaak geklaagd is over vage mandaten en onduidelijke Rules of Engagement (ROE).

*ROE: resultante van krachten*

Om mijn stelling te onderbouwen zal ik inhaken op Boddens’ presentatie. Zoals hij uiteen heeft gezet, zijn de ROE de resultante van het samenspel van de operationele, juridische, politieke en diplomatieke aspecten van vredesmissies. ROE zijn het verbindende element dat tevens de commandant richting en middelen geeft (zie ook afbeelding 1)



<sup>1)</sup> Voormalig Commandant Multinational Division (South-West) SFOR, Bosnië-Herzegovina (September 2001 - 2002), thans Plaatsvervangend Bevelhebber der Landstrijdkrachten.

Met Boddens ben ik het dan ook eens dat dit samenspel in evenwicht dient te zijn.

Indien één der aspecten dominant wordt, dan kan de missie gevaar lopen. Zouden bijvoorbeeld operationele aspecten prevaleren, dan zou ongewenste escalatie, of bovenmatig geweldgebruik op de loer kunnen liggen. Krijgen politieke of diplomatieke aspecten de overhand, dan zou operationele inertie of onmacht op kunnen treden. Voorbeelden van dit laatste kennen we allemaal uit de UNPROFOR-periode.

#### *Onevenwichtig krachtenveld: Publiciteit en politiek risico*

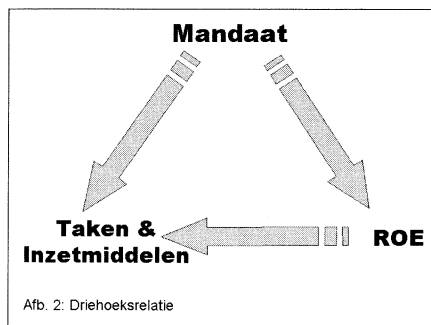
Het zal u niet verbazen dat ik hier de gelegenheid aangrijp om mijn zorg uit te spreken over een fenomeen dat Boddens signaleert: publicitaire aandacht die tot een hoger politiek risico leidt, hetgeen zich vertaalt in een zwaarder gewicht van politiek-diplomatieke aspecten in de ROE. Laten we ons goed realiseren waar het allemaal om gaat!

Het gaat uiteindelijk om het effectief uitvoeren van een door onze regering verstrekte opdracht: het volbrengen van de opgedragen vredesmissie door de uitgezonden militairen. Let wel: door militairen, niet door politici, diplomaten of juristen! Het effectief uitvoeren van de opdracht staat voor een commandant voorop! Dat is zijn *raison d'être*!

Als publicitaire aandacht en een hoger politiek risico leidt tot operationele onmacht dan laten we ons leiden door angst, in plaats van door geloof in eigen kunnen. Bovendien zijn er andere oplossingen om in te spelen op publicitaire aandacht en politiek risico. Draagvlak voor risicovolle operaties kun je ook creëren door actieve voorlichting en het vooraf uitleggen van een gekozen beleid. Tony Blair demonstreerde dit in de aanloop naar de oorlog tegen Irak.<sup>2)</sup>

#### *Driehoeksrelatie mandaat - taken & middelen - ROE*

De effectieve uitvoering van de missie moet in mijn visie dus als *Leitmotiv* voor de ROE gelden. Die missie is bij vredesoperaties beschreven in het mandaat. De opgedragen en afgeleide taken, én de ter beschikking gestelde (militaire) inzetmiddelen vullen de missie in, terwijl ROE adequaat optreden mogelijk maken. Daarmee heb ik een driehoeksrelatie beschreven (zie afbeelding 2). De sterkte van die relatie wordt bepaald door de zwakste van de drie schakels. En de totale sterkte van de driehoeksrelatie is weer bepalend voor een effectieve uitvoering van de totale missie.



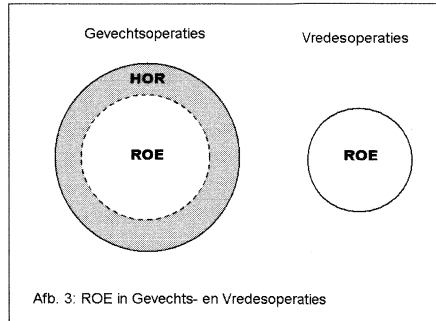
#### *ROE: verschil gevechtsoperaties en vredesoperaties*

Zonder ROE kan een commandant op vredesmissie - in die gevallen waarin dit nood

<sup>2)</sup> Deze tekst dateert van vóór de dood van Dr. Kelly en het door Lord Hutton gestarte onderzoek naar informatieverstrekking in het kader van de oorlog tegen Irak.

zakelijk is - geen geweldmiddelen inzetten om zijn taken uit te voeren. Dat heeft namelijk te maken met een essentieel verschil in geweldgebruik tijdens gevechtsoperaties tijdens een internationaal gewapend conflict enerzijds en geweldgebruik tijdens vredesoperaties anderzijds (zie afbeelding 3).

In het eerste geval zijn de ROE een extra inperking op het inherente, maar door het oorlogsrecht gelimiteerde geweld. In het laatste situatie zijn ROE de enige mogelijkheid om geweld te gebruiken ten behoeve van de uitvoering van de opdracht. Staat u mij toe dat ik dit kort toelicht.



#### *ROE gevechtsoperaties: extra inperking geweldgebruik*

Tijdens een internationaal gewapend conflict is geweldgebruik inherent en gelegitiemd binnen de grenzen van het Humanitair Oorlogsrecht. De ROE perken dit geweldgebruik om operationele of politiek-diplomatieke overwegingen doorgaans verder in.

#### *ROE vredesoperaties: 'enige' mogelijkheid geweldgebruik*

Bij een vredesmissie echter, is geweldgebruik in principe verboden. Hierop bestaan twee uitzonderingen.<sup>3)</sup> Ten eerste: individuele zelfverdediging. Ten tweede: wanneer de ROE geweldgebruik voor de uitvoering van de missie fiatieren. We spreken dan over *mission accomplishment*.

#### *Ruime ROE: argumenten pro*

Zonder adequate ROE kan een commandant zijn vredesmissie niet uitvoeren.

Gebaseerd op dit gegeven, prijs je je als multinationale commandant gelukkig met iedere ROE die beschikbaar is. Des te breder de ROE, des te meer vrijheid van handelen de commandant geniet. Laat ik vijf argumenten noemen die pleiten voor multi-interpretabele ROE die de commandant voldoende speelruimte bieden.

Op de eerste plaats: ROE worden doorgaans voor langere tijd geautoriseerd. Ze moeten dus voldoende ruimte bieden om niet voorziene omstandigheden te pareren. Een voorbeeld: De ROE van IFOR/SFOR zijn van 1996 tot januari 2003 van kracht geweest.

Op de tweede plaats zijn tussentijdse aanpassingen op bestaande ROE vanwege het gecompliceerde autorisatieproces op politiek-militair strategisch niveau een zeldzaam fenomeen.

Ten derde: de situatie 'in het veld' kan zich in zeer korte tijd al dan niet dramatisch wijzigen.

<sup>3)</sup> Als eventuele derde uitzondering zou het uitbreken van een gevechtsoperatie kunnen worden onderkend. Op grond van huidige inzichten (zie onder andere de presentatie van Prof. Gill, elders in dit nummer) is er voor gekozen in zo'n geval aan te sluiten bij de het internationale gewapende conflict.

Een vierde is dat nieuwe middelen of andere wijzen van optreden beschikbaar kunnen komen.

En *last but not least* de gedachten over het mandaat of de opgedragen taken kunnen evolueren.

Juist omdat de ROE een compromis zijn tussen juridische, politieke, diplomatieke en operationele overwegingen zijn ze algemeen en multi-interpretabel. En daardoor bieden ze de commandant - in een specifieke situatie en op een specifiek moment - de benodigde speelruimte.

#### *Ruime ROE: risico's*

Het geheel is uiteraard niet zonder risico. Laat ik ook enkele gevaren noemen.

Allereerst kan veel speelruimte en vrijheid ook risicomijdend gedrag tot gevolg hebben. Om houvast te zoeken worden - onnodig - extra eigengemaakte regels toegevoegd. U moet dat niet verwarren met de behoefte aan detaillering op de lagere niveaus.

Een tweede risico betreft het verkeerd interpreteren van de ROE. Dat kan resulteren in te ruimhartig gebruik van de bevoegdheden of zelfs escalatie.

Deze gevaren kunnen we inperken door commandanten op te leiden in het werken met de achterliggende intentie - het oogmerk - van opdrachten en van een specifieke ROE. Eenmaal vastgelegd geldt de intentie van een ROE als ijkpunt voor het latere gebruik. Deze praktijk wordt overigens op dit moment binnen MNB (NW) toegepast. Ook het vermelden van de *Political Policy Indicator*, de PPI, draagt hieraan bij.

#### *Neveneffect: verschillen tussen contingenten*

Ik geef u twee voorbeelden uit de praktijk. Het betreft *Detention* en *Entry into non-military property*. Voordat ik dat doe wil ik kort stilstaan bij verschillen tussen contingenten.

Die verschillen kunnen bestaan ten aanzien van inzetmiddelen en de bijbehorende ROE. Te denken valt aan bijvoorbeeld *Crowd and Riot Control* (CRC). Sommige landen beschikken niet over CRC-middelen in het uitzendgebied, anderen mogen bijvoorbeeld geen traangas inzetten. Dat kan er toe leiden dat bepaalde contingenten onevenwichtig belast worden.

Het mag duidelijk zijn dat dit ook een negatief effect op het imago van een bepaald land kan hebben.

Verschillen kunnen er ook bestaan ten aanzien van de taken: welke bedreiging voor de *Safe and secure environment* is een aangelegenheid voor SFOR, en welke niet? Welke ondersteuning van de Hoge Vertegenwoordiger (Lord Paddy Ashdown) is acceptabel, en welke niet? Hierdoor bestaat het gevaar dat terughoudend optreden door andere partijen wordt opgemerkt, en het gebied van verantwoordelijkheid van dat betreffende contingent vervolgens een vrijhaven voor allerlei soorten onwelgevallige activiteiten wordt. Net als water zoekt de tegenstander de weg van de minste weerstand.

#### *Ruime ROE: voorbeelden*

Terug naar ruim geformuleerde ROE. Een eerste voorbeeld van ruim opgestelde ROE betreft *Detention*. Aanvankelijk bestond er een negental gefragmenteerde en gedetailleerde ROE die de bevoegdheid tot *Detention* omschreven. Sinds januari 2003 zijn deze vervangen door een enkele - algemeen en ruim geformuleerde ROE.<sup>4)</sup> Alhoewel ruim geformuleerd wordt misbruik tegengewerkt door het bestaan van de hiervoor gememoreerde

<sup>4)</sup> Gelet op de geldende classificatie van de ROE kan de tekst hier niet worden opgenomen.



driehoeksverhouding. De ROE kan namelijk niet los gezien worden van het mandaat en de opgedragen en afgeleide taken.

Een vergelijkbaar ruime bepaling vinden we terug in de ROE die het doorzoeken van woningen of opslagplaatsen mogelijk maakt. Uiteraard slechts indien die noodzakelijk is in het kader van de opgedragen of afgeleide taken. Wederom de driehoek die *detournement de pouvoir* voorkomt.

#### *Ruime ROE: randvoorwaarden*

Het omgaan met de realiteit van algemene en multi-interpretabele ROE in vredesmissies vraagt om een tweetal randvoorwaarden.

Ten eerste een goede commandant. Hij moet allereerst beseffen hoe de vork in de steel zit. Wat de intentie is van de opdracht en de ROE. Welke risico's er zijn. Daarnaast dient hij ook over de besluitvaardigheid en ervaring te beschikken om algemene ROE op verantwoorde wijze uit te leggen. Tenslotte moet hij ook over integriteit en moed beschikken om achter zijn beslissingen en zijn mensen te staan. Ook als het allemaal wat lastiger wordt.

De tweede randvoorwaarde betreft de juridisch en de politiek adviseur die (veelal hogere) commandanten ondersteunen. Met name de militair jurist dient ervaring te hebben met het werk en de dilemma's van de commandant. Zij moeten de commandant vertellen hoe breed het speelveld is, en welke overwegingen en risico's er spelen. Zij moeten bovendien oplossingsgericht adviseren: problemen oplossen, en ze niet alleen signaleren. Ik weet dat deze hartenkreet in dit gezelschap niet aan dovenmansoren is gericht.

#### *Tot besluit*

Dit brengt mij tot een afsluiting van mijn bijdrage. De praktijk leert dat ROE veelal algemeen en multi-interpretabel zijn. Zoals ik betoogd heb is dat ook wenselijk voor het effectief volbrengen van de missie.

Vaag of algemeen mag echter niet ten koste gaan van de enkele soldaat of de uitvoerende commandant. Zij zijn gebaat met heldere richtlijnen om onder grote tijdsdruk snel en adequaat te kunnen handelen.

## THEMA 3 - GEWELDSINSTRUCTIES VANUIT STRAFRECHTELIJK PERSPECTIEF

### Geweldsinstructies vanuit strafrechtelijk oogpunt bezien

door

PROF. MR. G.L. COOLEN<sup>\*)</sup>

*Een bijdrage waarin geweldsinstructies, zoals deze tijdens vredesoperaties op het niveau van de individuele militair van toepassing zijn, vanuit strafrechtelijk oogpunt worden bezien en waarin tevens enkele voorstellen worden gedaan die naar het oordeel van de schrijver tot een verbetering van het stelsel kunnen leiden.*

### Inleiding

Het gebruik van geweld tegen personen is, algemeen gesteld, verboden. Veelal levert het zelfs een strafbaar feit op; mishandeling bijvoorbeeld, of dood door schuld. Soms echter is het gebruik van geweld geoorloofd. Zo heeft een ieder, indien hij door een ander wordt aangevallen, het recht zichzelf te verdedigen en hierbij, indien noodzakelijk, geweld te gebruiken. Ook staten hebben, zoals in het VN-Handvest valt te lezen, het recht tot (individuele of collectieve) zelfverdediging. Eveneens kan een plicht tot het aanwenden van geweld bestaan, bijvoorbeeld wanneer een politieagent een verdachte aanhoudt en deze zich met geweld tegen aanhouding verzet.

Ook militairen zijn bevoegd, vaak zelfs verplicht, geweld te gebruiken, niet alleen in tijd van oorlog, maar ook in tijd van vrede. Dit vloeit voort uit de taken die in Grondwet aan de krijgsmacht zijn opgedragen. Deze (ruim omschreven) taken omvatten, zoals in artikel 97 van de Grondwet valt te lezen: de verdediging en de bescherming van de belangen van het Koninkrijk en de handhaving en de bevordering van de internationale rechtsorde. Met betrekking tot de in het kader van deze bijdrage belangrijkste taak, de handhaving en de bevordering van de internationale rechtsorde, wordt in de memorie van toelichting opgemerkt: "De term 'internationale rechtsorde' heeft een ruime betekenis. Onder dit specifieke element van de taak van de krijgsmacht valt bijvoorbeeld optreden bij internationale crisisbeheersing of bij vredesoperaties. Deze taak kan in concrete gevallen bijvoorbeeld betrekking hebben op de uitvoering van maatregelen ter handhaving of herstel van de internationale vrede en veiligheid als bedoeld in de hoofdstukken VI en VII van het Handvest van de Verenigde Naties (...). Deze taak ziet echter ook op de uitvoering van de in een ander internationaal verband overeengekomen maatregelen ter handhaving of bevordering van de internationale rechtsorde."<sup>1)</sup>)

In oorlogstijd wordt het gebruik van geweld door militairen beheerst door het oorlogsrecht, het *ius in bello*. Dit recht - waarvan de kern wordt gevormd door de vier Verdragen van Genève (van 12 augustus 1949) en de twee Aanvullende Protocollen bij deze Verdragen (van 12 december 1977) - geeft aan hoe partijen zich, in geval van een oorlog of ander

<sup>\*)</sup> Schout bij nacht b.d., emeritus hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam.

<sup>1)</sup> Bijl. Hand. II, 25 367, nr. 3, p. 3.

gewapend conflict, ten opzichte van elkaar hebben te gedragen en aan welke regels zij zich bij het voeren van oorlog dienen te houden. Het oorlogsrecht blijft in deze bijdrage buiten beschouwing.

In andere gevallen dan in oorlogstijd wordt het gebruik van geweld door militairen in de eerste plaats beheerst door de inhoud van de taak die is opgedragen. Binnen de door deze taak getrokken grenzen gelden in de regel nadere geweldsinstructies, richtlijnen en regels die het gebruik van geweld nader bepalen. Zo is het Besluit geweldgebruik defensiepersoneel in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak (Stb. 2000, 337) een geweldsinstructie.<sup>2)</sup> Artikel 10 van dit Besluit bijvoorbeeld bepaalt dat bij het gebruik van een vuurwapen “zo mogelijk op de benen wordt geschoten”. Ook de *Rules of Engagement* (ROE) die tijdens vredesoperaties van toepassing zijn, kunnen (deels) als een geweldsinstructie worden beschouwd.

Rules of Engagement worden - binnen de VN, binnen de NAVO, binnen de EU of binnen de coalitie die de operatie uitvoert - vastgesteld in overleg met de aan de operatie deelnemende landen. Dit laatste geschiedt om strijd met het strafrecht van deze landen te voorkomen. Rules of Engagement richten zich, algemeen gesteld, primair tot de *force-commander*. Deze heeft tot taak de richtlijnen en regels vervolgens te vertalen in instructies die door de onder zijn bevel staande militairen dienen te worden nageleefd. Gewoonlijk worden deze instructies uiteindelijk, kort samengevat, weergegeven op zogenaamde *soldiers cards*.

In deze bijdrage worden geweldsinstructies, zoals deze tijdens vredesoperaties op het niveau van de individuele militair van toepassing zijn, vanuit strafrechtelijk oogpunt bezien. Eerst zal de vraag worden beantwoord wat een geweldsinstructie (als bedoeld) in juridische zin precies is. Vervolgens komt de vraag aan de orde welke strafrechtelijke gevolgen het heeft indien geweld is gebruikt in overeenstemming met de regels. En ten slotte zal worden bezien wat geldt indien in strijd met de regels is gehandeld.

### **Wat is een geweldsinstructie in juridische zin?**

Ter voorkoming van misverstand wordt vooropgesteld dat de bevoegdheid (of de plicht) om tijdens een vredesoperatie geweld te gebruiken niet voortvloeit uit de van toepassing zijnde geweldsinstructies, maar uit de taak die is opgedragen, uit het mandaat dat dient te worden vervuld. Geweldsinstructies openen in de regel dan ook met een korte omschrijving van het mandaat, met het vermelden van het doel van de missie. Op deze wijze worden de grenzen bepaald waarbinnen het gebruik van geweld in elk geval dient te blijven. Vervolgens wordt nader aangegeven in welke gevallen en in welke mate het gebruik van geweld, ter uitvoering van het mandaat, feitelijk is toegestaan.<sup>3)</sup>

Geweldsinstructies op het niveau van de individuele militair zijn in juridische zin besluiten, echter geen besluiten van algemene strekking. Zij hebben immers niet, zoals

<sup>2)</sup> Dit besluit steunt (thans) op de Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten (Stb. 2003, 134).

<sup>3)</sup> Indien tijdens het verblijf voor dienst van militairen in het buitenland *niet* een taak is opgedragen waaruit de bevoegdheid tot het gebruik van geweld kan worden afgeleid - zoals bijvoorbeeld tijdens oefeningen en tijdens havenbezoeken het geval is - staan de regels van het volkenrecht het gebruik van geweld niettemin toe, indien en voorzover dit noodzakelijk is ter bescherming van personen en/of goederen. Wel dienen in alle gevallen, indien daadwerkelijk geweld wordt gebruikt, de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht te worden genomen.

geweldsinstructies op een hoger niveau, de vorm van richtlijnen, maar veeleer van geboden en verboden.<sup>4)</sup> Zij gelden bovendien niet algemeen, maar uitsluitend voor een bepaalde (in de instructie nader aangeduide) operatie. Dit betekent dat geweldsinstructies op het niveau van de individuele militair, ook wanneer zij afkomstig zijn van een Nederlandse bevelvoerder, *niet* de hoedanigheid bezitten van dienstvoorschrift in de zin van artikel 135 van het Wetboek van Militair Strafrecht.<sup>5)</sup>

Een geweldsinstructie op het niveau van de individuele militair kan wel worden aangemerkt als een (schriftelijk) bevel.<sup>6)</sup> Een bevel behoeft immers niet te zijn gegeven voor een bepaald concreet geval. Het kan ook de vorm hebben van een doorlopende opdracht: een opdracht om in nader aangegeven gevallen op een bepaalde manier te handelen. “In de literatuur wordt, op een enkele schrijver na, algemeen aangenomen dat de opdracht niet voor een concreet geval hoeft te zijn gegeven”, aldus P.H.S. van Rest in zijn (in 1991 verschenen) proefschrift *Het ambtelijk bevel als strafuitsluitingsgrond*.<sup>7)</sup>

Geweldsinstructies zijn, gezien vanuit het standpunt van de individuele Nederlandse militair, afkomstig òf van een boven hem gestelde Nederlandse bevelvoerder, dus van een meerdere in de zin van het militaire straf- en tuchtrecht, òf van een buitenlandse bevelvoerder, die niet de hoedanigheid van een meerdere bezit. Dit betekent dat een geweldsinstructie in het ene geval wèl en in het andere geval niet als een dienstbevel kan worden aangemerkt.<sup>8)</sup> In beide gevallen is de militair echter verplicht de geweldsinstructie, mits bevoegd gegeven, op te volgen. Deze plicht vloeit voort uit het feit dat hij door het bevoegde Nederlandse gezag (de *plaatsingsautoriteit*) is uitgezonden en aan de eenheid waarbij hij dient, is toegevoegd.

Vermeldenswaard in dit verband is de zaak *Marchal*. Kolonel Marchal was de commandant van het Belgische detachement dat in het begin van de jaren negentig, in het kader van UNAMIR, naar Rwanda werd uitgezonden.<sup>9)</sup> Het detachement werd gelegerd in de sector Kigali. Toen kwam, op 6 april 1994, de President van Rwanda bij een aanslag

<sup>4)</sup> Vgl. P.H.S. van Rest, *Het ambtelijk bevel als strafuitsluitingsgrond*, Arnhem 1991, p. 169. Van Rest schrijft, in antwoord op de vraag of een geweldsinstructie als een wettelijk voorschrift of als een ambtelijk bevel moet worden beschouwd: “Ligt het accent meer op de uitvoering van de wet of ligt de nadruk op het inhoud geven aan de zeggenschapsrelatie die tussen de opsteller van de instructie en de adressaat bestaat? Is dat laatste het geval, dan valt er veel voor te zeggen om de ambtsinstructie als een ambtelijk bevel aan te merken.” Zie ook R.M. Eiting en J.S. van Duurling, *De aangeliijnde waakhond; conceptuele gedachten over Rules of Engagement*, Militaire Spectator 1998, p. 168 e.v. Zij schrijven (op p. 173): “Zo zal het van belang zijn voor welke bevelsniveaus de ROE zijn bestemd. Op de hoogste militaire bevelsniveaus zal meer armslag, meer speelruimte, meer besluitvormingsvrijheid nodig zijn dan op de laagste niveaus. Dat betekent dat het accent op het hoogste niveau meer kan liggen op ROE in de vorm van richtlijnen, terwijl op de laagste niveaus ROE in de vorm van instructies, geboden en verboden meer in aanmerking lijken te komen.”

<sup>5)</sup> Artikel 135 WvMS bepaalt dat onder een dienstvoorschrift wordt verstaan: een bij of krachtens algemene maatregel van Rijksbestuur of van bestuur dan wel een bij of krachtens landsverordening onderscheidenlijk landsbesluit gegeven schriftelijk besluit van algemene strekking dat enig militair dienstbelang betreft en een tot de militair gericht ge- of verbod bevat. Het (in de Inleiding genoemde) Besluit geweldgebruik defensiepersoneel in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak is (wel) een dienstvoorschrift in de zin van artikel 135 WvMS. Zie hieromtrent noot 4.

<sup>6)</sup> “Voorschriften die geen algemene strekking hebben kunnen onder het begrip dienstbevel worden gebracht”, aldus ook de memorie van toelichting bij artikel 135 WvMS (Bijl. Hand. II, 16 813, nr. 5, p. 80).

<sup>7)</sup> Van Rest, t.a.p., p. 42. Zie ook *Tekst & Commentaar Strafrecht*, vierde druk, aant. 4, p. 286, alsmede Noyon-Langemeijer-Remmelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, aant. 4 op artikel 43.

<sup>8)</sup> Zie hieromtrent nader: G.L. Coolen, *Dienstopdrachten gegeven door buitenlandse militairen*, MRT 1996, p. 238 e.v.

<sup>9)</sup> UNAMIR staat voor: United Nations Assistance Mission in Rwanda.

om het leven: het vliegtuig waarin hij zat werd neergehaald. Meteen na deze gebeurtenis besloot de (vrouwelijke) Eerste Minister van Rwanda het Rwandese volk per radio toe te spreken. Dit zou geschieden in de vroege ochtend van 7 april. Kolonel Marchal kreeg van de Canadese force-commander, generaal Dallaire, de opdracht om voor een gewapend escorte naar het radiostation zorg te dragen. Ter voldoening aan deze opdracht wees Marchal een peloton van tien Belgische paracommando's aan om de Eerste Minister te begeleiden. Nog in de omgeving van het huis van de Eerste Minister werd het escorte door een groep Rwandese militairen overvallen. De paracommando's werden allen gevangengenomen en later op brute wijze vermoord. Ook de Eerste Minister werd vermoord.

De gebeurtenis leidde in België tot grote beroering. De vraag rees of kolonel Marchal een gebrek aan voorzorg kon worden verweten. Het Belgische Openbaar Ministerie besloot deze vraag voor te leggen aan de rechter en stelde tegen Marchal een strafvervolg-ing in. Het Militair Gerechtshof kwam echter, na uitvoerige overwegingen, tot een vrij-spraak. Met betrekking tot de door generaal Dallaire aan kolonel Marchal gegeven opdracht overwoog het Hof, dat deze opdracht, gelet op de inhoud van het mandaat van de Veiligheidsraad, alleszins als een wettig bevel moest worden beschouwd en dat op kolonel Marchal de plicht rustte het bevel op te volgen. Weigering zou niet te rechtvaardigen zijn geweest, aldus het Hof.<sup>10)</sup>

### **Gebruik van geweld in overeenstemming met de regels**

#### *Geweldsinstructies, afkomstig van een Nederlandse bevelvoerder*

Is een geweldsinstructie, zoals deze op de individuele militair van toepassing is, afkomstig van een Nederlandse bevelvoerder, dan bezit deze instructie, zoals gezegd, de hoedanigheid van dienstbevel; en dus ook, gelet op de bepaling dat allen die tot de gewapende macht behoren als ambtenaar worden beschouwd, de hoedanigheid van ambtelijk bevel.<sup>11)</sup> Dit betekent dat, indien een Nederlandse militair in de uitoefening van zijn functie geweld heeft gebruikt en zich hierbij aan de regels heeft gehouden, hij in beginsel niet strafbaar is. Op hem is artikel 43 van het Wetboek van Strafrecht van toepassing. Dit artikel bepaalt dat niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een ambtelijk bevel, gegeven door het daartoe bevoegde gezag.

Hoewel niet met zoveel woorden vermeld, geldt naar algemene opvatting als voorwaarde voor de toepasselijkheid van artikel 43 niet alleen dat is gehandeld ter uitvoering van een ambtelijk bevel, maar ook dat, indien geweld is gebruikt, voldaan is aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. Ook geweldsinstructies stellen in de regel beide eisen. De eis van proportionaliteit houdt in dat evenredigheid dient te bestaan tussen middel en doel; de eis van subsidiariteit dat het minst zware middel moet zijn gebruikt. Indien niet aan beide vereisten is voldaan, gaat een beroep op de strafuitsluitingsgrond *ambtelijk bevel* niet op. Dit geldt in alle gevallen, ook indien in de van toepassing zijnde geweldsinstructie op dit punt niets is bepaald.

Met betrekking tot de vraag of in een bepaald geval aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit is voldaan, speelt de hoedanigheid van degene die het geweld heeft gebruikt, een belangrijke rol. Zo worden aan een oudere militair met veel ervaring hogere

<sup>10)</sup> Arrest van 6 juli 1996. Het arrest is (in het Nederlands vertaald) geplaatst in het MRT 1997, p. 65 e.v., met naschrift N. Keijzer.

<sup>11)</sup> Zie artikel 84 lid 3 WvS: "Allen die tot de gewapende macht behoren worden mede als ambtenaar beschouwd."

eisen gesteld dan aan een jeugdige beginneling. Deze zwaardere verantwoordelijkheid wordt gewoonlijk aangeduid met de Duitse term *Garantenstellung*. Een voorbeeld in dit verband geeft de zaak van een marechaussee der 1e klasse, die - gedetacheerd bij de gemeentepolitie te Amsterdam - in strijd met de voor hem geldende ambtsinstructie op een wegvluchtende autokraker schoot. Ten gevolge van dit schot kwam de autokraker om het leven. Toen aan het Hoog Militair Gerechtshof de vraag werd voorgelegd of de schutter naar de militaire rechter diende te worden verwezen, beantwoordde het Hof deze vraag ontkennend. Het Hof overwoog dat betrokkene weliswaar niet overeenkomstig de voor hem geldende ambtsinstructie had gehandeld, maar dat hij te goeder trouw meende en naar het oordeel van het Hof, gezien zijn ervaring en opleiding ook te goeder trouw kon menen, dat hij op grond van de ambtsinstructie in het onderhavige geval (wel) gerechtigd was van zijn vuurwapen gebruik te maken.<sup>12)</sup>

Ook kan worden genoemd het arrest van het Belgisch Militair Gerechtshof in de zaak *Marchal*. In dit arrest stelt het Hof onder meer: “In het verband van de onderhavige vervolging moet het gedrag van de beklaagde (kolonel Marchal) derhalve worden vergeleken met dat van een gewoon voorzichtig en redelijk *hoger officier* die wordt geconfronteerd met dezelfde externe feitelijke omstandigheden.”

#### *Geweldsinstructies, afkomstig van een buitenlandse bevelvoerder*

Lastiger ligt de zaak wanneer de toepasselijke geweldsinstructie afkomstig is van een buitenlandse bevelvoerder. Een zodanige instructie kan wel worden aangemerkt als een bevel, echter niet als een dienstbevel in de zin van artikel 125 van het Wetboek van Militair strafrecht.<sup>13)</sup>

De vraag kan worden gesteld of een geweldsinstructie, afkomstig van een buitenlandse bevelvoerder, als een ambtelijk bevel in de zin van artikel 43 van het Wetboek van Strafrecht kan worden beschouwd. Van Rest beantwoordt deze vraag in zijn eerder aangehaalde proefschrift bevestigend. Hij schrijft: “Algemeen wordt aangenomen dat ook bevelen van buitenlandse ambtenaren ambtelijke bevelen kunnen zijn in de zin van artikel 43 van het Wetboek van Strafrecht. Dat zal het geval zijn wanneer de zeggenschapsrelatie tussen deze buitenlandse bevelgever en de Nederlandse bevolene voortvloeit uit een voor Nederland bindende internationale publiekrechtelijke regeling (...). In zo’n geval heeft de Nederlandse overheid een deel van haar taak overgedragen aan een internationale organisatie, bijvoorbeeld de NAVO (...). Bevelen in het kader van dergelijke overgedragen overheidstaken zijn ook ambtelijke bevelen, daar zij worden gegeven uit het oogpunt van de door Nederland erkende publieke belangen.”<sup>14)</sup> N. Jörg neemt in het Militair Rechtelijk Tijdschrift een voorzichtiger standpunt in. Hij schrijft: “Hoewel in het algemeen buitenlandse ambtsinstructies niet kunnen worden ingeroepen ter rechtvaardiging van strafbaar gedrag door Nederlanders in het buitenland begaan, zullen de Rules of Engagement vanwege hun supranationale oorsprong en hun functie voor de troepen onder VN-gezag wel een gelding hebben die op één lijn staat met artikel 43 van het Wetboek van Strafrecht.”<sup>15)</sup>

Ik huldig op dit punt een andere opvatting. Mijns inziens dient de vraag of een bevel van een buitenlandse bevelvoerder in gevallen als bedoeld als een ambtelijk bevel (in de

<sup>12)</sup> HMG 6 oktober 1978 MRT 1979, p. 20, m.nt. W.H. Vermeer. Ook: NJ 1979, 1, m.nt. Th.W. van Veen.

<sup>13)</sup> Artikel 125 WvMS bepaalt dat onder een dienstbevel wordt verstaan: een bevel dat enig militair dienstbelang betreft en is gegeven door een (Nederlandse) meerdere aan een (Nederlandse) mindere.

<sup>14)</sup> Van Rest, t.a.p., p. 90.

<sup>15)</sup> Naschrift bij de uitspraak van de Engelse rechter in de zaak *Clegg*, MRT 1996, p. 45 e.v.

zin van artikel 43) kan worden aangemerkt, *ontkennend* te worden beantwoord. Buitenlandse bevelvoerders bezitten naar geldend Nederlands recht niet de hoedanigheid van ambtenaar. Dit staat vast. Evenmin worden zij, voor de toepassing van het Wetboek van Strafrecht, onder ambtenaren *begrepen*. Weliswaar bepaalt artikel 84 lid 3 van het Wetboek van Strafrecht dat mede als ambtenaar worden beschouwd “allen die tot de gewapende macht behoren”, maar met “gewapende macht” in deze bepaling is onmiskenbaar (uitsluitend) de *Nederlandse* krijgsmacht bedoeld. Hierbij komt dat het aanmerken van een geweldsinstructie als een ambtelijk bevel slecht past in een stelsel waarin wel schending van een dienstbevel en niet-naleving van een dienstvoorschrift afzonderlijk strafbaar zijn gesteld, maar niet het handelen in strijd met een ambtelijk bevel.<sup>16)</sup>

Ook W.B. Kroon en M. Jacobs tonen zich, in een bijdrage in de *Militaire Spectator*, weinig enthousiast.<sup>17)</sup> Zij achten het op deze wijze construeren van een strafuitsluitingsgrond “een verre van ideale oplossing”. Zij opperen de gedachte om, indien Nederlandse militairen met anderen deelnemen aan een vredesoperatie, toepassing te geven aan artikel 75a van het Wetboek van Militair Strafrecht. Dit artikel opent de mogelijkheid om tussen Nederlandse en buitenlandse militairen bij (of krachtens) koninklijk besluit een verhouding van meerdere tot mindere tot stand te brengen. Langs deze weg kan inderdaad worden bereikt dat in bepaalde gevallen ook geweldsinstructies, afkomstig van buitenlandse bevelvoerders, de hoedanigheid van dienstbevel verkrijgen. Echter ook deze oplossing is verre van ideaal. Steeds zal, indien de omstandigheden zich wijzigen, de vastgestelde regeling aan de nieuwe situatie dienen te worden aangepast. Dit is nogal omslachtig en kan gemakkelijk tot verwarring leiden. Niet voor niets is artikel 75a, dat per 1 juli 1965 in het Wetboek van Militair Strafrecht is opgenomen, tot nu toe nimmer toegepast.

Kroon en Jacobs komen ook met een andere oplossing. Zij schrijven: “Een andere, ons inziens beter te verdedigen, mogelijkheid om het gebruik van geweld tijdens een crisisbeheersingsoperatie te rechtvaardigen zou kunnen worden gevonden in een aanvulling van artikel 38 van het Wetboek van Militair Strafrecht.” Artikel 38 bepaalt dat niet strafbaar is hij die in tijd van oorlog binnen de grenzen van zijn bevoegdheid een naar de regels van het oorlogsrecht geoorloofd feit begaat. Kroon en Jacobs stellen voor in artikel 38 een strafuitsluitingsgrond op te nemen “voor militairen die op grond van de Rules of Engagement geweld gebruiken”. Ook F. Thomas komt aan het slot van haar bijdrage in de bundel *Rede en recht*, verschenen ter gelegenheid van het afscheid van N. Keijzer als hoogleraar aan de Universiteit van Tilburg, tot de slotsom dat alle rechtsonzekerheid op dit punt kan worden opgeheven “door een wetgevend initiatief dat naleving van de Rules of Engagement, in voege op het ogenblik van het vermoedelijke misdrijf, als specifieke rechtvaardigingsgrond erkent”.<sup>18)</sup>

Mijns inziens is ook deze oplossing weinig gelukkig. Het zou betekenen dat het geven, dat in een bepaald geval in overeenstemming met de toepasselijke geweldsinstructie is gehandeld, *op zichzelf* een rechtvaardigingsgrond vormt; dit dus ook, indien in de geweldsinstructie bijvoorbeeld niets omtrent proportionaliteit en/of subsidiariteit is be-

<sup>16)</sup> Dit alles neemt niet weg dat een bevel van een buitenlandse bevelvoerder, mits bevoegd gegeven, wel dient te worden opgevolgd.

<sup>17)</sup> W.B. Kroon en M. Jacobs, *Rules of Engagement; een verkenning*, Militaire Spectator 1997, p. 124 e.v.

<sup>18)</sup> F. Thomas, *VN Rules of Engagement; een strafrechtelijke benadering*, in: *Rede en recht*, Liber amicorum Nico Keijzer, Gouda Quint 2000, p. 91 e.v. F. Thomas is hoogleraar aan de Koninklijke Militaire School te Brussel.

paald. Dit is mijns inziens een brug te ver.<sup>19)</sup>

Ik kies, mede ter wille van de rechtszekerheid, voor een andere, eenvoudiger oplossing. Ik stel voor in een dienstvoorschrift vast te leggen dat elke militair, die aan een vredesoperatie deelneemt, verplicht is zich bij de uitoefening van zijn functie te houden aan de door het bevoegde gezag ten behoeve van de operatie vastgestelde en voor hem geldende geweldsinstructie(s). Hierbij ware te vermelden dat de aanduiding “bevoegd gezag” niet alleen het Nederlandse bevoegde gezag omvat, maar ook het buitenlandse gezag. Dit laatste is niet iets nieuws. De aanduiding “bevoegd gezag” komt in deze ruime betekenis ook voor in bijvoorbeeld het Wetboek van Militair Strafrecht.<sup>20)</sup>

Men kan stellen dat een plicht tot naleving van geweldsinstructies, afkomstig van een buitenlandse bevelvoerder, reeds in een dienstvoorschrift, namelijk in artikel 137 van het Algemeen militair ambtenarenreglement, is vastgelegd.<sup>21)</sup> Dit is juist. Artikel 137 is echter in zeer algemene bewoordingen gesteld. Het luidt: “De militair in werkelijke dienst is verplicht de hem opgedragen werkzaamheden en/of diensten naar beste vermogen te vervullen en de uit dien hoofde voor hem geldende voorschriften en orders te kennen.” Een specifiek dienstvoorschrift, waarin de plicht tot naleving van tijdens vredesoperaties toepasselijke geweldsinstructies expliciet is vastgelegd, verdient uit een oogpunt van rechtszekerheid mijns inziens verre de voorkeur.

Lang geleden, tijdens de Tweede Wereldoorlog, is door de toen naar Groot-Brittannië uitgeweken Koninklijke Marine voor een soortgelijke oplossing gekozen. H. Bakker schrijft hierover in het Militair Rechtelijk Tijdschrift: “Naar aanleiding van het feit (...), dat de Britse Admiraliteit aan haar personeel de verplichting bekend maakte om in voorkomende gevallen de bevelen van in dienst boven hen gestelde meerderen der geallieerde strijdkrachten op te volgen, maakte de Minister van Marine bij beschikking van 22 December 1943 bekend, dat de militair der zeemacht verplicht was te gehoorzamen aan de bevelen van in den dienst boven hem gestelde militairen der geallieerde strijdkrachten. Tot het vaststellen van bovenvermeld dienstvoorschrift was overgegaan, nadat Hare Majesteit de Koningin bij Kabinetsrescript van 3 December 1943, nr. 3, hiertoe machtiging had verleend. Voorts werd aan het personeel bekend gemaakt, dat overtreding van dit voorschrift eene strafvervolgning ten gevolge kon hebben op grond van het bepaalde in artikel 135 van het Wetboek van Militair Strafrecht.”<sup>22)</sup> Artikel 135 stelde destijds in algemene bewoordingen het handelen in strijd met een dienstvoorschrift strafbaar.

Het door mij voorgestelde dienstvoorschrift kan door de Minister van Defensie worden

<sup>19)</sup> Zie in dit verband ook G.G.J. Knoops, *Rules of Engagement*, Marineblad 2002, p. 330 e.v. Knoops merkt op: “De in 2000 door het Britse Ministerie van Defensie aangenomen National Rules of Engagement benadrukken in de inleidende artikelen dat ‘Rules of Engagement exist only to give guidance and cannot by themselves guarantee lawfulness of any action’.”

<sup>20)</sup> Zie artikel 169 WvMS, dat strafbaar stelt de militair die, als gebruiker van een voor het verkeer openstaande weg, de door of vanwege het bevoegd gezag met betrekking tot het verkeer gegeven regels niet in acht neemt. De memorie van toelichting vermeldt omtrent artikel 169: “Aan de term ‘bevoegd gezag’ zal in dit artikel (...) een ruime betekenis moeten worden toegekend. Hieronder zal niet alleen de militaire overheid en de burgerlijke overheid in de verschillende rijksdelen moeten worden begrepen, maar, voorzover het verkeer in het buitenland betreft, ook het buitenlands gezag.” (A.F. Steffen, *De partiële wijziging van de militaire straf- en tuchtwetgeving bij de rijks wetten van 4 juli 1963*, Staatsuitgeverij 1971, p. 592/593).

<sup>21)</sup> Zie bijvoorbeeld het Verslag van de vaste commissie voor Defensie naar aanleiding van het wetsvoorstel Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten (Bijl. Hand. I, 27 624, nr. 207, p. 3): “Voor Nederlandse militairen die gehoor geven aan een opdracht van een buitenlandse militair is de juridische grondslag te vinden in het dienstvoorschrift dat vervat is in artikel 137 AMAR (...).”

<sup>22)</sup> Zie H. Bakker, *Militair straf- en tucht recht bij onze zeemacht in het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland*, MRT 1946, p. 71.



vastgesteld ter uitvoering van artikel 9 lid 2 van het Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht (Stb. 1999, 497). Deze bepaling verleent de minister de bevoegdheid dienstvoorschriften vast te stellen “ter verzekering van het goede functioneren van de krijgsmacht, ter bevordering van de veiligheid en ter handhaving van de discipline”. Gebruikmaking van deze mogelijkheid houdt in dat het vast te stellen dienstvoorschrift tevens de hoedanigheid verkrijgt van wettelijk voorschrift.

Is de plicht tot naleving van (tijdens vredesoperaties toepasselijke) geweldsinstructies vastgelegd in een wettelijk voorschrift, dan staat voor de militair, die geweld heeft gebruikt en zich hierbij aan de regels heeft gehouden, in alle gevallen een beroep open op artikel 42 van het Wetboek van Strafrecht. Dit artikel bepaalt dat niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een wettelijk voorschrift.

Ook om met vrucht een beroep te kunnen doen op de strafuitsluitingsgrond *wettelijk voorschrift* is vereist dat de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht zijn genomen. Ik stel voor beide beginselen, ter wille van de rechtszekerheid, eveneens in het door mij voorgestelde dienstvoorschrift vast te leggen; zoals beide beginselen ook zijn vastgelegd in het (eerder genoemde) Besluit geweldgebruik defensiepersoneel.<sup>23)</sup>

### **Gebruik van geweld in strijd met de regels**

Een militair, die in de rechtmatige uitoefening van zijn functie geweld heeft gebruikt en zich hierbij aan de regels heeft gehouden, dient niet strafbaar te zijn. Anderzijds moet tegen een militair die zich *niet* aan de regels heeft gehouden, strafrechtelijk - of in de lichte gevallen, tuchtrechtelijk - kunnen worden opgetreden. Tuchtrechtelijk optreden is een bevoegdheid van de commandant; het blijft in deze bijdrage buiten beschouwing.

Strafrechtelijk optreden is niet een bevoegdheid van de commandant. Elke commandant (althans elke tot straffen bevoegde commandant) is verplicht, indien hem in de uitoefening van zijn functie een strafbaar feit ter kennis is gekomen, hiervan aangifte te doen bij een opsporingsambtenaar. Dit is bepaald in artikel 78 van de Wet militair tuchtrecht.<sup>24)</sup> Na aangifte door de commandant kan het Openbaar Ministerie tot het oordeel komen dat strafrechtelijk optreden noodzakelijk is.

Wordt tot vervolging besloten, dan staan in de regel twee wegen open. In de eerste plaats heeft een militair, die tijdens een vredesoperatie geweld heeft gebruikt en zich hierbij niet aan de regels heeft gehouden, zich schuldig gemaakt aan òf schending van een dienstbevel òf niet-naleving van een dienstvoorschrift.<sup>25)</sup> Wel dient in beide gevallen vast te staan dat de geweldsinstructie (op de een of andere wijze) aan de militair is bekendgemaakt. Toen een onderofficier tijdens een vredesmissie in Bosnië-Herzegovina in strijd met de geldende geweldsinstructie als nabijbeveiliging een gevalstrikte handgranaat plaatste, werd hij vervolgd wegens het misdrijf, omschreven in artikel 126 onder 2° van het

<sup>23)</sup> Artikel 7 Besluit bepaalt: “Bij gebruik van fysiek geweld dan wel een gewelddmiddel wordt in verhouding tot het beoogde doel de meest lichte vorm van geweld gebruikt en worden de daaraan verbonden risico’s zoveel mogelijk beperkt.”

<sup>24)</sup> Ik deel niet het standpunt van K.F. Muusse die in het Militair Rechtelijk Tijdschrift (1996, p. 386) stelt dat de aangifteplicht van commandanten “alleen geldt voor die strafbare feiten waarbij er tevens sprake is van een eendaadse samenloop met een tuchtvergrijp”. Zowel de strekking als de tekst van artikel 78 lid 1 verzet zich tegen deze opvatting.

<sup>25)</sup> In welke gevallen schending van een dienstbevel of niet-naleving van een dienstvoorschrift een strafbaar feit oplevert en welke straffen kunnen worden opgelegd, is bepaald in artikel 126 t/m 130 en artikel 136 en 137 WvMS.

Wetboek van Militair Strafrecht: het opzettelijk niet opvolgen van een dienstbevel, terwijl als gevolg daarvan levensgevaar voor een ander is te duchten. De rechtbank sprak de onderofficier echter vrij. Naar het oordeel van de rechtbank kon niet met zekerheid worden vastgesteld dat de onderofficier destijds bij de bevelsuitgifte aanwezig was geweest. Evenmin viel uit het dossier of uit de behandeling van de zaak ter terechtzitting af te leiden dat het dienstbevel (later) aan de onderofficier was doorgegeven.<sup>26)</sup>

In de tweede plaats zal een militair zich in gevallen als bedoeld in de regel tevens hebben schuldig gemaakt aan een geweldsdelict. Zo overwoog het Hoog Militair Gerechtshof in de hiervóór aangehaalde zaak van de marechaussee die op een wegvluchtende autokraker had geschoten: “dat de gedragingen (van betrokkene) zouden kunnen vallen in de wettelijke omschrijving van de navolgende strafrechtelijke bepalingen: doodslag, zware mishandeling, de dood ten gevolge hebbend, mishandeling de dood ten gevolge hebbend en dood door schuld”.

De vraag kan worden gesteld voor welke weg het Openbaar Ministerie, indien beide wegen openstaan, moet kiezen: voor vervolging wegens handelen in strijd met het dienstbevel of het dienstvoorschrift of voor vervolging ter zake van het geweldsdelict? Algemeen gesteld zal de keuze dienen te worden bepaald door datgene wat zich feitelijk heeft voorgedaan, waarbij mede gelet dient te worden op hetgeen de dader, toen hij het feit pleegde, voor ogen stond.<sup>27)</sup> Hiervan uitgaande zal vervolging wegens handelen in strijd met het dienstbevel of het dienstvoorschrift in de regel het meest in de rede liggen. Ik pleit ervoor in voorkomende gevallen in beginsel voor deze weg te kiezen; en *niet* voor vervolging ter zake van het geweldsdelict.

Een triest voorbeeld van waartoe vervolging ter zake van het geweldsdelict kan leiden, geeft de zaak *Clegg*. De Engelse soldaat Clegg, in september 1990 in opdracht van zijn commandant met een aantal andere militairen op patrouille in Belfast (Noord-Ierland), vuurde met zijn dienstwapen viermaal op een auto waarvan de bestuurder het hem door de patrouille gegeven stopteken volstrekt negeerde. De eerste drie schoten vuurde Clegg af, terwijl de auto hem met grote snelheid naderde; het laatste schot viel, toen de auto Clegg en de andere patrouilleleden reeds was gepasseerd. Clegg werd vervolgd. Voor de eerste drie schoten, die tot de dood van de bestuurder hadden geleid, aanvaardde de rechter het beroep dat Clegg deed op noodweer. Voor het vierde en laatste schot wees de rechter dit beroep echter af. Ten gevolge van dit schot was een achter in de auto gezeten vrouwelijke passagier om het leven gekomen. Soldaat Clegg werd veroordeeld wegens doodslag (*murder*), *niet* wegens handelen in strijd met de op hem toepasselijke geweldsinstructie. Vervolgens werd hem, omdat de regels van het Engelse strafstelsel dit noodzakelijk maakten, een levenslange gevangenisstraf opgelegd.<sup>28)</sup>

<sup>26)</sup> Rb Arnhem 3 april 1997, MRT 2003 p.298, m.nt. M.M. Dolman.

<sup>27)</sup> Zie in dit verband het Porsche-arrest (HR 15 oktober 1996, NJ 1997, 199, m.nt. A.C. 't Hart). De zaak betrof een man die, na het gebruik van alcoholhoudende drank, hoogst roekeloos en met hoge snelheid rijdend in een Porsche, een ongeval had veroorzaakt waarbij vijf personen om het leven kwamen. De man werd in hoger beroep door het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch veroordeeld, *niet* wegens het door hem begane verkeersmisdrijf, maar ter zake van doodslag, meermalen gepleegd. De Hoge Raad vernietigde deze uitspraak echter op grond van de overweging dat de gebezigde bewijsmiddelen niet in de richting van doodslag wezen. Vervolgens verwees de Hoge Raad de zaak naar het Gerechtshof te Arnhem “teneinde op het bestaande hoger beroep te worden berecht en afgedaan”.

<sup>28)</sup> Zie N. Jörg, *De zaak Clegg: noodweer/self-defence en de Rules of Engagement*, MRT 1996, p. 45 e.v. Jörg merkt in een noot op dat Clegg in juli 1995 in vrijheid werd gesteld, met als argument dat zijn veroordeling een puur juridische kwestie betrof.

De andere weg, vervolging *primair* wegens handelen in strijd met het dienstbevel of het dienstvoorschrift, wordt door het OM in de regel gevolgd indien een militair tijdens een vredesoperatie in strijd heeft gehandeld met de toepasselijke veiligheidsregels. Een recent voorbeeld geeft de zaak van de niet-ontploffte clusterbom. Een onderofficier, dienend in het voormalig Joegoslavië, stuitte op 21 mei 2000, in de omgeving van Kosovo, op een niet-ontploffte bom. In de onmiddellijke omgeving van de bom bevonden zich enkele spelende kinderen. De geldende veiligheidsregels, vastgelegd in een dienstvoorschrift (Vaste Order 1 NL GNHULPBAT KFOR), bepaalden dat, indien te velde een explosief werd aangetroffen, de vindplaats moest worden gemarkeerd en er zorg voor diende te worden gedragen dat anderen van het explosief afbleven. De onderofficier verzuumde aan beide bepalingen gevolg te geven. Korte tijd later kwam de bom tot ontploffing, met als gevolg dat twee van de kinderen de dood vonden. De onderofficier werd vervolgd en zowel in eerste aanleg als in hoger beroep veroordeeld wegens: het als militair aan zijn schuld te wijten zijn dat hij een dienstvoorschrift niet opvolgt, terwijl daardoor levensgevaar voor een ander ontstaat en het feit iemands dood ten gevolge heeft. Hem werd in hoger beroep een werkstraf opgelegd voor de duur van 180 uur, subsidiair 90 dagen hechtenis.<sup>29)</sup>

### Zelfverdediging

Dat tijdens een vredesoperatie een geweldsinstructie van kracht is, betekent niet dat buiten deze instructie om nimmer geweld mag worden gebruikt. Het gebruik van geweld is, ook zonder geweldsinstructie, geoorloofd indien en voorzover dit uit een oogpunt van zelfverdediging noodzakelijk is. Zo stelde het Belgische Militair Gerechtshof in de zaak *Marchal* nadrukkelijk dat “in wat voor soort van geval ook en ongeacht de wijze waarop de staf de Rules of Engagement heeft geformuleerd, de algemene rechtsbeginselen betreffende noodweer onder alle omstandigheden gelden en, vanwege het recht van ieder mens om zich te verdedigen, altijd van toepassing zijn”. Ook kan worden verwezen naar de bijdrage in deze aflevering van J.F.R. Boddens Hosang, *Rules of Engagement; het politiek-juridisch struikelblok voor de militaire commandant*.<sup>30)</sup>

Op de (Nederlandse) militair, die - buiten de toepasselijke geweldsinstructie om - uit zelfverdediging heeft gehandeld, is artikel 41 van het Wetboek van Strafrecht van toepassing. Dit artikel bepaalt dat niet strafbaar is hij die een feit begaat, geboden door de noodzakelijke verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed tegen ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding.

Het begane feit moet dus zijn “geboden door de noodzakelijke verdediging”. In deze woorden komen de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit tot uitdrukking. Het betekent dat een redelijk middel moet zijn gebruikt tot een redelijk doel. Zo wordt naar veler opvatting het gebruik van geweld in het algemeen niet redelijk geacht, indien men zich eenvoudig aan de aanranding kan onttrekken door te vluchten.

<sup>29)</sup> Gerechtshof Arnhem 13 maart 2002, MRT 2003, p. 7, m.nt. M.M. Dolman. Zie voor enkele andere voorbeelden: Rb Arnhem 31 mei 1994, MRT 1995, p. 74; Rb Arnhem 24 januari 1995, MRT 1995, p. 356; Rb Arnhem 17 juli 2000, MRT 2001, p. 356, m.nt. M.M.D.; Rb Arnhem 27 november 2000, MRT 2001, p. 314, m.nt. M.M.D. Zie voor een geval waarin primair werd vervolgd wegens dood door schuld: Rb Arnhem 10 december 1991, MRT 1992, p. 205, m.nt. A.E. Mos-Verstraten.

<sup>30)</sup> Zie eveneens G.G.J. Knoops, t.a.p. Knoops schrijft: “Het recht op zelfverdediging, ongeacht welk deel van het spectrum men bedoelt, (...) behoeft geen Rules of Engagement om te worden uitgeoefend.”

Vluchten is uiteraard niet voorgeschreven indien de opdracht inhoudt dat wordt standgehouden. Zo wordt met name van militairen (en ook van politieagenten) verwacht dat zij het gevaar trotseren. Vermeldenswaard in dit verband is het Meta Hofman-arrest. Meta Hofman, een in de war zijnde vrouw, bedreigde in haar woning een politieagent met een mes. Na enkele sommaties om het mes neer te leggen en na een waarschuwingsschot, schoot de politieagent de vrouw in de borst. Ten gevolge van dit schot overleed zij korte tijd later. De politieagent was in de woning aanwezig naar aanleiding van klachten van de omgeving, dat de vrouw flessen uit het raam naar buiten gooide die op een geparkeerde auto terecht kwamen. Met betrekking tot de vraag of de politieagent zich had dienen terug te trekken, stelde het Gerechtshof te Amsterdam “het aanvaardbaar te achten dat een politieambtenaar, die in een situatie als de onderhavige bij de uitoefening van zijn taak tegenover gewelddadig gedrag als in casu komt te staan, zich niet terugtrekt doch, zeker wanneer zoals hier al gevaar voor anderen is ontstaan, tracht met de hem ten dienste staande middelen de crisis op te lossen”. Met dit standpunt had het Hof, aldus de Hoge Raad in het arrest, de wettelijke maatstaven voor het aannemen van noodweer niet geschonden.<sup>31)</sup>

### Artikel 11 van de Grondwet

Het gebruik van geweld tegen personen houdt in alle gevallen een inbreuk in op het grondrecht inzake de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam. Dit grondrecht is in 1983 in artikel 11 van de Grondwet vastgelegd.<sup>32)</sup> Dit artikel luidt: “Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam.” Het artikel beoogt de lichamelijke integriteit te beschermen.<sup>33)</sup>

Het nieuwe artikel maakte het noodzakelijk aan elk gebruik van geweld door de overheid een expliciete wettelijke bepaling ten grondslag te leggen. Niet langer kon, zoals in het verleden, worden volstaan met een algemene verwijzing naar de taken die bij de wet aan de overheid waren opgedragen. In het begin van de jaren negentig werd eerst de Politiewet (Stb. 1989, 223) aangepast. In de wet werd een bepaling opgenomen die politieambtenaren uitdrukkelijk bevoegd verklaarde in de rechtmatige uitoefening van hun bediening, indien en voorzover nodig, geweld te gebruiken.<sup>34)</sup> Later werd ook de Oorlogswet voor Nederland (Stb. 1964, 337) gewijzigd. Thans bepaalt artikel 8 van de (hernieuwd vastgestelde) wet dat militairen bevoegd zijn in de rechtmatige uitoefening van de in de wet genoemde buitengewone bevoegdheden geweld te gebruiken, wanneer het beoogde doel dit rechtvaardigt en dit doel niet op andere wijze kan worden bereikt.<sup>35)</sup>

Ook werd, in 1996, een geheel nieuwe wet tot stand gebracht: de Rijkswet geweldgebruik krijgsmacht in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak (Stb. 1996, 239). Later is in de citeertitel van deze wet de aanduiding “krijgsmacht” vervangen door: defensiepersoneel. Op de wet steunt het (eerder genoemde) Besluit geweldgebruik defensiepersoneel. Thans staat de wet op het punt te worden vervangen door de Rijkswet geweld-

<sup>31)</sup> HR 1 maart 1983, NJ 1983, 468, m.nt. Th.W. van Veen.

<sup>32)</sup> Zie ook artikel 3 Universele verklaring van de rechten van de mens, alsmede artikel 8 lid 1 Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

<sup>33)</sup> Voorzover artikel 11 Grondwet niet ook de geestelijke integriteit beschermt, wordt deze integriteit beschermd door artikel 10 Grondwet. Het eerste lid van dit laatste artikel luidt: “Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.”

<sup>34)</sup> Toen artikel 33a lid 6 Politiewet. Zie thans artikel 8 lid 1 Politiewet 1993.

<sup>35)</sup> Zie Stb. 1996, 368.

gebruik bewakers militaire objecten (Stb. 2003, 134). Ook deze nieuwe wet ziet uitsluitend op het gebruik van geweld in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak.<sup>36)</sup>

Wat de bewakings- en beveiligingstaak precies omvat, zegt de wet niet. Evenmin is hieromtrent in de kamerstukken iets te vinden.<sup>37)</sup> Toch kunnen militairen - tijd van oorlog en buitengewone omstandigheden (in de zin van de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden) buiten beschouwing gelaten - ook anders dan in de uitoefening van bewakings- en beveiligingstaken genoodzaakt zijn geweld te gebruiken. In een vroege voorganger van het Besluit geweldgebruik defensiepersoneel, de door de Minister van Defensie in 1965 vastgestelde *Geweldsinstructie krijgsmacht*, wordt in dit verband, zeer ruim, gesproken van “de uitvoering van opdrachten die maatregelen van geweld wettigen”. Als voorbeelden van dergelijke opdrachten worden genoemd: het beveiligen van objecten, het bewaken en overbrengen van arrestanten, het begeleiden van belangrijke personen of zaken, het toezien op de naleving van voorschriften door militairen.

Dat de Rijkswet geweldgebruik slechts de bevoegdheid verleent geweld te gebruiken in de uitoefening van bewakings- en beveiligingstaken, betekent dat de bevoegdheid tot het gebruik van geweld in andere gevallen een *expliciete* wettelijke grondslag ontbeert.<sup>38)</sup>

In dit verband rijst de vraag of de Rijkswet en het op deze wet steunende uitvoeringsbesluit ook van toepassing zijn op (Nederlandse) militairen die in het buitenland zijn gelegerd. Omtrent de toepasselijkheid van de Rijkswet wordt in de memorie van toelichting opgemerkt: “Aangezien de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak bij uitstrek de rechtsorde van het land van verblijf kan raken, zullen de autoriteiten van dat land in beginsel de eigen normen willen doen toepassen. In de praktijk betekent dit dat een bepaalde regeling (de Nederlandse dan wel de regeling van het land van verblijf) van toepassing wordt verklaard.”<sup>39)</sup> In de nota naar aanleiding van het verslag voegt de regering aan deze opmerking, ter verduidelijking, toe: “Doorgaans is (...) door de bevoegde autoriteiten (bijvoorbeeld de VN) met het gastland een overeenkomst gesloten die de status van de militair in dat land regelt, waarbij die militair het recht van het gastland dient te respecteren, maar waarbij het dan wel een volledige immuniteit van dat recht geniet. De militair valt in dat geval onder de exclusieve jurisdictie van het zendende land. Het ligt in die situatie voor de hand dat de geweldsinstructie die op grond van de onderhavige wet zal worden opgesteld, van toepassing wordt verklaard, uiteraard voorzover in de overeenkomst ter zake geen andere regels zijn opgenomen.”<sup>40)</sup> Wat de toepasselijkheid van het Besluit geweldgebruik defensiepersoneel betreft wordt in de nota van toelichting “voor de goede orde” opgemerkt dat “de onderhavige geweldsinstructie in beginsel alleen binnen het Koninkrijk van toepassing is”.<sup>41)</sup>

<sup>36)</sup> Ook is bepaald dat de in de wet neergelegde bevoegdheid tot het gebruik van geweld slechts geldt bij de bewaking en beveiliging van door de Minister van Defensie uitdrukkelijk aangewezen objecten. Op deze bepaling steunt het (ministeriële) Rijksbesluit houdende aanwijzing van te bewaken en te beveiligen objecten (Stert. 2000, 185).

<sup>37)</sup> Ook het (op de Rijkswet geweldgebruik steunende) Besluit geweldgebruik defensiepersoneel in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak zwijgt op dit punt.

<sup>38)</sup> Wel kunnen artikel 148 en 149 WvMS worden genoemd. Artikel 148 stelt strafbaar de militair die, getuige van een door een mindere gepleegd misdrijf, opzettelijk nalaat maatregelen te nemen, voorzover die nodig zijn en van hem kunnen worden gevegd; artikel 149 de militair die opzettelijk nalaat maatregelen te nemen (voorzover die nodig zijn en van hem kunnen worden gevegd), indien een onder zijn bevelen staande militair, naar hij redelijkerwijs moet vermoeden, een misdrijf pleegt of voornemens is te plegen. Maatregelen, als in beide artikelen bedoeld, kunnen, zoals uit de wetsgeschiedenis blijkt, ook maatregelen van geweld inhouden.

<sup>39)</sup> Bijl. Hand. II, 23 787, nr. 3, p. 2.

<sup>40)</sup> Bijl. Hand. II, 23 787, nr. 6, p. 2.

<sup>41)</sup> Stb. 2000, 337, p. 7.

Ik zie het enigszins anders. Mijns inziens zijn op grond van het *vlagbeginsel* Rijkswet en uitvoeringsbesluit ook van toepassing op Nederlandse militairen die in het buitenland zijn gelegerd; zoals ook de Wet militair tuchtrecht en bijvoorbeeld het Algemeen militair ambtenarenreglement op hen van toepassing zijn.<sup>42)</sup> Het vlagbeginsel houdt, algemeen gezegd, in dat de wetgeving van een land de militair volgt, overal waar hij door de regering van zijn land wordt heengezonden.<sup>43)</sup> Wel is voor het daadwerkelijk in het buitenland kunnen uitoefenen van geweldsbevoegdheden de toestemming van het land van verblijf vereist; zoals deze toestemming bijvoorbeeld ook is vereist voor het daadwerkelijk kunnen uitoefenen van opsporingsbevoegdheden.<sup>44)</sup>

Ik stel, gelet op het voorgaande, voor in de Rijkswet geweldgebruik een bepaling op te nemen die militairen niet slechts bevoegd verklaart tot het gebruik van geweld in de rechtmatige uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak, maar - algemener - in de rechtmatige uitoefening van elk van de taken die krachtens de Grondwet aan de krijgsmacht kunnen worden opgedragen; zoals ook de Politiewet 1993 aan politieambtenaren de bevoegdheid verleent geweld te gebruiken in de rechtmatige uitoefening van de politietaat in het algemeen, zonder nadere aanduiding.<sup>45)</sup> Deze ruime bepaling kan dan als expliciete wettelijke grondslag dienen voor (de onmiskenbaar bestaande) bevoegdheid tot het gebruik van geweld tijdens vredesoperaties.<sup>46)</sup> Wel zal ook de citeertitel van de Rijkswet dienen te worden gewijzigd. Gekozen zou bijvoorbeeld kunnen worden voor: Rijkswet geweldgebruik krijgsmacht. Dat ook bepaalde categorieën burgers en buitenlandse militairen onder het bereik van de wet (kunnen) vallen, behoeft geen bezwaar te zijn. Ook het Wetboek van Militair Strafrecht heet, hoewel het mede op bepaalde categorieën burgers en bepaalde categorieën buitenlandse militairen van toepassing is, (gewoon) Wetboek van Militair Strafrecht.<sup>47)</sup>

<sup>42)</sup> Een bepaling op dit punt ontbreekt in zowel de Wet militair tuchtrecht als het Algemeen militair ambtenarenreglement. De (per 1 januari 1991 vervallen) Wet op de Krijgstucht bevatte destijds (wel) een artikel dat luidde: “De bepalingen van deze wet zijn toepasselijk op de militair, die zich binnen of buiten het Koninkrijk aan enig krijgstuchtelijk vergrijp schuldig maakt.” Ook het NAVO-Statusverdrag (Trb. 1953, 10) gaat uit van het vlagbeginsel. Het spreekt, in artikel VII, van het recht van de autoriteiten van staat van herkomst om op het grondgebied van de staat van verblijf de bevoegdheden *uit te oefenen* die de wetgeving van de staat van herkomst aan hen toekent. Zie ook: Van den Bosch c.s., *Militair straf- en tuchtrecht*, deel 2, Het NAVO-Statusverdrag, aant. 5 (op p. IMS NSV -20/24).

<sup>43)</sup> Of, zoals het in de tijd van Napoleon werd geformuleerd: “L’armée est un Etat qui voyage; là ou est la drapeau, là est la France.”

<sup>44)</sup> Zie artikel 62 Wet militaire stafrechtspreek: “Buiten het Koninkrijk kunnen bevoegdheden inzake opsporing, vervolging en berechting van strafbare feiten en tenuitvoerlegging van vonnissen slechts worden uitgeoefend voorzover het volkenrecht dit toelaat.” Het volkenrecht laat in het algemeen het uitoefenen van opsporingsbevoegdheden in een ander dan het eigen land slechts toe, indien en voorzover daartoe door het andere land toestemming is verleend.

<sup>45)</sup> Artikel 8 lid 1 Politiewet 1993 luidt: “De ambtenaar van politie die is aangesteld voor de uitvoering van de politietaat is bevoegd in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening geweld te gebruiken, wanneer het daarmee beoogde doel dit, mede gelet op de aan het gebruik van geweld verbonden gevaren, rechtvaardigt en dat doel niet op een andere wijze van worden bereikt. Aan het gebruik van geweld gaat zo mogelijk een waarschuwing vooraf.”

<sup>46)</sup> Mijns inziens kan redelijkerwijs niet worden gesteld dat thans het gebruik van geweld tijdens vredesoperaties (of in geval van een oorlog of ander gewapend conflict) een wettelijk grondslag ontbeert. De wettelijke grondslag vormt artikel 97 Grondwet. Iets geheel anders is dat een *expliciete* wettelijke bepaling beter past in het stelsel dat aan artikel 11 Grondwet ten grondslag ligt. Zie voor een (denk ik) andere opvatting: M.D. van den Beld, *Halt of ik schiet*, MRT 1994, p. 177 e.v.

<sup>47)</sup> Op welke burgers het Wetboek van Militair Strafrecht van toepassing is, valt te lezen in artikel 66, op welke buitenlandse militairen in artikel 65.

## Voorstellen

Samenvattend stel ik in de eerste plaats voor een ministerieel dienstvoorschrift tot stand te brengen, waarin wordt bepaald dat militairen die deelnemen aan een vredesoperatie, verplicht zijn de geweldsinstructies na te leven die ten behoeve van de operatie door of vanwege het bevoegd gezag zijn vastgesteld en op hen van toepassing zijn verklaard. In dit dienstvoorschrift ware tevens aan te geven dat de aanduiding “bevoegd gezag” niet slechts het Nederlandse bevoegde gezag omvat, maar ook het buitenlandse bevoegde gezag. Ook ware te vermelden dat, bij het gebruik van geweld, de verhoudingsgewijs meest lichte vorm van geweld dient te worden toegepast en dat in alle gevallen de aan het gebruik van geweld verbonden risico’s zoveel mogelijk dienen te worden beperkt.

Op deze wijze wordt bereikt dat voor elke militair, die tijdens een vredesoperatie in de uitoefening van zijn bediening geweld heeft gebruikt en zich hierbij aan de regels heeft gehouden, beroep openstaat op de strafuitsluitingsgrond wettelijk voorschrift. Tevens wordt bereikt dat, indien een militair zich *niet* aan de regels heeft gehouden, vervolging in alle gevallen kan geschieden wegens handelen in strijd met een dienstvoorschrift; en (dus) vervolging ter zake van het geweldsdelict kan worden vermeden.

In de tweede plaats stel voor in de nieuwe Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten een bepaling op te nemen, waarin militairen in het algemeen bevoegd worden verklaard in de rechtmatige uitoefening van hun bediening geweld te gebruiken, indien en voorzover het beoogde doel dit rechtvaardigt en dit doel niet op ander wijze kan worden bereikt. Op deze wijze wordt bereikt dat ook aan het gebruik van geweld tijdens vredesoperaties een *expliciete* wettelijke bepaling ten grondslag ligt.

## De kant van het slachtoffer

Artikel 11 van de Grondwet beoogt, zoals gezegd, de lichamelijke integriteit te beschermen. Artikel 8 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens bevat een soortgelijke bepaling. Deze bescherming van de lichamelijke integriteit houdt naar algemene opvatting niet alleen in dat aan elk gebruik van geweld door de overheid een expliciete wettelijke bepaling ten grondslag dient te liggen, maar ook dat - in geval van gebruik van geweld in een bepaald geval - voor de getroffene (het slachtoffer) de mogelijkheid van beroep op een onafhankelijke rechter dient open te staan. Dit laatste is met zoveel woorden bepaald in artikel 13 van het Europees Verdrag: “Een ieder wiens rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, zijn geschonden, heeft recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie, ook indien deze schending is begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie.”

Ook rust naar algemene opvatting op de overheid de plicht om, indien (oorlogstijd buiten beschouwing gelaten) het gebruik van geweld iemands dood ten gevolge heeft gehad, (eigener beweging) een onderzoek in te stellen naar de juiste toedracht van de zaak. Dit onderzoek dient mede gericht te zijn op het vinden van degenen die voor het geweldgebruik (strafrechtelijk) verantwoordelijk kunnen worden gesteld. Ook deze plicht vloeit voort uit artikel 13 van het Europees Verdrag; alsmede uit artikel 2, voorzover dit artikel bepaalt dat het recht van een ieder op leven door de wet dient te worden beschermd.

Vermeldenswaard is in dit verband de zaak *Kelly en anderen*. Kelly en zeven andere IRA-leden, alsmede een burger, vonden de dood, toen op 8 mei 1987 een (te voren uitgekette) aanval op een politiepost in Loughgall (Noord-Ierland) door Britse militairen met

veel geweld werd afgeslagen. De nabestaanden van de slachtoffers wendden zich, na een lange voorgeschiedenis, in november 1998 tot het Europese Hof voor de Rechten van Mens. Zij achtten onder meer artikel 2 en artikel 13 van het Europees Verdrag geschonden. Met betrekking tot de schending van artikel 2 overwoog het Hof: “The obligation to protect the right of life under Article 2 of the Convention, read in conjunction with the State’s general duty under article 1 of the Convention to ‘secure to everyone within its jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention’, also requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force (...). The essential purpose of such investigation is to secure the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility. What form of investigation will achieve those purposes may vary in different circumstances. However, whatever mode is employed, the authorities must act of their own motion, once the matter has come to their attention. (...)”<sup>48)</sup>

Met betrekking tot het beroep van de nabestaanden op artikel 13 overwoog het Hof onder meer: “In cases of the use of lethal force or suspicious deaths, the Court has also stated that, given the fundamental importance of the right to the protection of life, Article 13 requires (...) a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible for the deprivation of life, including effective access for the complainant to the investigation procedure (...). In a number of cases it has found that there has been a violation of Article 13 where no effective criminal investigation had been carried out, noting that the requirements of Article 13 were broader than the obligation to investigate imposed by Article 2 of the Convention (...)”<sup>49)</sup>

Vervolgens kwam het Hof tot het oordeel dat wel artikel 2 van het Europees Verdrag was geschonden, maar niet artikel 13.

<sup>48)</sup> EHRM 4 mei 2001 (Kelly and others v. the United Kingdom), rechtsoverweging 94.

<sup>49)</sup> EHRM 4 mei 2001 (Kelly and others v. the United Kingdom), rechtsoverweging 154.

---

### **Een opmerking over de reikwijdte van het beroep op ambtelijk bevel en een opmerking over de delictskeuze van de officier van justitie, in militaribus**

door

MR. N. JÖRG<sup>\*)</sup>

Een paar opmerkingen over de gevarieerde inleiding van professor Coolen, ‘Geweldsinstructies bezien vanuit strafrechtelijk oogpunt’.

Ik wil twee onderwerpen kort belichten. In de eerste plaats de vraag of een geweldsinstructie die van een buitenlandse bevelvoerder afkomstig is voor de Nederlandse militair een beroep op ‘ambtelijk bevel’, de strafuitsluitingsgrond van art. 43 Sr, mogelijk maakt, indien hij bij de opvolging van de bevelen een strafbaar feit zou begaan. Het tweede onderwerp betreft de vraag welke keuze de officier van Justitie moet maken, indien hij

<sup>\*)</sup> Advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden



zowel zou kunnen vervolgen ter zake van het niet naleven van een dienstvoorschrift, waardoor iemand anders de dood vindt, als ter zake van een geweldsdelict.

De geweldsinstructie. Coolen maakt een onderscheid. De individuele Nederlandse militair is verplicht de van een buitenlandse bevelvoerder afkomstige geweldsinstructie op te volgen, omdat hij door de Nederlandse plaatsingsautoriteit is uitgezonden en aan de eenheid waar hij dient is toegevoegd. Die ‘buitenlandse’ geweldsinstructie is echter geen dienstbevel in de zin van het Nederlandse militaire straf- en tuchtrecht (er is geen verhouding tussen meerdere en mindere; het is wel een dienstopdracht<sup>1)</sup>) en daarom kan de Nederlandse militair zich niet op de Rules of Engagement (ROE) als dienstbevel beroepen.

Het geval-*Marchal* dat Coolen hier vermeldenswaard acht ondersteunt zijn stelling niet. Het Belgische Militair Gerechtshof heeft de opdracht van de Canadese commandant Dallaire aan de Belgische kolonel Marchal uitdrukkelijk als een wettig bevel beschouwd.<sup>2)</sup> Althans, zo staat het vertaald in het MRT, en daar ga ik van uit. Het Belgische hof overwoog dat het VN-mandaat inhield dat de VN-vredesmacht (UNAMIR) de plicht had zorg te dragen voor de bescherming van politieke persoonlijkheden. De wettigheid van het gegeven bevel kon volgens het hof niet in twijfel worden getrokken, en een oordeel over de noodzaak en het nut van het bevel kwam in het licht van het nagestreefde doel niet aan kolonel Marchal toe. Voorts heeft het Belgische Militair Gerechtshof in een niet gepubliceerde beslissing uitgemaakt dat de ROE moeten worden gesitueerd en beoordeeld in het raam van de strafuitsluitingsgrond van het hiërarchische bevel (art. 70 Sw).<sup>3)</sup>

Afgezien hiervan meen ik ook dat er iets wringt als de buitenlandse geweldsinstructie naar de zijlijn wordt gedirigeerd. In sprekende gevallen zullen de dienstopdrachten van vreemde superieuren door de minderen tegen het licht van de ROE kunnen en (soms: moeten) worden gehouden, waarna hun conclusie kan luiden dat de opdracht buiten de ROE valt of daarmee in strijd is. Het komt mij voor dat zowel de toets van de uitvoering als de toets van de weigering van een dienstopdracht van een vreemde superieur op dezelfde ROE moet en ook kan worden gebaseerd.

Coolen acht een bezwaar dat geweldsinstructies niet bedoeld zijn als rechtvaardigingsgrond, ruim kunnen zijn omschreven en bijvoorbeeld niets over proportionaliteit en subsidiariteit vermelden. Wat dit laatste betreft valt aanstonds op dat de tekst van de art. 42 en 43 Sr, het wettelijk voorschrift en het ambtelijk bevel, evenmin een directe verwijzing naar deze beginselen bevat. Men is echter in het algemeen van oordeel dat deze beginselen intrinsiek onderdeel van deze artikelen uitmaken.<sup>4)</sup> Ongeacht de vraag of de ROE al dan niet als ambtelijk bevel kan worden beschouwd, legitimeert een geweldsinstructie op zichzelf niet tot iedere, onder die geweldsinstructie denkbare, uitvoering. Wat er ook geschreven staat in geweldsinstructies voor vredeshandhaving: het kan niet anders of proportionaliteit en subsidiariteit maken daarvan ook ongeschreven deel uit.<sup>5)</sup> Ik bevind mij in het goede gezelschap van de nestor van het Nederlandse strafrecht, Rammelink, wanneer ik meen dat bevelen gegrond op een voor Nederland bindende internationale regeling wel als

<sup>1)</sup> G.L. Coolen, Dienstopdrachten, gegeven door buitenlandse militairen, MRT 1996 p. 238-241.

<sup>2)</sup> MRT 1997, p. 71, § 3a, fine.

<sup>3)</sup> Aldus F. Thomas, VN ‘Rules of engagement’ Een strafrechtelijke benadering. In: Rede en recht (Keizerbundel), 2000, p. 100.

<sup>4)</sup> Wemes, T&C Sr, aant. 5c op art. 42; 4d op art. 43.

<sup>5)</sup> Zo ook F. Thomas, o.c., p. 93.

bevelen in de zin van art. 43 kunnen worden aangemerkt.<sup>6)</sup> Naar ik aanneem zal niemand willen beweren dat met zijn dood, vorige week, dit gezagsargument niet meer zou opgaan. Ik acht dus een aparte voorziening als door Coolen voorgesteld overbodig.

Coolen werpt ook een heel andere vraag op: welke keuze moet bij de vervolging worden gemaakt indien een dienstvoorschrift niet is opgevolgd: moet dan vervolgd worden voor het niet opvolgen van dat dienstvoorschrift, dat mogelijk levensgevaar (of ook meer: letsel of de dood) voor een ander opleverde, of voor het (commune) geweldsdelict. Coolen noemt het geval van de niet veiliggestelde clusterbom. Dit leverde overigens geen geweldsdelict op; wel zou voor dood door schuld vervolgd kunnen worden. Ik zie echter niet dat hier een keuzeprobleem ligt aangezien dood door schuld bij de uitoefening van een ambt of beroep met een derde kan worden verhoogd, zodat dan precies hetzelfde strafmaximum toepasselijk is als is gesteld op overtreding van art. 137, ten derde, WMS. (Waarom de bedreigde geldboete één categorie lager is dan in art. 307 Sr, wil mij niet meteen duidelijk worden). Een keuzeprobleem is hier niet.

Wel een keuzeprobleem en geweldsdelict is er bij de marechaussee die in Amsterdam een vluchtende autokraker doodschoot, en zich niet op een dienstbevel kon beroepen, omdat de proportionaliteit uit het oog was verloren. Doordat het HMG meende dat de marechaussee zich terecht op dwaling kon beroepen, ontsprong hij de dans. Zoals het HMG in die zaak overwoog valt het feitelijk gebeuren in de commune delictsomschrijvingen van doodslag of (zware) mishandeling de dood ten gevolge hebbend.<sup>7)</sup> De strafmaxima bevinden zich hier tussen 6 en 15 jaar. Zou men vervolgen ter zake van het - aan zijn schuld te wijten - niet opvolgen van een dienstvoorschrift dan komt het strafmaximum op 1 jaar gevangenisstraf uit. Een nogal grote discrepantie. Een militair die in het kader van politiebijstand een riskant schot lost op een vluchtende autokraker aanvaardt daarbij willens en wetens de aanmerkelijke kans dat dat schot dodelijk is en handelt dus opzettelijk. In het wetboek van militair strafrecht wordt echter slechts 5 jaar bedreigd tegen het opzettelijk niet opvolgen van een dienstbevel waardoor een ander de dood vindt. Het komt mij voor dat deze strafmaxima de officier van Justitie vaak geen andere keus geven dat voor het commune delict te vervolgen, en dan het verweer over de ambtsinstructie maar af te wachten en eventueel te verdisconteren in de strafmaat.

Coolen noemt de Noord-Ierse zaak *Clegg* een triest voorbeeld van waartoe een vervolging ter zake van een geweldsdelict kan leiden.<sup>8)</sup> Ik geloof echter primair dat het Engelse *strafstelsel* een trieste zaak is: het is de *minimumstraf* van levenslang die op doodslag is gesteld, die de zaak zo triest maakte voor *Clegg*. Indien onze wetgever er toe over zou gaan om een minimumstraf in te voeren voor doodslag, dan valt te verwachten dat de rechterlijke macht tal van constructies zal ontwerpen op grond waarvan in sommige gevallen het draconische karakter van een dergelijk minimum kan worden omzeild. Dat gebeurde ook - zij het tevergeefs - in de zaak-*Clegg*. Eén van die gewrongen constructies zou kunnen zijn om de opzettelijke niet-naleving van dienstvoorschriften waardoor een ander het leven laat als een geprivilegieerd delict te beschouwen ten opzichte van doodslag. Het lijkt mij echter wenselijker de plannen voor invoering van minimumstraffen tegen te houden, dan nu al een escape voor te stellen.

<sup>6)</sup> Hazewinkel-Suringa/Rommelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht, 15<sup>e</sup>, 1996, p. 338. De Hullu neemt als uitgangspunt dat het om de Nederlandse overheid gaat (Materieel strafrecht, 1990, p. 323, noot 303). Daarmee erkent ook deze schrijver de mogelijkheid van uitzonderingen.

<sup>7)</sup> Het HMG noemde ook dood door schuld, maar dat moet op een vergissing berusten.

<sup>8)</sup> MRT 1996, p. 45.

## NABESCHOUWING

### Geweldgebruik, bevoegdheidsgrondslagen en verantwoordelijkheid: Een nabeschuiving op het symposium “Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties”

door

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

*“Het ambt van militair is een edel beroep. Gemakkelijk is het niet!”<sup>1)</sup>  
“De functie van commandant is een eenzame.”<sup>2)</sup>*

Bovenstaande uitspraken, afkomstig van oud-commandanten zullen voor velen herkenbaar zijn. Het is dan ook goed regelmatig stil te staan bij de uitdagingen die het militaire ambt en de functie van commandant in het bijzonder, met zich meebrengen. Dat was ook een van de doelstellingen van dit meer dan geslaagde symposium.

Geweldgebruik is hét wezenskenmerk van de krijgsmacht. “Ten behoeve van de verdediging en ter bescherming van de belangen van het Koninkrijk, alsmede ten behoeve van de handhaving en de bevordering van de internationale rechtsorde, is er een krijgsmacht”, aldus de Grondwetgever in artikel 97 van de Grondwet.

Geweldgebruik raakt de individuele militair veelal ook in zijn wezen als mens. Van Iersel en van Baarda besteden hier buiten dit symposium in ruime mate aandacht aan.<sup>3)</sup> Maar ook Keijzer refereert aan “debriefingscommissies, parlementaire enquêtemissies of wellicht de militaire kamer [van rechtbank en gerechtshof te Arnhem, PD]” waarmee een militair na geweldtoepassing te maken kan krijgen. In dit licht mag ook het proefschrift van Dr. van Sliedregt niet onvermeld blijven. In “The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law” gaat zij uitgebreid in op *superior or command responsibility*.<sup>4)</sup> Het is dan ook uit meerder oogpunt gerechtvaardigd dat bij inzet van de krijgsmacht aandacht wordt besteed aan de bevoegdheidsgrondslag van het militaire optreden en het gebruik van geweld.

Dat die bevoegdheid expliciet en helder moet zijn, volgt op nationaal vlak uit de beginselen van de democratische rechtstaat, het legaliteitsbeginsel: “[d]erhalve is het een rechtstatelijke eis van de eerste orde dat overheidsoptreden waardoor burgers gebonden worden – in hun vrijheden beperkt worden – op een wettelijke grondslag berust”<sup>5)</sup>. In nationaal verband is de bevoegdheid tot geweldgebruik voor de individuele militair terug te vinden in de Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten (voor de bewaking en

<sup>1)</sup> Prof. Mr. N. Keijzer tijdens het symposium, zie eerder in deze aflevering.

<sup>2)</sup> Kolonel (Infanterie) Th. G.J. Damen tijdens het symposium “De verantwoordelijkheid van de commandant; commandovoering onder moeilijke omstandigheden”, Breda-KMA, 8 oktober 1998, in MRT, 1999-1, p. 8.

<sup>3)</sup> A.H.M. van Iersel en Th. A. van Baarda, “Militaire ethiek: Morele dilemma’s van militairen in theorie en praktijk”, Budel, 2002.

<sup>4)</sup> E. van Sliedregt, “The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law”, Den Haag, 2003.

<sup>5)</sup> Zie o.a. M.C. Burkens, e.a., “Beginselen van de democratische rechtsstaat”, Zwolle, 1994, p. 14.

beveiliging van militaire objecten) of de Politiewet 1993 (bij militaire bijstand).

Op het internationale vlak geldt het primaat van het (interstatelijke) geweldverbod zoals verwoord in artikel 2(4) van het VN-Handvest: “In hun internationale betrekkingen onthouden alle Leden zich van bedreiging met of het gebruik van geweld tegen de territoriale integriteit of de politieke onafhankelijkheid van een staat [...]”. Uitzonderingen hierop zijn terug te vinden in de artikelen 51 en 42 van het Handvest: zelfverdediging (van een staat) of een door de Veiligheidsraad geautoriseerde actie. Deze uitzonderingen impliceren een grondslag voor het functioneel geweldgebruik door individuele militairen. Die grondslag ligt besloten in het humanitaire oorlogsrecht dan wel de van kracht verklaarde *Rules of Engagement* (ROE)<sup>6)</sup>.

Tot zover lijkt alles helder. Daar waar de militair geweld toe moet passen is zowel nationaal als internationaal een bevoegdheid aanwezig. Uit de bijdragen van de inleiders blijkt echter dat er desondanks op het punt van geweldgebruik tijdens operaties met een autorisatie van de Veiligheidsraad (hierna kortheidshalve vredesoperaties) nog punten van aandacht zijn. Ik noem er een paar.

#### *Bevoegdheidsgrondslag geweldgebruik en strafuitsluiting*

Coolen pleit voor een expliciete en generieke bevoegdheidsgrondslag voor functioneel militair geweldgebruik. Een toe te juichen pleidooi zowel vanuit het oogpunt van legaliteit als vanwege de rechtszekerheid die dit militairen (en burgers) biedt.

Ook pleit Coolen voor het vastleggen van een strafuitsluitingsgrond bij het opvolgen van geweldsinstructies van buitenlandse militaire commandanten. Kroon en Jacobs gingen hem daarbij in 1997 [!] voor.<sup>7)</sup> Jörg – verwijzend naar R Emmelink – is het op dit punt niet met Coolen eens.<sup>8)</sup>

Helder lijkt mij dat enige strafuitsluitingsfaciliteit uit het oogpunt van rechtszekerheid voor militairen wenselijk is. Zolang op dit terrein geen wetgeving of jurisprudentie beschikbaar is, ligt het probleem nu nog bij de individuele militair die naar eer en geweten de belangen van het Koninkrijk meent te dienen.<sup>9)</sup> Hopelijk is er geen casus nodig om dit vraagstuk op te lossen.

#### *Humanitair oorlogsrecht en vredesoperaties*

Met het verschijnen van het “Brahimi-rapport” en de “Secretary General’s Bulletin on Observer-vance by United Nations Forces of International Humanitarian Law” is een eind gekomen aan een aantal controverses in de relatie vredesoperaties en het humanitaire oorlogsrecht, aldus Gill. In dit verband kan ook Zwanenburg niet onvermeld blijven.<sup>10)</sup> Gill waarschuwt echter voor het kritisch blijven controleren van de onderliggende uitgangs-

<sup>6)</sup> Gebaseerd op het in een resolutie vervatte mandaat van de Veiligheidsraad.

<sup>7)</sup> In 1997 werk deze lacune belicht door W.B. Kroon en M. Jacobs, “Rules of Engagement, een verkenning”, in *Militaire Spectator*, 1666, maart 1997, pp. 124-130.

<sup>8)</sup> J. R Emmelink/D. Hazewinkel-Suringa, “Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht”, 15<sup>e</sup> druk, Deventer, 1996, p. 338: “Wij *achten het overigens niet uitgesloten*, dat bevelen gegrond op een voor Nederland bindende internationale regeling wel als bevelen in de zin van art. 43 [Sr] zullen worden aangemerkt” [cursivering: PD].

<sup>9)</sup> Al was het alleen maar omdat deze - in tegenstelling tot politieambtenaren overigens - als verdachte zal worden aangemerkt wanneer functioneel geweldgebruik tot letsel bij anderen leidt.

<sup>10)</sup> M. Zwanenburg, “Accountability under International Humanitarian Law of UN and NATO Peace Support Operations”, diss, publicatie omstreeks eind 2003 - begin 2004.

punten. Al was het alleen maar omdat niet altijd – onomstreden – vaststaat welke de internationaal-rechtelijke grondslag voor een operatie is, zo zou ik menen.

Ook is de vraag wat de invloed vanuit de praktijk van recente (en toekomstige) operaties op dit leerstuk zal zijn. Vanuit dit perspectief is het meer dan interessant te zien hoe de situatie in Irak zich ontwikkelt, waarbij met name eventuele verschillen in de praktijk van de bezettende mogendheden (de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk) en de Internationale Stabilisatiemacht in Irak (SFIR) onderwerp van studie kunnen worden. Met de bomaanslagen op het VN-hoofdkwartier in Bagdad en de dood van de *Special Representative* Sergio Vieira de Mello, is de VN inmiddels zelf ook twee maal het object van een aanslag is geweest.

Ervaringen uit de praktijk van de VN-vredesmacht in Liberia (UNMIL) bieden voorts wellicht aanknopingspunten voor nadere interpretatie. Bijvoorbeeld hoe men het – allerminst hypothetische – probleem van kindsoldaten als opponent zal aanpakken. Niet alleen vanuit juridische oogpunt (herkenbaar als combattant?) maar zeker ook vanuit het al eerder genoemde ethische perspectief heeft deze missie een interessant karakter. Ook Bakker refereerde al eerder aan opponenten die het humanitaire oorlogsrecht zeker niet respecteren!

#### *Strategisch militair doel*

Een volgende ontwikkeling die het volgen waard is betreft *targeting*. Wat is de invloed van de VS-visie met betrekking tot de door Bakker getoonde driedeling (strategische, operationele en tactische militaire doelen) en het ‘targeten’ van strategische doelen zoals het leiderschap van een staat. Decennialang was het ‘targeten’ van het leiderschap ‘not done’. Is sinds Allied Force en zeker sinds de aanval op Irak een trendbreuk ingezet. En wat de denken van het idee om Hamas-leiding uit te schakelen. Alhoewel deze voorbeelden andere vormen van conflicten of ingrijpen betreffen, belichten zij volgens mij de targeting-dctrine in (invloedrijke) delen van de wereld.

#### *Gevechtsoperaties binnen vredesoperaties*

Binnen een *wider-peacekeeping*-operatie, zo concludeert Gill voorts, “wordt de relevantie en de toepasselijkheid van het humanitaire oorlogsrecht aanzienlijk vergroot”. Zo zal onder meer moeten blijken hoe het fenomeen van gevechtssituaties binnen vredesoperaties door beleidsmakers en commandanten – en zeker in coalitieverband – in de praktijk zal worden aangepakt.

#### *Bevoegdheidsgrondslag geweldgebruik en Rules of Engagement*

Van Diepenbrugge pleit voor ruim geformuleerde ROE: die bieden een (multinationale) commandant de beste mogelijkheden om zijn opdracht namens de internationale gemeenschap te kunnen volbrengen. ROE bieden immers de enige bevoegdheidsgrondslag voor het militaire geweldgebruik binnen vredesoperaties.<sup>11)</sup> Het mag niet onvermeld blijven worden dat ROE voor SFOR/ KFOR op dit moment inderdaad ruim geformuleerd zijn.

Bijzondere aandacht wordt door zowel Boddens Hosang als van Diepenbrugge gevraagd voor het tot stand brengen van ROE. Boddens Hosang pleit voor een driedeling:

<sup>11)</sup> Naast het individuele recht op zelfverdediging. Een andere situatie ontstaat voorts wanneer binnen een vredesoperatie een gevechtssituatie ontstaat. Gill volgend dient dan het humanitair oorlogsrecht te worden toegepast, waarbij gewapend geweld impliciet gelegitimeerd is.

opstellen door operationele (oud)-commandanten, toetsing door [operationele, PD]<sup>12)</sup> juristen en autorisatie door de politieke leiding. Van Diepenbrugge waarschuwt daarbij voor onevenwichtige invloed van een van de vier moederstromingen: operationeel, juridisch, politiek of diplomatiek. Met name militaire juristen met operationele ervaring lijken mij als smeeroelie voor de raderen van dit proces van pas te komen.

*Paradox: ruim maar helder*

Paradoxaal kan niet genoeg kan benadrukt worden dat algemeen geformuleerde ROE niet ten koste mogen gaan van de individuele militairen: “*die zijn gebaat met heldere richtlijnen om onder grote tijdsdruk snel en adequaat te kunnen handelen*”<sup>13)</sup>.

Deze laatste hartenkreet is een uitdaging voor de drie doelgroepen die het MRT in zijn honderd jarige bestaan heeft opgebouwd: militaire commandanten, militaire juristen en wetenschappers. Hun gezamenlijke inspanning maakt het ambt van militair minder moeilijk en de functie van commandant minder eenzaam.

---

<sup>12)</sup> Van Diepenbrugge voert onder meer advisering door militaire juristen aan commandanten ter voorkoming van misbruik van ruime ROE door.

<sup>13)</sup> Van Diepenbrugge, zie hiervoor.

### **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 <i>A.J.T. Dörenberg</i> , Generaal-majoor Klu b.d.
Secretaris/penningmeester	Mr <i>J.F. Stinissen</i> , Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst;
Leden:	
voor de Koninklijke Landmacht:	Mr <i>A.C. Zuidema</i> , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke Luchtmacht:	Mr <i>J.P. de Jong</i> , Hoofd Stafgroep Juridische Zaken HK Klu;
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 van de Koninklijke Marechaussee;
voor de Centrale Organisatie:	Mr <i>J.J. Buirma</i> , Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Mr <i>G.L. Coolen</i> ,	Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Prof. Dr. <i>T.D. Gill</i>	Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht en bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Mr <i>N. Jörg</i> ,	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden;
Prof. Mr <i>Th. A. de Roos</i> ,	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden;
Mr <i>W.J. Schmitz</i> ,	Hoofd Procesondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van het ABP;
Mr <i>G.F. Walgemoed</i> ,	Kolonel van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	NAPO 801-MS12, 3509 VP Utrecht

VASTE MEDEWERKERS:

Mr *Th. J. Clarenbeek*, Oud-Coördinerend-vice-president van de Arrondissementsrechtbank te Utrecht, res. Kolonel van de Militair Juridische Dienst b.d.;

Prof. Mr *N. Keijzer*, Raadsheer in buitengewone dienst van de Hoge Raad der Nederlanden en em. hoogleraar Internationaal Strafrecht aan de Universiteit van Tilburg.

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

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 Servicecentrum Uitgevers, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. tel.: 070-378 9880, fax: 070-378 9783, e-mail: [sdu@sdu.nl](mailto:sdu@sdu.nl), of bij zijn boekhandelaar. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 3,95. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar tegen de prijs van € 20,15. 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 Servicecentrum Uitgevers, postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op [www.sdu.nl](http://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 het 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 op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVI

November/December 2003

Aflevering

10

100 Jaar MRT  
1903 - 2003

Sdu Uitgevers

# INHOUD

## Bijdragen

Enkele juridische kwesties aangaande de doorvoer van personen naar het Internationaal Strafhof in Den Haag; door Mr. J.F.L. Roording.....	397
Wat als GroenLinks niet van full command zou hebben gesproken? door Prof. Mr. G.L. Coolen.....	404

## Strafrechtspraak

HR 28.01.03	<b>Interne afdoening (III)</b> 'Behulpzaam zijn bij ontkomen aan nasporing of aanhouding': enkele omstandigheid dat de verdachte niet bevoegd was KMar bevelen en aanwijzingen te geven, staat niet aan bewezenverklaring in de weg. Niet onbegrijpelijk oordeel dat telefonische mededeling van commandant vliegbasis dat onderzoek naar ongeval op de basis niet nodig was ertoe strekte dat KMar zou afzien van instellen van opsporingsonderzoek.....	414
-------------	--	-----

## Bestuursrechtspraak

CRvB 08.05.03	<b>Het ongeval tijdens sportles</b> Het verzoek om vergoeding van alle uit het dienstongeval voortvloeiende materiële en immateriële schade is terecht afgewezen. Door de staatssecretaris is genoegzaam aangetoond dat hij niet tekort is geschoten in het nakomen van de op hem rustende verplichtingen. (Naschrift G.L.C.).....	420
---------------	---	-----

## Opmerkingen en mededelingen

Resoluties Veiligheidsraad VN; door Mr. H. Herber.....	423
Register '100 jaar bijdragen MRT'.....	430

## Register

Register 2003.....	431
--------------------	-----

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

## BIJDRAGEN

### Enkele juridische kwesties aangaande de doorvoer van personen naar het Internationaal Strafhof in Den Haag

door

MR. J.F.L. ROORDING<sup>1)</sup>

#### 1. De casus van Milošević

Op 29 juni 2001 leverde de Federale Republiek Joegoslavië Slobodan Milošević over aan het Joegoslaviëtribunaal (ICTY). Na zijn aankomst die avond op een vliegveld in Nederland werd Milošević door de Nederlandse autoriteiten vervoerd naar het Penitentiair Complex Scheveningen, alwaar de detentie-unit van de VN is gevestigd.

In augustus 2001 spanden enkele advocaten namens Milošević een kort geding aan bij de rechtbank Den Haag tegen de Nederlandse staat. Zij eisten Milošević' onmiddellijke vrijlating, daarbij verschillende gronden aanvoerend: dat het ICTY een illegale instelling was, dat Milošević' overlevering aan het ICTY onrechtmatig was omdat hij geen volledige toegang had gehad tot de Joegoslavische rechter, alsmede dat er sprake was van een schending van zijn rechten op grond van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), onder andere neergelegd in artikel 6 EVRM. Zijn advocaten stelden dat de Nederlandse staat verantwoordelijk was voor deze situatie omdat de staat Milošević had vervoerd naar het ICTY en zijn (onrechtmatige) vrijheidsbeneming toestond op Nederlands grondgebied.

Op 31 augustus 2001 wees de president van de Haagse rechtbank Milošević' klachten af en verklaarde de president zich onbevoegd om te oordelen over de vrijheidsbeneming en de vrijlating van gedetineerden van het ICTY.<sup>2)</sup>

#### 2. Strafrechtelijke samenwerking met en bijstand aan internationale tribunalen

In deze bijdrage wil ik stilstaan bij de strafrechtelijke samenwerking van Nederland met internationale tribunalen. Hoewel het voorbeeld hierboven betrekking heeft op de samenwerking met het Joegoslaviëtribunaal, zal de bijdrage vooral gericht zijn op de toekomstige samenwerking met het Internationaal Strafhof (ISH). Juridisch is het ISH sinds 1 juli 2002, toen het Statuut voor het Internationaal Strafhof in werking trad,<sup>3)</sup> een feit. Met de inauguratie van achttien rechters op 11 maart van dit jaar, de inauguratie van de Aanklager, de Argentijn Moreno Ocampo, op 16 juni en de verkiezing van de Griffier, de Fransman

<sup>1)</sup> Jaap Roording is raadgever bij de sector straf- en sanctierecht van de directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie. Sinds eind 2000 is hij nauw betrokken bij de totstandkoming van de internationale en nationale regelgeving die samenhangt met de vestiging van het Internationaal Strafhof in Nederland. Deze bijdrage is een bewerking van een Engelstalige voordracht, gehouden op 5 maart 2003 in het Instituut Clingendael in Den Haag, voor het International Criminal Law Network. De bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

<sup>2)</sup> President rechtbank Den Haag 31 augustus 2001, rolnr. KG 01/975, te vinden op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) onder nr. LJN AD 3266.

<sup>3)</sup> Trb. 2000, 120.

Cathala, de week daarop kan nu ook het ‘echte’ werk beginnen.

Wanneer de Aanklager de eerste zaak ter hand neemt en daarin bevoegdheden gaat uitoefenen, kan Nederland te maken krijgen met verzoeken om samenwerking (‘*cooperation*’ volgens deel 9 van het Statuut ISH). De juridische basis om uitvoering te geven aan dergelijke verzoeken is gelegen in de negentig artikelen lange Uitvoeringswet Internationaal Strafhof.<sup>4)</sup> Deze wet maakt onderscheid tussen ‘samenwerking’ met het ISH en ‘bijstand’ aan het ISH.<sup>5)</sup> De samenwerking lijkt erg op de klassieke interstatelijke rechtshulp en omvat figuren als de overlevering van verdachten, opsporingshandelingen ten behoeve van het ISH (vergelijkbaar met de kleine rechtshulp) en de tenuitvoerlegging van vonnissen en beslissingen van het Strafhof. De term ‘bijstand’ wordt in de Uitvoeringswet ISH gebruikt voor de specifieke vormen van assistentie die Nederland in zijn hoedanigheid van gastland aan het Strafhof verleent. In de Uitvoeringswet wordt daarbij met name gedacht aan de doorvoer, onder begeleiding van Nederlandse ambtenaren, van personen tussen de Nederlandse grens en het Strafhof in Den Haag (artikelen 85 en 86). Andere belangrijke vormen van bijstand<sup>6)</sup> aan het ISH - die evenwel geen expliciete wettelijke grondslag behoeven - zijn de beveiliging van personen zoals functionarissen van het ISH, getuigen en deskundigen, de externe beveiliging van de gebouwen van het ISH en facilitering van de detentie van verdachten.<sup>7)</sup>

Het onderscheid tussen samenwerking en bijstand is belangrijk. De verschillende verplichtingen tot samenwerking rusten op iedere staat die partij is bij het Statuut ISH. De bijstand is typisch iets van het gastland. Het onderscheid verheldert de juridische positie die Nederland in een bepaald geval tegenover het ISH inneemt, en kan bijdragen aan het oplossen van de ingewikkelde juridische kwesties die kunnen rijzen.

### 3. De doorvoer van personen: enkele juridische kwesties

In het vervolg van deze bijdrage richt ik mij op de specifieke figuur van de doorvoer van personen van en naar het Strafhof. Doorvoer (of transit) is een wat lastig te kwalificeren figuur. Zij is ook bekend uit het interstatelijke rechtshulprecht, vooral in het kader van de uitlevering (zie artikel 48 Uitleveringswet). In de praktijk is doorvoer vooral een feitelijke aangelegenheid, een kwestie van transport en bewaking, waar justitiële autoriteiten zoals de officier van justitie of een rechter niet of nauwelijks aan te pas komen. De Uitvoeringswet ISH kwalificeert de doorvoer als een bijstandshandeling van Nederland als gastland. Hier is veel voor te zeggen nu het gastland steeds eindstation is van alle overleveringen en overdrachten van personen aan het ISH en dus ook verreweg de meeste doorvoerhandelingen met betrekking tot het ISH in Nederland zullen plaatsvinden. Dit neemt niet weg dat alle staten die partij zijn bij het Statuut ISH een verplichting tot door-

<sup>4)</sup> Stb. 2002, 314. Zie over de implementatie van het Statuut N. Keijzer, MRT 2002, p. 1 e.v., voorts J.A.C. Bevers, N.M. Blokker en J.F.L. Roording, Nederland en het Internationaal Strafhof, Over Statuutverplichtingen en goed gastheerschap, NJB 2002, p. 1730 e.v., en specifiek over de Uitvoeringswet Internationaal Strafhof, J.A.C. Bevers, *Ars Aequi* 2002, p. 840 e.v.

<sup>5)</sup> Zie de definities in artikel 1 onder d en g. De hoofdstukken 2-4 betreffen de diverse vormen van samenwerking, hoofdstuk 5 de bijstand van het gastland.

<sup>6)</sup> Ik beperk me tot de meer justitiële taken. Daarnaast zijn natuurlijk van cruciaal belang de verplichtingen van Nederland om te voorzien in huisvesting voor het ISH en in publieke diensten met betrekking tot elektriciteit, water, telecommunicatie e.d.

<sup>7)</sup> Zolang het ISH niet over een eigen huis van bewaring beschikt, zal Nederland voor de voorlopige hechtenis van verdachten detentieruimte en waarschijnlijk ook gevangenispersoneel ter beschikking moeten stellen, net als thans het geval is bij het ICTY.

voer hebben, neergelegd in artikel 89 derde lid van het Statuut: ‘Een Staat die Partij is verleent overeenkomstig zijn nationaal procesrecht toestemming tot vervoer over zijn grondgebied van een persoon die door een andere Staat aan het Hof wordt overgedragen’.

De casus van Milošević illustreert de juridische problemen die kunnen rijzen bij de doorvoer van personen naar een internationaal tribunaal. In deze bijdrage wil ik drie kwesties bespreken, namelijk:

- a. de interferentie van mensenrechtenverdragen in de strafrechtelijke samenwerking met tribunalen;
- b. concurrerende verzoeken tot doorvoer dan wel uit- of overlevering met betrekking tot dezelfde persoon;
- c. de uitoefening door de doorvoerstaat van eigen strafrechtsmacht met betrekking tot de persoon in doorvoer.

Deze kwesties raken Nederland als gastland in het bijzonder, maar, zoals reeds opgemerkt, iedere staat die partij is bij het Statuut ISH kan vroeg of laat als doorvoerland met zo’n kwestie worden geconfronteerd.

#### *a. De interferentie van mensenrechtenverdragen*

Bestaat er een recht op toegang tot de rechter in de staat van doorvoer (bijvoorbeeld in Nederland) wanneer over het grondgebied van die staat een verdachte naar het Strafhof wordt doorgevoerd? De Uitvoeringswet ISH bevat geen mogelijkheid van beroep op de rechter in het kader van de doorvoer; de Uitleveringswet overigens ook niet, als we een zijdelingse blik op de interstatelijke uitlevering werpen. In de casus van Milošević betoogden diens advocaten dat Milošević een recht op toegang tot de Nederlandse rechter had, waarbij zij onder andere een beroep deden op de mensenrechten. Een recht op toegang zou kunnen worden gebaseerd op artikel 5 van het EVRM. Volgens lid 4 van dat artikel heeft een ieder aan wie door arrestatie of detentie zijn vrijheid is ontnomen, het recht voorziening te vragen bij het gerecht opdat dit spoedig beslist over de rechtmatigheid van zijn detentie en zijn invrijheidstelling beveelt, indien de detentie onrechtmatig is. Niettemin verwierp de president in kort geding al Milošević’ klachten en verklaarde hij zichzelf onbevoegd. De president stelde dat de Nederlandse staat zijn rechtsmacht heeft overgedragen aan het Tribunaal en dat het Tribunaal alle waarborgen biedt van een onpartijdige en onafhankelijke rechter. In andere woorden: Milošević had zich moeten wenden tot het Joegoslaviëtribunaal zelf. Het Statuut en het Reglement van Proces- en Bewijsvoering van het ICTY voorzien met het oog daarop in beroepsmogelijkheden bij het ICTY zelf.<sup>8)</sup> Voor zijn standpunt dat het ICTY alle waarborgen van een onpartijdig en onafhankelijk gerecht in de zin van artikel 6 EVRM biedt, verwees de President naar het overeenkomstige standpunt van het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM) in de zaak Naletilić vs. Kroatië.<sup>9)</sup>

De vraag blijft evenwel of het onder een mensenrechtenverdrag als het EVRM mogelijk is voor een staat die daarbij partij is, iedere aansprakelijkheid af te wijzen voor handelingen van een internationale organisatie op zijn grondgebied. Er is rechtspraak van het EHRM die erop wijst dat staten die gastland zijn van een internationale organisatie inder-

<sup>8)</sup> Het ICTY kan bijvoorbeeld voorlopige invrijheidstelling (onder voorwaarden) toestaan en voorts vindt voorafgaande aan de zitting om de 120 dagen een zgn. ‘status conference’ plaats waarop de kamer van vooronderzoek de voortgang van de zaak toetst en de verdediging allerlei verzoeken kan doen.

<sup>9)</sup> Uitspraak van 4 mei 2000, klachtnr. 51891/99, NJCM-Bulletin 2001, p. 50

daad grotendeels gevrijwaard zijn van zodanige aansprakelijkheid, mits de internationale organisatie zelf in voldoende mate voorziet in de waarborgen die het EVRM aan burgers toekent.<sup>10)</sup> Voorzichtigheid is hier echter op haar plaats en ik acht het dan ook aannemelijk dat voor het gastland enige restaansprakelijkheid of restverantwoordelijkheid overblijft, met name in gevallen van flagrante, ernstige mensenrechtenschendingen door de internationale organisatie. Tegelijk acht ik het heel onaannemelijk dat zulke mensenrechtenschendingen door het ICTY of het ISH op Nederlands grondgebied zullen plaatsvinden, zodanig dat zij de bevoegdheid van de Nederlandse rechter zullen oproepen.

#### *b. Concurrerende verzoeken*

Een staat op wiens grondgebied zich een persoon bevindt die door verschillende staten of internationale tribunalen wordt gezocht, kan tegelijk met twee of meer verzoeken van die staten of tribunalen worden geconfronteerd. Met name wanneer deze concurrerende verzoeken beide zijn gebaseerd op een internationale verplichting voor de aangezochte staat (bijvoorbeeld voortvloeiend uit een uitleveringsverdrag), komt deze staat voor een dilemma te staan: aan uitvoering van welk verzoek dient hij voorrang te geven? Dezelfde persoon tegelijk uit- of overleveren of doorvoeren naar twee staten of tribunalen is feitelijk onmogelijk. Het volkenrecht kent geen algemene voorrangsregels om een dergelijke samenloop van internationale verplichtingen op te lossen. Regels als ‘de jongere wet gaat voor de oudere’ of ‘de bijzondere, meer specifieke wet gaat voor de algemene’, die wel bekend zijn binnen nationale rechtsstelsels, gelden in hun algemeenheid niet in het internationale recht.<sup>11)</sup> Dit betekent dat per geval de samenloop van verplichtingen moet worden geanalyseerd (aan de hand van factoren als de aard van de verschillende verplichtingen, de positie van partijen e.d.) en dat vervolgens moet worden besloten aan welke verplichting in dat geval voorrang moet of mag worden gegeven.

Slechts in één situatie lijkt een duidelijke, harde voorrangsregel te bestaan: samenwerkingsverplichtingen die staten hebben jegens de ad-hoc-tribunalen van de Verenigde Naties (het Joegoslaviëtribunaal en het Rwandatribunaal) gaan boven iedere andere verdragsverplichting. De Statuten van deze tribunalen zijn namelijk gebaseerd op hoofdstuk VII van het VN-Handvest, waarin de bevoegdheden van de Veiligheidsraad zijn geregeld ter handhaving van de internationale vrede en veiligheid. Artikel 103 van het Handvest regelt de voorrang van de resoluties van de Veiligheidsraad op grond van hoofdstuk VII. Dit alles geldt echter niet voor het Statuut van het ISH, dat een ‘gewoon’ multilateraal verdrag is, dat op de gewone manier concurreert met andere (multi- of bilaterale) verdragen.

Het klassieke voorbeeld van concurrerende verzoeken is de samenloop van twee of meer uitleveringsverzoeken aan een en dezelfde staat met betrekking tot een en dezelfde persoon. Vrij algemeen wordt aangenomen dat de aangezochte staat in zo’n situatie vrij is om te bepalen aan welk verzoek hij voorrang wil geven. Uitleveringsverdragen bevatten vaak bepalingen waarin deze discretionaire vrijheid expliciet is geregeld.<sup>12)</sup> Een variant op

<sup>10)</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM, Waite en Kennedy vs. Duitsland, klachtnr. 26083/94, uitspraak van 18 februari 1999. Hierover ook J.A.C. Bevers e.a., a.w., p. 1739, en de brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer d.d. 12 maart 2002, Kamerstukken II 2001/02, 28098 en 28099, nr. 11. Zie ook L. Cafilisch, *The Rome Statute and the European Convention on Human Rights*, *Human Rights Law Journal* Vol. 23 No. 1-4.

<sup>11)</sup> Artikel 30 Weens verdragenverdrag bevat wel enkele regels voor samenloop van verdragen die betrekking hebben op ‘eenzelfde onderwerp’. Bij twee tussen verschillende partijen gesloten uit- of overleveringsverdragen zal echter al snel kunnen worden gezegd dat ze niet hetzelfde onderwerp betreffen.

<sup>12)</sup> Zie bijvoorbeeld artikel 14 van het Amerikaans-Nederlandse Uitleveringsverdrag, Trb. 1980, 111.

deze casus is de situatie waarin een staat met betrekking tot een persoon op zijn grondgebied zowel een uitleveringsverzoek van een andere staat krijgt als een verzoek om overlevering van een internationaal tribunaal. Zoals gezegd zal in zo'n situatie aan een verzoek van het ICTY steeds voorrang moeten worden gegeven. Het geval van samenloop van een uitleveringsverzoek met een overleveringsverzoek van het Internationaal Strafhof ligt evenwel anders. Het verzoek van het Strafhof heeft in beginsel niet méér gewicht dan het verzoek van een andere staat. Artikel 90 van het Statuut ISH geeft voor dit geval van samenloop enkele regels, die de aangezochte staat (tevens partij bij het Statuut) bij zijn beslissing in acht moet nemen. Artikel 90 maakt daarbij onderscheid tussen het geval waarin het (met het verzoek van het ISH concurrerende) uitleveringsverzoek afkomstig is van een staat die óók partij is bij het Statuut ISH en het geval waarin het uitleveringsverzoek afkomstig is van een staat die géén partij is. In het eerste geval dient de aangezochte staat in beginsel voorrang te geven aan het verzoek van het ISH (artikel 90 lid 2). In het laatste geval, waarin dus de verzoekende staat zelf niet is gebonden aan het Statuut ISH (denk bijvoorbeeld aan de VS), bestaat voor de aangezochte staat dezelfde discretionaire vrijheid die hij heeft wanneer hij twee uitleveringsverzoeken van twee andere staten ontvangt (artikel 90 lid 6).<sup>13)</sup> Artikel 90 lid 6 Statuut ISH noemt hierbij nog wel een aantal factoren die de aangezochte staat bij zijn beslissing in overweging moet nemen (zoals de tijdstippen waarop de verschillende verzoeken zijn ontvangen en de betrokken belangen van de verzoekende staat).

Ik kom nu terug op de doorvoer van personen naar het ISH. Ook met betrekking tot doorvoer is het denkbaar dat de (doorvoer)staat concurrerende verzoeken krijgt: enerzijds het verzoek van bijvoorbeeld het ISH om de betrokken persoon vanaf de grens door te voeren naar Den Haag, anderzijds bijvoorbeeld een verzoek van een andere staat om deze persoon aan hem uit te leveren. Een praktisch probleem hierbij is dat doorvoer zoals eerder gezegd een vooral feitelijke aangelegenheid is, waaraan weinig formaliteiten te pas komen en die veelal heel kort duurt. De vraag is daarom hoe reëel het is dat een andere staat bij de staat van doorvoer aanklopt met een uitleveringsverzoek; reëler lijkt het om - vóórdat er nog maar sprake is van doorvoer - het uitleveringsverzoek te richten aan de derde staat die in het geding is, namelijk de staat die van het ISH of van een andere staat het verzoek om over- dan wel uitlevering heeft gekregen. Dit neemt niet weg dat het, zeker vanuit het perspectief van Nederland als gastland van het ISH, goed is naar de samenloop van een doorvoer- en een uitleveringsverplichting te kijken. Artikel 90 noch enig ander artikel van het Statuut ISH bevat hiervoor een regeling, zodat een afzonderlijke beoordeling nodig is. De Nederlandse regering heeft in het kader van de uitvoeringswetgeving voor het ISH als haar standpunt gegeven dat Nederland als gastland geen ruimte heeft om de doorvoer, op verzoek van het ISH, van personen te onderbreken ten behoeve van de beoordeling van een eventueel uitleveringsverzoek van een andere staat met betrekking tot die persoon.<sup>14)</sup> Wat Nederland betreft gaat doorvoer van een persoon naar het ISH dus altijd voor op een eventueel uitleveringsverzoek. Dit lijkt een redelijk standpunt. Zou Nederland immers wel bereid zijn om zijn doorvoerplichting jegens het ISH af te wegen tegen een eventuele uitleveringsverplichting jegens een andere staat, dan zou

<sup>13)</sup> Artikel 90 lid 6 gaat over het geval dat de aangezochte staat (bijvoorbeeld Nederland) jegens de verzoekende staat een bestaande internationale verplichting heeft om de gevraagde persoon uit te leveren. Daarnaast onderscheidt artikel 90 nog de situatie waarin de aangezochte staat géén verplichting tot uitlevering heeft. Die situatie kan zich bij Nederland echter niet voordoen omdat Nederland alleen krachtens een verdrag uitlevert (artikel 2 lid 3 Grondwet), zodat een uitleveringsverzoek voor Nederland altijd een internationale verplichting oplevert.

<sup>14)</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28098 (R1704), nr. 6, p. 7.

Nederland het effectief functioneren van het ISH ondermijnen en daarmee niet alleen zijn plicht verzaken jegens het Strafhof zelf maar tegen alle andere staten die partij zijn bij het Statuut ISH. Hierbij komt dat het redelijk is, van de uitlevering zoekende staat te vragen om zich, in plaats van tot Nederland als doorvoerstaat, te richten tot de staat die de betrokken persoon aan het ISH overlevert of voornemens is over te leveren dan wel tot het ISH zelf.<sup>15)</sup>

*c. De uitoefening van eigen strafrechtsmacht met betrekking tot de persoon in doorvoer*

Een vergelijkbare samenloop van internationale verplichtingen kan ontstaan wanneer tegen een persoon die in doorvoer is naar het ISH, bij de vervolgingsautoriteiten aangifte wordt gedaan van een (volgens de aangever) door die persoon gepleegd internationaal misdrijf. Bij internationale misdrijven moet men in het bijzonder denken aan de misdrijven zoals die in de recent totstandgekomen Wet internationale misdrijven (WIM) zijn samengebracht: genocide, misdrijven tegen de menselijkheid, oorlogsmisdrijven en foltering.<sup>16)</sup> De WIM verschaft de Nederlandse justitiële autoriteiten ter zake van de genoemde misdrijven universele rechtsmacht mits de verdachte zich in Nederland bevindt. Hoewel het Nederlandse stelsel van strafvordering noch de WIM zelf een verplichting voor het openbaar ministerie bevat om bij een bewijsbaar feit tot vervolging over te gaan, verplichten bijvoorbeeld de Verdragen van Genève Nederland om personen die ervan worden verdacht een van de zogenoemde ‘ernstige inbreuken’ (*‘grave breaches’*) op die verdragen te hebben gepleegd, op te sporen en te berechten. Wat betekent dit wanneer het OM, op het moment dat een verdachte van het ISH op Nederlands grondgebied aankomt met bestemming Den Haag, tegen deze persoon een aangifte ontvangt van een ernstige inbreuk op de Verdragen van Genève? Op zo’n moment rust op Nederland enerzijds de verplichting om de persoon onverwijld naar het ISH te vervoeren en anderzijds de verplichting<sup>17)</sup> om nader onderzoek te verrichten naar de tegen die persoon bestaande verdenking en hem in het kader van het onderzoek zo nodig aan te houden. Net als bij de samenloop van de doorvoerverplichting met een eventuele uitleveringsverplichting stelt de Nederlandse regering zich op het standpunt dat de doorvoerverplichting jegens het Strafhof voorrang heeft. Nederland zal dan ook geen strafrechtsmacht uitoefenen en het openbaar ministerie zal geen onderzoek instellen met betrekking tot personen in doorvoer.<sup>18)</sup>

In feite komt dit standpunt erop neer dat zo’n persoon in doorvoer in Nederland immuniteit van strafvervolging geniet. Immuniteiten komen vaker voor in het internationale recht; denk aan de immuniteit van buitenlandse diplomaten of hoge gezagsdragers zoals staatshoofden of ministers van buitenlandse zaken. Immuniteiten voor personen die een relatie hebben met een internationale organisatie (zoals het ICTY of het ISH), worden vaak geregeld in het zogenoemde zetelverdrag tussen de internationale organisatie en het

<sup>15)</sup> Het Statuut ISH kent de mogelijkheid voor alle staten, ook staten die geen partij zijn, om bij het Strafhof zelf diens bevoegdheid of de ontvankelijkheid van een zaak te betwisten (artikel 19). Denkbaar is dat, mocht het Strafhof een dergelijk bezwaar honoreren, het de betrokken persoon vervolgens doorlevert aan de staat die eerder tevergeefs bij de doorvoerstaat de uitlevering zocht.

<sup>16)</sup> Wet van 19 juni 2003, Stb. 270. Deze wet is op 1 oktober 2003 in werking getreden. Zie over het wetsvoorstel G.L. Coolen, Het wetsvoorstel internationale misdrijven, MRT 2002, p. 373 e.v.

<sup>17)</sup> Ik ga er hierbij vanuit dat de aangifte voldoende aanknopingspunten voor een nader onderzoek biedt (een *‘reasonable case’*). Is dat niet het geval, dan bestaat geen verplichting tot nader onderzoek.

<sup>18)</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28098 (R1704), nr. 6, p. 7 (nota naar aanleiding van het verslag bij de Uitvoeringswet ISH) en Kamerstukken II 2001/02, 28337, nr. 3, p. 24 (memorie van toelichting bij de WIM).



gastland. Zo bevat het zetelverdrag tussen Nederland en het ICTY, naast immuniteiten voor de functionarissen van het ICTY, een immuniteit van strafvervolging voor verdachten, alsmede voor getuigen en deskundigen die voor het ICTY moeten verschijnen.<sup>19)</sup> Deze immuniteiten hebben gedeeltelijk ook een wettelijke basis gekregen in de uitvoeringswet voor het ICTY.<sup>20)</sup> Door Nederland en het ISH wordt momenteel gewerkt aan een definitief zetelverdrag, waarin uiteraard ook de immuniteiten zullen worden geregeld. In de tussentijd geldt een voorlopig zetelverdrag, dat in grote lijnen het ICTY-zetelverdrag van overeenkomstige toepassing verklaart.<sup>21)</sup> Ook de Uitvoeringswet ISH kent immuniteit van strafvervolging toe aan 'getuigen, deskundigen, slachtoffers of andere personen die aanwezig dienen te zijn op de zetel van het Strafhof' (artikel 87). Verdachten kunnen worden gerangschikt onder de 'andere personen' in de zin van deze bepaling.

#### 4. Tot slot

In deze bijdrage heb ik proberen aan te tonen dat de samenwerking met of bijstand aan internationale tribunalen specifieke juridische problemen kan meebrengen, vooral als gevolg van de interferentie van andere internationale verplichtingen die op de staat (in dit geval Nederland) kunnen rusten. Weliswaar zijn dergelijke situaties uitzonderlijk, maar de casus van Milošević toont dat de bedoelde juridische kwesties niet louter theoretisch zijn en zelfs voor de Nederlandse rechter kunnen komen. Ik hoop te hebben duidelijk gemaakt dat en hoe deze kwesties kunnen worden opgelost, op zodanige wijze dat een succesvolle samenwerking van Nederland met het Internationaal Strafhof en een effectief functioneren van dat hof in Nederland voldoende zijn gewaarborgd.

---

<sup>19)</sup> Zie Trb. 1994, 189, artikel XX.

<sup>20)</sup> Wet van 21 april 1994, Stb. 308, artikel 10, welke bepaling alleen op getuigen en deskundigen ziet.

<sup>21)</sup> Overeenkomst van 19 november 2002, Trb. 211.

## Wat als GroenLinks niet van full command zou hebben gesproken?

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

*Op 6 maart 2001 biedt de regering de Tweede Kamer een voorstel van rijkswet aan, houdende regels met betrekking tot het geweldgebruik bij de bewaking van militaire objecten. Op 9 april 2001 wordt het Verslag van de Vaste commissie voor Defensie, belast met het voorbereidend onderzoek van het wetsvoorstel, vastgesteld. In dit Verslag gebruikt GroenLinks, in een vraag aan de Minister van Defensie, de (in het verband van de vraag) onjuiste term 'full command'. De minister neemt in het antwoord op de vraag deze term van GroenLinks over. Dit zou verstrekkende gevolgen hebben.*

### *Inleiding*

Op 6 oktober 1997 komt tussen Nederland en Duitsland het Verdrag tot stand inzake de algemene voorwaarden voor het 1 (Duits/Nederlands) legerkorps en de aan dit korps verbonden eenheden en instellingen (Trb. 1998, 117). Op 7 juni 2000 wordt het Verdrag door beide Kamers der Staten-Generaal (stilzwijgend) goedgekeurd. Het Verdrag (hierna: het Legerkorpsverdrag) opent de mogelijkheid binationale wachten in te stellen voor de bewaking van voor binationale doeleinden gebruikte faciliteiten en gebouwen. Dit maakt aanpassing van de Rijkswet geweldgebruik defensiepersoneel in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak (Stb. 1999, 12) noodzakelijk: ook Duitse bewakers van het 1 (Duits/Nederlandse) legerkorps dienen in voorkomende gevallen over geweldbevoegdheden te kunnen beschikken. Besloten wordt de Rijkswet niet te wijzigen, maar in haar geheel te vervangen door een nieuwe wet, die als citeertitel zal krijgen: Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten.

### *Het voorstel van rijkswet*

Op 6 maart 2001 wordt, ter uitvoering van het genomen besluit, aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal (en aan de Staten van de Nederlandse Antillen en van Aruba) een voorstel van rijkswet aangeboden, houdende regels met betrekking tot het geweldgebruik bij de bewaking van militaire objecten. De voorgestelde wet verschilt in feite slechts op één punt van de wet die zij vervangt: in artikel 1 worden - naast Nederlandse militairen en burgerambtenaren in dienst van het Ministerie van Defensie - ook *vreemde* militairen, belast met een bewakingstaak, bevoegd verklaard, indien nodig, geweld te gebruiken. Het wetsvoorstel stelt twee voorwaarden:

- de vreemde militair dient bij de uitoefening van de bewakingstaak onder bevel te staan van een Nederlandse militair dan wel van een burgerambtenaar in dienst van het (Nederlandse) Ministerie van Defensie;

- de vreemde militair dient te behoren tot een categorie militairen die expliciet door de Minister van Defensie (hierna: de minister) is aangewezen; hierbij geldt dat aanwijzing slechts kan geschieden "ter uitvoering van een verdrag of van een besluit van een volkenrechtelijke organisatie".

In de Memorie van Toelichting wijst de minister erop dat het wetsvoorstel zich niet tot *Duitse* militairen van het 1 (Duits/Nederlandse) legerkorps beperkt. "Het Legerkorpsverdrag laat uitbreiding van de deelname aan het korps open", aldus de minister. "Ingevolge

artikel 12 van het Legerkorpsverdrag is deelname aan het korps door andere partijen bij het Noord-Atlantisch Verdrag (...) of het WEU-verdrag (...) op uitnodiging en onder nader overeen te komen voorwaarden mogelijk.”<sup>1)</sup>

Met betrekking tot de eis dat de vreemde militair bij de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak onder bevel dient te staan van een Nederlandse militair dan wel van een ambtenaar van het Ministerie van Defensie vermeldt de Memorie van Toelichting slechts dat “door deze eis de verantwoordelijkheid van de Minister van Defensie wordt gewaarborgd”.<sup>2)</sup>

Verder wordt in de Memorie van Toelichting opgemerkt dat het wetsvoorstel een groot aantal bepalingen bevat “dat thans nog in de Rijkswet geweldgebruik defensiepersoneel in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak is opgenomen”. Voor de toelichting op deze bepalingen wordt naar de Kamerstukken nr. 23 787 en nr. 25 813 verwezen.<sup>3)</sup>

#### *Het Verslag van de Vaste commissie voor Defensie van de Tweede Kamer*

Op 9 april 2001 wordt het Verslag van de Vaste commissie voor Defensie, belast met het voorbereidend onderzoek van het wetsvoorstel, vastgesteld. Het Verslag is kort. De commissie kan zich in de hoofdlijnen van het wetsvoorstel vinden. Er zijn slechts enkele vragen. Twee vragen zijn vermeldenswaard.

De eerste vraag, gesteld door de leden van de GroenLinks-fractie, heeft betrekking op de voorwaarde dat de buitenlandse bewaker onder het bevel dient te staan van een Nederlandse militair (of van een burgerambtenaar in dienst van het Ministerie van Defensie). De vraag luidt (letterlijk weergegeven): “Heeft de Nederlandse commandant van buitenlandse militaire bewaking *full command* over deze militairen of kan de betreffende buitenlandse krijgsmacht haar militairen opdracht geven bepaalde bevelen te weigeren of de taak onmiddellijk te beëindigen?”<sup>4)</sup>

De tweede vraag, eveneens gesteld door de GroenLinks-fractie, heeft betrekking op de rechtsmacht van de Nederlandse rechter. De vraag luidt: “(Zullen) buitenlandse regeringen toestaan dat hun militairen, onder Nederlandse commandanten, door Nederland vervolgd en berecht kunnen worden?”<sup>5)</sup>

#### *De Nota naar aanleiding van het Verslag*

Op 11 juli 2001 verschijnt de Nota naar aanleiding van het Verslag. Het antwoord van de minister op de eerste vraag luidt: “De vraag of de Nederlandse commandant van buitenlandse bewaking *full command* heeft over deze militairen laat zich uitsluitend aan de hand van de onderliggende verdragstekst beantwoorden. Ten aanzien van Duitse militairen van het 1 (Duits/Nederlandse) legerkorps is inderdaad sprake van *full command*. Op grond van artikel 10, eerste lid, van het Legerkorpsverdrag kan een binationale wacht worden ingesteld voor de bewaking van de voor binationale doeleinden gebruikte faci-

<sup>1)</sup> Bijl. Hand. II, 27 624, nr. 3, p. 1.

<sup>2)</sup> Bijl. Hand. II, 27 624, nr. 3, p. 3.

<sup>3)</sup> De Kamerstukken nr. 23 787 en nr. 25 813 betreffen achtereenvolgens de Rijkswet geweldgebruik krijgsmacht in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak (Stb. 1996, 239) en de Wet van 24 september 1998, Stb. 1999, 11, waarbij de Rijkswet werd gewijzigd en als citeertitel kreeg: Rijkswet geweldgebruik *defensiepersoneel* in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak.

<sup>4)</sup> Bijl. Hand. II, 27 624, nr. 4, p. 2.

<sup>5)</sup> Ook vraagt GroenLinks, op zoek naar adders onder het gras: “Is het mogelijk dat de regering besluit om Amerikaanse militairen op Volkel, daar gelegerd in verband met kernwapentaken, de bevoegdheid te geven om, onder verantwoordelijkheid van een Nederlandse commandant, deel te nemen aan de bewaking van militaire objecten en daarbij geweld te gebruiken?”

liteiten of gebouwen als het bewakingspersoneel van de zendstaat dezelfde bevoegdheden als dat van de ontvangende staat heeft. Daarbij is in het tweede lid bepaald dat voor de uitvoering van hun bewakingstaken de binationale wacht uitsluitend onder gezag van de bevoegde wachtsuperieur van de ontvangende staat valt. Het al dan niet hebben van *full command* wordt dus niet door dit wetsvoorstel geregeld. Wel dient, ingevolge het voorgestelde artikel 1, tweede lid, onderdeel *b*, onder 1<sup>o</sup>, de aan te wijzen militair bij zijn bewakings- en beveiligingstaak onder bevel te staan van een tot de krijgsmacht van het Koninkrijk behorend militair dan wel een burgerambtenaar in dienst van het Ministerie van Defensie.”<sup>6)</sup>

Het antwoord is duidelijk: de Duitse militair valt in de geschetste omstandigheden, *voorzover het de uitvoering van de hem opgedragen bewakingstaak betreft*, uitsluitend onder het gezag van de Nederlandse wachtcommandant. Het gebruik van de term *full command* is in dit verband echter niet juist. Met *full command* wordt het oppergezag over de krijgsmacht bedoeld. Ingevolge artikel 97, tweede lid, van de Grondwet berust dit oppergezag bij de regering.

In antwoord op de tweede vraag merkt de minister op dat in het verre verleden vreemde militairen, die de Nederlandse krijgsmacht vergezelden of volgden, (inderdaad) onder de Nederlandse strafwet vielen. Dit was toen bepaald in artikel 65 van het Wetboek van Militair strafrecht (hierna: WvMS). Thans echter bepaalt artikel 60a WvMS: “Wij kunnen bepalen, dat vreemde militairen en een vreemde krijgsmacht voor de toepassing van door Ons aan te wijzen wettelijke bepalingen worden gelijkgesteld met Nederlandse militairen dan wel de Nederlandse krijgsmacht.” Thans is dus een afzonderlijk koninklijk besluit vereist.

Aan artikel 60a WvMS is ten aanzien van Duitse militairen van 1 (Duits/Nederlands) legerkorps geen uitvoering gegeven, aldus de minister. Dit was ook niet nodig. De strafrechtelijke positie van buitenlandse militairen die in Nederland zijn gelegerd, vindt regeling in het NAVO-Statusverdrag. “In een aantal situaties mist de Nederlandse rechter rechtsmacht over betrokken buitenlandse militairen. Uiteraard zijn de autoriteiten van de staat van herkomst in een zodanig geval wel bevoegd om hun rechtsmacht uit te oefenen.”<sup>7)</sup>

Ook dit antwoord is duidelijk. Begaat een Duitse militair in Nederland een strafbaar feit, dan is op grond van het NAVO-Statusverdrag in veel gevallen Duitsland (en niet Nederland) bevoegd strafrechtelijk op te treden. Dit geldt overigens steeds indien sprake is van een vergrijp dat voortvloeit uit nalatigheid in de uitoefening van de dienst. Aan gebruikmaking van de mogelijkheid die artikel 60a WvMS biedt, bestaat geen behoefte.

#### *Het Verslag van de Vaste commissie voor Defensie van de Eerste Kamer*

Na de behandeling in de Tweede Kamer wordt het wetsvoorstel ongewijzigd doorgezonden naar de Eerste Kamer. Op 15 januari 2002 verschijnt het Eindverslag van de Vaste commissie voor Defensie van de Eerste Kamer. Het Verslag bevat slechts één zin: “Het onderzoek van dit voorstel heeft de commissie geen aanleiding gegeven tot het maken van opmerkingen.”<sup>8)</sup>

Spoedig blijkt echter dat sprake is van een vergissing. Op 5 februari 2002 verschijnt een nieuw Verslag, dat het oude Eindverslag vervangt en waarin aan de minister tal van vragen worden gesteld. Met name de opmerking van de minister dat “ten aanzien van Duitse

<sup>6)</sup> Bijl. Hand. II, 27 624, nr. 5, p. 3.

<sup>7)</sup> Bijl. Hand. II, 27 624, nr. 5, p. 2.

<sup>8)</sup> Bijl. Hand. I, 27 624, nr. 207.

bewakers van het 1 (Duits/Nederlandse) legerkorps inderdaad sprake is van *full command*' heeft bij de PvdA-fractie tot grote opwinding geleid.

De fractie begint met vast te stellen dat artikel 10 van het Legerkorpsverdrag bepaalt dat, indien een binationale wacht is ingesteld, de buitenlandse bewaker "uitsluitend onder het gezag" van de staat van verblijf valt. Dit betekent, aldus de fractie, dat Duitse bewakers in Nederland uitsluitend onder Nederlands gezag staan en Nederlandse bewakers in Duitsland uitsluitend onder Duits gezag. Vervolgens merken de leden van de fractie op dat de minister in dit verband spreekt van *full command*, terwijl in het verleden steeds is gezegd dat in geval van multinationale samenwerking *full command* bij de regering van de zendstaat blijft berusten. Dit betekent, aldus de fractie, dat wordt afgeweken van de bepaling in de Grondwet dat het oppergezag over de krijgsmacht bij de regering berust. "De afwijking bestaat daarin dat Nederlandse soldaten die wachtlopen in Duitsland onder het *uitsluitende* gezag van Duitse meerderen komen te staan. Zij staan daardoor niet meer onder het oppergezag van de regering."<sup>9)</sup> De fractie wil weten of deze zienswijze juist is.

Ook vragen de leden van de PvdA-fractie zich af waarop de onderworpenheid van Duitse bewakers aan de Nederlandse wachtcommandant is gebaseerd; en op welke grond een Nederlands militair verplicht is de bevelen van een Duitse bewaker op te volgen. Naar geldend recht bestaat tussen Nederlandse en Duitse militairen immers niet een verhouding van meerdere tot mindere (als bedoeld in artikel 67 WvMS).<sup>10)</sup>

Ten slotte vraagt de PvdA-fractie de minister waarom niet (eenvoudig) gebruik is gemaakt van de mogelijkheid die artikel 60a WvMS biedt. "Deze bepaling maakt het mogelijk om bij koninklijk besluit wettelijke bepalingen van toepassing te maken op buitenlandse militairen", aldus de fractie. "Tot die regels behoren ook bepalingen van de Rijkswet geweldgebruik zoals die thans reeds bestaan."<sup>11)</sup>

#### *De Nota naar aanleiding van het Verslag*

Op 9 april 2002 verschijnt de Nota naar aanleiding van het Verslag. De minister legt uit dat de woorden "uitsluitend onder het gezag" in artikel 10 van het Legerkorpsverdrag, zoals onmiskenbaar uit de context blijkt, slechts zien op de feitelijke gezagsverhouding die zich tussen de bewaker en de wachtcommandant voordoet. "De bepaling beoogt geenszins het oppergezag over de krijgsmacht van de regering, zoals dat in artikel 97, tweede lid, van de Grondwet tot uitdrukking komt, te verminderen of weg te nemen."<sup>12)</sup> Vervolgens wijst de minister op artikel 2 van het Legerkorpsverdrag, "waarin uitdrukkelijk is vastgelegd dat het oppergezag en het toezicht over het personeel, het materieel, de eenheden, de installaties en de kantoren die aan het 1 (Duits/Nederlandse) legerkorps zijn bijgedragen, een *nationale* verantwoordelijkheid blijven."

Wat de door hem eerder gebruikte term *full command* betreft, merkt de minister op: "Strikt genomen is de term *full command* daar niet juist, aangezien *full command* doorgaans wordt gebruikt in de context van artikel 97, tweede lid, van de Grondwet en in de betekenis van het recht van de regering om aan de inzet of de terbeschikkingstelling van de krijgsmacht een einde te maken."<sup>13)</sup> Uit de vraag van GroenLinks blijkt evenwel, aldus de minister, "dat het gaat om de feitelijke gezagsverhouding die zich bij de uitvoering van bewakingstaken voordoet en *niet* om het oppergezag, bedoeld in artikel 97, tweede lid, van

<sup>9)</sup> Bijl. Hand I, 27 624, nr. 207, p. 1.

<sup>10)</sup> Bijl. Hand. I, 27 624 nr. 207, p. 3 en 4.

<sup>11)</sup> Bijl. Hand. I, 27 624, nr. 207, p. 5.

<sup>12)</sup> Bijl. Hand. I, 27 624, nr. 207a, p. 1.

<sup>13)</sup> Bijl. Hand. I, 27 624, nr. 207a, p. 2.

de Grondwet”.

De minister geeft dus toe dat de term *full command* door hem verkeerd is gebruikt. *Full command* ziet op het oppergezag van de regering over de krijgsmacht. In het Legerkorpsverdrag (en ook in het wetsvoorstel) gaat het om het feitelijk gezag over het wachtpersoneel bij het uitvoeren van de bewakingstaak. Dit feitelijk gezag berust uitsluitend bij de wachtcommandant; zoals ook de bemanning van een marineschip onder het uitsluitend gezag van de commandant van het schip valt.<sup>14)</sup>

Op de tweede vraag (waarop de onderworpenheid van een Duitse bewaker aan de Nederlandse wachtcommandant is gebaseerd) antwoordt de minister dat tussen Nederlandse en Duitse militairen naar geldend recht niet een verhouding van meerdere tot mindere bestaat, zodat een bevel van een Nederlandse wachtcommandant aan een Duitse bewaker niet een dienstbevel is in de zin van artikel 125 WvMS.<sup>15)</sup> “Hieruit kan echter *niet* de conclusie worden getrokken dat het de Duitse militair vrijstaat om het gezag van de Nederlandse wachtsuperieur terzijde te schuiven”, aldus de minister.<sup>16)</sup> Vervolgens wijst de minister op de (Duitse) *Anweisung zur Zusammenarbeit* en de (in § 7 van de *Soldatengesetz* neergelegde) plicht tot getrouwe dienstvervulling. “Wat die dienstvervulling daadwerkelijk inhoudt wordt geconcretiseerd in opdrachten, in bevelen en in algemene of bijzondere voorschriften van de Duitse krijgsmacht”, aldus de minister.

Ook dit antwoord is duidelijk. Het bevel van een Nederlandse wachtcommandant aan een Duitse bewaker is weliswaar niet een dienstbevel (in de zin van artikel 125 WvMS), maar het behoort wel te worden opgevolgd; zoals ook Nederlandse militairen bevelen van Duitse militairen, die door het bevoegde gezag boven hen zijn gesteld, dienen op te volgen. Voor Duitse militairen is deze plicht vastgelegd in de *Anweisung zur Zusammenarbeit* en in de *Soldatengesetz*.

Op de laatste vraag, de vraag waarom niet gebruik is gemaakt van de mogelijkheid die artikel 60a WvMS biedt, antwoordt de minister dat, zoals uit de wetsgeschiedenis blijkt, de aanduiding “wettelijke bepalingen” in artikel 60a uitsluitend ziet op strafrechtelijke bepalingen.<sup>17)</sup> “Het gebruik van het in artikel 60a WvMS bedoelde koninklijk besluit als basis om de werkingssfeer van de huidige Rijkswet geweldgebruik defensiepersoneel in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak uit te breiden acht ik derhalve niet mogelijk.”

Het standpunt dat de aanduiding “wettelijke bepalingen” in artikel 60a uitsluitend ziet op strafrechtelijke bepalingen, is niet geheel juist. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de aanduiding ook ziet op tuchtrechtelijke bepalingen, alsmede op bepaalde, in bijzondere wetten voorkomende en uitsluitend voor de Nederlandse krijgsmacht geldende afwijkende regelingen. Zo valt in de Memorie van Toelichting bij (het thans vervallen) artikel IV van de Rijkswet van 4 juli 1963, Stb. 295, welk artikel dezelfde inhoud had als artikel 60a WvMS, te lezen: “Door toepassing van dit artikel zullen vreemde militairen, indien de noodzakelijkheid daartoe blijkt en dit volkenrechtelijk geoorloofd is, aan alle of aan sommige bepalingen uit het Wetboek van Militair Strafrecht of de Wet op de Krijgstucht kunnen worden onderworpen. Ook kunnen door toepassing van dit artikel de moeilijkheden

<sup>14)</sup> Sommigen spreken in dit verband van *Schipper naast God* (zonder overigens te beogen aan het oppergezag van de regering over ook de marine afbreuk te doen).

<sup>15)</sup> Ingevolge artikel 75a WvMS bestaat een verhouding van meerdere tot mindere ten opzichte van buitenlandse militairen slechts voorzover zulks bij of krachtens koninklijk besluit is bepaald. Zolang een koninklijk besluit als in het artikel bedoeld niet tot stand is gebracht, kan een bevel, gegeven door of aan een buitenlandse militair, dus nimmer een dienstbevel zijn.

<sup>16)</sup> Bijl. Hand. I, 27 624, nr. 207a, p. 3.

<sup>17)</sup> Bijl. Hand. I, 27 624, nr. 207a, p. 5.

worden opgelost, die ontstaan door het feit dat de afwijkende regelingen, welke vele in bijzondere wetten voorkomende bepalingen voor de Nederlandse krijgsmacht bevatten, formeel niet toepasselijk zijn op bondgenootschappelijke strijdkrachten, welke zich op Nederlands grondgebied bevinden. Gedacht wordt hierbij bijvoorbeeld aan de bijzondere bepalingen welke de Wegenverkeerswet en de Luchtvaartwet voor het Nederlandse militaire verkeer bevatten.”<sup>18)</sup>

Wel blijkt uit de wetsgeschiedenis onmiskenbaar dat de mogelijkheid die artikel 60a WvMS biedt, niet kan worden gebruikt om de werkingssfeer van wettelijke bepalingen *in het algemeen* uit te breiden. Het standpunt van de minister dat in een geval als door de PvdA-fractie bedoeld aan het artikel geen toepassing kan worden gegeven, is dus juist.

*Brief van de Vaste commissie voor Defensie aan de Minister van Defensie*

De Vaste commissie voor Defensie, althans de PvdA-fractie, is met de antwoorden van de minister niet tevreden. Op 8 mei 2002 schrijft de commissie de minister een lange brief. De toon is weinig vriendelijk. “Wel het minst aanvaardbaar (acht de PvdA-fractie) de verklaring van de regering dat de ondubbelzinnige verklaring die de Minister van Defensie gaf over *full command* dat berust bij een ontvangende staat (in de Nota naar aanleiding van het Verslag van de Tweede Kamer), achteraf volgens de regering (in de Nota naar aanleiding van het Verslag van de Eerste Kamer) berust op een vergissing”. “Het kan toch niet zo zijn”, aldus de brief, “dat de regering aan de Tweede Kamer bij de verdediging van een wetsvoorstel een volstrekt onjuiste mededeling doet op een zo wezenlijk punt van uitleg van Verdrag en Grondwet en daarmee de in die Kamer geopperde bezwaren wegpoetst.”<sup>19)</sup>

In feite heeft de minister in de Nota naar aanleiding van het Verslag echter niet anders gedaan dan erkend dat de term *full command* door hem eerder verkeerd is gebruikt, met de toevoeging dat de term “doorgaans wordt gebruikt in de context van artikel 97, tweede lid, van de Grondwet”, dus (doorgaans) in de betekenis van oppergezag.

Ook stelt de PvdA-fractie dat de minister er later in de Nota “weer *unverfroren* vanuit dat er wel degelijk sprake is van *full command* van Duitsland over in Nederland wachtlopende Duitse militairen”. Inderdaad doet de minister dit (zij het niet *unverfroren*), maar het is toch ook zo? Duitsland behoudt toch het oppergezag over alle in Nederland gelegerde Duitse militairen?

In dit verband worden in de brief opnieuw de artikelen 2 en 10 van het Legerkorpsverdrag aan de orde gesteld. Volgens de PvdA-fractie laten deze artikelen zich lezen “als een *lex generalis* en een *lex specialis*”. “Voorop staat de algemene (in artikel 2 neergelegde) regel dat de door een land ingebrachte personele en andere middelen uiteindelijk onder nationaal gezag blijven, doch voor het binationale wachtlopen vallen militairen (zoals in artikel 10 valt te lezen) onder het *uitsluitende* gezag van de staat waar het te bewaken object zich bevindt.”<sup>20)</sup> Dit laatste, aldus de fractie, houdt een afwijking in van artikel 97, tweede lid, van de Grondwet.

Het antwoord van de minister op de tweede vraag (waarop de onderworpenheid van een Duitse bewaker aan de Nederlandse wachtcommandant is gebaseerd) wordt door de PvdA-fractie (gewoon) niet begrepen. “Kort gezegd is de strekking van wat de minister hierover zegt, dat de definitie van het Wetboek van Militair Strafrecht uitsluitend en alleen betrekking heeft op de strafrechtelijke en tuchtrechtelijke regels”, aldus brief. De leden van de PvdA-fractie achten dit “dubieus”. “Als de minister gelijk zou hebben, dan bestaat er dus

<sup>18)</sup> Steffen, p. 673.

<sup>19)</sup> Bijl. Hand. I, 27 624, nr. 31, p. 4.

<sup>20)</sup> Bijl. Hand. I, 27 624, nr. 31, p. 6.

alleen met het oog op de toepassing van het militaire straf- en tuchtrecht een juridische relatie tussen een meerdere en ondergeschikte.”<sup>21)</sup>)

Toch heeft de minister alleen maar gezegd dat naar geldend recht tussen Nederlandse en Duitse militairen niet een verhouding van meerdere tot mindere (als bedoeld in artikel 67 WvMS) bestaat en dat dus een bevel van een Nederlandse wachtcommandant aan een Duitse bewaker niet een dienstbevel is in de zin van artikel 125 WvMS. Hiermee is geenszins gezegd dat een zodanig bevel niet door de Duitse bewaker behoeft te worden opgevolgd en evenmin dat niet-opvolging niet een (naar Duits recht) strafbaar feit oplevert.

Ook in het antwoord van de minister op de vraag waarom niet gebruik is gemaakt van de mogelijkheid die artikel 60a WvMS biedt, kan de PvdA-fractie zich niet vinden. De fractie stelt in feite dat met de aanduiding “wettelijke bepalingen” in artikel 60a wettelijke bepalingen *in het algemeen* zijn bedoeld. Ter ondersteuning van dit standpunt wordt in de brief een passage aangehaald uit de Memorie van Toelichting bij de Rijkswet van 4 juli 1963, Stb. 295. De aangehaalde passage begint met de zin: “De bevoegdheden van de Kroon ten deze zullen, naar het ondergetekenden voorkomt, betrekking moeten hebben (...) op de gelijkstelling van vreemde militairen met Nederlandse militairen voor de toepassing van nader door de Kroon aan te wijzen wettelijke bepalingen.”<sup>22)</sup> De passage die aan deze zin voorafgaat, is in de brief echter weggelaten. Deze passage luidt: “Een uitputtende regeling van de *strafrechtelijke verhoudingen* in bondgenootschappelijk verband kan naar het oordeel van ondergetekenden niet in de wet worden gegeven. Daarvoor zijn de onderling verschillende situaties te talrijk en te zeer aan verandering onderhevig. Een bevredigend systeem kan naar hun mening slechts worden verkregen, indien aan de Kroon de bevoegdheid wordt gegeven *in deze materie* het nodige onderscheid te maken naar gelang van de aard van de bondgenootschappelijke verhouding en van de functie waarin de betrokken buitenlandse militairen met Nederlandse militairen in aanraking komen.”<sup>23)</sup>

Ten slotte wordt in de brief een eerder gestelde vraag (of artikel 134 WvMS ook van toepassing is op een Nederlandse militair die een door een Duitse militair bewaakt object nadert) “in andere bewoordingen” opnieuw gesteld: “Moet een Nederlandse militair die zo’n object benadert een bevel of waarschuwing tot hem gericht door een Duitse militair gehoorzamen?”<sup>24)</sup>

#### *Antwoordbrief van de Minister van Defensie aan de Vaste commissie voor Defensie*

Op 16 oktober 2002 beantwoordt de minister de brief van de Vaste commissie. Wat het (onjuiste) gebruik van de term *full command* betreft stelt de minister dat hij destijds is uitgegaan van de veronderstelling dat de leden van de GroenLinks-fractie (die vroeger of de Nederlandse wachtcommandant *full command* bezat over het buitenlandse wachtpersoneel) de feitelijke gezagsrelatie voor ogen had, zoals deze zich bij de uitvoering van bewakingstaken voordoet, en niet *full command* in de betekenis van oppergezag over de krijgsmacht. “Noch van een ‘vergissing van de regering’, noch van het ‘wegpoetsen van bezwaren’ is (derhalve) sprake geweest”, aldus de brief.

Met betrekking tot de woorden “uitsluitend onder het gezag” in artikel 10, tweede lid, van het Legerkorpsverdrag merkt de minister op: “In de Nederlandse tekst van artikel 10, tweede lid, (...) is aangegeven dat voor de uitvoering van hun bewakingstaak de binatio-

<sup>21)</sup> Bijl. Hand. I, 27 624, nr. 31, p. 8.

<sup>22)</sup> Bijl. Hand. I, 27 624, nr. 31, p. 8.

<sup>23)</sup> Steffen, p. 477.

<sup>24)</sup> Bijl. Hand. I, 27 624, nr. 31, p. 9. De toevoeging “in andere bewoordingen” is niet juist. De eerder gestelde vraag is een andere dan de opnieuw gestelde.



nale wacht uitsluitend onder het gezag van de bevoegde wachtsuperieur van de ontvangende staat valt. Met deze formulering wordt tot uitdrukking gebracht dat het wachtpersoneel *met betrekking tot de uitvoering van de bewakingstaak* uitsluitend ondergeschikt is aan de bevoegde wachtcommandant van de ontvangende staat. Een andere persoon is derhalve met betrekking tot de uitvoering van de bewakingstaak niet bevoegd aan een wacht-hebbende opdrachten of aanwijzingen te geven. Dit laat onverlet de bevoegdheid van de Nederlandse regering om Nederlandse militairen niet langer ter beschikking te stellen of te onttrekken aan een bewakingstaak. Deze bevoegdheid vloeit voort uit artikel 97, tweede lid, van de Grondwet.”<sup>25)</sup>

Het (toch merkwaardige) standpunt van de PvdA-fractie dat de artikelen 2 en 10, tweede lid, van het Legerkorpsverdrag zich tot elkaar verhouden als een algemene tot een bijzondere bepaling, deelt de minister niet. Artikel 2 stelt het nationale oppergezag over de krijgsmacht voorop, aldus de minister; in artikel 10, tweede lid, “gaat het er om dat bij de uitvoering van bewakingstaken het gezag van de bevoegde wachtsuperieur van de ontvangende staat boven dat van de bij die uitvoering betrokken buitenlandse militairen worden gesteld.”

Wat de vraag van de PvdA-fractie betreft waarom geen gebruik is gemaakt van de mogelijkheid die artikel 60a WvMS biedt, komt de minister tot een iets genuanceerder antwoord. Artikel 60a biedt, aldus de minister in de brief, “niet voldoende basis” om een regeling als thans wordt voorgesteld bij koninklijk besluit op Duitse bewakers van toepassing te verklaren. Ook zou een regeling bij koninklijk besluit (in plaats van bij rijks-wet) “onvoldoende recht doen aan het primaat van de wetgever”. “Bij dit laatste heb ik in het bijzonder het oog gehad op de parlementaire betrokkenheid bij de totstandkoming van wetgeving”, aldus de brief.<sup>26)</sup>

De laatste vraag (of artikel 134 WvMS ook van toepassing is op een Nederlandse militair die een door een Duitse militair bewaakt object nadert) wordt in de brief niet beantwoord.<sup>27)</sup> De minister kiest voor beantwoording van de “in andere bewoordingen” gestelde vraag: Dient een Nederlandse militair die een door een Duitse militair bewaakt object nadert, een tot hem gericht bevel van de Duitse militair te gehoorzamen? Het antwoord op die vraag luidt bevestigend. “Het moeten opvolgen van een bevel of waarschuwing vloeit in de eerste plaats voort uit het feit dat de wachthebbende optreedt namens de rechthebbende met betrekking tot het object”, aldus de minister. “De rechthebbende heeft immers het recht te bepalen wie zijn terrein mag betreden.” De minister voegt aan deze vaststelling toe dat deze plicht tot gehoorzaamheid niet alleen geldt voor militairen, maar ook voor burgerambtenaren en andere burgers.

Ik zie het enigszins anders. Mijns inziens is ieder die door een daartoe bevoegde autoriteit onder het gezag van een ander is geplaatst, verplicht de (rechtmatige) bevelen van die ander op te volgen; of die ander nu een burger is of een vreemde militair, en of de plicht tot gehoorzaamheid nu in een wettelijk voorschrift is vastgelegd of niet. Vastlegging in een

<sup>25)</sup> Bijl. Hand. I, 27 624, nr. 31, p. 15.

<sup>26)</sup> Bijl. Hand. I, 27 624, nr. 31, p. 18.

<sup>27)</sup> Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend. Artikel 134 bepaalt: “Met betrekking tot dienstbevelen wordt een troepenafdeling belast met wacht- of patrouilledienst, of een schildwacht gelijkgesteld met een meerdere, behalve in het geval het feit is begaan door hem aan wie zij, als zodanig, ondergeschikt zijn.” De gelijkstelling geldt dus uitsluitend “met betrekking tot dienstbevelen”, terwijl naar geldend recht een dienstbevel slechts door een Nederlandse militair aan een andere Nederlandse militair kan worden gegeven. Bovendien wordt ingevolge artikel 69 WvMS onder schildwacht verstaan: iedere *militair* die op post of uitkijk is gesteld. Ook hier is met “militair” bedoeld: een *Nederlandse* militair.

wettelijk voorschrift heeft slechts tot gevolg dat niet-opvolging van een gegeven bevel tevens inhoudt dat in strijd wordt gehandeld met een wettelijk voorschrift.<sup>28)</sup>

*Plenaire behandeling van het wetsvoorstel*

Op 4 februari 2003 vindt in de Eerste Kamer de plenaire behandeling van het wetsvoorstel plaats. De heer Jurgens (PvdA) neemt het woord. Hij stelt opnieuw dat de bepaling in het Legerkorpsverdrag dat, bij het verrichten van bewakingstaken door een binationale wacht, het wachtpersoneel onder het *uitsluitend* gezag van de ontvangende staat valt, zich niet verdraagt met artikel 97, tweede lid, van de Grondwet. De toon van het betoog is (wederom) weinig vriendelijk.<sup>29)</sup> Tevens onthult de heer Jurgens dat zijn fractie zich bij haar opstelling “mede heeft laten leiden door de staatsrechtkenners dr. Leonard Besselink van de RUU en Roel de Lange van de EUR”.

Ook dient de heer Jurgens, samen met enkele andere kamerleden, een motie in. In de motie wordt de regering verzocht om, alvorens de beraadslaging over het wetsvoorstel af te ronden, advies in te winnen van onafhankelijke deskundigen omtrent de vraag of het wetsvoorstel wel of niet in strijd is met artikel 97, tweede lid, van de Grondwet.<sup>30)</sup>

Minister Kamp (van Defensie) antwoordt dat hij geen enkele aanleiding ziet het verzoek van de heer Jurgens c.s. in te willigen. Nogmaals stelt hij dat onverkort geldt dat de regering het oppergezag heeft over alle Nederlandse militairen, waar ook ter wereld. Slechts bij het wachtlopen in Duitsland wordt in bepaalde gevallen toegestaan dat een Duitse wachtcommandant over een Nederlandse bewaker het bevel voert.<sup>31)</sup>

Gelet op de aard van de motie besluit de voorzitter van de Eerste Kamer de afronding van de behandeling van het wetsvoorstel te verplaatsen naar de eerstvolgende plenaire vergadering van de Kamer, op 18 februari 2003.

Op 18 februari 2003 komt eerst de (gewijzigde) motie-Jurgens c.s. in stemming.<sup>32)</sup> De motie wordt met tegenstemmen van het CDA en de VVD verworpen. Vervolgens neemt wederom de heer Jurgens het woord. Het wordt een herhaling van zetten. “Om het geheel wat levendiger te maken” geeft de heer Jurgens “een illustratie”. Hij merkt op: “Als de Duitse wacht in Eibergen het bevel van de Nederlandse wachtcommandant niet opvolgt, wat zijn dan de sancties? De regering verwijst naar het Duits militair strafrecht. Staat daar dat het strafbaar is om bevelen van iemand die niet je meerdere is niet op te volgen? Nee, dat staat er niet. Dit geldt evenmin voor een Nederlandse wacht die in Duitsland een Duits bevel negeert. Het geheel zit juridisch gezien op zijn zacht gezegd wat los in elkaar.”

Het geheel zit juridisch gezien geenszins los in elkaar. Het bevel van de Nederlandse wachtcommandant is weliswaar niet een dienstbevel in de zin van artikel 125 WvMS, maar het is wel een bevel dat de Duitse bewaker verplicht is op te volgen. Weigert hij dit, dan is inderdaad, zoals in het NAVO-Statusverdrag valt te lezen, het Duitse strafrecht op hem van toepassing. Hij handelt in strijd met de *Anweisung zur Zusammenarbeit* en met § 7 van de *Soldatengesetz*. Van Duitse militairen wordt getrouwe dienstvervulling geëist, dus ook dat rechtmatige bevelen van degenen die door het bevoegde gezag boven hen zijn

<sup>28)</sup> Zie omtrent dit standpunt nader: G.L. Coolen, Geweldsinstructies vanuit strafrechtelijk oogpunt bezien, MRT 2003, p. 376-390.

<sup>29)</sup> De heer Jurgens (PvdA) gebruikt zinnen als: De regering heeft op een reeks manieren geprobeerd zich eronder uit te draaien, heeft zich in de nesten gewerkt, wringt zich in allerlei bochten.

<sup>30)</sup> Bijl. Hand. I, 27 624, nr. 31a. In de motie wordt ten onrechte gesproken van artikel 98, tweede lid, van de Grondwet. Deze fout wordt later hersteld.

<sup>31)</sup> Zie ook de brief van de minister van 17 februari 2003, gericht aan de Voorzitter van de Eerste Kamer ( Bijl. Hand. I, 27 624, nr. 31b).

<sup>32)</sup> Bijl. Hand. I, 27 624, nr. 31c.

gesteld, worden opgevolgd. Dit geldt ook voor de Nederlandse militair die in Duitsland wachtloopt onder bevel van een Duitse wachtcommandant. Hij handelt, indien hij een hem door de wachtcommandant gegeven bevel niet opvolgt, in strijd met artikel 137 van de Algemeen militair ambtenarenreglement. Ook dit artikel eist getrouwe dienstvervulling.

Uiteindelijk wordt het wetsvoorstel op 18 februari 2003 zonder stemming aangenomen; met de aantekening dat de aanwezige leden van de fracties van de PvdA en GroenLinks worden geacht zich niet met het wetsvoorstel te hebben kunnen verenigen.

*De Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten*

Op 3 april 2003 verschijnt de Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten in het Staatsblad (2003, 134). De wet wordt eveneens in het Publicatieblad van de Nederlandse Antillen en in het Afkondigingsblad van Aruba geplaatst. De tekst van de wet verschilt in niets van het in 2001 ingediende wetsvoorstel.

De nieuwe wet treedt per 1 september 2003 in werking; vijf jaar nadat Duitsland de voor de Duitse krijgsmacht benodigde wetswijzigingen tot stand heeft gebracht.

## STRAFRECHTSPRAAK

### Hoge Raad der Nederlanden

Arrest van 28 januari 2003

*Voorzitter:* Mr. C.J.G. Bleichrodt, *Raadsheren:* Mrs. A.M.J. van Buchem-Spapens en J.P. Balkema

#### Interne afdoening (III)

*‘Behulpzaam zijn bij ontkomen aan nasporing of aanhouding’: enkele omstandigheid dat de verdachte niet bevoegd was KMar bevelen en aanwijzingen te geven, staat niet aan bewezenverklaring in de weg. Niet onbegrijpelijk oordeel dat telefonische mededeling van commandant vliegbasis dat onderzoek naar ongeval op de basis niet nodig was ertoe strekte dat KMar zou afzien van instellen van opsporingsonderzoek.*

(Sr art. 189)

#### ARREST

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Arnhem, Militaire Kamer, van 18 juli 2001, nummer 21/000837-01, in de strafzaak tegen: R.v.d.R., geboren te A. op [...], wonende te A.’)

#### 1. De bestreden uitspraak

Het Hof heeft in hoger beroep - met vernietiging van een bij verstek gewezen vonnis van de Arrondissementsrechtbank te Arnhem van 19 maart 2001, militaire kamer, - de verdachte vrijgesproken van het hem bij inleidende dagvaarding onder 1 en 2 primair ten laste gelegde en hem voorts ter zake van “poging tot: opzettelijk iemand die schuldig is aan enig misdrijf behulpzaam zijn in het ontkomen aan de nasporing van of aanhouding door de ambtenaren van de politie” veroordeeld tot een geldboete van vijfhonderd gulden, subsidiair tien dagen hechtenis.

#### 2. Geding in cassatie

2.1. Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze heeft mr. P. Reitsma, advocaat te Nijkerk, bij schriftuur middelen van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit. De Advocaat-Generaal Jörg heeft geconcludeerd dat de Hoge Raad het beroep zal verwerpen.

2.2. De Hoge Raad heeft kennis genomen van het schriftelijke commentaar van de raadsman op de conclusie van de Advocaat-Generaal.

#### 3. Beoordeling van het eerste middel

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

---

\*) Het arrest van het Gerechtshof van 18 juli 2001, waarbij een vrijsprekend vonnis van de Rechtbank te Arnhem (militaire kamer) van 19 maart 2001 werd vernietigd, is gepubliceerd in MRT XCV (2002), p. 143-146.

#### 4. *Beoordeling van het tweede en het derde middel*

4.1. Het tweede middel klaagt dat het bewezen verklaarde opzet niet uit de gebezigde bewijsmiddelen kan worden afgeleid. Het derde middel behelst de klacht dat het bewezen verklaarde “behulpzaam zijn” niet uit de bewijsmiddelen kan volgen. De middelen lenen zich voor een gezamenlijke behandeling.

4.2. Ten laste van de verdachte is bewezen verklaard dat:

“hij op 31 januari 2000 op de Vliegbasis Woensdrecht te Hoogerheide, ter uitvoering van het door hem verdachte voorgenomen misdrijf om opzettelijk een persoon, de korporaal S.T., die schuldig was aan het misdrijf van artikel 8 lid 1 en/of artikel 8 lid 2 aanhef en onder a en/of artikel 8 lid 2 aanhef en onder b Wegenverkeerswet 1994, behulpzaam te zijn in het ontkomen aan de nasporing van of aanhouding door een of meer ambtenaren van de Koninklijke Marechaussee, met dat opzet toen en daar aan (zijn) ondergeschikte(n) de opdracht heeft gegeven om de (inmiddels gewaarschuwde) Koninklijke Marechaussee af te bellen, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid.”

4.3. Het Hof heeft blijkens de gebezigde bewijsmiddelen het volgende vastgesteld:

(i) de verdachte, commandant van de vliegbasis Woensdrecht, heeft op 31 januari 2000 omstreeks 22.00 uur op het terrein van de basis een auto zien staan waarvan het rechter-voorwiel op een betonnen bol naast de weg stond;

(ii) dit ongeval was daarvoor al opgemerkt door majoor v.W., die bij de officier van Basisdienst, zijnde plaatsvervangend basiscommandant R., melding had gemaakt van het ongeval met de mededeling dat er vermoedelijk alcohol in het spel was;

(iii) de plaatsvervangend basiscommandant heeft vervolgens de Koninklijke Marechaussee (hierna ook: KMar) geïnformeerd over het ongeval, met de mededeling dat er vermoedelijk alcohol in het spel was, en heeft een patrouille van de Luchtmachtbewaking naar de plaats van het ongeval gestuurd;

(iv) ter plaatse aangekomen troffen de twee patrouilleleden de verdachte aan alsook korporaal S.T., de bestuurder van genoemde auto;

(v) de verdachte heeft toen tegen de patrouille gezegd dat S.T. te veel had gedronken; tegen S.T. zei de verdachte dat hij hem deze keer nog wel zou ‘matsen’;

(vi) de verdachte heeft vervolgens aan de patrouille opdracht gegeven S.T. naar zijn legeringsgebouw te begeleiden en de KMar af te bellen met de mededeling dat hij, verdachte, het niet noodzakelijk vond dat de KMar ter plaatse kwam;

(vii) om 23.30 uur diezelfde avond werd de verdachte gebeld door de KMar die hem mededeelde toch een onderzoek te willen instellen;

(viii) de verdachte heeft toen nogmaals gezegd dat hij verder onderzoek niet noodzakelijk vond.

4.4. Het derde middel berust in de kern op de opvatting dat er van de bewezen verklaarde poging tot het ‘behulpzaam zijn bij’ het ontkomen aan de nasporing van of aanhouding door een of meer ambtenaren van de Koninklijke Marechaussee in deze zaak geen sprake kan zijn, omdat de verdachte als commandant van de vliegbasis geen enkele strafvorderlijke bevoegdheid heeft, terwijl er “ook anderszins geen functionele relatie bestaat tussen de verdachte en personeel van de KMar”, zodat het afbellen van de inmiddels gewaarschuwde marechaussee geen gevolg kon hebben. Die opvatting is echter onjuist. De enkele omstandigheid dat de verdachte niet bevoegd was personeel van de KMar bij het uitoefenen van hun opsporingstaak bevelen en aanwijzingen te geven, staat aan een bewezenverklaring van het in het middel bedoelde onderdeel van de tenlastelegging niet in de weg. Het Hof heeft klaarblijkelijk geoordeeld, hetgeen niet onbegrijpelijk is, dat de telefonische mededeling aan de eerder gewaarschuwde KMar daarop neerkomende dat een

onderzoek naar het eenzijdige ongeval op de vliegbasis niet nodig was, afkomstig als deze uiteindelijk was van de commandant van de vliegbasis, ertoe strekte en ertoe had kunnen leiden dat de KMar, hoewel daartoe niet gehouden, overeenkomstig die strekking alsnog zou afzien van het instellen van een opsporingsonderzoek. Het derde middel is dus tevergeefs voorgesteld. Voorts heeft het Hof, anders dan het tweede middel aanvoert, het bewezen verklaarde opzet uit de gebezigde bewijsmiddelen kunnen afleiden.

4.5. Uit het voorgaande volgt dat beide middelen falen.

[Volgt: Verwerping van het beroep. – *Red.*]

#### MIDDELEN VAN CASSATIE

##### *Middel II*

1. Het recht - in het bijzonder de artikelen 359 en 415 Sv. - is geschonden en/of naleving is verzuimd van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormvoorschriften, doordat het bewezen verklaarde niet uit de gebezigde bewijsmiddelen kan worden afgeleid. Met name kan daaruit niet een bij verzoeker bestaande opzet worden afgeleid om een persoon, die schuldig was aan het misdrijf van artikel 8 WVV, behulpzaam te zijn in het ontkomen aan de nasporing van of aanhouding door een of meer ambtenaren van de Koninklijke Marechaussee. De bewezenverklaring is mitsdien niet naar de eis van de wet met redenen omkleed.

##### 2. Toelichting

2.1. De delictomschrijving van artikel 189 Sr. stelt het verrichten van een bepaalde gedraging strafbaar waarbij de opzet betrekking heeft op alle bestanddelen van het delict. Verzoeker dient derhalve willens en wetens de van het misdrijf van artikel 8 WVV verdachte en uiteindelijke veroordeelde korporaal te helpen in het ontkomen aan Justitie. Het middel stelt het bewijs van het bestanddeel ‘opzettelijk’ aan de orde.

2.2. De feitelijke gedraging die het Gerechtshof verzoeker blijkens de bewezenverklaring verwijt is dat hij: “met dat opzet toen en daar aan zijn ondergeschikten de opdracht [heeft] gegeven om de inmiddels gewaarschuwde Koninklijke Marechaussee af te bellen”. Noch uit voornoemde gedraging van verzoeker, noch uit de door het Gerechtshof gebezigde bewijsmiddelen, kan worden afgeleid dat verzoeker de opzet heeft gehad tot het tegenwerken van Justitie.

2.3. De Koninklijke Marechaussee heeft op grond van de Politiewet 1993 de verantwoordelijkheid van de tenuitvoerlegging van politietaken ten behoeve van de Nederlandse strijdkrachten en is derhalve in het algemeen als enige bevoegd jegens militairen en derhalve jegens de korporaal als verdachte van het meergenoemde strafbare feit op te treden. Verzoeker heeft in zijn hoedanigheid van commandant van de Vliegbasis Woensdrecht in dit geheel geen enkele feitelijke noch formeel-juridische positie, laat staan enige bevoegdheid verband houdende met strafvorderlijke bepalingen in het algemeen en de nasporing van en aanhouding van (militaire) verdachten in het bijzonder. Dat verzoeker de inmiddels gewaarschuwde Koninklijke Marechaussee heeft laten afbellen, heeft dan ook geen enkel feitelijk of juridisch gevolg gehad of kunnen hebben in het kader van de nasporing en of aanhouding van de korporaal die schuldig was aan het misdrijf van artikel 8 WVV.

2.4. Nu ook anderszins geen functionele relatie bestaat tussen verzoeker en het personeel van de Koninklijke Marechaussee, heeft het afbellen van de inmiddels gewaarschuwde Marechaussee ook in die zin geen gevolg gehad noch kunnen hebben, zodat de slotsom dient te luiden dat verzoeker nimmer voornoemde opzet heeft kunnen hebben en dat het bewijs van het bewezen verklaarde bestanddeel “opzettelijk” ontoereikend is en ‘s

Hofs arrest op grond hiervan niet in stand kan blijven.

### *Middel III*

1. Het recht - in het bijzonder de artikelen 359 en 415 Sv. - is geschonden en/of naleving is verzuimd van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormvoorschriften, doordat het Gerechtshof ten onrechte het bewezen verklaarde niet uit de gebezigde bewijsmiddelen kan afleiden. Met name kan daaruit niet volgen dat verzoeker behulpzaam is geweest bij het ontkomen van de persoon die schuldig was aan het misdrijf van artikel 8 VVW aan de Koninklijke Marechaussee. De bewezenverklaring is mitsdien niet naar de eis van de wet met redenen omkleed.

#### 2. Toelichting

2.1. Dit middel richt zich op het bestanddeel ‘behulpzaam zijn’. Het behulpzaam zijn in de zin der wet vereist een actieve rol, rechtstreeks of indirect tegen de nasporing en/of aanhouding van (in casu) de korporaal gericht. Onder het begrip ‘behulpzaam zijn’ kunnen vele handelingen vallen (zie onder meer de conclusie van de advocaat-generaal in NJ 1976,164) en deze dienen ingevolge de Memorie van Toelichting ertoe te leiden dat de begunstigde Justitie tegenwerkt.

2.2. Ook in deze geldt hetgeen in het vorige middel naar voren is gebracht en een en ander wordt hieronder volledigheidshalve herhaald. De feitelijke gedraging die het Gerechtshof verzoeker blijkens de bewezenverklaring verwijt is dat hij: “met dat opzet toen en daar aan zijn ondergeschikten de opdracht [heeft] gegeven om de inmiddels gewaarschuwde Koninklijke Marechaussee af te bellen”. Noch uit voornoemde gedraging van verzoeker, noch uit de door het Gerechtshof gebezigde bewijsmiddelen, kan worden afgeleid dat verzoeker behulpzaam is geweest bij het tegenwerken van Justitie.

2.3. De Koninklijke Marechaussee heeft op grond van de Politiewet 1993 de verantwoordelijkheid van de tenuitvoerlegging van politietaken ten behoeve van de Nederlandse strijdkrachten en is derhalve in het algemeen als enige bevoegd jegens militairen en derhalve jegens de korporaal als verdachte van het meergenoemde strafbare feit op te treden. Verzoeker heeft in zijn hoedanigheid van commandant van de Vliegbasis Woensdrecht in dit geheel geen enkele feitelijke noch formeel-juridische positie, laat staan enige bevoegdheid verband houdende met strafvorderlijke bepalingen in het algemeen en de nasporing van en aanhouding van (militaire) verdachten in het bijzonder. Dat verzoeker de inmiddels gewaarschuwde Koninklijke Marechaussee heeft laten afbellen, heeft dan ook geen enkel feitelijk of juridisch gevolg gehad of kunnen hebben in het kader van de nasporing en of aanhouding van de korporaal die schuldig was aan het misdrijf van artikel 8 VVW.

2.4. Nu ook anderszins geen functionele relatie bestaat tussen verzoeker en het personeel van de Koninklijke Marechaussee, heeft het afbellen van de inmiddels gewaarschuwde Marechaussee ook in die zin geen gevolg gehad noch kunnen hebben, zodat de slotsom dient te luiden dat verzoeker nimmer in deze ‘behulpzaam’ heeft kunnen zijn en dat het bewijs van het bewezen verklaarde bestanddeel ‘behulpzaam zijn’ ontoereikend is en ‘s Hofs arrest op grond hiervan niet in stand kan blijven.

#### CONCLUSIE A-G JÖRG

1. Verzoeker is door het gerechtshof te Arnhem, militaire kamer, bij arrest van 18 juli 2001 ter zake van “poging tot: opzettelijk iemand die schuldig is aan enig misdrijf behulpzaam zijn in het ontkomen aan de nasporing of aanhouding van ambtenaren van de politie” veroordeeld tot een geldboete van f 500, subsidiair 10 dagen hechtenis.

2. Namens verzoeker heeft mr P. Reitsma, advocaat te Nijkerk, bij schriftuur drie

middelen van cassatie voorgesteld.

[...]

8. De bewijsmiddelen houden, voor zover hier van belang en samengevat, het volgende in:

a. verzoeker heeft rond tien uur 's avonds op het terrein van de luchtbasis een auto zien staan waarvan het rechter voorwiel over een witte markeringssteen stond; hij is toen gestopt;

b. dit ongeval was daarvoor al opgemerkt door majoor v.W.; deze heeft bij de plaatsvervangend basiscommandant melding gemaakt van een eenzijdig ongeval waarbij vermoedelijk alcohol in het spel was;

c. de plaatsvervangend basiscommandant heeft vervolgens de marechassee geïnformeerd over het ongeval en de vermoedelijke aard daarvan en heeft een patrouille van de luchtmacht bewaking naar de plaats van het ongeval gedirigeerd;

d. ter plaatse aangekomen, trof de patrouille verzoeker, zijn chauffeur en de bestuurder van de auto (korporaal S.T.) aan;

e. verzoeker heeft toen tegen de patrouille militairen gezegd dat S.T. verkeerd bezig was om sergeant te worden, dat hij te veel gedronken had, dat dit niet de eerste keer was en dat het wel eens het einde van zijn carrière bij de luchtmacht kon betekenen;

f. tegen S.T. zei verzoeker dat hij hem voor deze ene keer nog wel zou matsen, dat hij geluk zou hebben als ze de auto van de markeringssteen konden tillen en dat hij zich de volgende dag bij zijn directe meerdere moest melden;

g. de auto is van de steen getild en vervolgens heeft verzoeker aan de patrouille opdracht gegeven S.T. naar zijn legeringsgebouw te begeleiden en om de marechassee af te bellen met de mededeling dat hij, verzoeker, het niet noodzakelijk vond dat de marechassee ter plaatse kwam;

h. om 23.30 uur diezelfde avond werd verzoeker gebeld door de marechassee die hem mededeelde toch een onderzoek te willen instellen;

i. verzoeker heeft toen nogmaals gezegd dat hij verder onderzoek niet noodzakelijk vond.

9. De vraag die de middelen - welwillend gelezen - in wezen aan de orde stellen, is of het bewezenverklarde kan worden aangemerkt als het behulpzaam zijn bij het ontkomen aan de aanhouding of vervolging door de politie in de zin van artikel 189, eerste lid, onder 1°, Sr. De teneur van het middel is dat verzoeker door het laten afbellen van de marechassee weliswaar de bedoeling heeft gehad de korporaal S.T. te 'matsen', maar dat zijn handelen niet kan worden aangemerkt als het behulpzaam zijn bij het ontkomen aan aanhouding of vervolging omdat verzoeker ter zake van die vervolging of aanhouding geen bevoegdheid had, zodat zijn handelen daarop ook geen invloed kan hebben gehad. Met andere woorden: de beslissing om, ongeacht het telefoontje inhoudende dat hun komst naar het oordeel van de commandant van de basis niet langer noodzakelijk was, al dan niet te komen bleef aan de marechassee.

10. De strekking van artikel 189 is dat men het recht in zijn loop niet mag belemmeren. Of in de woorden van de Memorie van Toelichting:

“Hij die de justitie tegenwerkt door buiten haar bereik te stellen [...] een verdacht persoon [...] pleegt een misdrijf tegen het openbaar gezag.”

Een minderheid van de Commissie der Rapporteurs lichtte destijds haar mening dat het artikel 189, eerste lid, onder 1°, Sr beter kon worden geschrapt, als volgt toe:

“Waar de vervolging en de nasporing van misdrijven aan bepaalde personen, de ambtenaren van justitie of politie is toevertrouwd, bestaat geen enkele zedelijke plicht voor den



burger om ook zelf in ieder concreet geval ten koste van zijnen medeburger het Staatsbelang te bevorderen.”

In de Memorie van Antwoord bepleit de regering handhaving van de bepaling, stellende:

“Weglating van art. 208 (nu art. 189, NJ), 1°. ware hoogst ontraden. Er bestaat geen plicht om iemand, wien ook, te verraden, maar wèl om zich te onthouden van tegenwerking van de justitie.”

Tijdens de behandeling van het wetsontwerp in de Tweede Kamer heeft de toenmalige minister van Justitie Modderman over de strekking van het artikel nog opgemerkt:

“het grootste kwaad, waartegen dit artikel waakt, is juist de tegenwerking der justitie bij den aanvang van het onderzoek. Juist wanneer zij zoo al niet de hulp, dan toch minstens de neutraliteit van het publiek meest nodig heeft, wordt zij soms bij het opsporen van misdrijf of van den dader tegengewerkt.”

(Zie Smidt II [1881], blz. 186-190.)

11. Het gaat in de onderwerpelijke bepaling dus om het strafbaar stellen van het in meer of mindere mate actief tegenwerken van justitie of politie. De mededeling dat van het publiek toch minstens neutraliteit mag worden verwacht, zou een aanwijzing kunnen zijn dat geringe activiteit al voldoende is.

12. Rechtspraak over waar de ondergrens van behulpzaamheid ligt is schaars. In een grijs verleden heeft de rechtbank Zutphen beslist dat het enkele zeggen tegen politieambtenaren: “Ik wil geen herrie. Er uit”, waarop de agenten inderdaad rechtsomkeert maakten terwijl zij dat niet hoefden, niet het behulpzaam zijn in vorenbedoelde zin opleverde (Rb. Zutphen 27 juni 1900, PvJ 1900, nr. 63). Noyon-Langemeijer-Remmelink achten dit vonnis onjuist, aangenomen dat vaststond dat het de bedoeling was dat men het ontkomen aan de nasporing bedoelde te beletten (NLR, art. 189, aant. 4). Het opzettelijk niet horen door een ambtenaar van politie van iemand van wie hij weet dat deze schuldig is aan een misdrijf, kon volgens de Hoge Raad niet worden aangemerkt als het behulpzaam zijn in de hier bedoelde zin (HR 26 juni 1951, NJ 1952, 56, m.nt. WP). Dit oordeel ligt mijns inziens in de lijn van de gedachtegang van de wetgever dat het onthouden van medewerking aan de opsporing alleen niet voldoende is.

13. Naar mijn mening kon het hof uit de bewijsmiddelen, zoals hiervoor onder 8 samengevat, afleiden dat verzoeker opzettelijk behulpzaam is geweest bij het ontkomen aan de politie als bedoeld in artikel 189, eerste lid, onder 1°, Sr. Dat verzoeker met het opzet om S.T. behulpzaam te zijn bij het ontkomen aan aanhouding en vervolging de marechaussee heeft laten afbellen kon het hof gevoeglijk afleiden uit wat verzoeker aan S.T. en aan de patrouillerende militairen heeft gezegd (zie hiervoor onder 8, e en f). Door die verklaringen alsmede de verklaringen bedoeld onder 8, g, h en i, tot het bewijs te bezigen heeft het hof voorts tot uitdrukking gebracht dat verzoeker zelf aanvankelijk ervan uitging dat hij vervolging van een ondergeschikte kon voorkomen en dat hij door gebruik te maken van zijn positie heeft geprobeerd<sup>1)</sup> zijn ondergeschikte buiten het bereik van justitie en politie te houden.

14. Illustratief voor de spanning die heeft bestaan tussen verzoeker als bevelhebber van de basis (en kennelijk begaan met de toekomst van de dronken militair) enerzijds en de marechaussee als opsporingsinstantie anderzijds is nog dat verzoeker tijdens het verhoor voor het hof heeft verklaard dat hij vond dat de opperwachtmeester van de marechaussee, die hij de bewuste avond om 23.30 uur aan de telefoon had, zich dienstklopperig opstelde

<sup>1)</sup> Ter zijde en zonder er consequenties aan te verbinden zij opgemerkt dat het onderhavige delict voltooid kan zijn, ook al mislukt het ontkomen aan nasporing en aanhouding.

en dat hij daar naar eigen zeggen fout op reageerde door zich autoritair op te stellen.

15. Het in de middelen ingenomen standpunt dat verzoeker de bedoelde invloed feitelijk niet had, vindt dus zijn weerlegging in de bestreden uitspraak. Voor het overige kan dit standpunt in cassatie niet op zijn juistheid worden onderzocht, nu dit een onderzoek van feitelijke aard zou vergen, waarvoor in cassatie geen plaats is.

16. De middelen twee en drie falen eveneens.

17. Gronden waarop de Hoge Raad ambtshalve de aangevallen beslissing zou moeten vernietigen heb ik niet aangetroffen.

18. Deze conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

---

## BESTUURSRECHTSPRAAK

### Centrale Raad van Beroep

8 mei 2003

01/1101 MAW

*Voorzitter:* Mr. A. Beuker-Tilstra; *leden:* Mr. J.H. van Kreveld en Mr. K. Zeilemaker.

#### Het ongeval tijdens sportles

*Een vrouwelijke onderofficier bliesseerde tijdens een sportles bij een sprong van een kast haar knie. Dit ongeval werd door de Staatssecretaris van Defensie als een dienstongeval aangemerkt. Toen de onderofficier de staatssecretaris verzocht de aansprakelijkheid te aanvaarden voor alle uit het ongeval voortvloeiende materiële en immateriële schade, wees de staatssecretaris dit verzoek af. De onderofficier stelde tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) afwijzing beroep in. De rechtbank verklaarde het beroep ongegrond, welke uitspraak, zoals hieronder valt te lezen, door de Centrale Raad van Beroep wordt bevestigd. Evenals de rechtbank is de Raad van oordeel dat de staatssecretaris genoegzaam heeft aangetoond dat hij niet tekort is geschoten in het nakomen van de in dit verband op hem rustende verplichtingen.*

(Sportongeval en schadevergoeding)

#### UITSPRAAK

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

#### *I. Ontstaan en loop van het geding*

Namens appellante is op bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 9 januari 2001, nr. AWB 00/03785 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is in reactie hierop verwezen naar de stukken die in eerste aanleg zijn ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 28 maart 2003, waar appellante in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. P.M. Groenhart, werkzaam bij ACOM, CNV-bond van Militairen. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. C.J. Gijzen, werkzaam

bij het Ministerie van Defensie.

## *II. Motivering*

1.1. Appellante, wachtmeester der eerste klasse van de Koninklijk Marechaussee, heeft op 24 november 1997 tijdens een sportles bij het springen van een kast met een hoogte van 1.20 meter haar knie geblesseerd. Dit ongeval is door gedaagde als dienstongeval aangemerkt. Bij schrijven van 10 december 1998 is door appellante aan gedaagde verzocht aansprakelijkheid te aanvaarden voor alle materiële en immateriële schade die uit dit ongeval voortvloeit. Bij besluit van 3 maart 1999 heeft gedaagde geweigerd de gestelde schade te vergoeden, welke weigering na bezwaar bij besluit van 23 februari 2000 is gehandhaafd.

2. Het namens appellante tegen dit besluit ingestelde beroep is door de rechtbank bij de aangevallen uitspraak ongegrond verklaard.

3. Naar aanleiding van hetgeen partijen in hoger beroep naar voren hebben gebracht, in de kern hierop neerkomend dat gedaagde niet, respectievelijk wel voldaan heeft aan de verplichtingen die voortvloeien uit zijn werkgeverschap en de overigens in dit geding voorhanden zijnde gegevens, overweegt de Raad als volgt.

3.1. Indien, zoals in het onderhavige geval, sprake is van een zuiver schadebesluit betreffende schade die door de ambtenaar in de uitoefening van zijn dienstbetrekking is geleden, hanteert de Raad volgens vaste rechtspraak (CRvB 22 juni 2000, TAR 2000,112) de navolgende, ook door de rechtbank in de aangevallen uitspraak gehanteerde 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 de 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 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.

3.2. De Raad is evenals de rechtbank van oordeel dat gedaagde genoegzaam heeft aangetoond dat hij niet tekort is geschoten in het nakomen van zijn bovenbedoelde verplichtingen. Hierbij heeft de Raad laten wegen dat het ongeval plaatsvond bij een eenvoudige oefening tijdens de warming-up van de sportles, waarbij op rustige wijze vanuit hurkzit van een kast van 1.20 meter moest worden gesprongen. Deze oefening was zeker niet zwaar voor militairen, die jaarlijks dienen te voldoen aan een fysieke evaluatietest. Ook appellante had blijkens haar mededeling ter zitting vóór het ongeval aan deze test voldaan en had toestemming deel te nemen aan de sportlessen. De Raad kan appellante dan ook niet volgen in haar standpunt dat gedaagde niet voldaan zou hebben aan zijn verplichtingen door haar deze oefening zelfstandig te laten uitvoeren, zonder dat bij de betreffende kast een of twee begeleiders waren gestationeerd, nog daargelaten dat daarmee hoogstwaarschijnlijk de bij het neerkomen op de grond ontstane knieblesure van appellante niet had kunnen worden voorkomen.

3.3. Evenmin als de rechtbank ziet de Raad voorts in hetgeen namens appellante is aan gevoerd met betrekking tot het ontbreken van een actief veiligheidsbeleid ten aanzien van vrouwen en sportongevallen en het ontbreken van regelgeving waarin wordt voorgeschreven dat een oefening als de onderhavige wel van mannelijke, doch niet van vrouwelijke militairen mag worden gevraagd, een nalatigheid van gedaagde. De Raad ziet niet in

waarom een oefening als deze niet van een vrouwelijke militair gevergd zou mogen worden.

Overigens worden door gedaagde blijkens de gedingstukken wel verschillende eisen gesteld aan mannen en vrouwen op een aantal andere sportonderdelen waarvoor dit onderscheid wel relevant is.

4. Uit het vorenstaande volgt dat het hoger beroep niet kan slagen en dat de aangevallen uitspraak moet worden bevestigd.

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

6. Beslist wordt als volgt.

### *III. Beslissing*

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

### NASCHRIFT

*1. In dit naschrift wordt in de eerste plaats verwezen naar de naschriften bij CRvB 18 april 2002, MRT 2003, p. 90, en CRvB 31 mei 2001, MRT 2002, p. 25.*

*2. In het naschrift bij de uitspraak van 31 mei 2001 komt de volgende alinea voor:*

*“Indien een vordering is gegrond op een onrechtmatige daad van het bestuur, is niet alleen de bestuursrechter bevoegd, maar ook de burgerlijke rechter. Naar het oordeel van de Hoge Raad dient de burgerlijke rechter een ambtenaar, die zich in geval van schade tot hem wendt, echter in diens vordering niet-ontvankelijk te verklaren. Zie hieromtrent HR 28 februari 1992, TAR 1992, nr. 86 (Changoe-arrest). De Centrale Raad heeft zich bij dit standpunt aangesloten; zie CRvB 1 december 1994, TAR 1995, nr. 33.”*

*Enkele maanden geleden is de Hoge Raad - na het (in een niet-ambtenarenzaak gewezen) arrest Groningen/Raatgever (HR 17 december 1999, NJ 2000, 87) - ook ten aanzien van ambtenaren (met inbegrip van militairen) van het in het Changoe-arrest neergelegde standpunt teruggekomen. Zie hieromtrent HR 15 november 2002, TAR 2003, nr. 12. Dit betekent dat, indien een militair zich in een geval als bedoeld tot de burgerrechter wendt, deze ook hem niet langer (zoals voorheen) in diens vordering niet-ontvankelijk dient te verklaren.*

G.L.C.

## OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

### Resoluties Veiligheidsraad VN

#### Juridische aspecten tijdens internationaal optreden

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

In mijn vorige rubriek ben ik ingegaan op de totstandkoming en de ontwikkeling van de Veiligheidsraadresolutie<sup>1)</sup>. Ik heb toen aangegeven dat als het (internationaal veiligheids-) systeem werkt, de militair het kader van zijn werkzaamheden kan vinden in de resolutie die ten grondslag ligt aan het optreden<sup>2)</sup>. De resolutie geeft, zoals in mijn eerste artikel vermeld, een kader voor het mandaat en de grondslag voor eventueel geweldgebruik<sup>3)</sup>. Daarnaast is een belangrijk onderwerp de (juridische) bescherming van het uitgezonden personeel. Wat is de status van de uitgezonden militair? Al deze elementen worden ook door de regering geanalyseerd en met de Tweede Kamer van de Staten-Generaal gecommuniceerd. Deze elementen staan ook beschreven in het zogeheten Toetsingskader, de richtlijn die wordt gebruikt bij de overleg tussen regering en de Tweede Kamer bij de voorbereiding van uitzendingen. In de vorige rubriek ben ik ingegaan op de resolutie zelf. In deze rubriek zal ik dieper ingaan op de elementen waar de regering naar kijkt, in het bijzonder de bescherming van uitgezonden personeel. Eerst zal ik een korte uitleg geven van het Toetsingskader en de systematiek van *Status of Forces Agreements* (SOFA's).

Vervolgens zal ik kort ingaan op enkele operaties waaraan de Koninklijke Luchtmacht (KLu) heeft deelgenomen. Ik zal hierbij bezien welke resoluties aan de operatie ten grondslag hebben gelegen en in hoeverre de juridische bescherming van het uitgezonden personeel geregeld was. In de vorige rubriek ben ik ook ingegaan op (het verschil tussen het 'wat' en het 'hoe' van) begrippen als mandaat en geweldgebruik. In deze rubriek richt ik me meer op de juridische bescherming (de zogeheten status) van uitgezonden militairen. Daarmee is de basis gelegd om in de volgende rubrieken in te gaan op het 'wat' van die begrippen door in te zoomen op een specifieke operatie en de daarbij behorende elementen, mandaat, geweldgebruik en juridische bescherming. Ik zal dan beginnen met de Operatie 'Enduring Freedom', het in coalitieverband optreden tegen het terrorisme na de aanslagen op het WTC.

#### Het Toetsingskader

Voordat de regering besluit om troepen in te zetten bij een vredesoperatie worden eerst enkele belangrijke factoren afgewogen. Het gaat dan om elementen als grondslag voor optreden, mandaat, operationele risico's, financiën etc. Op 28 juni 1995 boden de ministers van Buitenlandse Zaken en Defensie de Tweede Kamer een toetsingskader aan dat kon

<sup>1)</sup> MRT januari 2003, Resoluties Veiligheidsraad VN.

<sup>2)</sup> Abusievelijk is vermeld dat de vervolgrubriek "hoe resoluut is een resolutie" zou gaan heten. Het is mijn voornemen eerst nog enkele relevante kenmerken uit een operatie nader toe te lichten alvorens op een specifieke operatie in te gaan. Mede door mijn uitzending als Legal Advisor naar Manas, Kirgizië heeft dit vervolg even op zich laten wachten, vandaar deze wat late plaatsing in het MRT

<sup>3)</sup> In mijn vorige rubriek heb ik aangegeven dat sinds enkele jaren de resolutie meer specifiek aangeeft wat de taken zijn voor de in te zetten vredesmacht. Er wordt zelfs een afbakening gemaakt tussen civiele en militaire taken, zie S/RES 1244.

dienen ter structurering van de gedachtewisseling met het parlement over de deelneming van Nederlandse militaire eenheden aan internationale crisisbeheersingsoperaties. In 1995 werd reeds voorzien dat dit toetsingskader flexibel genoeg zou moeten zijn om in sterk verschillende situaties te kunnen worden toegepast. Bovendien zou het aangepast moeten kunnen worden aan veranderende omstandigheden. Zes jaar later was er aanleiding om het parlement een aangepast toetsingskader aan te bieden. Op 22 maart 2000 werd de interdepartementale Kosovo-evaluatie aan de Kamer aangeboden, op 4 september gevolgd door het rapport “Vertrekpunt Den Haag” van de Tijdelijke Commissie Besluitvorming Uitzendingen (TCBU) over de politieke besluitvorming in Nederland inzake de deelname aan en de voortgang van vredesoperaties in de afgelopen tien jaar. Mede op basis hiervan is het Toetsingskader 2001 vastgesteld. Verder waren inmiddels de artikelen 97 en 100 Grondwet veranderd. Deze artikelen zien op de gronden voor inzet en de actieve informatieplicht van de regering aan de Tweede Kamer bij de uitzending van militaire eenheden. De beslissing tot deelname aan een operatie, anders dan deelname aan een oorlog als partij in het conflict of operaties waarvan Nederland op grond van een verdragsverplichting moet optreden, ligt bij de Regering en niet bij de Staten-Generaal<sup>4)</sup>.

Om zorgvuldig en weloverwogen te kunnen reageren informeert de regering de Tweede Kamer als zij gaat onderzoeken of een Nederlandse bijdrage aan een vredesoperatie wenselijk en mogelijk is. Dit gebeurt aan de hand van de aandachtspunten uit het Toetsingskader 2001: gronden voor deelneming, politieke aspecten, mandaat, deelnemende landen, invloed (die Nederland kan uitoefenen op mandaat, wijze van uitvoering en duur van de operatie), militair-operationele haalbaarheid, risico's, geschiktheid en beschikbaarheid, duur van de deelneming en financiën. Op deze wijze wordt vooraf onder andere gekeken naar: onze taak, de gevallen waarin en de wijze waarop gebruik mag worden gemaakt van geweld en de juridische status van het uit te zenden personeel. Deze status wordt als alles goed is, voorafgaande aan de uitzending afgesproken tussen de deelnemende landen en het land waarin de operatie plaatsvindt en wordt vastgelegd in een zogeheten *Status of Forces Agreement* (SOFA).

### **Status Of Forces Agreement**

Zoals gezegd is een SOFA een document waarin afspraken worden vastgelegd omtrent de status van het uitgezonden personeel. Een dergelijk document kan ad hoc worden opgesteld, specifiek afgestemd op een bepaalde situatie in een bepaald land. Er zijn echter ook reeds bestaande SOFA's of Model-SOFA's waar in voorkomend geval naar kan worden verwezen. Zo hebben de Verenigde Naties een Model UN-SOFA opgesteld die kan worden gebruikt tussen de Verenigde Naties en het land waarin hun troepenmacht wordt gestationeerd. Het is echter ook mogelijk vooraf met landen af te spreken welke rechten en plichten in voorkomend geval aan elkaar worden toegekend. Dit is gebeurd tussen de landen van de NAVO (NATO-SOFA) en tussen de landen die zijn aangesloten bij het *Partnership for Peace* programma (PFP-SOFA). Ik zal kort ingaan op deze drie SOFA's<sup>5)</sup>.

<sup>4)</sup> Zie de artikelen 96, 97 en 100 Grondwet. Hierin wordt bepaald dat Nederland niet in oorlog wordt verklaard dan na voorafgaande toestemming van de Staten-Generaal en dat de regering verplicht is aan de Staten-Generaal tijdig inlichtingen te verstrekken over de inzet of het ter beschikking stellen van de krijgsmacht ter handhaving of bevordering van de internationale rechtsorde. Voor deelname aan vredesoperaties is geen instemming van de Staten-Generaal vereist.

<sup>5)</sup> Volledigheidshalve wijs ik ook op de met Duitsland afgesloten Aanvullende Overeenkomst bij het NAVO-Statusverdrag. Vanwege het onderwerp van deze rubriek valt een inhoudelijke behandeling van dit document buiten beschouwing.

## UN-Status of Forces Agreement

Als een VN-operatie met instemming van een gastland wordt uitgevoerd moet zo snel mogelijk tussen de VN en het gastland een overeenkomst worden gesloten met betrekking tot de status van de VN-troepenmacht. In 1989 heeft de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties haar bezorgdheid uitgesproken omtrent de status van aan vredesoperaties deelnemende troepen<sup>6)</sup>. De VN heeft een 'Model-SOFA' ontwikkeld die als raamwerk kan dienen bij het opstellen van een individuele overeenkomst tussen de VN en de landen op wier territorium de *peacekeeping* operatie plaatsvindt<sup>7)</sup>. In de UN-SOFA wordt onder meer vermeld welke de deelnemende staten zijn en welk land de *host-country* is. Verder worden termen en definities omschreven. Vervolgens wordt aangegeven wanneer en in welke gevallen de UN-SOFA toepasselijk is. Het toepassingsgebied van de UN-SOFA betreft in het algemeen het grondgebied van de staat met wiens regering de VN de SOFA hebben gesloten. Onder regering dient eveneens te worden verstaan het orgaan dat het gebied waarin de operatie wordt uitgevoerd de facto controleert. Als een VN-operatie wordt uitgevoerd op het grondgebied van meerdere staten dan dient met elke staat afzonderlijk een SOFA te worden overeengekomen. Op grond van hoofdstuk II van de UN-SOFA zijn de voorrechten en immuniteiten voor het VN-personeel in hoofdzaak dezelfde als die worden genoemd in het Verdrag nopens de voorrechten en immuniteiten van de Verenigde Naties. Vanwege het feit dat niet alle landen lid zijn bij dit verdrag moeten de betreffende voorrechten en immuniteiten in de SOFA zelf worden opgenomen. In hoofdstuk IV van de UN-SOFA worden onder andere de volgende bepalingen genoemd:

### *Vlaggen en markeringen*

In de UN-SOFA wordt bepaald dat de Verenigde Naties gerechtigd is tot het voeren van de VN-vlag. Dit mag op onder andere het hoofdkwartier, kampementen, boten en voertuigen. Verder dienen boten, voertuigen en vliegtuigen een duidelijk onderscheidende *United Nations* markering te dragen. Deze bepaling geeft op diverse manieren een bescherming aan het VN-personeel. Ten eerste, als de VN niet als partij wordt gezien in het conflict dan hebben de VN-militairen de status van burger. Als het VN-personeel en -materieel zich met de vlaggen en markeringen onderscheidt van de rest van de aanwezigen is de kans kleiner om voor combattant te worden aangezien. Verder geldt dat als de VN wel als partij in het conflict wordt gezien zij op deze wijze duidelijk zijn te herkennen als legitiem combattant. Ze hebben dan ook recht op de volledige bescherming die het, op dat moment toepasselijke, Humanitair Oorlogsrecht (HOR) biedt<sup>8)</sup>.

### *Jurisdictie*

Een VN-troepenmacht dient de wetten en gebruiken van het gastland te respecteren<sup>9)</sup>. Bij het plegen van overtredingen of misdrijven zal het betreffende land, voor zover door de lokale wetgeving bepaald, rechtsmacht hebben. In de UN-SOFA is bepaald dat in voor

<sup>6)</sup> UN-Doc. A/44/49.

<sup>7)</sup> UN-Doc. A/45/594.

<sup>8)</sup> Als de VN wordt gezien als een partij in het conflict zal het HOR ook op de VN-militairen van toepassing zijn. Als de VN niet als partij in het conflict wordt gezien dan hebben de VN-militairen de status van burger (Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 august 1949, art 50). Verder is er ter bescherming van bepaalde categorieën VN-personeel een apart verdrag opgesteld te weten het Verdrag nopens de voorrechten en immuniteiten van de Verenigde Naties. Reguliere VN-militairen vallen, behoudens enkele uitzonderingen, niet onder de bescherming van dit verdrag.

<sup>9)</sup> UN-SOFA, artikel 6.

komend geval de ‘Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, 13 februari 1946’ toepasselijk is<sup>10</sup>). Kort gezegd komt dat erop neer dat personen behorende tot de VN-vredesmacht, tijdens de uitoefening van hun functie, strafrechtelijke immuniteit genieten. Zij mogen door de gaststaat niet worden gearresteerd, vervolgd en/of berecht. Als een VN-medewerker een misdrijf begaat zal hij door de staat van herkomst worden vervolgd en eventueel berecht. Tevens dient de gaststaat te verzekeren dat strafbare feiten die tegen VN-personeel en -zaken worden gepleegd op dezelfde wijze worden vervolgd als waren zij gepleegd tegen onderdanen en zaken van het gastland<sup>11</sup>). Voordat de troepenmacht wordt uitgezonden dienen de afspraken in een SOFA te zijn vastgelegd. Zoals hierboven is opgemerkt kan de UN-SOFA worden gebruikt tussen de Verenigde Naties en het land waar een troepenmacht wordt gestationeerd.

## NATO-SOFA

De NATO-SOFA is een multilateraal verdrag dat in 1951 door alle NAVO-landen is ondertekend. Binnen alle bij het verdrag aangesloten landen gelden gemeenschappelijke regels aangaande status, jurisdictie, claims, etc. Dit heeft als voordeel dat als een buitenlandse troepenmacht in een ander bij het verdrag aangesloten land oefent of opereert er steeds dezelfde regels gelden. In de preambule staat verwoord dat de in het verdrag genoemde bepalingen gelden als staten onderling hebben afgesproken dat een troepenmacht van de ene staat in een andere staat moet opereren. In de NATO-SOFA wordt eerst een aantal definities gegeven. Vervolgens wordt de toepasselijkheid van het verdrag beschreven. Daarna wordt een onderscheid gemaakt in administratieve voorzieningen<sup>12</sup>), de behandeling van claims<sup>13</sup>), economische voorzieningen<sup>14</sup>) en jurisdictie. Gezien het onderwerp van dit artikel beschrijf ik alleen de toepasselijkheid van de NATO-SOFA en de regels omtrent strafrechtelijke jurisdictie.

### *Toepasselijkheid*

In de eerste paragraaf van artikel 1 van het verdrag wordt een definitie gegeven van ‘strijdkrachten’. Hieronder wordt verstaan: *“the personnel belonging to the land, sea or air armed services of one Contracting Party when in the territory of another Contracting Party in the North Atlantic Treaty Area in connection with their official duties, provided that the two Contracting Parties concerned may agree that certain individuals, units or formations shall not be regarded as constituting or included in “a force” for the purposes of the Agreement”*. Verder wordt in de tweede paragraaf van artikel 1 bepaald dat *“This Agreement shall apply to the authorities of political subdivisions of the Contracting Parties, within their territories to which the Agreement applies or extends in accordance with article XX (...)”*.

<sup>10</sup>) Dit is hetzelfde Verdrag als genoemd in voetnoot 8. Bij het immuniteitenverdrag zijn 124 Staten aangesloten. Het kan dus voorkomen dat een VN-operatie plaatsvindt waaraan landen meedoen die geen partij zijn bij dat verdrag. Derhalve is ook in de UN-SOFA opgenomen dat de bepalingen uit het immuniteitenverdrag toepasselijk zijn.

<sup>11</sup>) UN-SOFA, artikel 45.

<sup>12</sup>) Hieronder vallen onderwerpen als: toelating van de strijdkrachten en de civiele component, rijbewijzen, het dragen van uniformen en wapens.

<sup>13</sup>) Hieronder vallen onderwerpen als: schade, vrijwaring, schadeverdeling, schadeafhandelingsprocedures.

<sup>14</sup>) Hieronder vallen onderwerpen als: logistieke ondersteuning, medische voorzieningen, belastingen en belastingvrijstellingen.



### *Jurisdictie*

De strafrechtelijke jurisdictie wordt geregeld in Artikel VII van de NATO-SOFA. Het doel van dit artikel is het ordelijk rangschikken van het recht tot uitoefening van jurisdictie over misdrijven begaan op het grondgebied van een ontvangende staat door leden van een bezoekende strijdmacht. In de eerste paragraaf van dit artikel worden de basisregels neergelegd. De militaire autoriteiten van de staat van herkomst hebben het recht op het grondgebied van de staat van verblijf alle bevoegdheden uit te oefenen op strafrechtelijk en tuchtrechtelijk gebied welke de staat van herkomst hen toekent over alle personen die aan de militaire wetten van die staat zijn onderworpen. Verder wordt rechtsmacht toegekend aan de autoriteiten van de staat van verblijf over de leden van een krijgsmacht of van een civiele dienst en hun gezinsleden met betrekking tot vergrijpen welke zijn begaan op het grondgebied van de staat van verblijf en strafbaar zijn volgens de wetten van die staat. In veel gevallen zal het zo zijn dat zowel de staat van verblijf als de staat van herkomst rechtsmacht hebben. Voor die gevallen zijn er samenloopregels gemaakt. In geval van samenloop van rechtsmacht bepaalt de vierde paragraaf van artikel VII NATO-SOFA dat in een aantal specifieke gevallen de staat van herkomst voorrang heeft. Dit geldt met name als het gaat om vergrijpen welke zijn gericht tegen de eigendommen of veiligheid van die staat of vergrijpen welke uitsluitend zijn gericht tegen de persoon of eigendommen van een ander lid van de krijgsmacht of van de civiele dienst of van een gezinslid. Verder heeft de staat van herkomst voorrang als het gaat om vergrijpen welke voortvloeien uit enige daad of nalatigheid begaan in de uitoefening van de dienst. In geval van enig ander vergrijp hebben de autoriteiten van de staat van verblijf voorrang bij de uitoefening van de rechtsmacht.

Kort samengevat is de NATO-SOFA van toepassing op strijdkrachten van een verdragspartij die zich op het grondgebied bevinden van een andere verdragspartij tijdens de officiële uitoefening van de dienst. Leden van een internationale troepenmacht die gestationeerd zijn in een NAVO-land genieten derhalve de bescherming die de NATO-SOFA hen biedt. Als voorbeeld kunnen worden genoemd de deelnemers aan de operatie 'Joint Forge' die waren gelegerd in Amendola, Italië. Met betrekking tot vergrijpen begaan tijdens de uitoefening van hun dienst had Nederland voorrang bij het uitoefenen van de rechtsmacht.

### **PFPP-SOFA**

In 1996 is door een aantal landen die zijn aangesloten bij het 'Partnership for Peace Program' (PFPP) en landen die zijn aangesloten bij de NAVO een nieuw verdrag getekend<sup>15</sup>). Dit verdrag staat bekend als de PFPP-SOFA en bestaat slechts uit enkele bepalingen. De landen aangesloten bij de PFPP-SOFA verklaren de bepalingen uit de NATO-SOFA toe te passen als waren ze verdragspartij bij het NAVO-Statusverdrag. Vervolgens wordt verklaard dat het verdrag, behalve op het gebied waar de NATO-SOFA van toepassing is, van toepassing is op het grondgebied van alle staten die partij zijn bij het PFPP-verdrag. Verder wordt in een aanvullend protocol verklaard dat elke staat die partij is bij dit aanvullende protocol, voor zover deze overeenkomstig de bepalingen van het verdrag rechtsmacht heeft, niet een doodvonnis te uitvoeren zal leggen met betrekking tot leden van de

<sup>15</sup>) Verdrag tussen de Staten die zijn aangesloten bij het Noord-Atlantisch verdrag en de overige staten die deelnemen aan het Partnership for Peace nopens de rechtspositie van hun krijgsmachten, maart 1996.

krijgsmachten of het daarbijbehorende burgerpersoneel, noch op gezinsleden afkomstig uit een andere staat die partij is bij dit aanvullende protocol<sup>16</sup>). Op deze wijze wordt de werking van de bepalingen uit de NATO-SOFA uitgebreid naar die staten die het PFP-verdrag hebben ondertekend.

### Specifieke SOFA's

Vredesoperaties kunnen overal ter wereld plaatsvinden. Verder kan de samenstelling van de vredesmacht per operatie verschillen. Als het land waarop de operatie plaatsvindt, of een land dat aan de vredesoperatie deelneemt, geen verdragspartij bij een van bovengenoemde SOFA's is, dan zijn die SOFA's niet van toepassing. Voor die specifieke operatie zal dan een aparte SOFA moeten worden afgesloten. Ik geef twee voorbeelden van specifieke SOFA's die waren afgesloten voor operaties waarbij de Koninklijke Luchtmacht betrokken is (geweest). Hieruit blijkt dat het recht in beweging is. In afwijking van de beschreven structuur voor het tot stand komen van SOFA's, werd in die gevallen de status van het personeel op een andere manier geregeld. Als voorbeelden gebruik ik de operaties "Joint Guardian" en het deelnemen door Nederland aan de stabilisatiemacht in Irak (SFIR).

#### *Operatie "Joint Guardian"*

Op 13 juni 1999 is de Kosovo Force (KFOR) Kosovo binnengetrokken om toe te zien op naleving van de Military Technical Agreement (MTA) tussen de FRY en KFOR<sup>17</sup>). Zonodig zal de KFOR de naleving van de MTA afdwingen. De MTA zou in een later stadium worden vervangen door een vredesregeling die eveneens door KFOR zal worden bewaakt. Deze operatie werd door de NAVO uitgevoerd onder de naam "Operation Joint Guardian"<sup>18</sup>). De geformeerde KFOR bestond voor een groot deel uit NAVO-troepen. Naast het toezien op de naleving van de MTA leverde KFOR initieel een bijdrage aan de humanitaire hulp aan vluchtelingen en het herstellen van de infrastructuur in Kosovo. Nederland nam onder andere deel aan deze operatie met een helikopterdetachement bestaande uit één vlucht Bölkow-helikopters. Het detachement is begonnen te opereren vanuit Albanië en werd kort daarna verplaatst naar Kosovo.

#### *Resoluties en toestemming gebruik geweld*

Ten grondslag aan de KFOR operatie lag onder andere resolutie S/RES 1244. Deze hield onder meer in: "(...) *Authorizes Member States and relevant international organizations to establish the international security presence in Kosovo as set out in point 4 of annex 2 with all necessary means to fulfil its responsibilities under paragraph 9 below;* (...). Hier is dus duidelijk bevoegdheid verleend om alle noodzakelijke maatregelen te nemen die zijn benodigd voor het uitoefenen van de missie.

<sup>16</sup>) Aanvullend protocol behorende bij het Verdrag tussen de Staten die partij zijn bij het Noord Atlantisch verdrag en de overige Staten die deelnemen aan het Partnerschap voor de Vrede nopens de rechtspositie van hun krijgsmachten, artikel 1.

<sup>17</sup>) Op 9 juni 1999 is door The International security force (KFOR) en de autoriteiten van de FRY en de Republiek Servië een Military Technical Agreement (MTA) getekend. Het doel van die MTA was het creëren van een duurzame staking van de vijandelijkheden. In de MTA werd afgesproken dat de troepen van de FRY zich gefaseerd zullen terugtrekken uit Kosovo. Tevens werd een *Ground Safety Zone* en een *Air Safety Zone* ingesteld. Het was de troepen van de FRY verboden deze zones binnen te treden zonder voorafgaande toestemming van KFOR.

<sup>18</sup>) Zie SACEUR OPLAN 10413, Joint Guardian.

### *SOFA*

Het personeel bevond zich in eerste instantie in Albanië. Albanië is lid van het Partnership for Peace Program (PFP). Gedurende het verblijf in dat land was de PFP-SOFA van toepassing. Toen het personeel werd verplaatst naar Kosovo kon niet worden teruggevallen op een bestaande SOFA. Tussen KFOR en de bevoegde plaatselijke autoriteiten waren geen concrete afspraken gemaakt.

Commandant KFOR heeft een interim-statusverklaring opgesteld (hierna Interim-SOFA)<sup>19)</sup>. Deze geeft aan het personeel dat valt onder KFOR en werkzaam is in Kosovo, een bepaalde bescherming. Deze manier van het vastleggen van de status wijkt af van de beschreven structuur. Normaliter wordt een afspraak gemaakt tussen het gastland en de VN. Echter, Kosovo stond onder VN-bestuur en KFOR had een specifieke taak. Deze specifieke omstandigheden noopten tot een andere manier van vaststelling van de status voor het deelnemend personeel en dat heeft in de praktijk goed gewerkt.

### *Status personeel*

Het personeel dat zich in Albanië bevond genoot (middels de PFP-SOFA) de bescherming die de NATO-SOFA biedt. Het personeel dat zich in Kosovo bevond genoot de bescherming als omschreven in de Interim-SOFA. In deze SOFA wordt een status gegeven aan KFOR-personeel dat aan deze operatie deelneemt. KFOR-personeel was immuun voor alle vormen van wettelijke procedures. De exclusieve jurisdictie lag te allen tijde bij het land van herkomst. Ook mocht KFOR-personeel niet worden gearresteerd, gevangengenomen of berecht door de autoriteiten in Kosovo. Al het KFOR-personeel dat werd opgepakt diende direct te worden overgedragen aan de KFOR-autoriteiten. Tevens had het KFOR-personeel recht op vrije en ongehinderde doorgang in Kosovo (het zogeheten *freedom of movement*).

### *Irak (SFIR)*

Na de beëindiging van het conflict in Irak is besloten tot het oprichten van een stabilisatiemacht in Irak (SFIR). In S/RES 1483 is de lidstaten verzocht bij te dragen aan de stabiliteit en de veiligheid in Irak door het ter beschikking stellen van personeel en materieel onder bestuurlijke verantwoordelijkheid van de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk, die tezamen in de resolutie als de Autoriteit worden aangeduid<sup>20)</sup>. De Autoriteit heeft, met verwijzing naar de wetten en gebruiken van de oorlog en de Veiligheidsraad-resoluties, waaronder S/RES 1483, een Statusverklaring afgekondigd. Hierin wordt de status van het *Coalition-* en *Foreign Liaison Mission Personnel* beschreven. Zo wordt immuniteit toegekend aan personeel en materieel tegen wettelijke procedures. Verder wordt aangegeven dat het personeel onder de exclusieve jurisdictie valt van de staat van herkomst en in voorkomend geval niet door andere autoriteiten mag worden opgepakt, vervolgd en berecht. Ook hier werd derhalve eenzijdig bepaald wat de status is voor de deelnemende militairen.

<sup>19)</sup> Door COMKFOR is de "KFOR Interim Status of Forces Policy" uitgevaardigd. Hij baseerde zijn bevoegdheid op het feit dat de NAC-beslissing op 10 juni 1999 en de Veiligheidsraadresolutie 1244, hem autoriseren "all necessary means" te gebruiken om zijn taak uit te kunnen voeren. Ook de MTA autoriseert COMKFOR alles te doen dat hij noodzakelijk acht om de veiligheid van de internationale troepenmacht te beschermen.

<sup>20)</sup> De resolutie stipuleert dat de landen die een bijdrage aan de Autoriteit leveren niet als bezetende mogendheid worden gezien.

## Slot

In de vorige rubriek ben ik onder meer ingegaan op de onderwerpen mandaat en gebruik van geweld. In deze rubriek is gekeken naar de elementen uit het toetsingskader aan de hand waarvan de regering besluit tot het al dan niet uitzenden van militairen. Met name is de status van het uitgezonden personeel behandeld. Er zijn enkele standaardsituaties waarvoor ook een standaardoplossing is gevonden in de vorm van reeds getekende SOFA's. Veelal zal echter een specifieke SOFA moeten worden afgesloten. In de vaststelling van die status is een ontwikkeling waar te nemen. Bij gebrek aan een adequaat bestuur wordt door de troepenleverende instantie eenzijdig bepaald wat de status van de deelnemende militairen is. In combinatie met de vorige rubriek is nu een basis gelegd voor verdere bestudering van afgeronde of nog lopende operaties. In de volgende aflevering zal ik ingaan op de juridische aspecten van de operatie Operatie "Enduring Freedom".

---

### Register '100 jaar bijdragen in het MRT'

Op 30 oktober is de herdenking van het honderdjarig bestaan van het Militair Rechtelijk Tijdschrift afgesloten. Dat gebeurde tijdens een bijeenkomst in het Voorlichtingscentrum van het ministerie van Defensie in Den Haag. Daarbij is door de voorzitter van de redactie aan de vertegenwoordiger van de minister van Defensie, dr. S.B. Ybema, directeur Juridische Zaken van het ministerie, het eerste exemplaar aangeboden van het in oktober uitgebrachte themanummer met de documenten van het op 22 mei gehouden jubileumsymposium over het onderwerp 'Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties'.

Behalve dit speciale nummer is toen aan de heer Ybema tevens het eerste exemplaar aangeboden van het 'Cumulatief register op de bijdragen gepubliceerd in het Militair Rechtelijk Tijdschrift in de jaren 1905 – 2002'. Het register is samengesteld door mr. Th.J. Clarenbeek, die sinds 1976 aan het tijdschrift verbonden is, eerst als secretaris en later als voorzitter van de redactie, daarna -en tot het einde van dit jaar- als vaste medewerker.

De redactie is de heer Clarenbeek bijzonder erkentelijk voor het door hem verrichte 'monnikenwerk', dat de geïnteresseerden een gemakkelijke toegang verschaft tot de in de loop van bijna een eeuw in het tijdschrift verschenen artikelen. Een volle eeuw is het niet geworden, want in de jaren 1903-1905 behelst de (de voorloper van) het MRT, zoals de naam aangeeft, alleen 'Militaire Jurisprudentie'.

Aan de abonnees die het tijdschrift ontvangen door de zorg van Sdu Uitgevers is het register als 'jubileumgeschenk' toegezonden. Binnen het ministerie van Defensie is het register toegezonden aan de 'abonnees op naam' en overigens verspreid op 'need to know' basis. Een beperkt aantal exemplaren is nog beschikbaar en kan op aanvraag bij de secretaris van de redactie worden verkregen tegen kostprijs (10 euro) en verzendkosten. Het register telt 230 bladzijden en is gebonden in een zwart linnen band.

## REGISTER 2003

**Ambtsbericht**

-; CRvB 21.03.02.....	15
-; CRvB 22.03.02.....	21
-; CRvB 24.10.02.....	228

<b>Asser Newsletter</b> .....	115
-------------------------------	-----

**Beoordeling**

-; CRvB 02.05.02.....	93
-; CRvB 02.05.02.....	96
-; CRvB 26.09.02.....	174
-; CRvB 10.10.02.....	177

**Bestuursrechtspraak***- De enige die aan de eisen voldeed*

Appellant voldeed als enige aan alle gestelde eisen. De functie is hem dan ook ten onrechte niet toegewezen. CRvB 21.02.02 (Naschrift G.L.C.).....	11
--	----

*- Een huurbijdrage van 17 of van 15%?*

In casu is van een specifiek voor militairen bestemde woning geen sprake. Dit betekent dat op grond van de Regeling huisvesting en voeding militairen een huurbijdrage geldt van 17% van de bezoldiging + duurtcorrectie. CRvB 07.03.02.....	13
--	----

*- Overmatig alcoholgebruik tijdens uitzending*

De Raad neemt als vaststaand aan dat appellant zich bij herhaling schuldig heeft gemaakt aan overmatig alcoholgebruik. Niet echter is komen vast te staan dat sprake is geweest van wangedrag van een zodanige ernst dat dit na ongeveer anderhalf jaar nog een ambtsbericht kon rechtvaardigen. CRvB 21.03.02.....	15
---	----

*- De donderslag bij heldere hemel*

De brief, zoals aangevuld, kon, ondanks de vastgestelde beoordelingen, door de Bevelhebber der Zeestrijdkrachten als ambtsbericht worden aangemerkt. CRvB 22.03.02 (Naschrift G.L.C.).....	21
--	----

*- Blootgesteld aan asbestvezels*

Niet met voldoende waarschijnlijkheid is komen vast te staan dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de werkzaamheden en/of werkomstandigheden van [C.] bij de marine in de periode 1957-1963 en de in 1996 bij hem manifest geworden longkanker. CRvB 28.03.02 (Naschrift G.L.C.).....	24
---	----

*- Toegewezen is toegewezen door het bevoegde Nederlandse gezag*

De Raad is van oordeel dat artikel 27 lid 4 AMAR slechts ziet op gevallen waarbij sprake is van functietoewijzing binnen de reguliere formatie, in die zin dat de rang die aan de functie is verbonden, moet zijn toegekend door de bevoegde Nederlandse defensieautoriteit. CRvB 11.04.02 (Naschrift G.L.C.).....	27
--	----

*- De sprong van de hindernisbaan*

Het verzoek om schadevergoeding is terecht afgewezen. De omstandigheden waaronder het ongeval plaatshad, dienen als normaal te worden aangemerkt. Ook is door de staatssecretaris genoegzaam aangetoond dat hij zijn verplichtingen is nagekomen. CRvB 18.04.02 (Naschrift G.L.C.).....	90
---	----

- <i>Toekomstverwachting onvoldoende gemotiveerd</i>	
Beoordeling militair Korps Mariniers. Negatieve toekomstverwachting onvoldoende onderbouwd; niet te verenigen met een aantal relevante waarderingen in andere rubrieken van de beoordeling. CRvB 02.05.02 (Naschrift G.F.W.).....	93
- <i>Geen sprake van onderwaardering</i>	
Beoordeling militair KM. Beoordeling berust niet op onvoldoende gronden. Verplichting tot 'waarschuwen' ziet niet op de inschatting van de toekomstmogelijkheden van beoordeelde. CRvB 02.05.02.....	96
- <i>Geen (volledige) risicoaansprakelijkheid voor Defensie (II)</i>	
Appellant (sergeant 1 <sup>e</sup> klasse van de KL) overkomt een dienstongeval met zeer ernstig lichamelijk letsel als gevolg. De Staatssecretaris van Defensie heeft voldoende aangetoond dat hij zijn verplichtingen in de werkomgeving is nagekomen en afdoende maatregelen heeft getroffen. Geen aanspraak op schadevergoeding naast het al toegekende maximale invaliditeitspensioen. CRvB 08.05.02 (Naschrift W.J.S.).....	98
- <i>De ingetrokken verklaring van geen bezwaar</i>	
Van een onderofficier wordt de verklaring als bedoeld in art. 1 lid 1 onder b Wvo ingetrokken. Beroep ongegrond. Rb Den Haag 14.05.02 (Naschrift G.L.C.).....	102
- <i>Ongeschikt omdat niet uitzendbaar (II)</i>	
Een officier wordt ontslagen omdat hij vanwege zijn niet-uitzendbaarheid ongeschikt moet worden geacht voor de militaire dienst. Beroep ongegrond. CRvB 01.08.02 (Naschrift G.L.C.).....	106
- <i>Het opleggen van een drankverbod mag</i>	
Het aan de onderofficier opgelegde drankverbod is een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. Ook houdt het opgelegde drankverbod een beperking in van de persoonlijke levenssfeer van appellant. Deze beperking berust op een genoegzame wettelijke grondslag (als vereist in o.a. artikel 10 Grondwet). CRvB 03.05.02 (Naschrift G.L.C.).....	125
- <i>Het betonnen paaltje</i>	
Het verzoek van een militair om vergoeding van de door hem ten gevolge van een dienstongeval geleden schade, wordt afgewezen, naar het oordeel van de Raad ten onrechte. CRvB 30.05.02 (Naschrift G.L.C.).....	132
- <i>Verlof voor verenigingsactiviteiten</i>	
Het verzoek van een onderofficier om een dag buitengewoon verlof voor het bijwonen van een vergadering van de AFMP wordt afgewezen. Beroep ongegrond. CRvB 18.07.02 (Naschrift G.L.C.).....	135
- <i>Blootgesteld aan asbest (II)</i>	
De beslissing om de helft van de schade toe te rekenen aan het tabaksgebruik is uitsluitend gebaseerd op epidemiologische gegevens. Onvoldoende is aanneemelijk gemaakt dat dat gedeelte van de schade ook zou zijn ontstaan indien langdurige blootstelling aan asbest achterwege zou zijn gebleven. CRvB 05.09.02 (Naschrift G.L.C.).....	138
- <i>Belast met waarneming?</i>	
Uit art. 25 AMAR i.v.m. de vaste jurisprudentie van de Raad vloeit voort dat als regel van functiewaarneming slechts sprake kan zijn indien de militair door de bevoegde autoriteit <i>vooraf formeel</i> met de waarneming is belast. In casu dient op deze regel een uitzondering te worden aanvaard. CRvB 05.09.02 (Naschrift	

G.L.C.).....	170
- <i>Niet de vereiste objectiviteit II</i>	
Beoordeling majoor van de KL. In casu een zodanig bijzondere situatie aanwezig dat de beoordeling niet op voldoende objectieve wijze door de tweede beoordelaar kon worden vastgesteld. CRvB 26.09.02 (Naschrift G.F.W.).....	174
- <i>Een toereikende feitelijke grondslag</i>	
Beoordeling militair Klu met als totaaloordeel de score AB. Beoordeling berust niet op onvoldoende gronden. CRvB 10.10.02 (Naschrift G.F.W.).....	177
- <i>Zes gram softdrugs</i>	
Ontslag soldaat KLu op grond van wangedrag (AMAR art. 39, tweede lid, aanhef en onder l) wegens bezit van zes gram softdrugs. Bevestiging van de hoofdlijn van het drugsbeleid binnen de krijgsmacht: Bij constatering van bezit of gebruik van drugs wordt overgegaan tot ontslag op grond van wangedrag. CRvB 17.10.02.....	180
- <i>Medische beoordelingsfout is geen ongeval</i>	
Op grond van artikel 147 AMAR moet van elk ongeval een proces-verbaal worden opgemaakt. De minister bepaalt vervolgens of het ongeval wel of geen verband houdt met de uitoefening van de dienst. Omdat medisch handelen of nalaten geen ongeval is behoeft de vraag met betrekking tot het verband in dat geval niet te worden beantwoord. CRvB 25.10.02 (Naschrift W.J.S.).....	182
- <i>Ontslag wegens onvoldoende functioneren II</i>	
Ontslag sergeant mariniers wegens onbekwaamheid / ongeschiktheid (AMAR art. 39, tweede lid, aanhef en onder j) op basis van meerdere beoordelingen met tekortkomingen. Betrokkene bleek in operationele omstandigheden onvoldoende te functioneren. CRvB 07.11.02 (Naschrift G.F.W.).....	185
- <i>Strijd met het beginsel van fair play (II)</i>	
Gelet op de gehele gang van zaken kan de Raad appellant volgen in diens grief dat ten aanzien van hem in strijd is gehandeld met het beginsel van fair play. CRvB 17.10.02 (Naschrift G.L.C.).....	225
- <i>Het ambtsbericht (III)</i>	
De in de brief vermelde verwijten ontberen een voldoende feitelijke grondslag. Dit betekent dat de brief ten onrechte als ambtsbericht is aangemerkt. CRvB 24.10.02 (Naschrift G.L.C.).....	228
- <i>De groep van 58</i>	
Afwijzing verzoek om, ter compensatie van niet genoten ADV, eenmalige uitkering toe te kennen. Geen strijd met gelijkheidsbeginsel. Ook is in feite sprake van een weigering terug te komen van (eerder genomen) rechtens onaantastbaar geworden besluiten. Weigering kan vereiste terughoudende rechterlijke toetsing doorstaan. CRvB 05.12.02 (Naschrift G.L.C.).....	233
- <i>Leeftijdsdiscriminatie?</i>	
Dat de maandelijksse bindingspremie wordt toegekend totdat de leeftijd van 49 jaar is bereikt, levert geen ongeoorloofd onderscheid op in de zin van art. 11 Grondwet. CRvB 30.05.02 (Naschrift G.L.C.).....	259
- <i>Gedane zaken nemen geen keer</i>	
Het bestuur is niet verplicht oude, in het verleden genomen besluiten in overeenstemming te brengen met nieuwe, later tot stand gekomen jurisprudentie. CRvB 05.09.02 (Naschrift G.L.C.).....	262
- <i>Schadevergoeding wegens intrekken verlof</i>	

Onbetaald verlof luitenant-kolonel-tandarts voor voeren eigen tandartspraktijk (12 uur per week) ingetrokken vanwege uitzending naar voormalig Joegoslavië. Aanspraak op vergoeding van de geldelijke schade die het gevolg is van de intrekking van dat verlof. CRvB 21.11.02 (Naschrift G.F.W.).....	265
- <i>Geen muzikant</i>	
Sergeant munitietechnicus KL ambieerde functie bij militaire muziek. Niet ten onrechte heeft de BLS aan het dienstbelang om over munitietechnici te beschikken een groter gewicht toegekend dan aan het belang van betrokkene om naar de militaire muziek te gaan. CRvB 05.12.02 (Naschrift G.F.W.).....	268
- <i>Inkomen als burger geldt als grondslag voor militair pensioen</i>	
Voor de toekenning van een militair pensioen aan een gewezen dienstplichtige wordt het in de burgermaatschappij genoten inkomen als berekeningsgrondslag genomen. Alleen loonstrookjes worden als bewijs aangemerkt dat het inkomen ook daadwerkelijk is genoten. CRvB 16.01.03 (Naschrift W.J.S.).....	273
- <i>Het ongeval tijdens sportles</i>	
Het verzoek om vergoeding van alle uit het dienstongeval voortvloeiende materiële en immateriële schade is terecht afgewezen. Door de staatssecretaris is genoegzaam aangetoond dat hij niet tekort is geschoten in het nakomen van de op hem rustende verplichtingen. CRvB 08.05.03 (Naschrift G.L.C.).....	420
<b>Bindingspremies</b>	
- ICT-personeel; CRvB 30.05.02.....	259
<b>Boekbespreking</b>	
- T.D. Gill: the 11 <sup>th</sup> September and the International Law on Military Operations; door Dr. Snezana Trifunovska.....	277
- Machteld Boot, Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court, dissertatie; door Roelof Haveman.....	313
<b>Buitengewoon verlof</b>	
-; CRvB 21.11.02.....	265
<b>Conferenties en symposia</b>	
Hague Joint Conference on Contemporary Issues of International Law - 2003.....	114
Symposium 100 Jaar MRT.....	159
Verslag van het XVIe congres van de International Society for Military Law and the Law of War over de compatibiliteit van nationale wet- en regelgeving met het Statuut van het Permanente Internationale Strafhof.....	213
Centrale Raad van Beroep 100 jaar.....	324
<b>Dienstongeval</b>	
- en schadevergoeding; CRvB 18.04.02.....	90
- en schadevergoeding; CRvB 30.05.02.....	132
<b>Erratum</b>	
.....	280



<b>Fair play</b>	
Het beginsel van -; CRvB 17.10.02.....	225
<b>Functietoewijzing</b>	
-; CRvB 05.12.02.....	268
<b>Gelijkheidsbeginsel</b>	
-; CRvB 05.12.02.....	233
<b>The Hague Legal portal</b>	
-.....	115
<b>Internationale rechtspraak</b>	
- <i>Bankovic</i>	
De zes klagers, burgers en inwoners van Joegoslavië, beklagden zich over het verlies van hun bloedverwanten, omgekomen bij het NAVO bombardement van 23 april 1999 op de Servische staatsradio en TV. Hun klacht richtte zich tegen de 17 landen partij bij het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), waaronder Nederland, tevens lid van de NAVO en uit dien hoofde aanspreekbaar. Zij voerden schending aan van artikel 2 EVRM (recht op leven), artikel 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting) en artikel 13 EVRM (recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel). Het Hof heeft zich geconcentreerd op artikel 1 EVRM dat de verdragspartijen opdraagt de rechten en vrijheden van het verdrag te verzekeren aan een ieder die onder hun rechtsmacht ressorteert. Het Hof verklaart de klagers niet-ontvankelijk en accentueert daarmee de nauwe band tussen “rechtsmacht” en “territoire”. EHRM 12.12.01 (Naschrift Theo van Boven).....	144
<b>Invloed nieuwe jurisprudentie op oude besluiten</b>	
-; CRvB 05.09.02.....	262
<b>Militair Juridisch Brevet</b>	
Wiersma, J., mr.....	324
<b>Motiveringsbeginsel</b>	
-; CRvB 02.05.02.....	93
-; CRvB 02.05.02.....	96
-; CRvB 10.10.02.....	177
<b>Ontslag</b>	
- wegens wangedrag; CRvB 17.10.02.....	180
- wegens onbekwaamheid / ongeschiktheid; CRvB 07.11.02.....	185
<b>Personalia</b>	
Boot-Matthijssen, M., dr.....	323
Kuijs, C.P.C., mr.....	323
<b>Register ‘100 jaar bijdragen in het MRT’</b>	
.....	430

**Resoluties Veiligheidsraad VN**

- Resoluties Veiligheidsraad VN; door Mr. H. Herber..... 32, 423

**Schadevergoeding**

-; CRvB 28.03.02..... 24  
 dienstongeval en -; CRvB 18.04.02..... 90  
 -; CRvB 08.05.02..... 98  
 dienstongeval en -; CRvB 30.05.02..... 132  
 -; CRvB 05.09.02..... 138  
 -; CRvB 21.11.02..... 265  
 Sportongeval en -; CRvB 08.05.03..... 420

**Sportongeval**

- en schadevergoeding; CRvB 08.05.03..... 420

**Strafrechtspraak***- Niet-ontploffte clusterbom*

Verdachte stuit in Kosovo op kinderen die met niet-ontploffte clusterbom spelen. Door verzuim op te treden - waartoe dienstvoorschrift verplicht - ontploft het explosief: twee doden. Ontvankelijkheid openbaar ministerie. Straftoemeting. Ah 11.06.00 en Hof Ah 13.03.02 (Naschrift M.M.D.)..... 4

*- Nasleep Herculesramp; kostenvergoedingen*

Gewezen verdachte verzoekt vergoeding van kosten die krachtens overeenkomsten tussen raadslieden en vakbonden door deze betaald zijn. Door wie is overeengekomen dat deze kosten ten laste van verzoeker zouden komen? Beïnvloedt afspraak tussen verdachte en raadsman inz. hoogte tarief welke kosten voor vergoeding in aanmerking komen? Ah 18.01.02 en Hof Ah 05.06.02 (Naschrift M.M.D.)..... 82

*- Een man een man, een woord een woord?*

Ter zake van niet-opvolging van een dienstbevel kàn de verklaring van de meerdere die het bevel gaf volledig bewijs opleveren. Ah 03.04.97 (Naschrift M.M.D.)..... 298

*- Schoolbataljon Ermelo (I)*

Instructeur schoolbataljon pleegt ontucht met leerlingen: als ambtenaar ontucht plegen met personen aan zijn gezag onderworpen. Ah 29.03.02..... 301

*- Schoolbataljon Ermelo (II)*

Vervolg op Rb. Arnhem, 29 maart 2002. Instructeur schoolbataljon pleegt ontucht met leerlingen: als ambtenaar ontucht plegen met een personen aan zijn gezag onderworpen. (Na wijziging tenlastelegging:) Tongzoenen is seksueel binnendringen van het lichaam: verkrachting. Hof Ah 20.11.02..... 304

*- Interne afdoening (III)*

‘Behulpzaam zijn bij ontkomen aan nasporing of aanhouding’: enkele omstandigheid dat de verdachte niet bevoegd was KMar bevelen en aanwijzingen te geven, staat niet aan bewezenverklaring in de weg. Niet onbegrijpelijk oordeel dat telefonische mededeling van commandant vliegbasis dat onderzoek naar ongeval op de basis niet nodig was ertoe strekte dat KMar zou afzien van instellen van opsporingsonderzoek. HR 28.01.03..... 414

**Toekomstverwachting**

-; CRvB 02.05.02.....	93
-; CRvB 02.05.02.....	96

**Tuchtrechtspraak**

- *Terminologie “doen van een uitspraak”; onderhandelen over termijnen; heropening van het onderzoek*

- Wat wordt bedoeld met ‘doen van een uitspraak’?
- Over termijnen in het militair tuchtrecht kan niet worden onderhandeld.
- De beslissing in een tuchtprocedure kan ook luiden: heropening van het onderzoek.

Rb Ah 10.02.03 (Naschrift J.R.G.J.).....	166
--	-----

- *Verschoonbare overschrijding van de beroepstermijn; wel of geen grondslagverlating; termijnen voor het beklag*

- Verschoonbare overschrijding van de beroepstermijn.
  - Wel of geen grondslagverlating
- In de uitspraak op beklag wordt meer bewezen verklaard dan in de beschuldiging in eerste aanleg is opgenomen. Grondslagverlating. In beroep wordt dit gecorrigeerd.

- In de uitspraak op beklag wordt een ander overtreden artikel genoemd dan in de beschuldiging stond. Geen grondslagverlating.

- Termijnen voor het beklag.

Gerecht in eerste aanleg van Aruba 16.01.03 (Naschrift J.R.G.J.).....	253
---	-----

**Weigering**

- terug te komen van; CRvB 05.12.02.....	233
--	-----

**Wetgeving**

Overzicht tot stand gekomen en aanhangige wetgeving; door Mr. J.B. Miete.....	189, 308
---	----------

**WETTELIJKE BEPALINGEN**

<b>Algemeen militair ambtenarenreglement</b>	art. 5, lid 3.....	102		
	art. 23.....	11, 268		
	art. 25, lid 1.....	27		
	art. 27, lid 4.....	27		
	art. 27, lid 5.....	27		
	art. 39, lid 2, aanhef en onder j.....	106, 185		
	art. 39, lid 2, aanhef en onder l.....	180		
	art. 43.....	106		
	art. 85, lid 1, onder c.....	135		
	art. 147.....	182		
	<b>Algemene militaire pensioenwet</b>	art. F7, lid 15.....	273	
		<b>Inkomstenbesluit militairen</b>	art. 12, lid 1.....	259
			<b>Militaire ambtenarenwet 1931</b>	art. 12g, lid 2.....
		<b>Wetboek van Militair Strafrecht</b>	art. 136.....	4
	art. 137.....		4	

<b>Wetboek van Strafrecht</b>	art. 189.....	414
	art. 242.....	304
	art. 249.....	301, 304
	art. 307.....	4
	art. 308.....	4
	art. 309.....	4
<b>Wetboek van Strafvordering</b>	art. 338.....	298
	342, lid 3.....	298
	art. 359, lid 5.....	4
	art. 591.....	82
	art. 591a.....	82
<b>Wet militaire strafrechtspraak</b>	art. 31.....	298
<b>Wet militair tuchtrecht</b>	art. 62.....	166
	art. 63.....	166
	art. 66.....	253
	art. 76.....	166
	art. 80g.....	253
	art. 80h.....	166
	art. 80i.....	253
	art. 80j.....	253
	art. 80p.....	166
	art. 80q.....	166
	art. 84.....	253

## AUTEURS

### **Bakker, J.T., generaal-majoor**

- Vredesoperaties en humanitair oorlogsrecht; lezing tijdens het Symposium “Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties”..... 348

### **Boddens Hosang, J.F.R., drs.**

- Rules of Engagement: Het politiek-juridische struikelblok voor de militaire commandant; lezing tijdens het Symposium “Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties”..... 354

### **Clarenbeek, Th.J., mr.**

- Iets uit de geschiedenis van het Militair Rechtelijk Tijdschrift..... 194

### **Coolen, G.L., prof. mr.**

- Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loep: De bevordering ter beloning..... 1
- Nogmaals de tijdelijke aanstelling..... 36
- Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loep: Het vergoeden van schade..... 79
- Tijdelijke bevordering..... 116
- Overzicht jurisprudentie Algemeen militair ambtenarenreglement (III)..... 117
- Geweldsinstructies vanuit strafrechtelijk oogpunt bezien; lezing tijdens het Symposium “Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties”..... 376
- Wat als GroenLinks niet van full command zou hebben gesproken?..... 404

### **Diepenbrugge, J.A. van, generaal-majoor**

- Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties: Leidt de integratie van politieke, juridische en operationele aspecten in de Rules of Engagement in het kader van vredesoperaties tot vage en multi-interpretabele regels?; lezing tijdens het Symposium “Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties”.....	371
<b>Dörenberg, A.J.T., mr.</b>	
- Iets over het heden en de toekomst van het Militair Rechtelijk Tijdschrift.....	200
- Voorwoord bij het verslag van het Symposium “Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties”.....	325
<b>Ducheine, P.A.L., mr. drs.</b>	
- Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties. Verslag van het symposium ter gelegenheid van 100 jaar Militair Rechtelijk Tijdschrift.....	204
<b>Gill, T.D., prof. dr.</b>	
- Vredesoperaties en humanitair oorlogsrecht; lezing tijdens het Symposium “Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties”.....	331
<b>Haan, Aart Jan de, mr.</b>	
- Militair tuchtrecht tijdens uitzendingen.....	73
<b>Jörg, N., mr.</b>	
- Een opmerking over de reikwijdte van het beroep op ambtelijk bevel en een opmerking over de delictskeuze van de officier van justitie, in militaribus; lezing tijdens het Symposium “Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties”.....	390
<b>Kamp, H.G.J.</b>	
- Felicitatie van de Minister van Defensie vanwege het 100-jarig bestaan van het Militair Rechtelijk Tijdschrift.....	193
<b>Keijzer, N., prof. mr.</b>	
- Inleiding van het Symposium “Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties”.....	329
<b>Roording, J.F.L., mr.</b>	
- Enkele juridische kwesties aangaande de doorvoer van personen naar het Internationaal Strafhof in Den Haag.....	397
<b>Rupert, M.P.K., mr.</b>	
- Reactie naar aanleiding van het in MRT 2002 blz. 349 en verder gepubliceerde vonnis van 17 juli 2000 van de militaire kamer van de Arrondissementsrechtbank te Arnhem (“dronken soldaat”) en het naschrift van mr. M.M. Dolman.....	111
<b>Sluiter, Göran</b>	
- Het permanente internationale strafhof en de nationale veiligheid.....	289
<b>Smeulders, Alette, dr.</b>	
- Het Europees aanhoudingsbevel.....	237
<b>Talsma, H.J.J., mr.</b>	
- De geestelijke gewapend.....	161
<b>Wessel, Ramses A., dr.</b>	
- Europees Veiligheids- en Defensiebeleid na het Verdrag van Nice.....	281
<b>Ybema, S.B., dr.</b>	
- Openingswoord bij het Symposium “Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties”.....	326

**ANNOTATOREN**

- G.L.C. - Prof. Mr. G.L. Coolen  
M.M.D. - Mr. drs. M.M. Dolman  
J.R.G.J. - Mr. J.R.G. Jofriet  
W.J.S. - Mr. W.J. Schmitz  
G.F.W. - Mr. G.F. Walgemoed
-

### **Auteursaanwijzingen**

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

- Géén afbreekstreepjes gebruiken.
- Geen tabs, inspringingen of verschillende lettertypes gebruiken.
- Zo weinig mogelijk 'opmaken' van de tekst, doch zoveel mogelijk achter elkaar door typen. Slechts bij het begin van een nieuwe alinea 'Enter' gebruiken.

REDACTIECOMMISSIE:

Voorzitter	Mr <i>A.J.T. Dörenberg</i> , Generaal-majoor Klu b.d.
Secretaris/penningmeester	Mr <i>J.F. Stinissen</i> , Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst;
Leden:	
voor de Koninklijke Landmacht:	Mr <i>A.C. Zuidema</i> , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke Luchtmacht:	Mr <i>J.P. de Jong</i> , Hoofd Stafgroep Juridische Zaken HK Klu;
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 Centrale Organisatie:	Mr <i>J.J. Buirma</i> , Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Mr <i>G.L. Coolen</i> ,	Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Prof. Dr. <i>T.D. Gill</i>	Universitair hoofd docent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht en bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Mr <i>N. Jörg</i> ,	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden;
Prof. Mr <i>Th. A. de Roos</i> ,	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden;
Mr <i>W.J. Schmitz</i> ,	Hoofd Procesondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van het ABP;
Mr <i>G.F. Walgemoed</i> ,	Kolonel van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	NAPO 801-MS12, 3509 VP Utrecht

VASTE MEDEWERKERS:

Mr *Th. J. Clarenbeek*, Oud-Coördinerend-vice-president van de Arrondissementsrechtbank te Utrecht, res. Kolonel van de Militair Juridische Dienst b.d.;

Prof. Mr *N. Keijzer*, Raadsheer in buitengewone dienst van de Hoge Raad der Nederlanden en em. hoogleraar Internationaal Strafrecht aan de Universiteit van Tilburg.

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

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 € 36,75. Men abonneert zich bij Sdu Servicecentrum Uitgevers, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. tel.: 070-378 9880, fax: 070-378 9783, e-mail: [sdu@sdu.nl](mailto:sdu@sdu.nl), of bij zijn boekhandelaar. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 3,95. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar tegen de prijs van € 20,15. 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 Servicecentrum Uitgevers, postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op [www.sdu.nl](http://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