

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVII

Januari 2004

Aflevering

1

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

Mediation in het bestuursrecht, Mediation als alternatief voor de bezwaarschriftprocedure; door Ir. T.L.H. Peeters.....	1
Mandaatregelingen bij het Ministerie van Defensie; door Mr. N.E. ter Bals.....	6
Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loep: Het ontslag bij benoeming tot minister of staatssecretaris; door Prof. Mr. G.L. Coolen.....	15

Strafrechtspraak

Ah 18.11.02	Verstrooide commando Voorafgaande aan oefening waarbij met losse munitie geschoten zal worden laadt commando twee magazijnen met scherpe munitie, die hij in strijd met de voorschriften in bezit heeft. Ook nadat hij de mondingsstomp van zijn wapen heeft weggeschoten gaat hij door met vuren. Zwaar lichamelijk letsel door schuld? (Naschrift M.M.D.).....	18
Hof Ah 18.12.02	Wie vloog de helikopter? Helikopter nadert landingsplaats op zodanige wijze dat – door ‘downwash’ van de rotorbladen – gevaar voor personen en schade aan goederen op de grond ontstaat. Beroep op niet-ontvankelijkheid: nu helikopter – volgens ‘crew-concept’ – door piloot, co-piloot en ‘loadmaster’ gezamenlijk gevlogen wordt, behoorde piloot niet als enige vervolgd te worden. Vervolging van co-piloot ten onrechte achterwege gelaten? Strafmotivering. (Naschrift M.M.D.).....	22

Tuchtrechtspraak

Ah 03.03.03	Termijnen; algemene beginselen; bewijsmiddelen en bewijsminima a. Termijnen in het tuchtrecht - Instemming van gestrafte met verkorting van termijn tussen oproeping voor en aanvang van het onderzoek op beklag staat in casu gelijk met verzoek om eerdere behandeling. Geen schending. - Aangezien datum van indiening op het beroepschrift ontbreekt, is niet vast te stellen of indiening tijdig was. Gestrafte ontvankelijk in zijn beroep omdat de fout bij de organisatie ligt; dat mag niet ten nadele van gestrafte werken. b. Algemene beginselen: gelijkheidsbeginsel. Niet alleen gedraging zelf wordt bekeken, maar ook rang en functie van betrokkene. c. Bewijsmiddelen en bewijsminima. (Naschrift J.R.G.J.).....	25
-------------	--	----

Bestuursrechtspraak

CRvB 06.03.03	Datum ingang pensioen niet verder dan één jaar terug Een gewezen militair informeert vlak voor zijn 65-jarige leeftijd naar zijn pensioenaanspraken. Het blijkt dat hij al recht op pensioen heeft ter zake van het overschrijden van de leeftijd van 60 jaar. Met toepassing van artikel U1, derde lid, van de Algemene militaire pensioenwet wordt het pensioen toegekend met ingang van 11 november 1998, één jaar vóór de dag waarop de aanvraag is binnengekomen. De militair is van mening dat het pensioen vanaf 60 jaar moet worden toegekend. De rechtbank verklaart zijn beroep ongegrond. Deze ingangsdatum (één jaar terugwerkende kracht) geldt op grond van een dwingendrechtelijke bepaling als de vroegste datum waarop in zo'n geval het pensioen kan worden toegekend. Slechts als betrokkene in de onmogelijkheid heeft verkeerend om tijdig een pensioen aan te vragen kan hiervan worden afgeweken. Hiertoe kan niet worden gerekend het feit dat iemand niet op de hoogte is van de toepasselijke wettelijke voorschriften. De Raad is het met de rechtbank eens. (Naschrift W.J.S.).....	32
CRvB 31.07.03	Repatriëring wegens vermoeden van misdrijf Een onderofficier wordt gerepatriëerd omdat het vermoeden bestaat dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan een misdrijf tegen de zeden. Beroep ongegrond. (Naschrift G.L.C.).....	36

Burgerlijke rechtspraak

Rb Den Haag 04.09.03	De groene baret Eisers, oud-commando's, vorderen het verbod van invoering van een groene baret als onderdeel van het dagelijks tenue van de Koninklijke Landmacht omdat dit in strijd zou zijn met de ongeschreven, op traditie berustende regel die de baretkleur groen exclusief reserveert voor commando's. Het bestaan van zo'n ongeschreven regel is naar oordeel van de voorzieningenrechter niet aannemelijk geworden. Eisers betogen tevens dat Defensie het Korps Commandotroepen en organisaties van commando's en oud-commando's had moeten betrekken bij de besluitvorming. Dit had in de rede gelegen, maar het achterwege laten daarvan leidt volgens de rechter echter niet tot onrechtmatigheid. Daarnaast zijn de kleuren groen van de commandobaret enerzijds en de nieuwe 'KL-baret algemeen' anderzijds voldoende van elkaar te onderscheiden.....	40
-------------------------	--	----

BIJDRAGEN

Mediation in het bestuursrecht

Mediation als alternatief voor de bezwaarschriftprocedure

door

IR. T.L.H. PEETERS*)

1. Inleiding

De bezwaarschriftprocedure lijkt niet voor alle gevallen het juiste jasje te bieden.¹⁾ Zij kan een herhaling van zetten betekenen van de eerste besluitvormingsprocedure, zij kan te eenzijdig door het bestuur worden beheerd en zij kan te lang duren. Ook wordt gesteld dat de bezwaarschriftprocedure een nodeloos formalistisch karakter heeft, waarbij de regels strikt worden toegepast zonder acht te slaan op de doelstellingen van de regels.²⁾ Deze uitspraken illustreren dat er kritiek is op het functioneren van de bezwaarschriftprocedure.

De zoektocht naar alternatieven voor de bezwaarschriftprocedure heeft vele mogelijkheden opgeleverd, bijvoorbeeld: conciliatie, arbitrage, bemiddeling, bindend advies en mediation. Daar waar de meeste alternatieven al snel terzijde worden geschoven wegens onverenigbaarheid met de karakteristieken van het bestuursrecht³⁾, steekt de roep om mediation toch steeds weer de kop op.

Indien er zoveel kritiek is op de bezwaarschriftprocedure en mediation in de praktijk steeds vaker met succes wordt toegepast, ligt het dan niet voor de hand de bezwaarschriftprocedure te vervangen door mediation? *Is mediation een alternatief voor de bezwaarschriftprocedure in het bestuursrecht?*

In dit artikel zullen in paragraaf 2 de kenmerken van mediation en de bezwaarschriftprocedure worden besproken. In paragraaf 3 en 4 komen respectievelijk de voordelen en de nadelen van mediation ten opzichte van de bezwaarschriftprocedure aan bod.

Vervolgens worden in paragraaf 5 twee problemen bij de toepassing van mediation besproken. In de conclusie zal worden aangegeven of het aanbeveling verdient mediation als volwaardig alternatief voor de bezwaarschriftprocedure te beschouwen.

2. Wat is mediation?

“Mediation is een door een onafhankelijke deskundige begeleid onderhandelingsproces door en op verzoek van de partijen die een bepaald geschil zodanig willen oplossen dat rekening wordt gehouden met de belangen van partijen.”⁴⁾ In deze definitie zijn verschillende aspecten van het begrip mediation te onderscheiden.

*) LTZ2OC Ir. T.L.H. Peeters is werkzaam bij de afdeling Rechtstoestand van de directie Personeel van de Koninklijke Marine.

¹⁾ I.C. van der Vlies, ‘Horizontaal beslechten, zonder verlies van bezwaar’, in: I.C. van der Vlies & S. Pront-van Bommel, *Van toetsing naar bemiddeling, alternatieve wijzen van beëindiging van conflicten in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 47

²⁾ M. Scheltema, ‘Toepassing in de Algemene wet bestuursrecht’, in: I.C. van der Vlies & S. Pront-van Bommel, *Van toetsing naar bemiddeling, alternatieve wijzen van beëindiging van conflicten in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 79

³⁾ M.M. Kaajan, ‘Mediation in het bestuursrecht. Mogelijkheden voor een wettelijke regeling’, *AA* 2001, p. 67-68

⁴⁾ H.J. Bonenkamp e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001, p. 1

In de eerste plaats gaat het om een door een deskundige begeleid onderhandelingsproces. Dit geeft aan dat de deskundige niet boven de partijen staat, maar een middel is om het onderhandelingsproces te faciliteren. De partijen zoeken dus zelf naar een oplossing voor hun geschil onder begeleiding van een deskundige.⁵⁾

Ten tweede zal mediation alleen een kans van slagen hebben als de partijen hiertoe zelf het initiatief nemen.

Ten derde is het van belang dat rekening wordt gehouden met de belangen van beide partijen. Mediation gaat als vorm van alternatieve geschillenbeslechting hierin het verst. De formele juridische kaders zijn bij mediation niet van belang, het gaat er nu juist om met alle (ook materiële) belangen van partijen rekening te houden.⁶⁾

De bezwaarschriftprocedure wordt uitputtend geregeld in art. 7:1-7:15 Algemene wet bestuursrecht. Het betreft hier een volledige inhoudelijke en formele toetsing door het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen. Het gaat hier dus om een toetsing binnen de kaders van de Algemene wet bestuursrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur door een niet-onafhankelijke partij (het bestuursorgaan zelf).

Nadat de bezwaarschriftprocedure is doorlopen staat voor de belanghebbende beroep open bij een onafhankelijke rechter. Deze zal echter terughoudend inhoudelijk toetsen en hierbij trachten de beleidsvrijheid van het bestuursorgaan niet aan te tasten.

De bezwaarschriftprocedure en mediation en hebben dus verschillende kenmerken, maar wel hetzelfde doel: het realiseren van een aanvaardbare oplossing voor een geschil. Aan de hand van deze specifieke kenmerken zal in de volgende paragrafen een beschouwing worden gegeven van de voor- en nadelen van mediation ten opzichte van de bezwaarschriftprocedure.

3. Voordelen van mediation

Het blijkt dat veel geschillen een niet-juridische achtergrond hebben.⁷⁾ Een conflict over de financiële afwikkeling van een ontslag bijvoorbeeld vindt vaak zijn oorsprong in het feit dat men over en weer verwijten heeft over de oorzaken van de verstoorde arbeidsrelatie. Emoties spelen hierbij dan ook een belangrijke rol. Door middel van mediation kunnen alle argumenten bij het oplossen van het geschil een rol gaan spelen.⁸⁾ Bij de bezwaarschriftprocedure is men echter gebonden aan juridische kaders en is er de angst voor precedentwerking, waardoor men hieraan niet kan toekomen.⁹⁾ Dit werkt ook niet mee aan de dejuridisering van geschillen.¹⁰⁾

Omdat bij de bezwaarschriftprocedure niet de bodem van het geschil kan worden bereikt, en deze procedure toch de schijn van partijdigheid heeft, wendt de benadeelde partij zich niet zelden tot de bestuursrechter nadat de bezwaarschriftprocedure is afgerond.

⁵⁾ Zie ook M.A. Pach, 'Mediation en de decentrale overheid. Ervaringen uit de praktijk', *GST* 1999, p. 338; M.A. Pach, 'Mediation in het bestuursrecht. Het kan, het mag en het werkt', in: van Ettekoven, Pach & van der Vlies 2001, p. 123; F.C.M.A. Michiels (red.), *Recht op het doel af. Opstellen over doelmatigheid en doeltreffendheid van het overheidshandelen in de democratische rechtsstaat*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 209; *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 352, nr. 19, p. 5

⁶⁾ Pach 1999, p. 338

⁷⁾ N.S.J. Koeman, 'Van toetsing naar bemiddeling in het bestuursrecht: mogelijkheden en onmogelijkheden naar huidig recht', in: van der Vlies & Pront-van Bommel 1997, p. 16; Kaajan 2001, p. 68

⁸⁾ A.F.M. Brenninkmeijer, 'Bestuursrechtspraak effectief? Bespreking van de VAR-adviezen. Alternatieven van en voor de bestuursrechter', *NJB* 2001, p. 837

⁹⁾ Koeman 1997, p. 16; Scheltema 1997, p. 79

¹⁰⁾ Pach 2001, p. 117

Dit heeft extra werklast voor bestuur en de rechterlijke macht tot gevolg.¹¹⁾

Door het toepassen van mediation wordt de bestaande asymmetrie in het bestuursprocesrecht doorbroken. Deze asymmetrie is ontstaan door de sterke formalisering van het bestuursprocesrecht waarbij steeds het initiatief moet uitgaan van de belanghebbende en waarbij het bestuursorgaan beschermd wordt door beperkingen aangaande de toegang tot de rechter.¹²⁾ Mediation dwingt de bestuursorganen om niet ‘verticaal’ vanuit bevelsstructuren te denken maar ondersteunt de betrokken partijen bij het op een creatieve manier verenigen van belangen.¹³⁾

Soms spelen bij een conflict tussen een partij en een bestuursorgaan meerdere besluiten een rol. In de bezwaarschriftprocedure kan slechts per besluit worden getoetst. Bij mediation kunnen alle besluiten in hun onderlinge samenhang aan de orde komen.¹⁴⁾

Bij complexe besluitvorming spelen vele aspecten en onderliggende belangen een rol, bij mediation kunnen al deze aspecten en belangen veel beter aan bod komen omdat de partijen vrij zijn om te bepalen hoe en waarover men spreekt.¹⁵⁾

Mediation gaat ook een stukje verder dan de bezwaarschriftprocedure: doel is niet alleen het geschil maar tevens het onderliggende conflict op te lossen.¹⁶⁾ Mediation is hierdoor zeer inhoudelijk en snel en de acceptatie van de uitkomst is groter want zij is gezamenlijk bereikt.¹⁷⁾

Vooraf wanneer het voortbestaan van een goede relatie tussen partijen belangrijk is, dan is mediation een beter alternatief voor de bezwaarschriftprocedure. Het recht zelf heeft namelijk de neiging om conflictopwekkend en conflictversterkend te werken, terwijl bij mediation juist deze formele kaders terzijde geschoven worden en in goed onderling overleg gezocht kan worden naar een oplossing voor het bestaande geschil.¹⁸⁾

Een laatste voordeel van de toepassing van mediation is dat de ‘bestuurlijke lus’ hiermee kan worden voorkomen.¹⁹⁾ De bestuurlijke lus ontstaat als een besluit van een bestuursorgaan in beroep vernietigd wordt en aan het bestuursorgaan wordt opgedragen een nieuw besluit te nemen. Vervolgens neemt het bestuursorgaan een nieuw besluit, maar blijken er hiertegen toch nog bezwaren te bestaan van belanghebbende. Gevolg is dat opnieuw een bezwaarschrift moet worden ingediend.

Mediation heeft dus een aantal voordelen ten opzichte van de bezwaarschriftprocedure. Vooral het feit dat partijen bij mediation niet gehinderd worden door formele kaders en in goed onderling overleg, rekening houdend met alle belangen en hun onderlinge relatie, aan een oplossing voor het onderliggende conflict kunnen werken, leidt ertoe dat de uitkomst van mediation van hogere kwaliteit is en beter aanvaard wordt door beide partijen.

4. Nadelen van mediation

Bij een besluit zijn vaak ook derden betrokken. Indien deze derden niet deelnemen aan het mediation-traject, dan geeft dit mogelijk problemen bij het vaststellen van een nieuw

¹¹⁾ Kaajan 2001, p. 64; Pach 2001, p. 117; P. Sanders, ‘Alternatieve geschillenbeslechting’, *AA* 1998, p. 469

¹²⁾ Brenninkmeijer 2001, p. 837

¹³⁾ Bonenkamp e.a. 2001, p. 210

¹⁴⁾ Van der Vlies 1997, p. 49; Kaajan 2001, p. 66-67

¹⁵⁾ Koeman 1997, p. 18

¹⁶⁾ Kaajan 2001, p. 65; *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 352, nr. 19, p. 7

¹⁷⁾ Kaajan 2001, p. 66, 68

¹⁸⁾ Kaajan 2001, p. 68; Brenninkmeijer 2001, p. 837; Bonenkamp e.a. 2001, p. 213; *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 286, nr. 1, p. 3; *Kamerstukken II* 1998/99, 26 360, nr. 1, p. 4

¹⁹⁾ Brenninkmeijer 2001, p. 840; B.J. van Ettehoven, ‘Alternatieven van de bestuursrechter (observaties vanuit de eerste lijn)’, in: B.J. van Ettehoven, M.A. Pach & I.C. van der Vlies, *Alternatieven van en voor de bestuursrechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 58

besluit omdat dit besluit ook werking heeft jegens deze derden.²⁰⁾ Echter tegen dit nieuwe besluit staat weer beroep open, waardoor de rechten van derden toch niet in het geding komen.²¹⁾

Mediation eindigt met een vaststellingsovereenkomst, maar deze kan echter niet in de plaats treden van een besluit, dit zou namelijk in strijd zijn met de bevoegdhedentoedeling in het bestuursrecht.²²⁾ De vaststellingsovereenkomst houdt daarom alleen een inspanningsverplichting voor het bestuursorgaan, dat dan weer een nieuw besluit moet nemen.²³⁾

De korte termijnen voor de bezwaarschriftprocedure geven weinig ruimte om een mediation-traject binnen deze termijnen af te ronden, want een mediation-traject duurt ongeveer acht weken tot zes maanden.²⁴⁾ Dit is wellicht op te vangen door het instellen van een pro-forma bezwaarschrift, waarbij de partijen de gelegenheid krijgen om de gronden aan te vullen indien de mediation is mislukt.²⁵⁾

Mediation kent dus een aantal nadelen, die echter ondervangen kunnen worden binnen de bestaande formele kaders.

5. *Problemen bij de toepassing van mediation*

Indien mediation zal worden toegepast als alternatief voor de bezwaarschriftprocedure zijn er twee aspecten die extra aandacht verdienen.

Ten eerste is er de vraag of er een conflict is met art. 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens omdat de bezwaarschriftprocedure, en dus een rechtsmiddel, zal verdwijnen. Conform de rechtspraak wordt het recht van beroep als een recht van openbare orde beschouwd.²⁶⁾ Sommige auteurs geven aan dat het wel mogelijk is volledig afstand van het recht van beroep te doen²⁷⁾, andere auteurs geven aan dat afstand van het recht van beroep alleen mogelijk is bij de bezwaarschriftprocedure, maar niet bij het beroep voor de rechter.²⁸⁾ In ieder geval is duidelijk dat afstand van het recht op een bezwaarschriftprocedure kan worden gedaan ten gunste van mediation. Het lijkt erop dat echter niet kan worden voorkomen dat na een mediation een beroep bij de rechter kan worden ingesteld. Dit lijkt wel erg onwaarschijnlijk, daar bij een gelukte mediation beide partijen tevreden zijn met het eindresultaat.

Een tweede aspect is de verhouding tussen mediation en het rechtsvormend karakter en de functie van controle op het bestuur van de bezwaarschriftprocedure. Mediation is in beginsel vertrouwelijk. Door het toepassen van mediation raakt de controle op het bestuur op de achtergrond, het doel van mediation is immers het oplossen van het geschil.²⁹⁾ De vertrouwelijkheid van mediation hoeft de openbaarheid van de *uitkomst* echter niet in de weg te staan.³⁰⁾ Bovendien zijn veel bestuursbesluiten nu al niet openbaar, vooral in bijvoorbeeld het belastingrecht.³¹⁾ De mogelijkheden voor rechtsvorming komen wel enig-

²⁰⁾ Koeman 1997, p. 18; S. Pront-van Bommel, 'Bemiddeling, de vaststellingsovereenkomst en arbitrage in bestuursrechtelijke geschillen', in: I.C. van der Vlies & S. Pront-van Bommel, *Van toetsing naar bemiddeling, alternatieve wijzen van beëindiging van conflicten in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 33-34; Kaajan 2001, p. 70

²¹⁾ Brenninkmeijer 2001, p. 838

²²⁾ Pront-van Bommel 1997, p. 37; Van der Vlies 1997, p. 53; Scheltema 1997, p. 76

²³⁾ Kaajan 2001, p. 69

²⁴⁾ Koeman 1997, p. 17

²⁵⁾ Pront-van Bommel 1997, p. 37; Van der Vlies 1997, p. 51

²⁶⁾ AR 27 februari 1990, AB 1990, 597; CRvB 17 mei 1984, TAR 1984, 152

²⁷⁾ Pront-van Bommel 1997, p. 24

²⁸⁾ Kaajan 2001, p. 67, 71; Koeman 1997, p. 15

²⁹⁾ Van der Vlies 1997, p. 50

³⁰⁾ Van der Vlies 1997, p. 50; Pront-van Bommel 1997, p.35

³¹⁾ Bonenkamp e.a. 2001, p. 212

zins onder druk te staan, omdat de mediation vertrouwelijk is.³²⁾ Als partijen echt een precedent willen scheppen dan kunnen ze beter niet opteren voor mediation.³³⁾

6. Conclusie

Mediation is een betere manier om geschillen op te lossen dan de bezwaarschriftprocedure. Omdat bij mediation alle belangen en meerdere besluiten aan bod kunnen komen en de methode zeer oplossingsgericht is, zal het gezamenlijk bereikte compromis van hogere kwaliteit zijn en sneller door partijen worden aanvaard.

Mediation is ook een oplossing voor sommige bestaande problemen bij de bezwaarschriftprocedure. Een geslaagde mediation voorkomt de bestuurlijke lus, overbelasting van het bestuursorgaan en, uiteindelijk, de rechterlijke macht.

Er zijn slechts weinig problemen bij het gebruik van mediation als alternatief voor de bezwaarschriftprocedure en deze zijn veelal oplosbaar, bijvoorbeeld het probleem van de korte termijnen van bezwaar en beroep en de positie van derden.

Echter, mediation is gebaseerd op vrijwilligheid en sommige kwesties lenen zich minder goed voor mediation. Dit is bijvoorbeeld het geval bij eenvoudige geschillen of bij geschillen waarbij men een precedent wil scheppen.

Mediation is een goed alternatief voor de bezwaarschriftprocedure als beide partijen hiervoor kiezen en de kwestie zich hiervoor leent. *Mediation is hierdoor een goede aanvulling op het bestaande stelsel van rechtsbescherming in het bestuursrecht, maar is geen volledig alternatief voor de bezwaarschriftprocedure.* De bezwaarschriftprocedure moet dus blijven bestaan, maar bepaalde geschillen zullen beter middels mediation dan door de bezwaarschriftprocedure kunnen worden opgelost.

7. Mediation toegepast bij de Koninklijke Marine

Middels een commandantenbrief³⁴⁾ is het gebruik van mediation binnen de Koninklijke Marine bekend gesteld. Bij de KM wordt mediation in de fase *voorafgaand* aan het indienen van een bezwaarschrift ingezet. Het instrument wordt gezien als een aanvulling op bestaande mogelijkheden om conflicten op de werkvloer op te lossen. Hiermee heeft de inzet van mediation een tweeledig doel: enerzijds is het een middel om verstoorde arbeidsverhoudingen en langdurig ziekteverzuim te voorkomen en anderzijds is het een middel om gerechtelijke procedures te vermijden. Vooral deze laatste functie sluit aan bij de functie van mediation als alternatief voor de bezwaarschriftprocedure.

Hierbij is duidelijk onderkend dat mediation een goede aanvulling op het bestaande stelsel van rechtsbescherming is, maar geen volledig alternatief is. Door het toepassen van mediation in de fase voorafgaand aan het indienen van een bezwaarschrift, worden een aantal formele problemen omzeild, zoals het probleem van de termijnen en de status van de vaststellingsovereenkomst. Opvallend is dat het aan de voorzitter van het adviesorgaan bestuursrechtelijke geschillen is overgelaten te beslissen of geschillen in aanmerking komen voor mediation. Hij wordt gezien als de aangewezen persoon om te beoordelen welke kwesties zich goed lenen voor mediation. Er is uitdrukkelijk vastgelegd dat partijen vrijwillig deelnemen aan mediation. Als mediator treden gecertificeerde burgers en militairen van de KM op of er kan een beroep worden gedaan op externe mediators.

Mijns inziens wordt op deze wijze een klimaat geschapen waarin aan alle voorwaarden voor een geslaagde mediation is voldaan. Ik ben erg benieuwd naar de resultaten van de toepassing van mediation in de praktijk.

³²⁾ Brenninkmeijer 2001, p. 836-838

³³⁾ Kaajan 2001, p. 67

³⁴⁾ P.2003024664 d.d. 28 maart 2003 van DPKM

Mandaatregelingen bij het Ministerie van Defensie

door

MR. N.E. TER BALS¹⁾

Op 1 januari 1998 is de Algemene wet bestuursrecht (Awb) aangevuld met een wettelijke regeling inzake mandaat en delegatie (titel 10.1). Bij deze aanvulling ging het om codificatie van ongeschreven recht; wettelijke regelingen over deze onderwerpen bestonden voordien niet of nauwelijks. Titel 10.1 van de Awb bestaat uit twee afdelingen: afdeling 10.1.1 inzake mandaat en afdeling 10.1.2 inzake delegatie. Beide rechtsfiguren hebben gemeen dat zij bewerkstelligen dat een bevoegdheid om besluiten te nemen kan worden uitgeoefend door een ander dan het bestuursorgaan waaraan de bevoegdheid is toegekend. Voor het overige zijn zij principieel verschillend van aard. Mandaat is een publiekrechtelijke evenknie van vertegenwoordiging. Bij mandaat verleent een bestuursorgaan (de Minister van Defensie) aan een ander (meestal, maar niet altijd, een aan hem ondergeschikte ambtenaar) de bevoegdheid om namens hem besluiten te nemen. Deze besluiten gelden juridisch gezien als besluiten van de Minister van Defensie zelf, die voor die besluiten dan ook in alle opzichten volledig verantwoordelijk blijft. Daarom is mandaat in beginsel toegestaan, ook zonder uitdrukkelijke wettelijke basis.

Bij delegatie verschuift de verantwoordelijkheid voor de bevoegdheidsuitoefening naar een ander bestuursorgaan, dat de bevoegdheid voortaan op eigen naam uitoefent. Dat is een inbreuk op de door de wetgever gekozen bevoegdheidsverdeling, die dan ook slechts mogelijk is indien de wetgever haar uitdrukkelijk heeft toegestaan. Op rijksniveau worden regelgevende bevoegdheden vaak, maar andere bevoegdheden betrekkelijk zelden gedelegeerd. Mandaat komt daarentegen bij het Ministerie van Defensie zeer veel voor. Het is voor de dagelijkse ambtelijke praktijk een buitengewoon belangrijke en zelfs onmisbare rechtsfiguur. De Minister van Defensie moet immers zoveel besluiten nemen, dat hij die onmogelijk allemaal zelf inhoudelijk kan afdoen. De overgrote meerderheid van de door de Minister van Defensie genomen besluiten wordt dan ook in mandaat genomen.

Mandaat kan voor een specifiek geval, maar ook in het algemeen worden verleend, in welk geval de mandaatverlening schriftelijk moet plaatsvinden (art. 10:5 Awb). Deze schriftelijke regelingen worden in dit artikel als mandaatregelingen aangeduid.

Geconstateerd moet worden dat de bij het Ministerie van Defensie getroffen mandaatregelingen niet altijd voldoen aan de eisen die de Awb stelt. De mandaatregelingen worden niet altijd correct bekendgemaakt en zijn, mede door een soms onjuiste terminologie, soms verwarrend of vaag. Veelal leveren deze mankementen geen praktische problemen op, doch in een aantal gevallen wel. Dit artikel beoogt een handreiking te zijn bij het opstellen (of aanpassen) van mandaatregelingen. Om die reden wordt kort ingegaan op de Awb-terminologie en worden de gevolgen van een gebrekkig mandaat aangestipt.

Vervolgens wordt een indeling gemaakt van bij het Ministerie van Defensie vastgestelde mandaatregelingen (-bepalingen). Het artikel wordt afgesloten met een voorbeeld-mandaatregeling (waarin ook volmacht en machtiging zijn meegenomen) met een bijbehorende toelichting.

¹⁾ De auteur is wetgevingsjurist bij de directie Juridische Zaken van het ministerie van Defensie.

Het Awb-begrippenkader; mandaat, volmacht en machtiging

Artikel 10:1 Awb omschrijft mandaat als de bevoegdheid om in naam van een bestuursorgaan besluiten te nemen. Besluiten zijn schriftelijke publiekrechtelijke rechtshandelingen (art. 1:3 Awb). Publiekrechtelijk, dus het gaat om handelingen die als typisch voor de overheid worden beschouwd, bijvoorbeeld het nemen van beschikkingen. En het moet gaan om rechtshandelingen, derhalve handelingen die worden verricht met de bedoeling om bepaalde rechtsgevolgen in het leven te roepen. Ook het vaststellen van een mandaatregeling is een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb. Dit brengt met zich mee dat tegen de vaststelling van een mandaatregeling bezwaar en beroep kan worden ingesteld.

Naast het nemen van besluiten worden namens de Minister van Defensie ook privaatrechtelijke rechtshandelingen verricht, zoals bijvoorbeeld het afsluiten van verwervingsovereenkomsten met derden. Voorzover dergelijke overeenkomsten bevoegdlijk door een ambtenaar van het Ministerie van Defensie kunnen worden gesloten heeft het bestuursorgaan, de Minister van Defensie, geen mandaat, maar volmacht verleend.

Tenslotte worden namens de Minister van Defensie handelingen verricht die noch een besluit, noch een privaatrechtelijke rechtshandeling zijn. Een voorbeeld van deze handelingen is de behandeling van klachten op grond van hoofdstuk 9 van de Awb. In een dergelijk geval is sprake van machtiging.

Als de volmacht of de machtiging wordt verleend aan een ondergeschikte van het bestuursorgaan, i.c. een ambtenaar, dan zijn de regels inzake mandaat van overeenkomstige toepassing (art. 10:12 Awb).

In defensieregelingen blijken volmacht en machtiging aanzienlijk minder aandacht te krijgen dan mandaat. Volmacht en machtiging zijn slechts bij uitzondering uitdrukkelijk geregeld en worden soms ten onrechte ook als mandaat aangeduid. In de praktijk blijkt men er vaak ten onrechte van uit te gaan, dat het mandaat de volmacht impliceert of omgekeerd. Het is aan te bevelen mandaten, volmachten en machtigingen zoveel mogelijk van elkaar te onderscheiden, ook als deze bevoegdheden aan dezelfde functionaris worden verleend.

Gebreken in de mandaatverlening

Het komt met enige regelmaat voor, dat hetzij bij het verlenen van een mandaat, hetzij bij het krachtens mandaat nemen van een besluit, de in afdeling 10.1.1 van de Awb opgenomen voorschriften worden geschonden. Bij een dergelijke schending rijst de vraag wat daarvan precies de juridische consequenties zijn. In dit verband moet allereerst een onderscheid worden gemaakt tussen vormvoorschriften en voorschriften die de bevoegdheid om een besluit te nemen raken. Enkele bepalingen van afdeling 10.1.1 bevatten vormvoorschriften; gewezen kan worden op de artikelen 10:4 (instemmingsvereiste bij mandaat aan niet-ondergeschikten), 10:10 (vermelding namens welk bestuursorgaan is besloten) en 10:11, tweede lid (bij ondertekeningsmandaat moet uit het besluit blijken dat het door het bestuursorgaan zelf is genomen). Schending van deze voorschriften levert geen bijzondere problemen op. In bezwaar of administratief beroep kan het gebrek zonder meer worden hersteld. De bestuursrechter kan een besluit ondanks de schending van het vormvoorschrift in stand laten indien de belanghebbende door de schending niet is benadeeld (art. 6:22 Awb).

Andere voorschriften van afdeling 10.1.1 zien op de bevoegdheid om in mandaat te besluiten. Dit geldt voor de artikelen 10:3 (mandaatverbod in een wettelijk voorschrift, of – in verband met de aard van de bevoegdheid) en 10:11, eerste lid, (idem, maar dan wat

betreft het ondertekeningsmandaat) en ook voor artikel 10:5. Laatstgenoemde bepaling eist dat een algemeen mandaat schriftelijk wordt verleend. Als niet aan deze schriftelijkheidseis is voldaan, dan is geen rechtsgeldig mandaat totstandgekomen zodat de bevoegdheid om te besluiten in het geding is.

Schending van een van de laatstbedoelde voorschriften levert in beginsel een onbevoegd genomen besluit op. Bij het bepalen van de gevolgen daarvan moet nog onderscheid worden gemaakt tussen de fase van de bestuurlijke heroverweging en de fase van het beroep bij de rechter. Als in bezwaar of administratief beroep blijkt dat het primaire besluit krachtens een gebrekkig mandaat is genomen, kan dit bevoegdheidsgebrek worden hersteld door te zorgen dat de beslissing op het bezwaar of administratief beroep wél bevoegd wordt genomen.

In beroep bij de bestuursrechter ligt het ingewikkelder. Het komt regelmatig voor dat het bestuursorgaan tijdens de beroepsprocedure tracht het bevoegdheidsgebrek te repareren door te laten weten dat het het bestreden besluit voor zijn rekening neemt ('bekrachtiging'). Bij bekrachtiging rijst de vraag, of dit gevolgen moet hebben voor het oordeel van de bestuursrechter en zo ja, welke.

Uit de jurisprudentie blijkt dat de rechter een bevoegdheidsgebrek niet met toepassing van artikel 6:22 Awb kan passeren; in beginsel moet de rechter het besluit vernietigen. Maar als hij het besluit vernietigt, is de kans groot dat het bestuursorgaan vervolgens een nieuw besluit neemt dat inhoudelijk volledig gelijk is aan het vernietigde besluit. De belanghebbende moet dan opnieuw beroep instellen om een rechterlijk oordeel over het materiële geschilpunt te verkrijgen. Dit staat op gespannen voet met het streven naar een definitieve en inhoudelijke beslechting van het geschil.

In de praktijk is op verschillende manieren getracht aan dit gevolg te ontkomen. Soms neemt het bestuursorgaan zelf, dan wel een functionaris die wel over een toereikend mandaat beschikt, reeds hangende de beroepsprocedure een nieuw besluit van dezelfde inhoud als het bestreden besluit. Dit zou dan moeten worden gezien als een wijzigingsbesluit als bedoeld in artikel 6:18 Awb, zodat ingevolge artikel 6:19 Awb het aanhangige beroep zich mede tegen dit nieuwe besluit richt. Deze weg is evenwel moeilijk begaanbaar, reeds omdat eigenlijk geen sprake is van een echte wijziging van het bestreden besluit.

Een andere mogelijkheid is, dat de rechter het besluit wel vernietigt, maar met toepassing van artikel 8:72, derde lid, de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand laat. Volgens de Centrale Raad van Beroep is dit mogelijk indien: het besluit, afgezien van het bevoegdheidsgebrek, de rechterlijke toets kan doorstaan; het bestuursorgaan in bezwaar geen aanleiding heeft gezien voor heroverweging of herziening, en het bestuursorgaan het besluit heeft 'bekrachtigd'. (Zie in dit verband bijvoorbeeld de uitspraak van de CRvB van 21 maart 2002, MRT 2003, afl. 1, p. 15 e.v. inzake overmatig alcoholgebruik door een onderofficier tijdens zijn uitzending. De CRvB kwam hierin tot het oordeel dat het bestreden besluit onbevoegdlijk was genomen. Omdat echter moest worden aangenomen dat de staatssecretaris zich inhoudelijk met het besluit kon verenigen, zag de CRvB toch aanleiding om in te gaan op de zaak ten gronde).

De jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State lijkt op dit punt iets terughoudender dan die van de Centrale Raad van Beroep; met name lijkt de Afdeling ook de aard van het bevoegdheidsgebrek in haar overwegingen te betrekken, waarbij in bepaalde gevallen de rechtsgevolgen niet snel in stand worden gelaten.

Mandaatregelingen bij Defensie

De mandaatregelingen die bij het Ministerie van Defensie toepassing vinden zijn te ver-

delen in drie categorieën:

- algemene mandaatregelingen, op basis van het Algemeen organisatiebesluit Defensie 1992 en de Algemene mandaatregeling Defensie 1992;
- bijzondere mandaatregelingen die uitsluitend de verlening van mandaat of de verlening van daarmee verwante bevoegdheden bevatten; en
- bijzondere mandaatregelingen die onderdeel uitmaken van een regeling die beoogt het desbetreffende onderwerp, naast procedureel, ook inhoudelijk te regelen.

De eerste categorie is vastgelegd in de reeks ministeriele publicaties (MP 10-003) en sinds enige tijd ook op het intranet van het ministerie. De structuur van de regelingen is als volgt. Allereerst is er een ministerieel besluit, waarin in grote trekken de inrichting van het ministerie is vastgelegd: het Algemeen organisatiebesluit Defensie 1992. Per dienstonderdeel wordt daarin aangegeven wat de taken van dat onderdeel zijn. Vervolgens wordt, in de Algemene mandaatregeling Defensie 1992, aan de Secretaris-Generaal van het ministerie voor die taken “mandaat” verleend. Aangenomen moet worden dat daarbij niet alleen om mandaat in de zin van de Awb gaat. Echte Awb-besluiten zijn immers bij de uitvoering van de in het Algemeen organisatiebesluit Defensie 1992 beschreven taken niet altijd aan de orde; veelal zal om de taken goed te kunnen uitvoeren de verlening van volmacht of van machtiging vereist zijn.

Zowel op basis van het Algemeen organisatiebesluit Defensie 1992 (art. 14) als op basis van de Algemene mandaatregeling Defensie 1992 (art. 4) zijn nadere regelingen getroffen waarin respectievelijk de organisatiestructuur van het ministerie verder wordt uitwerkt en ondermandaat wordt verleend. Steeds zijn deze twee onderwerpen (de organisatie en het bijbehorende mandaat) geregeld in afzonderlijke regelingen.

Het is de vraag of deze verregaande splitsing tussen organisatie en mandaatverlening een gelukkige is. Steeds moeten twee regelingen worden geraadpleegd, met onderlinge verwijzingen, hetgeen de toegankelijkheid niet ten goede komt. Voorts blijken, vermoedelijk omdat de directe link met mandaat (dus het nemen van besluiten als bedoeld in art. 1:3 van de Awb) ontbreekt, de taken in de organisatiebesluiten nogal vaag te zijn omschreven. Bij andere ministeries is het vrijwel altijd zo dat de organisatiestructuur en het bijbehorende mandaat in één regeling zijn vervat, hetgeen meer helderheid biedt.

Bij de tweede categorie is het mandaat niet gekoppeld aan de organisatiestructuur van het departement, doch aan een bepaald onderwerp, veelal de uitvoering van een wettelijke taak. Voorbeelden zijn de Mandaatregeling Defensie Wet op de inlichtingen en veiligheidsdiensten 2002 en de Wet veiligheidsonderzoeken en de Mandaatregeling uitvoering Besluit uitkering wegens functioneel leeftijdsontslag burgerlijke ambtenaren Defensie. Het Mandaat- en machtigingsbesluit Koninklijke Luchtmacht luchtvaartwetgeving en het daarmee overeenkomende besluit van de Koninklijke Marine kunnen ook in deze categorie worden ondergebracht. De laatste regelingen zijn overigens in zoverre uniek dat zij ook rekening houden met de rechtsfiguur ‘machtiging’. Bij de derde categorie vindt eveneens een koppeling van de mandaatverlening aan het onderwerp plaats, waarbij de regeling naast de verlening van bevoegdheden ook nog een aantal bepalingen omtrent het eigenlijke onderwerp bevat. Een voorbeeld in deze categorie is de Regeling defensiesubsidies, die, naast mandaatbepalingen (in art. 12), ook nog allerlei inhoudelijke subsidiebepalingen bevat. Het aldus samenvoegen van inhoudelijke subsidiebepalingen en de verlening van mandaat komt de toegankelijkheid van de regeling ten goede. Overigens is de wetgevingseconomie bij de Regeling defensiesubsidies wel erg ver doorgevoerd: in deze regeling zijn achtereenvolgens ministeriële beleidsregels, een besluit om afdeling 4.2.8 van de Awb van toepassing te laten zijn en een mandaatbesluit opgenomen. Bij een dergelijke

verregaande samenvoeging kan bij een belanghebbende toch enige verwarring ontstaan, met name omtrent de vraag of bezwaar en beroep mogelijk is. Mogelijk is de hiervoor beschreven samenvoeging er mede de oorzaak van dat bij de Regeling defensiesubsidies de door artikel 3:45 Awb voorgeschreven rechtsgangverwijzing ter zake van het besluit tot verlening van mandaat ontbreekt.

Een voorbeeld-mandaat(volmacht/machtigings)regeling

In dit artikel is reeds stilgestaan bij de gevolgen van een gebrekkig mandaat. Belangrijker dan wat de exacte gevolgen van een vorm- of bevoegdheidsgebrek zijn, is hoe het gebrek kan worden voorkomen. Om die reden wordt hieronder een eenvoudig model gepresenteerd, waarin een aantal veel voorkomende bepalingen is verwerkt. Uitgegaan is van een bijzondere mandaatregeling, die bijvoorbeeld nodig kan zijn bij de uitvoering van bepaalde wettelijke taken. Aan het slot worden de in het model opgenomen bepalingen toegelicht.

DE MINISTER (1) VAN DEFENSIE

BESLUIT:

Artikel 1

1. Aan (2) wordt mandaat, volmacht en machtiging (3) verleend tot het nemen van besluiten en het verrichten van andere handelingen ter uitvoering van (4).
2. De verlening van bevoegdheden, bedoeld in het eerste lid, omvat niet:
 - a. de bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften;
 - b. de bevoegdheid tot het beslissen op een bezwaarschrift indien degene die het besluit waartegen het bezwaar zich richt, het besluit krachtens mandaat heeft genomen (5);
 - c. de bevoegdheid tot (enz.)

Artikel 2

De functionaris, genoemd in artikel 1, eerste lid, kan de aan hem verleende bevoegdheden geheel of gedeeltelijk doorverlenen aan, voorzover het betreft *(of: met dien verstande dat /met uitzondering van)*:

- a. de bevoegdheid tot
- b. (enz.) (6).

Van een besluit als bedoeld in het eerste lid wordt mededeling gedaan in de Staatscourant. Een afschrift van het besluit wordt gezonden aan de Secretaris-Generaal.

Artikel 3

Een document waarin een besluit of een andere handeling als bedoeld in artikel 1 is vastgelegd bevat aan het slot de volgende formule:

DE MINISTER / STAATSSECRETARIS VAN DEFENSIE
voor deze,
..... (functie, handtekening en naam van de ondertekenaar) (7)

Artikel 4

(Eventuele intrekking van eerdere besluiten ter zake van de verlening van mandaat, vol-

macht of machtiging).

Artikel 5

Dit besluit treedt in werking met ingang van de tweede dag na dagtekening van de Staatscourant waarin het wordt geplaatst (*of: Dit besluit treedt in werking met ingang van de tweede dag na dagtekening van de Staatscourant waarin mededeling wordt gedaan van plaatsing van dit besluit in de reeks ministeriële publicaties van het Ministerie van Defensie*) (8).

Artikel 6

Dit besluit wordt aangehaald als: Mandaat- volmacht en machtigingsbesluit (*citeertitel nog aan te vullen*).

Dit besluit zal met de toelichting worden geplaatst in de Staatscourant (*of: Dit besluit zal met de toelichting worden geplaatst in de reeks ministeriële publicaties van het Ministerie van Defensie. Van deze plaatsing zal mededeling worden gedaan in de Staatscourant*).

DE MINISTER VAN DEFENSIE

Belanghebbenden kunnen bezwaar maken tegen dit besluit door binnen zes weken na de dag van dagtekening van deze Staatscourant een bezwaarschrift in te dienen bij de Minister van Defensie (9).

Toelichting bij het bovenstaande model:

Ad (1):

In het bovenstaande model staat de minister aangegeven als degene die het besluit neemt. Voorzover het gaat om handelingen die tot het werkpakket van de staatssecretaris behoren, zou hier de staatssecretaris moeten worden vermeld. Overigens is het gebruikelijk dat bij een kabinetswisseling het werkpakket van de minister, respectievelijk dat van de staatssecretaris wordt heroverwogen. Mochten de betrokken handelingen als gevolg hiervan worden overgeheveld naar de ‘andere’ bewindspersoon, dan hoeft geen nieuw mandaat(volmacht of machtigings)besluit te worden genomen.

In het geval dat ondermandaat (-volmacht of -machtiging) wordt verleend, dient in plaats van ‘de minister’, de functionaris die ondermandaat (-volmacht of -machtiging) verleent te worden vermeld, alsmede een verwijzing naar de bepaling waarop de verlening van die bevoegdheden steunt. Zou op basis van het hiervoor gegeven model een ondermandaatregeling worden getroffen, dan zou die verwijzing moeten luiden: “gelet op artikel 2, eerste lid, van het Mandaat- volmacht en machtigingsbesluit (...)”.

Ad (2):

Het moet worden afgeraden om mandaat (volmacht of machtiging) te verlenen aan met name genoemde natuurlijke personen in plaats van aan functies. Het opnemen van een naam zou tot gevolg hebben dat in het mandaatbesluit ook een vervangingsregeling moet worden opgenomen (“bij afwezigheid of verhindering van X treedt Y voor de duur van de

afwezigheid of verhindering in diens plaats.”). Het is beter om de bevoegdheden steeds te verlenen aan een functie, dus bijvoorbeeld aan de bevelhebber van het krijgsmachtdeel. De bevoegdheid kan dan worden uitgeoefend door iedere natuurlijke persoon die op een gegeven tijdstip deze functie vervult, ook als hij of zij dit krachtens een vervangingsregeling tijdelijk doet.

Ad (3):

Mandaat, volmacht en machtiging zijn in het model opgenomen bij wijze van voorbeeld. Zoals in het begin van dit artikel staat aangegeven dienen deze begrippen strikt te worden onderscheiden. Het is evenwel niet altijd nodig dat aan de betrokken functionaris alle drie bevoegdheden worden verleend. Uitgangpunt moet zijn dat bevoegdheden niet onnodig laag in een organisatie worden neergelegd.

Ad (4):

Waarvoor nu precies mandaat (volmacht of machtiging) wordt verleend moet als uitvloeisel van het rechtszekerheidsbeginsel zoveel mogelijk worden geconcretiseerd. In de huidige praktijk worden bevoegdheden soms in (te) vage of subjectieve termen verleend. Hierbij kan worden gewezen op omschrijvingen als ‘aangelegenheden die naar het oordeel van de betrokken functionaris tot zijn werkterrein behoren’ of uitzonderingen voor ‘aangelegenheden van principiële aard’. In concrete gevallen kan dan gemakkelijk twijfel ontstaan of een besluit bevoegd genomen is.

Uitgangpunt is dus dat mandaat(volmacht of machtigings)besluiten zo nauwkeurig mogelijk behoren te zijn. Het is evenwel de vraag of het nodig of zelfs wenselijk is om alle bevoegdheden waarvoor mandaat (volmacht of machtiging) wordt verleend, exact op te sommen onder vermelding van de relevante wetsartikelen. Bij een veelheid aan bevoegdheden is dat nauwelijks doenlijk. Het zou de mandaatbesluiten bovendien zeer onderhoudsgevoelig maken, en daardoor de kans op fouten vergroten.

In het model is uitgegaan van de werkwijze die ook in het Mandaat- en machtigingsbesluit Koninklijke Luchtmacht luchtvaartwetgeving is gevolgd. Allereerst wordt in algemene bewoordingen de taak die krachtens mandaat, volmacht of machtiging wordt uitgevoerd omschreven (artikel 1, eerste lid, slotzinsnede: “ter uitvoering van”). Vervolgens worden (in artikel 1, tweede lid) de nodige beperkingen aangebracht.

Ad (5):

In artikel 1, tweede lid, van het model zijn enkele beperkingen aan het mandaat verbonden die verband houden met artikel 10:3 van de Awb. Ingevolge artikel 10:3, tweede lid, onder a, van de Awb wordt mandaat in ieder geval niet verleend indien het betreft een bevoegdheid tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften tenzij bij de verlening van die bevoegdheid in mandaatverlening is voorzien. Als algemeen verbindend voorschrift, vastgesteld vanwege het Rijk, wordt beschouwd een naar buiten werkende algemene regel, vastgesteld bij of krachtens wet dan wel, in bijzondere gevallen, bij of krachtens zelfstandige algemene maatregel van bestuur. Interne defensieregels ontberen het element “naar buiten werkende” van algemeen verbindende voorschriften. Ter zake van de vaststelling van interne voorschriften kan derhalve wel mandaat worden verleend. Overigens kan het in de praktijk wenselijk blijken te zijn dat een bepaald intern werkend defensievoorschrift ter vaststelling aan de Minister van Defensie wordt aangeboden.

Overeenkomstig artikel 10.3, derde lid, van de Awb kan het mandaat zich niet uitstrekken tot het beslissen op een bezwaarschrift indien degene die het besluit waartegen het

bezwaar zich richt, het besluit krachtens mandaat heeft genomen. Hiermee wordt de objectiviteit van de beslissing op het bezwaarschrift gewaarborgd.

De in artikel 1, tweede lid, van het model opgenomen beperkingen zijn uiteraard niet limitatief bedoeld. Het kan, bijvoorbeeld uit organisatorische overwegingen, noodzakelijk blijken om verdergaande beperkingen aan te brengen.

Ad (6):

In artikel 2 is de mogelijkheid opgenomen om ondermandaat, onderscheidenlijk -volmacht of -machtiging te verlenen. Op deze wijze kunnen de bevoegdheden op lagere niveaus in de organisatie worden gelegd. Een besluit tot het verlenen van ondermandaat, -volmacht of -machtiging zal, indien algemeen van aard, steeds schriftelijk moeten worden genomen en dient in beginsel op dezelfde wijze te zijn bekendgemaakt als het besluit waarin de bevoegdheid tot het verlenen van ondermandaat, -volmacht of -machtiging is vastgelegd.

Om onbegrensde doorverlening van bevoegdheden op voorhand tegen te gaan verdient het aanbeveling om bij de toedeling van de bevoegdheid tot doorverlening zo veel mogelijk aan te geven: (a) in welke gevallen, (b) voor welke bevoegdheid en (c) aan welke functionaris.

Aangenomen moet worden dat indien een mandaatregeling niets over de verlening van ondermandaat zegt (een voorbeeld van een zodanige regeling is te vinden in de Regeling defensiesubsidies, waarin in artikel 12 enige mandaatbepalingen zijn opgenomen die niet voorzien in de verlening van ondermandaat), de verlening van ondermandaat niet is toegestaan.

Ad (7):

Mandaat is de bevoegdheid om een besluit te nemen. Dit impliceert ook de bevoegdheid om het besluit, als dat nodig is, te ondertekenen. Uit het besluit moet blijken namens welk bestuursorgaan het is genomen (art. 10:10 Awb). Vandaar dat in artikel 3 een ondertekeningsblok is opgenomen ("De Minister/Staatssecretaris van Defensie, voor deze ...").

Soms wordt een in mandaat genomen besluit ondertekend met behulp van een stempel met de handtekening van het bestuursorgaan. Deze praktijk is onjuist voorzover daardoor ten onrechte de indruk wordt gewekt dat het besluit door het bestuursorgaan zelf is genomen.

Ad (8):

Een algemeen mandaat moet schriftelijk worden verleend, een mandaat voor een concreet geval kan ook mondeling worden verleend. Het schriftelijkheidsvereiste brengt mee dat in ieder geval een algemeen mandaat steeds een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb is, dat derhalve pas rechtsgevolgen heeft nadat het op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt (art. 3:40 Awb). Een slotartikel dat bepaalt dat het besluit in werking treedt met ingang van de dag van ondertekening verdraagt zich dus niet met de Awb.

Wat betreft de wijze van bekendmaking zijn uitsluitend de bekendmakingsvoorschriften van de Awb (afdeling 3.6 Awb, in het bijzonder art. 3:42 Awb) en niet die van de Bekendmakingswet van toepassing. Dit brengt mee dat wat betreft de wijze van bekendmaking enige vrijheid bestaat: anders dan bij algemeen verbindende voorschriften die van de minister afkomstig zijn is bekendmaking van het onderhavige mandaat (-volmacht, -machtigings) besluit in de Staatscourant weliswaar aanbevelingswaardig, doch formeel gezien niet strikt noodzakelijk.

Een bekendmaking aan alleen de gemandateerde volstaat niet, een ieder moet kunnen

nagaan aan wie voor een bepaalde besluitbevoegdheid mandaat is verleend. In dit verband is het nuttig het besluit ook via de intranet-site van het Ministerie van Defensie toegankelijk te maken. Voldoende is dat echter niet, zolang nog een substantiële groep ingezetenen geen toegang tot het intranet heeft. In het voorstel ‘Wet elektronisch bestuurlijk verkeer’ (Kamerstukken onder nummer 28 483) wordt overigens bekendmaking van besluiten uitsluitend langs elektronische weg in beginsel verboden.

Ad (9):

Bij de bekendmaking van mandaatbesluiten wordt de door artikel 3:45 Awb voorgeschreven rechtsgangverwijzing vaak vergeten. Om formele redenen wordt aanbevolen deze rechtsgangverwijzing op te nemen, ook in het geval van een besluit tot het verlenen van ondermandaat. Overigens moet worden opgemerkt dat het in de praktijk nauwelijks een probleem is als de rechtsgangverwijzing ontbreekt, omdat de bezwaar en beroepsmogelijkheid veelal slechts in theorie bestaat. Burgers zullen immers vrijwel nooit als belanghebbende bij een besluit tot mandaatverlening kunnen worden aangemerkt.

Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loep:

Het ontslag bij benoeming tot minister of staatssecretaris

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

Een bijdrage waarin wordt voorgesteld artikel 40 Amar, dat bepaalt dat aan een beroepsmilitair die een benoeming tot minister of staatssecretaris aanvaardt eervol ontslag zal worden verleend, aan te vullen met een bepaling die inhoudt dat aan een reservist in werkelijke dienst in een geval als bedoeld groot verlof zal worden verleend.

Inleiding

Artikel 40 Amar bepaalt dat een beroepsmilitair die een benoeming tot minister of staatssecretaris aanvaardt, eervol zal worden ontslagen.¹⁾ Het artikel zwijgt over reservisten. Toch kunnen ook reservisten tot minister of staatssecretaris worden benoemd en is ook op hen het Algemeen militair ambtenarenreglement van toepassing. Reservisten bezitten immers, evenals beroepsmilitairen, de rechtspositie van militair ambtenaar.

Artikel 40 Amar nader beschouwd

Artikel 40 Amar luidt: “Aan de militair die behoort tot het beroepspersoneel en die een benoeming tot minister of staatssecretaris aanvaardt, wordt ontslag verleend.” Het ontslag wordt in voorkomende gevallen verleend, òf door de Kroon (indien een officiersrang wordt bekleed), òf door de Minister van Defensie (in alle andere gevallen). Dit is bepaald in artikel 38 Amar.

Artikel 40 Amar zwijgt over reservisten, ook over reservisten in werkelijke dienst. Volgens de nota van toelichting (Stb. 1989, 386) wordt het treffen van een regeling ter zake niet nodig geoordeeld omdat aan reservisten, indien zij in werkelijke dienst verblijven, (gewoon) groot verlof kan worden verleend. Zijn zij (reeds) in het genot van groot verlof, dan kan oproeping in werkelijke dienst eenvoudig achterwege worden gelaten, aldus de nota van toelichting.

Het verlenen van groot verlof

Het verlenen van groot verlof aan reservisten is geregeld in de Wet voor het reservepersoneel der krijgsmacht. Deze wet verstaat onder groot verlof: de tijd gedurende welke

¹⁾ Niet alleen het ambt van minister of staatssecretaris is onverenigbaar met het zijn van militair in werkelijke dienst, ook het lidmaatschap van de Staten-Generaal en het Europees Parlement. Dit is bepaald in de Wet Incompatibiliteiten Staten-Generaal en Europees Parlement (Stb. 1994, 295). Deze wet bepaalt tevens dat een beroepsmilitair, alsmede een reservist en een dienstplichtige, die tot het lidmaatschap van de Eerste Kamer is toegelaten, van rechtswege op non-activiteit wordt gesteld, onderscheidenlijk van rechtswege in het genot wordt gesteld van groot verlof, terwijl een militair in werkelijke dienst, die tot het lidmaatschap van de Tweede Kamer of het Europees Parlement is toegelaten, eervol wordt ontslagen met ingang van de dag van toelating, “dan wel op zijn verzoek met ingang van die dag tijdelijk wordt ontheven van de waarneming van zijn ambt.”

een reservist zich niet in werkelijke dienst bevindt of moet bevinden.²⁾

In welke gevallen aan een reservist groot verlof kan (of zal) worden verleend, zegt de wet niet. Artikel 8 Wet RP bepaalt slechts dat het verlenen van groot verlof geschiedt door de Minister van Defensie. Wel is in de wet nauwkeurig geregeld in welke gevallen, en voor hoelang, een reservist in werkelijke dienst kan worden opgeroepen en/of in werkelijke dienst kan worden gehouden. Ook oproeping in werkelijke dienst geschiedt in voorkomende gevallen, zoals in artikel 5 Wet RP valt te lezen, door de minister.

Artikel 6 bepaalt dat de minister *op aanvraag* ontheffing kan verlenen van de verplichting tot opkomst in werkelijke dienst, “tenzij het dienstbelang, afgewogen tegen het persoonlijk belang, zich om operationele redenen daartegen verzet”. Een redelijke uitleg van deze bepaling houdt in dat de minister, indien het dienstbelang dit toelaat, ook op aanvraag (vervroegd) groot verlof kan verlenen.

De vraag kan worden gesteld of ook *zonder* aanvraag oproeping in werkelijke dienst achterwege kan worden gelaten of vervroegd groot verlof kan worden verleend. Mijns inziens dient deze vraag, gelet op tekst van de wettelijke bepalingen, bevestigend te worden beantwoord. Het verlenen van groot verlof is (verwoord als) een discretionaire bevoegdheid van de minister.

Is aanpassing van artikel 40 Amar gewenst?

Hoewel het achterwege laten van oproeping in werkelijke dienst of het verlenen van groot verlof (dus) niet aan beperkende bepalingen is onderworpen, pleit ik toch voor aanpassing van artikel 40 Amar. Ik stel voor aan het artikel een nieuw tweede lid toe te voegen waarin niet alleen wordt bepaald dat een reservist die een benoeming tot minister of staatssecretaris heeft aanvaard, niet in werkelijke dienst zal worden opgeroepen, maar ook dat aan hem, indien hij (reeds) in werkelijke dienst verblijft, (vervroegd) groot verlof zal worden verleend.

Twee overwegingen liggen aan dit voorstel ten grondslag. In de eerste plaats valt niet in te zien waarom wel een beroepsmilitair, maar niet een reservist in het Algemeen militair ambtenarenreglement moet kunnen lezen welke rechtspositionele gevolgen het voor hem heeft indien hij een benoeming tot minister of staatssecretaris aanvaardt.

In de tweede plaats wordt aan een thans bestaande rechtsongelijkheid een einde gemaakt. Naar geldend recht kan een beroepsmilitair die wegens aanvaarding van een benoeming tot minister of staatssecretaris uit de dienst is ontslagen, tegen dit besluit (gewoon) beroep instellen bij de rechter. Dit geldt *niet* voor een reservist aan wie vervroegd groot

²⁾ Gelet op deze omschrijving kan een reservist niet alleen in werkelijke dienst zijn of in het genot van groot verlof, maar ook: noch in werkelijke dienst noch in het genot van groot verlof. Noch in werkelijke dienst noch in het genot van groot verlof is bijvoorbeeld een reservist, die niet heeft voldaan aan een oproep in werkelijke dienst; of die, in werkelijke dienst verblijvende, is gedeserteerd. Ook dienstplichtigen kunnen noch in werkelijke dienst noch in het genot van groot verlof zijn. Om te bereiken dat de verplichtingen die destijds krachtens de Dienstplichtwet op een grootverlofganger rustten, ook zouden rusten op een dienstplichtige die noch in werkelijke dienst noch in het genot van groot verlof was, bepaalde artikel 35 lid 2 Dienstplichtwet: “Voor de toepassing van de volgende artikelen wordt onder grootverlofganger verstaan de gewone dienstplichtige, van het tijdstip, waarop het groot verlof ingaat, tot het tijdstip, waarop hij daarna in werkelijke dienst komt.” Een zodanige bepaling komt in de Wet voor het reservepersoneel der krijgsmacht niet voor (en evenmin in de Kaderwet dienstplicht). Dit betekent dat de Wet voor het reservepersoneel der krijgsmacht - waarin slechts is bepaald dat reservisten *gedurende het groot verlof* verplicht zijn de bij ministeriële regeling te geven administratieve voorschriften na te leven - op dit punt een leemte bevat. Zie hieromtrent nader: G.L. Coolen, *Hoofdzaken van het militaire ambtenarenrecht*, vierde druk, p. 136 en 137, W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

verlof is verleend. Artikel 8:4 van de Algemene wet bestuursrecht bepaalt immers dat tegen besluiten, genomen op grond van de Wet voor het reservepersoneel der krijgsmacht, geen beroep kan worden ingesteld.³⁾ Toch is het verlenen van groot verlof aan een reservist in een geval als bedoeld alleszins vergelijkbaar met het verlenen van ontslag aan een beroepsmilitair.⁴⁾ Toevoeging aan artikel 40 Amar van een bepaling als door mij voorgesteld, maakt aan deze rechtsongelijkheid vanzelf een einde.

³⁾ De (per 1 januari 1994 vervallen) Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Stb. 1975, 284) bevatte een soortgelijke bepaling. De memorie van toelichting vermeldt omtrent de gemaakte uitzonderingen: “Deze beschikkingen moeten in een betrekkelijk kort tijdsbestek en in grote aantallen worden gegeven. Zij maken voorts deel uit van een complex beslissingsproces, dat ertoe moet leiden dat op de juiste tijden en plaatsen in de diverse functies voldoende personeel beschikbaar is en een efficiënt gebruik van de aanwezige opleidingscapaciteit wordt gemaakt. Het grote aantal beschikkingen, het beperkte tijdsbestek waarbinnen zij gegeven moeten worden en de onderlinge samenhang tussen de beschikkingen sluit een zinvolle beroepsmogelijkheid, waaraan niet het risico van verstoring van de personeelsvoorziening der krijgsmacht is verbonden, uit.”

⁴⁾ Zie in dit verband CRvB 2 december 1982, AB 1983, nr. 172: “Naar ’s Raads oordeel moet voor de toepassing van de onderhavige bepaling (= een bepaling uit een wachtgeldregeling) ook het verlenen van groot verlof aan een dienstplichtig militair als een zodanige werkelijke beëindiging worden aangemerkt. Dat deze (gewezen) militair nog gedurende een aantal jaren opnieuw in werkelijke dienst kan worden opgeroepen, en dat aan het eind van de dienstplicht een formeel ontslag plaats vindt, doet daaraan niet af.”

STRAFRECHTSPRAAK

Arrondissementsrechtbank te Arnhem

Militaire Kamer

Vonnissen van 18 november 2002

Voorzitter: Mr. B.N. Crol, *Lid:* Mr. A. van Waarden, *Militair Lid:* Kapitein-luitenant ter zee van administratie mr. R. de Vreede

Verstrooide commando

Voorafgaande aan oefening waarbij met losse munitie geschoten zal worden laadt commando twee magazijnen met scherpe munitie, die hij in strijd met de voorschriften in bezit heeft. Ook nadat hij de mondingsstop van zijn wapen heeft weggeschoten gaat hij door met vuren. Zwaar lichamelijk letsel door schuld?

(Sr art. 308)

VONNIS

In de zaak van: de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen F.G., geboren op [...] te O. [...];

officier-raadsman: luitenant-kolonel A.P.C. Hermes, wonende te Harderwijk.

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is ten laste gelegd dat:

“hij op of omstreeks 03 april 2002 te Oirschot, althans in Nederland, in de uitoefening van enig ambt of beroep, te weten als sergeant, ingedeeld als Beroeps Bepaalde Tijd (BBT) bij 104 commandotroepencompagnie, grovelijk, althans aanmerkelijk onvoorzichtig en/of onachtzaam en/of nalatig een of meer magazijnen in plaats van met oefen- /losse munitie met 29, althans een aantal scherpe patronen, heeft gevuld en/of (vervolgens) een van die magazijnen in zijn, verdachtes, wapen (Diemaco) heeft geplaatst waarna hij, verdachte, voornoemd wapen heeft doorgeladen en (vervolgens) met dat wapen gericht op een of meer personen heeft geschoten, waardoor het aan zijn schuld te wijten is geweest dat R. d.B. zwaar lichamelijk letsel, te weten persisterende paralyse (verlamming) rechteronderbeen, heeft bekomen, althans zodanig lichamelijk letsel dat daaruit tijdelijke ziekte en/of verhindering in de uitoefening van de ambts- of beroepsbezigdheden van deze is ontstaan.

(art. 309 Wetboek van Strafrecht)

2. hij op of omstreeks 4 april 2002, althans in of omstreeks de maand april 2002 te Bergen op Zoom, een hoeveelheid munitie van categorie III, te weten drie, althans een aantal scherpe patronen (kaliber .338) en/of drie, althans een aantal scherpe patronen (kaliber .308), voorhanden heeft gehad;

3. hij op of omstreeks 3 april 2002 te Oirschot, een hoeveelheid munitie van categorie III, te weten 89, althans een aantal scherpe patronen (kaliber 5,56 mm), voorhanden heeft gehad.”

De in deze tenlastelegging gebruikte termen en uitdrukkingen worden, voorzover daaraan in de Wet Wapens en Munitie betekenis is gegeven, geacht in dezelfde betekenis te zijn gebezigd.

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 04 november 2002 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschoten. Verdachte is bijgestaan door luitenant-kolonel A.P.C. Hermes, wonend te Harderwijk.

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 maanden geheel voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren en voorts tot het verrichten van 180 uren werkstraf subsidiair 90 dagen hechtenis, met aftrek van de tijd in verzekering doorgebracht.

Verdachte en zijn raadsman hebben het woord ter verdediging gevoerd.

3. De beslissing inzake het bewijs

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

“hij op 3 april 2002 te Oirschot, in de uitoefening van enig ambt, te weten als sergeant, ingedeeld als Beroeps Bepaalde Tijd (BBT) bij 104 commandotroepencompagnie, grove-lijk onvoorzichtig en onachtzaam en nalatig magazijnen in plaats van met oefen-/losse munitie met een aantal scherpe patronen, heeft gevuld en vervolgens een van die magazijnen in zijn, verdachtes, wapen (Diemaco) heeft geplaatst waarna hij, verdachte, voornoemd wapen heeft doorgeladen en vervolgens met dat wapen op een of meer personen heeft geschoten, waardoor het aan zijn schuld te wijten is geweest dat R.d.B. zwaar lichamenlijk letsel, te weten persisterende paralyse (verlamming) rechteronderbeen, heeft bekomen.

2. hij op 4 april 2002, te Bergen op Zoom, een hoeveelheid munitie van categorie III, te weten drie, scherpe patronen (kaliber .338) en drie scherpe patronen (kaliber .308), voorhanden heeft gehad.

3. hij op 3 april 2002 te Oirschot, een hoeveelheid munitie van categorie III, te weten 89 scherpe patronen (kaliber 5,56 mm), voorhanden heeft gehad.”

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

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

De bewijsmiddelen zullen worden uitgewerkt in die gevallen waarin de wet aanvulling van het vonnis vereist en zullen dan in een aan dit vonnis te hechten bijlage worden opgenomen.

Verdachte, deel uitmakend van het Korps Commandotroepen en met ruime schutterservaring, is als militair ernstig te kort geschoten en is, gelet op de volgende omstandigheden, ver beneden de vereiste mate van achtzaamheid en voorzichtigheid gebleven. Hij heeft in strijd met de voorschriften scherpe munitie in zijn bezit gehouden. Vervolgens heeft hij bij gelegenheid van een oefening waarbij met losse munitie zou worden geschoten twee magazijnen van zijn wapen ieder met 29 scherpe patronen geladen waarbij het hem is ontgaan dat deze waren verpakt in twee dozen met opschriften waaruit blijkt dat deze scherpe munitie bevatten.

Vervolgens heeft hij niet opgemerkt dat de scherpe patronen ook optisch en wat gewicht betreft sterk afwijken van losse patronen, hetgeen te meer klemt nu hij uit iedere doos een nog resterende scherpe patroon in zijn chestrig heeft teruggestopt.

Daarna heeft hij het wapen (half) geladen en heeft hij niet gemerkt dat hij bij het lossen

van een aantal schoten in de lucht zijn mondingsstop heeft weggeschoten en evenmin heeft hij gehoord dat het geluid van de schoten luider was dan het geluid bij schoten met oefenmunitie, terwijl het wapen bleef vuren zonder mondingsstop.

4. De strafbaarheid van het bewezen verklaarde

Het bewezen verklaarde levert op:

Feit 1:

“aan zijn schuld te wijten zijn dat een ander zwaar lichamelijk letsel bekomt, gepleegd in de uitoefening van enig ambt”,

voorzien en strafbaar gesteld bij artikel 308 juncto artikel 309 van het Wetboek van Strafrecht.

Feiten 2 en 3 telkens:

“handelen in strijd met artikel 26, eerste lid, van de Wet wapens en munitie”,

strafbaar gesteld bij artikel 55 eerste lid van de Wet wapens en munitie.

De feiten zijn strafbaar.

5. De strafbaarheid van verdachte

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

6. De motivering van de sanctie(s)

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

- de aard en de ernst van het bewezen verklaarde en de omstandigheden waaronder dit is begaan;

- de persoon en de persoonlijke omstandigheden van verdachte, waarbij onder meer is gelet op:

- het uittreksel uit het algemeen documentatieregister betreffende verdachte, gedateerd 5 augustus 2002, waaruit blijkt dat verdachte niet eerder met justitie in aanraking is geweest.

De militaire kamer overweegt verder nog als volgt. Verdachte heeft als militair een groot aantal fouten gemaakt. Het primaire feit is te zien als een ernstig bedrijfsincident als gevolg waarvan twee gewonden zijn gevallen, waarvan één ernstig.

Aan de andere kant houdt de militaire kamer er rekening mee dat verdachte tengevolge van dit feit uit het Korps Commandotroepen is gezet en gedurende een tijd op non-actief gesteld is geweest.

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen oordeelt de militaire kamer dat voor de afdoening van de onderhavige zaak geen andere straf in aanmerking komt dan de door de officier van justitie gevorderde voorwaardelijke militaire detentie en werkstraf.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is, behalve [op] de hiervoor genoemde wettelijke voorschriften, gegrond op de artikelen 10, 14a, 14b, 14c, 22c, 22d, 27, 57 en 91 van het Wetboek van Strafrecht en op artikel 11 van het Wetboek van Militair Strafrecht.

[Volgt: Veroordeling tot militaire detentie voor de duur van vier maanden, voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar en tot werkstraf voor de duur van honderdtachtig uur, subsidiair negentig dagen hechtenis. – Red.]

NASCHRIFT

Het is een merkwaardig geval. Een commando, een sergeant met ruime schutterservaring, heeft – in strijd met de geldende voorschriften – scherpe munitie in bezit, o.m. voor zijn persoonlijk wapen: de Diemaco. Hoe hij daaraan kwam, is in het vonnis niet te lezen want het is – nu geen hoger beroep werd ingesteld – niet aangevuld met de bewijsmiddelen. Wellicht was die munitie uitgereikt voor een oefening waarbij wèl met scherpe munitie geschoten werd, en niet teruggegeven. Wat vervolgens gebeurt gaat de fantasie echter te boven. Voorafgaande aan een oefening waarbij met ‘losse flodders’ geschoten zal worden laadt verdachte twee magazijnen met de scherpe munitie. Kennelijk dringt niet tot hem door dat het scherpe munitie betreft, hoewel dat op de verpakking vermeld wordt en de munitie ook uiterlijk verschilt van oefenmunitie.¹⁾ De gevolgen van verdachtes onopmerksaamheid laten zich raden: de mondingsstop van zijn wapen wordt weggeschoten en twee militairen worden gewond, van wie één ernstig.

Het vonnis roept twee vragen op, een van feitelijke, een andere van juridische aard. In de eerste plaats kan men zich – in het licht van de nadere bewijsoverweging, die suggereert dat verdachte doorging met vuren nadat de mondingsstop van zijn wapen was weggeschoten – afvragen waarop de officier van justitie het delict van art. 308 (j° 309) Sr ten laste heeft gelegd. Wie bemerkt dat hij met scherpe munitie op een ander schiet maakt zich schuldig aan (poging tot) doodslag. Maar dat is misschien te simpel gedacht. De Diemaco is een volautomatisch wapen, dat tussen de 700 en 900 patronen per minuut verschieft, dus een magazijn is tussen de twee en tweeënhalve seconde leegggeschoten.²⁾ En hoewel een alerte militair – zeker nadat de mondingsstop was weggeschoten – de trekker had losgelaten, was verdachte daartoe kennelijk niet in staat.

Dat brengt mij op de juridische vraag: waarom drong niet tot verdachte door wat hij deed? Dat hij niet opmerkte dat hij zijn wapen met scherpe munitie laadde en die verschoot, is moeilijk voorstelbaar. Hij moet dat bemerkt hebben. Dat volgens de officier van justitie niet tot opzet geconcludeerd kon worden kan niet anders betekenen dan dat verdachte niet dienovereenkomstig kon handelen, en dat hem dat verweten kan worden. Zo gezien doet de casus denken aan het fameuze ‘Verpleegstersarrest’, in welk geval de verdachte zich bewust was dat zij een ander dan het verzochte medicament aanreikte, en achteraf niet kon verklaren waarom zij dat gedaan had.³⁾ In het arrest wordt gesproken van een ‘Fehlleistung’. Maar ook in dat arrest werd schuld aangenomen: wie een verantwoordelijke functie vervult, moet ervoor instaan dat hij voldoet aan de eisen die aan hem als zodanig gesteld worden. Op hem rust een ‘Garantenstellung’. Zo’n verantwoordelijkheid rust ook op militairen, en niet alleen in oorlogstijd: wie de beschikking heeft over een vuurwapen, moet ervoor instaan dat daarmee geen ongelukken gebeuren.

M.M.D.

¹⁾ Hoewel ook aan munitie voor de Diemaco te zien is of het scherpe dan wel losse munitie betreft, is dit verschil minder groot dan bij bijvoorbeeld de FAL: scherpe patronen hadden een huls van koper, ‘losse flodders’ waren van kunststof. De rechtbank memoreert overigens niet dat ook de actie van het wapen verschilt naar gelang het type munitie dat ermee verschoten wordt. Met dank aan Majoor J. Roede (KMar), met wie ik – naar aanleiding van deze casus – een gesprek voerde over veiligheidsvoorschriften.

²⁾ Deze informatie is afkomstig van de fabrikant (www.diemaco.com), waarbij ik er verondersteltenderwijs van uitgegaan ben dat het wapen een Diemaco C7 ‘assault rifle’ betrof. Andere typen hebben overigens vergelijkbare specificaties.

³⁾ HR 19 februari 1963, *NJ* 1963, 512, *AAe* XII (1963/64), p. 86 m.nt. Van Eck.

Gerechtshof te Arnhem
Militaire Kamer
Arrest van 18 december 2002

Voorzitter: Mr. Lion, Lid: Mr. Denie, Militair Lid: Brigade-generaal mr. Zuidema

Wie vloog de helikopter?

Helikopter nadert landingsplaats op zodanige wijze dat – door ‘downwash’ van de rotorbladen – gevaar voor personen en schade aan goederen op de grond ontstaat. Beroep op niet-ontvankelijkheid: nu helikopter – volgens ‘crew-concept’ – door piloot, co-piloot en ‘loadmaster’ gezamenlijk gevlogen wordt, behoorde piloot niet als enige vervolgd te worden. Vervolg van co-piloot ten onrechte achterwege gelaten? Strafmotivering.

(Sr art. 9a, 47; WMSr art. 168)

ARREST

gewezen op het hoger beroep, ingesteld tegen het vonnis van de militaire politierechter in de rechtbank te Arnhem van 11 juli 2002 in de strafzaak tegen: R.S.H., geboren te A. op 8 [...], wonende te U., Elnt. [...].

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 4 december 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 zal het vonnis, waarvan beroep, om proceseconomische redenen vernietigen en daarom opnieuw recht doen.

De tenlastelegging

Aan verdachte is ten laste gelegd dat:

“hij op of omstreeks 1 mei 2001, te of nabij Ramici, in Bosnië-Herzegovina, althans in voormalig Joegoslavië, als lid van de bemanning van een luchtvaartuig, te weten als (eerste) vlieger van een helikopter (type Cougar), tezamen en in vereniging met anderen of een ander, althans alleen, met die helikopter (te) dicht boven en/of over en/of langs een (auto)wasplaats en/of andere bebouwing en/of zich op het dak van die wasplaats en/of zich in de directe omgeving van die wasplaats en/of (andere) bebouwing bevindende personen is gevlogen, waardoor ten gevolge van de luchtverplaatsing (downwash) van/door die helikopter een of meer personen zich vast moesten klampen/houden aan (een) dakspant(en) /dakbalk(en) ten einde niet van het (in aanbouw zijnde) dak van voornoemde wasplaats te vallen en/of van die wasplaats een of meer ruiten braken en/of een of meer voorwerpen (waaronder een deur en/of timmerhout en/of bouwstenen en/of emmers en/of een [geopend] verblik) omver geblazen werden en/of omvielen, en aldus zich zodanig heeft gedra-

gen dat de veiligheid op de grond in gevaar werd gebracht, althans dat redelijkerwijze was aan te nemen dat de veiligheid op de grond in gevaar kon worden gebracht”.

Het hof leest, evenals de militaire kantonrechter, ter verduidelijking in de tenlastelegging, achter “Ramici” de woorden “gemeente Banja Luka”.

Indien in de tenlastelegging taal- en/of schrijffouten voorkomen, zijn deze verbeterd. De verdachte is daardoor niet geschaad in de verdediging.

De ontvankelijkheid van het openbaar ministerie

Zijdens de verdediging is aangevoerd dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk moet worden verklaard wegens schending van het gelijkheidsbeginsel doordien het openbaar ministerie - met miskenning van het “crew-concept” - wel de feitelijk bestuurder (pilot flying) van de helikopter, maar niet de gezagvoerder en de loadmaster vervolgde.

Dit verweer wordt verworpen. De omstandigheid dat derden wier gedraging evenzeer als die van de verdachte het voorwerp van strafvervolging zouden dienen te zijn, ten onrechte niet worden vervolgd, leidt niet tot niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in zijn vervolging. Echter, het hof is van oordeel dat de officier van justitie ten onrechte heeft afgezien van de vervolging van de gezagvoerder, omdat het hof aannemelijk acht dat in het kader van het door de Koninklijke Luchtmacht ontwikkelde “crew-concept” in het bijzonder de gezagvoerder en de pilot flying zo zeer gelijkwaardig zijn, dat zij naar het oordeel van het hof strafrechtelijk gelijk verantwoordelijk zijn. Voor het andere crewlid, de loadmaster, ligt dit naar het oordeel van het hof anders.

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 tenlastegelegde heeft begaan, met dien verstande dat:

“hij op of omstreeks 1 mei 2001, te of nabij Ramici, gemeente Banja Luka, in Bosnië-Herzegovina, althans in voormalig Joegoslavië, als lid van de bemanning van een luchtvaartuig, te weten als (eerste) vlieger van een helikopter (type Cougar), tezamen en in vereniging met een ander, met die helikopter dicht boven en/of over en/of langs een auto-wasplaats en/of andere bebouwing en zich op het dak van die wasplaats en zich in de directe omgeving van die wasplaats en/of andere bebouwing bevindende personen is gevlogen, waardoor ten gevolge van de luchtverplaatsing (downwash) van die helikopter een of meer personen zich vast moesten houden aan (een) dakspant(en)/dakbalk(en) ten einde niet van het in aanbouw zijnde dak van voornoemde wasplaats te vallen en van die wasplaats een of meer ruiten braken en een of meer voorwerpen (waaronder een deur en timmerhout en bouwstenen en emmers en een [geopend] verblik) omver geblazen werden en/of omvallen, en aldus zich zodanig heeft gedragen dat de veiligheid op de grond in gevaar werd gebracht. althans dat redelijkerwijze was aan te nemen dat de veiligheid op de grond in gevaar kon worden gebracht”.

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:

“Medeplegen van het zich als lid van de bemanning van een luchtvaartuig zodanig gedragen dat de veiligheid op de grond in gevaar wordt gebracht of dat redelijkerwijs was

aan te nemen dat de veiligheid op de grond in gevaar kon worden gebracht”.

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

Hoewel het hof, zoals overwogen, het openbaar ministerie ontvankelijk acht in zijn vervolging van verdachte en de beslissing om hem te vervolgen niet onredelijk acht, acht het hof het raadzaam te bepalen dat in verband met hetgeen hiervoor met betrekking tot de ontvankelijkheid van het openbaar ministerie is overwogen, geen straf of maatregel zal worden opgelegd.

Toepasselijke wettelijke voorschriften

Het hof heeft gelet op artikel 9a en 47 van het Wetboek van Strafrecht en artikel 168 van het Wetboek van Militair Strafrecht.

[Volgt: Schuldigverklaring zonder oplegging van straf. – Red.]

NASCHRIFT

Omdat verdachte geen beroep in cassatie instelde, bevat 's Hof's arrest niet de bewijsmiddelen. Voor een goed begrip vat ik de feiten samen, voor zover deze uit de stukken gereconstrueerd kunnen worden. Verdachte – piloot van een helikopter van het type 'Cougar' - kreeg opdracht van het reguliere vliegveld van Banja Luka naar het VIP-vliegveld te gaan. Hij noch de andere bemanningsleden was daar eerder geweest. Zij beschikten wel over een beschrijving van (de omgeving van) het VIP-vliegveld, maar deze was summier: de beschrijving hield niet meer in dan dat locale bebouwing vermeden moest worden. Toen verdachte en de andere bemanningsleden een Canadese helikopter – van een ander type – zagen wegvliegen in de richting van het VIP-vliegveld besloten zij dit op dezelfde wijze te benaderen. Tijdens de landing werd verdachte door de co-piloot noch door de 'loadmaster' gewaarschuwd dat hij onvoldoende afstand bewaarde. Daardoor bevond zich een autowasplaats in aanbouw in de 'downwash' – de door de rotorbladen veroorzaakte neerwaartse luchtstroom – van de helikopter. De bouwvallers op de grond moesten zich vasthouden om niet weggeblazen te worden en aan de bouwplaats ontstond schade.

Namens verdachte werd een beroep op niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie gedaan, op de grond dat de co-piloot ('pilot non-flying') en de 'loadmaster' niet strafrechtelijk vervolgd werden. Omdat een 'Cougar' gevlogen wordt volgens het 'crew-concept', ging het niet aan alleen hem te vervolgen. Weliswaar wordt de helikopter op enig moment feitelijk door één bemanningslid gevlogen, omdat het blikveld van de piloot – zowel fysiologisch als door zijn plaats in de helikopter – beperkt is, moeten de andere bemanningsleden de omgeving van de helikopter observeren voor zover deze zich buiten het blikveld van de piloot bevindt. Daartoe staan zij in voortdurend intercom-contact. De co-piloot kan bovendien op elk moment de besturing van de helikopter overnemen.

Het Hof verwerpt het verweer. Ten aanzien van verdachte is het gelijkheidsbeginsel, c.q. het vertrouwensbeginsel niet geschonden doordat hij – in tegenstelling tot co-piloot en 'loadmaster' – vervolgd is. Schending van het gelijkheidsbeginsel impliceert dat in vergelijkbare gevallen redelijkerwijs van vervolging kon worden afgezien. Alsdan kan de verdachte aan niet-vervolging van anderen het vertrouwen ontlenen dat hij niet vervolgd zal

worden. Het Hof oordeelt echter dat de co-piloot ten onrechte niet vervolgd is, dus verdachtes vertrouwen niet vervolgd te worden rechtens geen eerbiediging verdient. Op deze gedachtegang is juridisch niets aan te merken.¹⁾ Maar kennelijk had het Hof met de verdachte te doen, want de even strafbare co-piloot was de dans ontsprongen. Daarom paste het Hof art. 9a Sr toe: het verklaarde verdachte strafbaar, maar legde geen straf op.

Daarmee heb ik meer moeite. Art. 9a Sr bepaalt dat van straf kan worden afgezien in verband met de geringe ernst van het feit, de persoonlijkheid van de dader of omstandigheden waaronder het feit is begaan dan wel die zich nadien hebben voorgedaan. In dit geval zal het Hof van bestraffing hebben afzien in verband met een omstandigheid die zich na het feit heeft voorgedaan, t.w. het sepot in de zaak tegen de co-piloot. Mijns inziens heeft de wetgever echter het oog op andere omstandigheden gehad. Volgens art. 9a Sr kan van bestraffing worden afgezien als deze in concreto geen redelijk doel (meer) dient. Dat betekent dat omstandigheden die zich na het feit hebben voorgedaan de persoon van de verdachte, c.q. de consequenties van zijn handelen moeten betreffen. Omstandigheden die niet raken aan de strafwaardigheid van verdachtes handelen raken komen niet in aanmerking. Het sepot in de zaak van de co-piloot is zo 'n omstandigheid; dat hij niet vervolgd is, doet niet af aan de strafwaardigheid van verdachtes handelen – integendeel. Consequentie van een onterecht sepot in de zaak tegen een mededader kan niet zijn dat bestraffing ten onrechte achterwege blijft.

M.M.D.

¹⁾ HR 18 december 2001, NJ 2002, 318.

TUCHTRECHTSPRAAK

Rechtbank Arnhem

Sector Strafrecht

Militaire kamer

Uitspraak in beroep van 3 maart 2003

T.Z. nr. 0001/03

Voorzitter: Mr. B.N. Crol; lid: Mr. R.J.J. van Acht; *militair lid*: Luitenant-kolonel mr. A.M. van Gorp

Termijnen; algemene beginselen; bewijsmiddelen en bewijsminima

a. Termijnen in het tuchtrecht

- De militaire kamer acht in deze zaak de instemming van gestrafte met de verkorting van de termijn tussen oproeping voor en aanvang van het onderzoek op beklag gelijk te staan met een verzoek om eerdere behandeling. Geen schending.
- Aangezien de datum van indiening op het beroepschrift ontbreekt, is niet vast te stellen of indiening tijdig was. De militaire kamer gaat ervan uit dat gestrafte ontvanke-lijk is in zijn beroep omdat de fout aan de zijde van de organisatie ligt en dat mag niet ten nadele van de gestrafte werken.

b. Algemene beginselen in het militair tuchtrecht

Een beroep op het gelijkheidsbeginsel. Niet alleen de gedraging zelf wordt bekeken,

maar ook de rang en functie van betrokkene.
 c. *Bewijsmiddelen en bewijsminima.*

(Art. 70, 71, 80h, eerste lid, 80n, 83, WMT)

UITSpraak

van de meervoudige militaire kamer van de rechtbank Arnhem, op het beroep van: A., kapitein, rnr., destijds geplaatst bij: HQ Coy Task Force Fox, thans geplaatst bij ..., wonende:, - hierna aangeduid als gestrafte - waarbij de hierna te noemen uitspraak wordt bestreden.

Verloop van de procedure

Aan gestrafte werd op 29 november 2002 een beschuldiging uitgereikt, luidend:

“als groepsleider met zijn groep om 02.36 uur (24 november) uit Skopje teruggekeerd in plaats van om 24.00 uur conform Contingentsorder no. 1. Bovendien was de groep incompleet, op een militaire plaats buiten Nederland, Bunardzik, kamp Fox”,
 met vermelding van artikel 18 lid 1 van de Wet militair tuchtrecht.

Het onderzoek in eerste aanleg vond plaats op 30 november 2002.

Op 30 november 2002 werd gestrafte door de commandant van 1 (NL) HQ Coy Task Force Fox wegens schending van de gedragsregel artikel 18 van de Wet militair tuchtrecht gestraft met een geldboete van € 60,-, op grond van de bewezen gedraging welke eensluitend is aan de hiervoor vermelde beschuldiging en werd op die dag de uitspraak aan hem uitgereikt.

De tot straffen bevoegde meerdere (de commandant) heeft als bewijsmiddelen gebezigd: de verklaring van gestrafte en een geschrift.

Gestrafte heeft blijkens de “uitslag op beklag” tijdig, namelijk op 2 december 2002 een beklagschrift ingediend bij de beklagmeerdere.

Het beklag is op 4 december 2002 te 16.25 uur behandeld, nadat aan gestrafte op 4 december 2002 te 11.00 uur een oproep voor het onderzoek op beklag was uitgereikt.

De beklagmeerdere heeft op 5 december 2002 de beslissing op beklag gegeven. Deze beslissing houdt in dat de bestreden beslissing wordt bevestigd.

De bewezen gedraging op beklag luidde:

“Als groepsleider met een incomplete groep op zondagnacht 24 november 2002 om 02.36 uur teruggekeerd uit Skopje, in plaats van om 00.00 uur conform de Contingentsorder no. 1”.

De uitspraak op beklag is volgens het beklagformulier aan gestrafte uitgereikt op 5 december 2002.

De beklagmeerdere heeft als bewijsmiddelen gebezigd: de verklaring van gestrafte en de eigen waarneming van de beklagmeerdere tijdens het onderzoek op beklag.

Gestrafte is in beroep gegaan tegen deze uitspraak op beklag door indiening van een beroepschrift. Op dit beroepschrift, gedateerd 10 december 2002 is niet de datum van ontvanst aangetekend.

Via de divisiejurist van Staf 1 Divisie “7 December” is dit beroepschrift op 14 januari 2003 bij de militaire kamer binnengekomen.

Gestrafte stelt in zijn beroepschrift dat:

“Bij identieke overtredingen, op dezelfde datum waarbij andere militairen in dezelfde hoedanigheid als groepsleider in de zin van Contingentsorder no. 1, heeft er geen tuchtrechtelijke vervolging en afdoening plaatsgevonden dit terwijl de organisatie ook van deze

dienstvoorschrift overtredingen kennis droeg. Hiermee stel ik dat er sprake is van ongelijke behandeling in gelijke gevallen. Zulks levert een schending op van het gelijkheidsbeginsel, een van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ik vorder hierbij ontslag van tuchtrechtelijke vervolging op grond van schending van het gelijkheidsbeginsel”.

Op 12 februari 2003 heeft de militaire kamer het rapport ontvangen waarop de uitreiking van de beschuldiging in eerste aanleg was gebaseerd.

Hieruit blijkt, in samenhang met de toelichting op de begeleidende brief, dat gestrafte, als groepsleider, en vier militairen toestemming was verleend door majoor R. van 1 (NL) HQ TFF op 23 november 2002 het kamp te verlaten van 18.00 tot 24.00 uur.

Blijkens de op het rapport gestelde aantekening is gestrafte met twee van de groep deeltmakende militairen om 02.36 uur het kamp binnengekomen. Een andere militair kwam binnen om 02.00 uur en verder kwam nog een militair het kamp binnen om 02.55 uur.

De zaak is in beroep onderzocht ter terechtzitting van 17 februari 2003. Gestrafte is ter terechtzitting van 17 februari 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 procedure inzake de indiening van het beroepschrift: het beroepschrift is kennelijk ingediend bij of via de stafjurist.

Beroepschriften mogen ook bij anderen worden ingediend als die het namens de commandant in ontvangst nemen. De indiening is dus goed geweest.

- Is het beroepschrift tijdig ingediend: het beroepschrift is gedagtekend 10 december 2002 en de straf is opgelegd op 5 december 2002. Op het beroepschrift is het tijdstip van indiening niet ingevuld, desondanks is het mijns inziens tijdig ingediend.

- Is het beroepschrift onverwijld doorgezonden naar de militaire kamer? Het beroepschrift is gelet op het kerstverlof (redelijk) tijdig ingekomen.

- De beklagprocedure: de beklagmeerdere heeft de termijn van artikel 80h van de Wet militair tuchtrecht geschonden. De oproep voor het onderzoek op beklag is aan gestrafte uitgereikt en op dezelfde dag is de behandeling van het beroep op beklag gestart. Er blijkt niet dat gestrafte heeft verzocht om een eerdere behandeling. Wat moet de consequentie van deze schending zijn? Ten aanzien van de procedure in eerste aanleg is er strikte jurisprudentie. Het is de vraag of die lijn ook in de beklagprocedure zo strikt gehanteerd moet worden. Uitgangspunt moet zijn de vraag of gestrafte door de schending in zijn verdediging is geschaad? Dat was in dit geval niet zo. Gestrafte kon zijn verdediging voeren en heeft geen andere argumenten aangevoerd waardoor hij zich in zijn verdediging geschaad voelde. De beklagmeerdere heeft dus een termijn geschonden, maar dat hoeft in dit geval mijns inziens niet “dodelijk” te zijn.

- Gestrafte heeft de schending van het gelijkheidsbeginsel aangevoerd: dit beginsel komt uit het bestuursrecht. Geldt dat beginsel ook voor het tuchtproces? Ik vind dat dit beginsel niet klakkeloos moet worden overgenomen, omdat het tuchtproces eigen regels heeft. De commandant heeft in dat kader een min of meer discretionaire bevoegdheid. Er mag evenwel geen sprake van volstreekte willekeur. Is daarvan hier aantoonbaar sprake? Ik vind dat dit niet aannemelijk is geworden. De tot straffen bevoegde meerdere heeft een rapport van de wacht gekregen waarop de tijden van binnenkomst zijn ingevuld. Niet is gebleken dat de wachtcommandant dat ten aanzien van anderen niet gedaan heeft.

Wel is gebleken dat gestrafte als kapitein-arts van de geneeskundige troepen erbij betrokken was. Hij heeft als groepscommandant een grotere verantwoordelijkheid.

Kennelijk is er gebeld omdat er medische bijstand nodig was. Dat komt er nog bij als medisch punt, hoewel gestrafte zegt dat hij de medische reactietijd in acht heeft genomen.

Ik heb geen bewijsstukken gezien van eventueel andere gerapporteerden. Gestrafte zat zelf fout en was te laat; hij was als groepsleider met zijn groep te laat binnen.

- Het hele conglomeraat van facetten kan ingrijpen vereist hebben. Er is op grond van een en ander niet aantoonbaar sprake van volstreekte willekeur.

- Ik constateer dat er een rapport van de wachtcommandant is. Verder is er de overtreden contingentsorder. Dat is voldoende bewijs.

De door de commandant opgelegde straf is niet onredelijk.

Ik stel voor de opgelegde straf te bevestigen alsmede de uitspraak van de beklagmeerdere.

Gestrafte en zijn vertrouwensman hebben het woord ter verdediging gevoerd.

De vertrouwensman van gestrafte heeft het volgende naar voren gebracht:

- Ik heb nu alsnog enkele stukken gekregen. Ik ga ervan uit dat de “walking out policy” van toepassing is.

- Er zijn twee bewijsmiddelen blijkens het straffenformulier: namelijk de eigen verklaring van gestrafte en een geschrift. Cliënt heeft hetgeen hem wordt verweten niet bekend; hij heeft niet gezegd dat hij te laat was. De commandant kon daarom niet tot een veroordeling komen. Het verzoekenformulier, waarin de tijdstippen van binnenkomst staan, is niet voldoende als enig bewijsmiddel. Er had iets meer moeten zijn. De beklagmeerdere heeft de verklaring van cliënt gebruikt als bewijsmiddel, maar cliënt zegt dat hij het feit tijdens het onderzoek op beklag niet bekend heeft.

Het beklagschrift houdt wel in dat cliënt schrijft dat hij te laat binnen was. Tevens wordt de waarneming van de beklagmeerdere gebruikt als bewijs. Wat heeft hij waargenomen tijdens de beklagprocedure? De beklagmeerdere had moeten aangeven wat hij had waargenomen. Als die eigen waarneming niet gebruikt kan worden resteert alleen de verklaring van cliënt en dat is onvoldoende. Dan moet vrijspraak volgen.

- De uitreiking van de oproep voor beklag: ik kan de geschonden belangen van cliënt niet verzinnen, maar de jurisprudentie is keihard op dit punt. Er is geen papertje waaruit van instemming van cliënt met een eerdere behandeling blijkt.

- Het gelijkheidsbeginsel: de officier van justitie zegt dat er geen sprake is geweest van willekeur. Bij het tuchtrecht hebben wij te maken met het recht van de werkgever naar de werknemer. Bezien wij de werkgever als overheidsorgaan dan lijkt het tuchtrecht erg op het bestuursrecht. Dan is er dus reden dit soort zaken te toetsen op de uitgangspunten van het bestuursrecht.

In de onderhavige situatie is willekeur wel aan de orde. De mensen die niet zijn gestraft, zijn de mensen die bij een ruzie betrokken waren, gewond waren geraakt en ook twee uur te laat binnen waren.

Er is sprake van willekeur als degene die zijn werk doet, zoals cliënt, wel wordt gestraft en de kwaaddoeners niet worden gestraft. Op dit punt is er mijns inziens grond voor vernietiging van de uitspraak.

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

De motivering van de beslissing

1. Het beklag is op 4 december 2002 te 16.25 uur behandeld, nadat gestrafte op 4 december 2002 te 11.00 uur een oproep voor het onderzoek op beklag was uitgereikt. Gestrafte heeft ter terechtzitting in beroep verklaard dat hij de oproep voor beklag heeft ontvangen van de beklagmeerdere en dat de beklagmeerdere daarbij aankondigde dat het beklag die middag om 16.25 uur zou worden behandeld en de beklagmeerdere vroeg aan

gestrafte of hij daarmee akkoord ging. Gestrafte is daarmee akkoord gegaan.

De militaire kamer is van oordeel dat de instemming van gestrafte met een behandeling binnen de in artikel 80h van de Wet militair tuchtrecht vermelde termijn, gelijkgeschakeld kan worden met een verzoek van gestrafte om een eerdere behandeling, nu gestrafte, als militair in de rang van kapitein, ervan blijk heeft gegeven de consequenties van die eerdere behandeling te hebben kunnen overzien en door die eerdere behandeling niet in zijn belangen is geschaad. In dit geval en onder deze omstandigheden is derhalve door de beklagmeerdere geen termijn geschonden.

2. Gestrafte is in beroep gegaan tegen de uitspraak op beklag door indiening van een beroepschrift. Op dit beroepschrift, gedateerd 10 december 2002, is niet de datum van ontvangst aangegeven. Via de divisiejurist van Staf 1 Divisie "7 December" is dit beroepschrift op 14 januari 2003 bij de militaire kamer binnengekomen.

De militaire kamer houdt het ervoor, nu de datum van ontvangst niet op het beroepschrift is vermeld, hetgeen een schending is van artikel 83 van de Wet militair tuchtrecht, en gestrafte door deze schending door de commandant, dan wel degene die het beroepschrift namens de commandant in ontvangst heeft genomen, niet in zijn beroep mag worden getroffen, dat het beroepschrift tijdig door gestrafte is ingediend. Gestrafte is dan ook ontvankelijk in zijn beroep.

3. Het beroepschrift diende uiterlijk 10 december 2002 te zijn ingeleverd en is pas op 14 januari 2003 bij de militaire kamer binnengekomen. Gezien het feit dat gestrafte in Macedonië verbleef ten tijde van de indiening van het beroepschrift en kort daarna een periode van kerstverlof plaatsvond, is de militaire kamer van oordeel dat nog gesproken kan worden van een "onverwijlded toezending" als bedoeld in artikel 82, tweede lid, van de Wet militair tuchtrecht.

4. Door en namens gestrafte is aangevoerd dat gehandeld is in strijd met het gelijkheidsbeginsel, omdat andere militairen die op dezelfde datum ook te laat waren binnengekomen in strijd met de Contingentsorder no. 1 niet tuchtrechtelijk zijn vervolgd en gestraft.

Van een ongelijke behandeling is de militaire kamer onvoldoende gebleken. Het militaire tuchtrecht kent geen vervolgingsdwang. Het is aan de commandant om een afweging te maken om het militaire tuchtrecht toe te passen of het gedrag van een militair die ervan verdacht wordt een tuchtvergriep te hebben gepleegd op andere wijze te corrigeren. Het formele tuchtrecht is de sluitsteen in de handhaving van de discipline. De verweten gedragingen van de gestrafte waren van dien aard dat zij in redelijkheid onderwerp konden zijn van een tuchtrechtelijke toetsing door zijn commandant, hetgeen de gestrafte ook niet heeft betwist.

In aanmerking nemend de rang en de functie van de gestrafte en de omstandigheid dat de groep waarvoor hij verantwoordelijk was behalve veel te laat ook incompleet op het kamp is gearriveerd kan met de enkele stelling dat tegen andere militairen in dezelfde hoedanigheid geen tuchtrechtelijke vervolging en afdoening heeft plaatsgevonden niet met succes een beroep op het gelijkheidsbeginsel worden gedaan omdat deze te weinig concreet en te weinig onderbouwd is. Ook is ter zitting niet duidelijk geworden op welke - andere - wijze mogelijk is opgetreden tegen de overige laatkomers.

5. Niet gebleken is dat het aangevulde verzoekformulier een rapport is van de (Nederlandse) wachtcommandant.

Uit zowel het straffenformulier als het beklagformulier, in relatie tot hetgeen gestrafte ter terechtzitting heeft aangevoerd, blijkt dat de tot straffen bevoegde meerdere en ook de beklagmeerdere op grond van de daarin aangegeven bewijsmiddelen niet tot een bewe-

zenverklaring had kunnen komen.

Dit gebrek leidt evenwel niet tot vernietiging en vrijspraak omdat deze vormfouten (verkeerde invulling van het straffen- en/of beklagformulier) zowel in beklag als beroep kunnen worden hersteld omdat de zaak daar volledig opnieuw onderzocht kan worden. Gestrafte wordt hierdoor niet in zijn verdediging geschaad.

De militaire kamer bezigt als bewijs voor de aan gestrafte verweten gedraging de verklaring van gestrafte afgelegd ter terechtzitting in beroep, inhoudende dat hij op 24 november 2002 als groepsleider om 02.36 uur is binnengekomen op Camp Fox, terwijl hij op 23 november 2002 om 24.00 uur binnen moest zijn. Voorts bezigt de militaire kamer tot bewijs een geschrift, namelijk het verzoekenformulier waarop is aangetekend dat gestrafte om 02.36 uur Camp Fox is binnengekomen en waaruit blijkt dat gestrafte groepsleider was en dat hem toestemming was verleend Camp Fox te verlaten op 23 november 2002 van 18.00 tot 24.00 uur.

6. Aangezien het bewezenverklaarde naar het oordeel van de militaire kamer een tucht-rechtelijke straf van € 60,- geldboete rechtvaardigt dient de bestreden beslissing te worden bevestigd.

Beslissing:

De militaire kamer, rechtdoende in beroep:

Bezig als bewijsmiddelen de verklaring van gestrafte afgelegd ter terechtzitting in beroep, alsmede een geschrift, namelijk het verzoekenformulier met daarop vermeld het tijdstip van te late binnenkomst.

Bevestigt de bestreden uitspraak voor het overige.

NASCHRIFT

a. Termijnen in het tuchtrecht

- In het tuchtrecht krijgt de militair enige tijd om zich voor te bereiden op zijn verdediging. In eerste aanleg moet daarvoor tussen de uitreiking van de oproeping en de aanvang van het onderzoek tenminste 24 uur liggen en in beklag mag het onderzoek pas beginnen op de tweede dag na de uitreiking van de oproeping. In beide gevallen kan de beschuldigde/gestrafte verzoeken om een eerdere aanvang van het onderzoek (art. 63, tweede en derde lid resp. 80h, eerste lid, WMT). In deze zaak is er in de beklagfase geen verzoek van de gestrafte maar ligt het initiatief bij de beklagmeerdere die vraagt of de gestrafte akkoord gaat met een verkorting van die termijn.

In eerdere soortgelijke zaken – die echter het onderzoek in eerste aanleg betroffen – heeft de militaire kamer altijd het standpunt ingenomen dat er een expliciet verzoek van de gestrafte moest zijn. Eerder beginnen op verzoek van de commandant met instemming van de beschuldigde leidde dan tot vernietiging van de uitspraak en een vrijspraak.

Nu lijkt er een nuancering te zijn gekomen, want de militaire kamer acht in deze zaak de instemming van gestrafte gelijk te staan met een verzoek om eerdere behandeling aangezien het een kapitein betreft die de consequenties van die instemming heeft kunnen overzien. Geen schending van art. 63 WMT.

- Om te kunnen vaststellen of de voorgeschreven termijn voor indiening van een beklagschrift of van een beroepschrift niet is overschreden, heeft de wetgever bepaald dat de datum van indiening direct door de ontvanger op het stuk moet worden aangetekend bij ontvangst (art. 80b, derde lid, resp. 83 WMT). Aangezien in deze zaak de datum van indiening op het beroepschrift ontbreekt, is niet vast te stellen of die indiening tijdig was. De militaire kamer gaat er volgens vaste jurisprudentie van uit dat gestrafte ontvankelijk is in

zijn beroep nu de fout aan de zijde van de organisatie ligt en niet bij gestrafte.

b. Algemene beginselen in het militair tuchtrecht

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet militair tuchtrecht is reeds over algemene beginselen gesproken.¹⁾ De regering zegt o.a. 'Daarnaast zijn er algemene strafrechtsbeginselen – bijvoorbeeld geen strafzonder schuld – die in de jurisprudentie tot ontwikkeling zijn gekomen. Deze algemene rechtsbeginselen gelden niet alleen voor het strafrecht, maar zijn van toepassing op alle recht waarin strafbepalingen of bepalingen door straffen te handhaven, voorkomen. De algemene rechtsbeginselen gelden derhalve ook in het militair tuchtrecht, dat zoals reeds eerder gemeld, alleen werkt terzake van vergrijpen, die de interne orde verstoren.'

De vertrouwensman in deze zaak knoopt aan bij de beginselen uit het bestuursrecht en stelt het gelijkheidsbeginsel aan de orde. De stap via het bestuursrecht was niet nodig aangezien ook het gelijkheidsbeginsel (verbod op willekeur) in het strafrecht van toepassing is. Het heeft daar echter nog geen grote rol gespeeld.²⁾ Volgens de regering behoort het militair tuchtrecht overigens niet tot het bestuursrecht, maar is het een recht sui generis.³⁾

De militaire kamer geeft aan dat voor een beroep op het gelijkheidsbeginsel niet alleen moet worden uitgegaan van dezelfde gedraging (in casu: te laat komen), maar dat ook in de beschouwing moet worden betrokken wie de gedraging heeft begaan en in welke hoedanigheid of functie dat is geschied en dat alleen stellen dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden niet voldoende is, maar dat dit onderbouwd en concreet gemaakt moet worden.

c. Bewijsmiddelen en bewijsminima

Het militair tuchtrecht kent regels voor het minimum dat aan bewijs aanwezig moet zijn, wil men tot een bewezenverklaring komen. Uit de artikelen 70 en 71 WMT valt dit af te leiden.

Artikel 71 WMT geeft drie bewijsmiddelen die op zichzelf (dus zonder dat er ander bewijs aanwezig is) voldoende bewijs kunnen opleveren, te weten:

- de eigen waarneming door de commandant van de gedraging;*
- de getuigenverklaring waarbij een militair of ambtenaar met toezicht belast, mededeelt de gedraging te hebben waargenomen;*
- een geschrift van een militair of ambtenaar met toezicht belast waarin deze heeft vastgelegd dat hij de gedraging heeft waargenomen.*

Dat houdt dan ook in dat de overige bewijsmiddelen die in artikel 70 WMT worden genoemd op zichzelf niet voldoende bewijs opleveren. In het militair tuchtrecht geldt de regel: één bewijsmiddel levert geen bewijs tenzij het een bewijsmiddel is als bedoeld in artikel 71 WMT.

Volgens de vertrouwensman heeft gestrafte in eerste aanleg niet bekend zodat alleen het rapport overblijft waarin staat hoe laat hij binnenkwam. En dat is ingevolge art. 71 WMT niet genoeg. In beklag zou de eigen waarneming van de beklagmeerdere niet voor het bewijs gebruikt kunnen worden (art. 80n WMT). De vertrouwensman stelt hier dat de beklagmeerdere had moeten aangeven wat die waarneming was geweest en m.i. heeft hij daarin gelijk want anders is in beroep niet meer na te gaan of uitspraak op beklag juist is geweest. Dat art. 82, tweede lid, WMT zegt dat de commandant en de beklagmeerdere opgave doen van de bewijsmiddelen kan toch niet anders betekenen dan dat zij de inhoud van de bewijsmiddelen melden en niet alleen het soort bewijsmiddel. Wat zou de beklag-

¹⁾ Handelingen II, 23 februari 1989, blz. 53-5172, linker kolom.

²⁾ Zie Handboek Strafzaken, Kluwer, Deventer, onderwerp 31.16.6.

³⁾ Kamerstukken II, 1996-1997, 25 454 (R1595), nr. 3, blz. 11, voorlaatste zin van de bovenste alinea.

meerdere op 4 december 2002 hebben kunnen waarnemen van een te laat komen dat zich zou hebben voorgedaan op 24 november 2002? Anders dan bijvoorbeeld bij een beschuldiging van onvoldoende onderhoud waarbij de rapporteur de verwaarloosde uitrustingsstukken aan de commandant of beklagmeerdere kan laten zien, lijkt dit feit moeilijk te bewijzen door een eigen waarneming.

De militaire kamer oordeelt dat in beide instanties niet tot een bewezenverklaring kon worden gekomen. De militaire kamer is van oordeel dat niet is vastgesteld dat het aangevulde verzoekformulier een rapport is van een (Nederlandse) wachtcommandant. Bedoelt de militaire kamer daarmee dat het dan een geschrift zou zijn als bedoeld in art. 71, onder b, WMT van een functionaris met toezicht belast? Dat wordt niet duidelijk, maar als dat wel zo was, dan zou dat geschrift wel volledig bewijs kunnen opleveren.

Echter, dat alles hoeft volgens de militaire kamer aan een bewezenverklaring in de beroepsfase niet in de weg te staan nu in beroep de zaak geheel opnieuw wordt onderzocht.

De rechtbank gebruikt als bewijsmiddelen de bekennende verklaring van de gestrafte in beroep en het geschrift waarop het tijdstip van binnenkomst staat vermeld.

J.R.G.J.

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 6 maart 2003

01/3244 MPW

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

Datum ingang pensioen niet verder dan één jaar terug

Een gewezen militair van de Koninklijke Marine informeert op 10 november 1999 vlak voor zijn 65-jarige leeftijd bij de uitvoerende pensioeninstantie naar zijn eventuele pensioenaanspraken. Daar blijkt dat hij al recht op pensioen heeft ter zake van het overschrijden van de leeftijd van 60 jaar. Met toepassing van artikel U1, derde lid, van de Algemene militaire pensioenwet wordt door de Staatssecretaris van Defensie het pensioen toegekend met ingang van 11 november 1998, één jaar vóór de dag waarop de aanvraag is binnengekomen.

De militair is het hier niet mee eens en gaat in beroep; hij is van mening dat het pensioen vanaf 60 jaar moet worden toegekend. De rechtbank verklaart het beroep echter ongegrond. Deze ingangsdatum (één jaar terugwerkende kracht) geldt, aldus de rechtbank, op grond van een dwingendrechtelijke bepaling van de wet als de vroegste datum waarop in zo'n geval het pensioen kan worden toegekend. Slechts als betrokkene in de onmogelijkheid heeft verkeerd om tijdig een pensioen aan te vragen kan van deze bepaling worden afgeweken. Tot een dergelijke onmogelijkheid kan niet worden gerekend het feit dat iemand niet op de hoogte is van de toepasselijke wettelijke voorschriften.

Zoals uit de hierna gepubliceerde uitspraak blijkt is de Raad het met de rechtbank eens; de Raad bevestigt dan ook de aangevallen uitspraak.

(Algemene militaire pensioenwet, artikel U1, derde lid)

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 uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 26 april 2001, nr. AWB 00/10630 MPWKMA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Appellant heeft daarna nog een reactie ingezonden.

Het geding is tezamen met het geding dat is geregistreerd onder nummer 01/5240 MPW inzake [C] behandeld ter zitting van de Raad op 24 januari 2003, waar appellant in persoon is verschenen. Namens gedaagde is P.J. Consten, werkzaam bij het Ministerie van Defensie, ter zitting verschenen.

II. Motivering

In dit geding is de toepassing van de Algemene militaire pensioenwet (hierna: de Wet) aan de orde. De Wet is bij het ingevolge de Kaderwet militaire pensioenen gegeven Besluit van 29 mei 2001, Stb. 260, met ingang van 1 juni 2001 ingetrokken. De Raad is evenwel ingevolge overgangsrecht bevoegd van het geding kennis te nemen.

De Raad gaat voor zijn oordeelsvorming uit van de feiten die de rechtbank bij de aanvallen uitspraak als vaststaand heeft aangenomen.

Evenals in beroep gaat het in hoger beroep om de vraag of de ingangsdatum van het aan appellant, geboren [in] 1934, toegekende militair ouderdomspensioen door gedaagde met toepassing van artikel U1, derde lid, van de Wet terecht is bepaald op 11 november 1998. Deze datum is gelegen één jaar vóór de dag waarop appellants brief van 10 november 1999, waarin hij heeft geïnformeerd naar zijn pensioenaanspraken, door gedaagde is ontvangen. Dat betekent dat appellants pensioen bijna vier jaar na de datum waarop het recht daarop is ontstaan, is ingegaan.

Appellant heeft zich in hoger beroep op het standpunt gesteld dat hij het pensioen niet eerder heeft kunnen aanvragen, aangezien hij niet wist en niet kon weten dat de pensioengerechtigde leeftijd voor hem 60 jaar was. Omdat de normale pensioengerechtigde leeftijd 65 jaar is, was er voor hem geen reden om eerder navraag te doen. Hij meent dat artikel U1, derde lid, van de Wet niet kan worden tegengeworpen aan degenen die geen verzoek hebben ingediend omdat zij, zoals in dit geval, niet alleen niet wisten dat het pensioen kon ingaan bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd, maar dit ook niet konden weten.

De Raad overweegt het volgende.

Uit artikel U1, derde lid, van de Wet volgt dat het ouderdomspensioen waarop appellant recht kan doen gelden niet ambtshalve wordt verleend, maar moet worden aangevraagd. Toekenning op basis van een aanvraag die plaatsvindt nadat het recht op pensioen is ontstaan vindt volgens deze bepaling plaats met een terugwerkende kracht van ten hoogste een jaar. De Raad merkt op dat dit ook geldt voor diverse andere pensioenen zoals deze in de Wet zijn geregeld. Het uitgangspunt is destijds namelijk geweest dat, bij gebrek aan het bijhouden van een pensioenadministratie door het Ministerie van Defensie, de belanghebbende zelf moest zorgdragen voor het geldend maken van zijn pensioenaanspraken.

Ook de Raad kan niet voorbij gaan aan het dwingendrechtelijke karakter van artikel U1,

derde lid, van de Wet. Een bepaling van geschreven recht die het mogelijk maakt hiervan af te wijken ontbreekt. Er was daarom voor gedaagde, ongeacht de oorzaak waardoor appellant zijn aanvraag om pensioen later dan een jaar na het tijdstip waarop het pensioen had kunnen ingaan heeft ingediend, geen ruimte om appellant verder tegemoet te komen dan overeenkomstig de Wet is gedaan.

Aan hetgeen appellant over de informatievoorziening naar voren heeft gebracht kan, gelet op de hierboven aangegeven systematiek van de onderhavige pensioenwetgeving en de bedoeling die de wetgever heeft gehad met het bepaalde in artikel U1, derde lid, van de Wet, niet de conclusie worden verbonden dat aan hem met terugwerkende kracht tot zijn 60^e verjaardag pensioen moet worden toegekend.

Dit betekent dat de aangevallen uitspraak voor bevestiging in aanmerking komt.

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.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. Datum ingang pensioen

Het is niet de eerste keer dat iemand te laat zijn pensioenrechten te gelde maakt. Dit kwam in het verleden met name voor bij diegenen die als beroepsmilitair of oorlogsvrijwilliger vóór 1 januari 1966 zijn ontslagen en voor wie bij de introductie van de Algemene militaire pensioenwet in 1966 óf de toetredingseisen tot het pensioen zijn versoepeld óf op die datum een nieuw recht op pensioen is gecreëerd (zie ook mijn naschrift bij CRvB 18 maart 1999, MRT 2000, pag. 163). In dit soort gevallen gelden de bepalingen van hoofdstuk U van de Algemene militaire pensioenwet, hetgeen betekent dat de datum van ingang van een pensioen niet verder dan één jaar teruggelegd kan worden. Het is duidelijk dat iemand hierdoor financieel nadeel heeft. Een beroep op onbekendheid met de (nieuwe) wettelijke bepalingen vormt voor de Staatssecretaris van Defensie echter geen reden om van deze dwingendrechtelijke bepalingen af te wijken. Dit is door de rechter meermaals bevestigd. Daar komt nog bij, aldus de Centrale Raad in eerdere uitspraken, dat aan de inwerkingtreding van de Algemene militaire pensioenwet in 1966 via de media ruime bekendheid is gegeven (zie onder meer CRvB 28 februari 1980, MRT 1981, pag. 247; CRvB 27 februari 1986, TAR 1986, nr. 113 en CRvB 16 december 1999, MRT 2000, pag. 304, m.nt. W.J.S).

In dit geval gaat het echter niet om iemand voor wie na ontslag de toetreding tot de pensioenwetten is versoepeld, maar om iemand die op moment van ontslag al uitzicht had op een zgn. uitgesteld diensttijdpensioen vanaf 60 jaar.

2. Van “haalrecht” naar “brengrplicht”

De Raad geeft in zijn uitspraak expliciet aan dat in de Algemene militaire pensioenwet het principe van “haalrecht” gold. De wet kende geen bepaling die de Minister van Defensie ertoe verplichtte belanghebbenden op hun rechten te wijzen. Het behoorde in die wet tot de eigen verantwoordelijkheid van de (gewezen) militair om zich tijdig over zijn pensioenrecht te informeren en het pensioen ook zelf aan te vragen. Dat principe van “haalrecht” kennen de defensiepensioenen in een aantal gevallen tot op de dag van van-

daag. De reden hiervan is dat er nog niet in alle gevallen een systeem beschikbaar is waarin via een druk op de knop iemands opgebouwde militaire pensioenrechten beschikbaar zijn. Alleen in zo'n geval kan een uitvoeringsinstantie spontaan iemand tijdig (vóór de pensioengerechtigde leeftijd van 60 of 65 jaar) attenderen op zijn of haar opgebouwde pensioenrechten. Zo'n systeem en daarmee de overstap naar "brengplicht" komt er aan en is thans voor een groot deel ook al gerealiseerd.

Met de overdracht van de militaire pensioenen naar het Algemeen burgerlijk pensioenfonds (ABP) per 1 juni 2001 is niet alleen een belangrijke stap gezet in de richting van modernisering van de militaire pensioenen en de financiering daarvan via kapitaaldekking; zeker zo belangrijk is dat een start gemaakt is om te komen tot toekomstige betere informatievoorziening en serviceverlening aan militairen. Zie in dat verband ook het artikel "Militairen onder ABP-Pensioenreglement" van mr. J.G.F.M. van Kessel (MRT 2001, pag. 307 tot 313).

Zoals bekend is ABP sinds 1 juni 2001 de nieuwe uitvoeringsinstantie voor reguliere militaire ouderdoms- en nabestaandenpensioenen alsmede sinds 1 januari 2002 voor de bijzondere defensieregelingen als Uitkeringswet gewezen militairen, invaliditeits- en nabestaandenpensioenen alsmede de bijzondere voorzieningen. Alle actieve militairen en alle gewezen militairen met een pensioen of uitkering zijn over deze overgang in de loop van 2001 geïnformeerd. Met die overgang naar ABP kon ook een lang gekoesterde wens van de Minister van Defensie en van de centrales worden ingevuld, namelijk verbetering van de communicatie en voorlichting op het gebied van de pensioenen. Immers, anders dan bij het burgerpersoneel van Defensie dat al jarenlang van ABP een pensioenopgave ontvangt, is het tot 2001 nooit mogelijk geweest het militaire personeel op dezelfde wijze van informatie over de pensioenrechten en uitzichten te voorzien. In de jaren voorafgaande aan de overgang naar ABP, zijn alle gegevens die noodzakelijk zijn voor het opzetten van een verzekerdenadministratie binnen Defensie verzameld en geïnventariseerd. Dat heeft er toe geleid dat op dit moment het actief dienend personeel alsmede de gewezen militairen met een wachtgeld-, UGM- en werkloosheidsuitkering en de mensen met een arbeidsongeschiktheids- en invaliditeitspensioen jaarlijks van ABP een opgave van de pensioenrechten ontvangen.

Hoewel het Pensioenreglement ABP daartoe niet verplicht, benadert het zijn deelnemers en gewezen deelnemers, geruime tijd voor het bereiken van de 65-jarige leeftijd inzake het pensioen waarop zij recht hebben. Door deze actieve benadering worden te late aanvragen zo goed als voorkomen.

Op dit moment wordt binnen ABP een grote inhaalslag gemaakt om ook de pensioenrechten van de zgn. slapers (±125.000 ex-militairen die voortijdig de militaire dienst hebben verlaten met recht op uitgesteld pensioen) in beeld te krijgen. Dit zal nog enige jaren vergen. Op het moment dat dit project is afgerond, kan het principe van "haalrecht" in alle gevallen ook voor de militaire pensioenen worden vervangen door een "brengplicht" van de pensioenadministratie.

W.J.S.

Centrale Raad van Beroep

31 juli 2003
01/1468 MAW

Voorzitter: Mr. J.C.F. Talman; *leden:* Mr. J.H. Kreveld en Mr. P.G.M. Zwartkruis

Repatriëring wegens vermoeden van misdrijf

Tegen een onderofficier werd, tijdens diens verblijf in Kosovo, door de Koninklijke Marechaussee een strafrechtelijk onderzoek gestart: het vermoeden bestond dat hij zich schuldig had gemaakt aan seksuele intimidatie. Toen de onderofficier vervolgens in opdracht van de Bevelhebber der Landstrijdkrachten (BLS) werd gerepatriëerd, stelde hij hiertegen (na bezwaar) beroep in. De eerste rechter verklaarde het beroep ongegrond, welke uitspraak door de Centrale Raad van Beroep werd bevestigd. Repatriëring was geschied in overeenstemming met de (eerder) door de BLS uitgevaardigde "aanwijzingen operationele personeelszaken". Aan deze aanwijzingen lag de overweging ten grondslag dat een militair, die vermoedelijk een misdrijf tegen de zeden heeft gepleegd, niet langer in het operatiegebied kan worden gehandhaafd omdat: (1) het aanzien van het ambt van militair, van de Nederlandse krijgsmacht of van de internationale troepenmacht op ontoelaatbare wijze is geschonden, en/of (2) de interne orde van de eenheid ernstig is verstoord. Naar het oordeel van de Raad mocht de BLS bij de vaststelling van de aanwijzingen aan bedoelde belangen "zoveel gewicht toekennen dat de Raad het niet onredelijk acht dat onder omstandigheden reeds bij een vermoeden van een strafbaar feit repatriëring kan plaatsvinden". Wel is vereist, aldus de Raad, dat bij de vaststelling of aan de voorwaarden voor repatriëring is voldaan, "bijzondere zorgvuldigheid" in acht wordt genomen.

(Repatriëring wegens vermoeden van misdrijf)

UITSpraak

in het geding A., wonende te B., appellante, en de Bevelhebber der Landstrijdkrachten, gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Namens appellant is op daartoe bij beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 7 februari 2001, nr. AWB 00/4216 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend. Desgevraagd is door gedaagde nadere informatie verschaft bij faxbericht van 22 april 2003 en zijn aanvullende stukken ingezonden.

Het geding is behandeld ter zitting van 15 mei 2003, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door F.C. van Veen, werkzaam bij VBM/NOV. Voor gedaagde zijn in dit geding verschenen mr. Y. van Wezel en mr. J.C. Groenheijde, beiden werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1. Gelet op de gedingstukken en het verhandelde ter zitting gaat de Raad bij zijn beoordeling uit van de volgende, als vaststaand aangenomen, gegevens.

1.1. Appellant, sergeant der eerste klasse bij het dienstvak van de geneeskundige dienst, is in juni 1999 geplaatsd bij het [naam bataljon] dat op 5 juli 1999 is uitgezonden naar

Kosovo. Appellant vervulde de functie van sergeant [naam functie], in welke hoedanigheid hij ook optrad als verpleegkundige in de bataljonshulppost van het [naam bataljon].

1.2. Nadat in Kosovo jegens appellant aangifte was gedaan op beschuldiging van seksuele intimidatie, is de Koninklijke Marechaussee (Kmar) een strafrechtelijk onderzoek gestart, in verband waarmee appellant op 25 september 1999 het verbod is opgelegd om de bataljonspost waar hij werkzaam was te betreden.

1.3. Op 27 september 1999 is appellant teruggekeerd naar Nederland in verband met recuperatieverlof. Op 11 oktober 1999 is appellant tijdens zijn verblijf in Nederland verhoord door de Kmar.

1.4. Op 15 oktober 1999 is appellant gehoord in het kader van het voornemen hem te repatriëren. Bij besluit van 19 oktober 1999 heeft gedaagde appellant te kennen gegeven dat appellant met ingang van 15 oktober 1999 wordt gerepatriëerd, omdat hij zich schuldig heeft gemaakt aan niet te tolereren gedrag dat kan worden aangemerkt als een strafbaar feit en een major offence en waarvan aangifte is gedaan.

1.5. Na bezwaar is dit besluit bij het bestreden besluit van 23 maart 2000 in die zin gewijzigd dat appellant verweten wordt dat sprake is van een vermeend strafbaar feit dat wordt aangemerkt als een major offence. Voor het overige is het besluit van 19 oktober 1999 gehandhaafd.

1.6. Bij de aangevallen uitspraak is het beroep tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard.

2. Appellant heeft zich met die uitspraak niet kunnen verenigen. In hoger beroep herhaalt hij dat de beslissing om hem te repatriëren achteraf onjuist is gebleken, nu hij door het gerechtshof is vrijgesproken van hetgeen hem ten laste is gelegd. Appellant betoogt voorts dat door gedaagde bij de voorbereiding van het repatriëringsbesluit zorgvuldigheidseisen niet in acht zijn genomen, onder meer door verwijtbaar na te laten appellant terstond op 25 of 26 september 1999 in Kosovo te horen. Appellant stelt dat hij door de onjuiste beslissing ernstige materiële en immateriële schade heeft geleden.

3. De Raad overweegt als volgt.

3.1. Ten tijde in dit geding van belang waren van toepassing de op 13 januari 1998 door gedaagde uitgevaardigde BLS aanwijzingen operationele personeelszaken CBOPS (hierna: de aanwijzingen) en de brief van de Bevelhebber der Landstrijdkrachten van 15 januari 1998 nummer OPS BLS/1998/0466 waarbij de aanwijzingen nader uitgewerkt zijn. De in de aanwijzingen opgenomen regels betreffende repatriëringen zijn van toepassing verklaard op de Nederlandse militairen, die in het kader van de uitvoering van een crisisbeheersings-, vredes-, of humanitaire-operatie buiten Nederland werkzaam zijn en worden aangestuurd door de Operationele Staf BLS.

3.2. Repatriëring is volgens de aanwijzingen het definitief terughalen van de betrokken militair naar Nederland. Het gaat om een rechtspositionele maatregel tot het beëindigen van de toewijzing van de tijdelijk in het buitenland te vervullen functie. In de aanwijzingen zijn de redenen genoemd die kunnen leiden tot repatriëring. Een van die redenen is een (vermeend) strafbaar feit dat wordt aangemerkt als een major offence als bedoeld in punt 3.2. van de aanwijzingen, waaronder mede misdrijven tegen de zeden worden begrepen.

Punt 3.2.2.5. van de aanwijzingen schrijft voor dat de militair, ten aanzien van wie door de Brigade Kmar proces-verbaal wordt opgemaakt terzake van een misdrijf tegen de zeden, te allen tijde wordt gerepatriëerd.

3.3. Aan de aanwijzingen ligt de overweging ten grondslag dat de militair als gevolg van het vermoedelijk plegen van het strafbaar feit niet langer in het operatiegebied is te

handhaven, omdat:

- het aanzien van het ambt van militair, het aanzien van de Nederlandse krijgsmacht of het aanzien van de internationale troepenmacht door de gedraging ontoelaatbaar is geschonden, en/of

- de interne orde van de eenheid ernstig verstoord is.

3.4. Naar het oordeel van de Raad mocht gedaagde bij de vaststelling van de aanwijzingen en de brief van 15 januari 1998 aan de in 3.3. bedoelde belangen zo veel gewicht toekennen dat de Raad het niet onredelijk acht dat onder omstandigheden reeds bij een vermoeden van een strafbaar feit repatriëring kan plaatsvinden. Wel is vereist dat gedaagde bijzondere zorgvuldigheid in acht neemt bij de vaststelling of aan de in de aanwijzingen gestelde voorwaarden voor repatriëring is voldaan. In overeenstemming hiermee is in punt 6 van de brief van 15 januari 1998 een aantal procedurevoorschriften gegeven met het oog op de noodzaak voor een zorgvuldige procedure en een deugdelijke onderbouwing zorg te dragen. Deze luiden voorzover in dit geding van belang als volgt:

(...) a. Daar het Proces-Verbaal van de Kmar niet wordt vrijgegeven en zich inhoudelijk slechts richt op feiten en verklaringen van direct betrokkenen, is het van belang dat de commandant te allen tijde een separaat kort en zakelijk rapport op verhoor opstelt (...).

(...) d. Juridisch is het van belang dat de militair bij de commandant (CC/BC) altijd in de gelegenheid wordt gesteld zijn/haar zienswijze op de situatie kenbaar te maken (hoor/wederhoor) (...).

3.5. Hoewel die voorschriften niet ten volle zijn nageleefd is de Raad, anders dan appellant, op grond van de volgende overwegingen van oordeel dat gedaagde in het onderhavige geval zijn oordeel omtrent de toepasselijkheid van punt 3.2.2.5. van de aanwijzingen op voldoende zorgvuldige en voldoende deugdelijke wijze heeft voorbereid.

3.5.1. Voor de Raad is aannemelijk dat de commandant van het Nederlandse contingent in Kosovo op 27 september 1999, toen appellant wegens zijn recuperatieverlof tijdelijk naar Nederland terugkeerde, nog niet voornemens was een voorstel aan gedaagde te doen om appellant te repatriëren. Het was, nadat het strafrechtelijk onderzoek op 25 september 1999 door de Kmar in Kosovo was gestart, de eerste dagen ook nog niet duidelijk of repatriëring overwogen moest worden. Derhalve bestond er toen geen aanleiding appellant in verband met een eventuele repatriëring in Kosovo te horen.

3.5.2. Omdat het gedaagde eerst enige tijd nadat appellant vanwege zijn recuperatieverlof in Nederland was aangekomen, duidelijk werd dat er aanleiding was repatriëring te overwegen, heeft gedaagde er voor gekozen appellant omtrent dat voornemen in Nederland te doen horen. Dit heeft op 15 oktober 1999 onder leiding van luitenant-kolonel [F.] (hierna: F.) plaatsgevonden.

3.5.3. De Raad kan het in de gegeven omstandigheden jegens appellant niet onzorgvuldig achten dat hij niet overeenkomstig de procedurevoorschriften in Kosovo is gehoord, maar in Nederland. Daarbij neemt de Raad mede het volgende in aanmerking. Appellant is bij het horen in Nederland voldoende de gelegenheid geboden zijn zienswijze tegenover F. kenbaar te maken. Appellant werd tijdens dit gesprek door zijn gemachtigde bijgestaan. F. heeft naar aanleiding van appellants betwisting van de feiten nader onderzocht of er wel voldoende gronden voor repatriëring waren, waartoe hij navraag bij betrokkenen in het uitzendgebied heeft gedaan. Eerst nadat de resultaten van dat nadere onderzoek - waaruit bleek dat er aangifte was gedaan met een aantal getuigenverklaringen, dat verwacht mocht worden dat de aangifte naar de Officier van Justitie zou worden geleid en dat terugkeer van appellant naar Kosovo vanwege de daar ontstane situatie niet mogelijk was - aan appellants gemachtigde waren meegedeeld, heeft gedaagde het besluit van 19 oktober

1999 tot repatriëring genomen.

3.5.4. In strijd met de procedurevoorschriften is van het horen op 15 oktober 1999 niet het voorgeschreven “kort en zakelijk rapport” opgesteld. Hoewel voor het achterwege laten van een dergelijk - in gedaagdes brief van 15 januari 1998 terecht van belang geacht - rapport geen goede reden is gebleken, ziet de Raad hierin in dit geval onvoldoende reden het bestreden besluit te vernietigen nu F. blijkens het in 3.5.3. overwogene appellants voldoende duidelijkheid heeft verschaft en hem voldoende de gelegenheid heeft geboden zich te verweren.

3.5.5. De Raad overweegt voorts dat gedaagde gelet op de resultaten van het in 3.5.3. bedoelde nadere onderzoek voldoende gronden had om te kunnen oordelen dat voldaan was aan de in punt 3.2.2.5. van de aanwijzingen vervatte voorwaarden voor repatriëring. Daarvoor behoefde gedaagde, nu uit de aanwijzingen voortvloeit dat repatriëring reeds bij een vermoeden van het onderhavige strafbaar feit diende plaats te vinden, het oordeel van de strafrechter niet af te wachten. Het gegeven dat een vermoeden voldoende was, brengt tevens mee dat de vrijspraak door de strafrechter niet tot gevolg heeft dat het besluit tot repatriëring achteraf bezien op onvoldoende grondslag berust.

4. Uit het vorenstaande volgt dat het bestreden besluit in rechte stand houdt, zodat de aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd. Voor het toekennen van schadevergoeding met toepassing van artikel 8:73 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) bestaat derhalve geen grondslag.

5. De Raad ziet geen termen om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Awb en beslist als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak;

Wijst het verzoek om schadevergoeding af.

NASCHRIFT

Het Algemeen militair ambtenarenreglement kent tal van rechtspositionele (of administratieve) maatregelen. Te noemen vallen (bijvoorbeeld): ontheffing van een opleiding (artikel 17); onthouding van verticale functietoewijzing (artikel 19 lid 3); schorsing (artikel 35); ontslag wegens verregaande nalatigheid in de vervulling van plichten (artikel 39 lid 2 onder k); ontslag wegens wangedrag in of buiten de dienst (artikel 39 lid 2 onder l AMAR); schadeverhaal (artikel 145 en 146). En dus ook repatriëring (artikel 19 lid 1). Bij repatriëring gaat het om ontheffing van een militair uit een door hem in het buitenland vervulde functie.

G.L.C.

BURGERLIJKE RECHTSPRAAK

Rechtbank 's-Gravenhage

sector civiel recht - voorzieningenrechter
Vonnis in kort geding van 4 september 2003

Voorzieningenrechter: Mr. R.J. Paris

De groene baret

Eisers, beiden oud-commando's, vorderen het verbod van de invoering van een groene baret als onderdeel van het dagelijks tenue van de Koninklijke Landmacht. Het nieuwe tenue-voorschrift is volgens eisers in strijd met de binnen de krijgsmacht geldende ongeschreven, op traditie berustende regel die de baretkleur groen exclusief reserveert voor leden van het Korps Commandotroepen. Daarnaast betogen eisers dat Defensie het Korps Commandotroepen en organisaties waarin commando's en oud-commando's zich hebben verenigd, had moeten betrekken bij de besluitvorming. Het spoedeisend belang is erin gelegen dat het nieuwe tenue-voorschrift op zeer korte termijn zal worden ingevoerd.

Het bestaan van een ongeschreven regel zoals gesteld door eisers is niet aannemelijk geworden. Militairen van enkele andere regimenten dragen bij hun ceremoniële tenue ook een groene baret. Het had in de rede gelegen dat Defensie het Korps Commandotroepen en organisaties waarin commando's en oud-commando's zich hebben verenigd, had betrokken bij de besluitvorming. Het achterwege laten daarvan leidt echter niet tot onrechtmatigheid. Daarnaast zijn de kleuren groen van de commandobaret enerzijds en de nieuwe 'KL-baret algemeen' anderzijds voldoende van elkaar te onderscheiden.

VONNIS IN KORT GEDING

gewezen in de zaak met rolnummer KG 03/974 van: 1. [eiser sub 1], wonende te [woonplaats], 2. [eiser sub 2], wonende te [woonplaats], eisers, procureur mr. W. Taekema, advocaat mr. J. Vlug te Deventer, tegen:

de Staat der Nederlanden (de Minister van Defensie, de Staatssecretaris van Defensie en Luitenant-Generaal M.L.M. Urlings in zijn hoedanigheid van Bevelhebber der Landstrijdkrachten), zetelende te 's-Gravenhage, gedaagde, procureur mr. J.J. van der Helm.

1. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 28 augustus 2003 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

1.1. Eisers hebben beiden de Elementaire Commando Opleiding gevolgd en met goed gevolg afgesloten. Op grond hiervan zijn zij gerechtigd tot het dragen van de zogenaamde "groene baret". Eisers zijn niet meer in actieve dienst.

1.2. Na de derde dinsdag in september 2003 zal een aanvang worden gemaakt met de invoering van een nieuw dagelijks tenue en gelegenheidstenue voor alle militairen van de Koninklijke Landmacht. Van de nieuwe tenues maakt, behoudens enkele uitzonderingen, een groene baret deel uit, de zogenaamde "KL-baret algemeen".

1.3. De invoering van de nieuwe tenues vormt het sluitstuk van een besluitvormingsproces dat reeds in 1996 een aanvang heeft genomen.

1.4. In verband met de invoering van de nieuwe tenues voor militairen van de Koninklijke Landmacht zal het Voorschrift Tenuen voor militairen van de Koninklijke

Landmacht, dat is gebaseerd op artikel 134 van het Algemeen militair ambtenarenreglement, worden aangepast.

1.5. Van het besluit tot invoering van de nieuwe tenues is melding gemaakt in de augustus/september 2002-editie van het personeelsblad van de Koninklijke Landmacht genaamd "Flex" alsmede op het Intranet van de Koninklijke Landmacht.

2. De vordering, de gronden daarvoor en het verweer

Eisers vorderen - zakelijk weergegeven - gedaagde te verbieden de voorgenomen groene baret in te voeren als onderdeel van het dagelijks tenue van de Koninklijke Landmacht. Daartoe voeren eisers het volgende aan.

De groene baret van het Korps Commandotroepen, welk Korps nationaal en internationaal als een elite-eenheid wordt beschouwd, is een onderscheidingsteken dat verdiend moet worden. Slechts diegenen die de fysiek en mentaal zware Elementaire Commando Opleiding succesvol hebben afgesloten, zijn gerechtigd de groene baret te dragen. Door het nieuwe tenue van de militairen van de Koninklijke Landmacht te voorzien van een groene baret (die qua kleur nauwelijks verschilt van de groene baret van het Korps Commandotroepen) handelt gedaagde onrechtmatig jegens eisers. Het nieuwe tenue-voorschrift is in strijd met de binnen de krijgsmacht geldende ongeschreven, op traditie berustende regel die de baretkleur groen exclusief reserveert voor leden van het Korps Commandotroepen. Voorts zijn de leiding van het Korps, de Commandostichting, de Traditieraad van het Korps en de verenigingen van oud-commando's en veteranen niet bij de besluitvorming betrokken. Zij zijn pas in mei 2003 van het besluit tot invoering van het nieuwe tenue op de hoogte gekomen. Eisers hebben een spoedeisend belang bij de door hen gevraagde voorziening, nu het nieuwe tenue-voorschrift op zeer korte termijn zal worden ingevoerd.

Gedaagde voert gemotiveerd verweer dat hierna, voorzover nodig, zal worden besproken.

3. De beoordeling van het geschil

3.1. Eisers leggen aan hun vordering onrechtmatig handelen van gedaagde ten grondslag. Hiermee is de bevoegdheid van de burgerlijke rechter - in dit geval die in kort geding - gegeven.

3.2. Gedaagde heeft aangevoerd dat eisers niet in hun vordering kunnen worden ontvangen, nu zij bij toewijzing daarvan geen rechtens te respecteren belang hebben. Dit verweer treft geen doel. Eisers, die gerechtigd zijn tot het dragen van de groene baret van het Korps Commandotroepen, hebben belang bij een oordeel over de rechtmatigheid van de nog in te voeren regelgeving die betrekking heeft op de nieuwe tenues voor (vrijwel alle) militairen van de Koninklijke Landmacht, nu van deze tenues ook een groene baret onderdeel uitmaakt. Dat dit belang een immaterieel belang is, maakt dit niet anders.

3.3. Eisers hebben ook een spoedeisend belang bij hun vordering, nu vaststaat dat met het uitleveren van de nieuwe tenues voor de militairen van de Koninklijke Landmacht op korte termijn een aanvang zal worden gemaakt. Eisers kunnen dus in hun vordering worden ontvangen.

3.4. Het kader voor de materiële beoordeling van het onderhavige geschil wordt gevormd door vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, inhoudende dat de rechter de vaststelling en uitvoering van lagere regelgeving onrechtmatig kan oordelen op de grond dat sprake is van willekeur in dier voege dat het desbetreffende overheidsorgaan, in aanmerking genomen de belangen die aan dit orgaan ten tijde van de totstandbrenging van het

voormelde uitvoeringsbesluit bekend waren of behoorden te zijn, in redelijkheid niet tot de desbetreffende regelgeving is kunnen komen. Bij deze toetsing dient de rechter, aldus de Hoge Raad, de nodige terughoudendheid te betrachten. In kort geding geldt voor een dergelijke onrechtmatigheid bovendien de eis dat de betreffende regelgeving onmiskenbaar onverbindend moet zijn.

3.5. Eisers hebben allereerst betoogd dat de binnen de krijgsmacht bestaande ongeschreven rechtsregel, die inhoudt dat uitsluitend de (oud-)leden van het Korps Commandotroepen gerechtigd zijn een groene baret te dragen, voor dient te gaan op het nieuwe Voorschrift Tenuen voor militairen van de Koninklijke Landmacht. Het bestaan van een dergelijke ongeschreven rechtsregel, die zou inhouden dat geen enkel ander onderdeel binnen de krijgsmacht een baret met een groene kleur zou mogen dragen, hebben eisers echter niet aannemelijk gemaakt. Van belang in dit verband is dat eisers de stelling van gedaagde dat de militairen van het Garderegiment Grenadiers en Jagers en de militairen van het Regiment Limburgse Jagers, onderdelen van de Koninklijke Landmacht, bij hun ceremoniële tenue ook een groene baret dragen, niet hebben weersproken.

3.6. De onrechtmatigheid van het handelen van gedaagde is er volgens eisers voorts in gelegen dat gedaagde het Korps Commandotroepen en de organisaties waarin commando's en oud-commando's zich hebben verenigd, onvoldoende heeft betrokken bij het besluitvormingsproces dat heeft geleid tot de binnenkort in te voeren regelgeving en gedaagde ook anderszins met de belangen van het Korps en die organisaties onvoldoende rekening heeft gehouden.

3.7. Vooropgesteld moet worden dat een overheidsorgaan in het proces van besluitvorming dat voorafgaat aan het vaststellen van nieuwe regelgeving, de belangen van personen, organisaties en instellingen die bij die regelgeving direct en indirect, betrokken (kunnen) zijn, in het oog dient te krijgen en te houden. Het komt de zorgvuldigheid van de besluitvorming ten goede indien het betreffende overheidsorgaan de belanghebbenden over zijn voornemen tot invoering van nieuwe regelgeving raadpleegt en hierover met hen in overleg treedt. Een verplichting daartoe bestaat echter niet.

3.8. Uit de stukken en het verhandelde ter zitting kan worden afgeleid dat het Korps Commandotroepen en eerdergenoemde (belangen)organisaties niet actief zijn betrokken bij de besluitvorming die is voorafgegaan aan het ontwerp van de nieuwe tenues voor militairen van de Koninklijke Landmacht en de vaststelling van het aangepaste Voorschrift Tenuen voor militairen van de Koninklijke Landmacht. Dat de Commandant van het Korps Commandotroepen reeds in een vroeg stadium van het besluit tot invoering van de nieuwe tenues op de hoogte is gesteld, is niet komen vast te staan. Gedaagde heeft dit wel bepleit, maar eisers hebben dit, gemotiveerd, betwist.

3.9. Gelet op de door gedaagde niet betwiste reputatie van het Korps Commandotroepen en de belangrijke rol die binnen dat Korps aan de groene baret wordt toegekend, had raadpleging van het Korps en de belangenorganisaties in de rede gelegen. Niettemin kan niet gezegd worden dat gedaagde, door dit achterwege te laten, onrechtmatig heeft gehandeld jegens het Korps, die organisaties en eisers in het bijzonder, laat staan dat gezegd kan worden dat op die grond het nieuwe Voorschrift onmiskenbaar onverbindend is. Voor genoemd oordeel is het volgende redengevend. De invoering van de nieuwe tenues is, en eisers hebben dit niet weersproken, uitgebreid besproken binnen de Traditie Commissie van de Koninklijke Landmacht. Uit de overgelegde brief d.d. 1 augustus 2002 van de voorzitter van die Commissie blijkt dat genoemde Commissie zich bewust was van de mogelijke gevoeligheid van de wijzigingsvoorstellen. Aan het besluit tot invoering van de nieuwe tenues is voorts de nodige ruchtbaarheid gegeven. Tenslotte is van belang dat de

kleur van de baret die onderdeel uitmaakt van de nieuwe tenues van de Koninklijke Landmacht afwijkt van de kleur van de baret van het Korps Commandotroepen (laatstgenoemde baret is veel lichter van kleur) en deze afwijking zodanig is dat beide baretten van elkaar zijn te onderscheiden. Dat de kleuren door het gebruik van de baretten mogelijk “dichter bij elkaar kunnen komen te liggen”, kan hieraan niet afdoen.

3.10. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vordering moet worden afgewezen.

3.11. Eisers zullen, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

4. De beslissing

De voorzieningenrechter:

Wijst de vordering af.

Veroordeelt eisers in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van gedaagde begroot op € 908,-, waarvan € 205,- aan griffierecht

Verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Boeken en tijdschriften

Ocean development & international law (2003)

In deze editie onder meer een bijdrage van C. Forrest over *An international perspective on sunken State vessels as underwater cultural heritage*. Op 21 november 2002 is door de *General Assembly* van UNESCO¹⁾ de *Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage* (UCH) aangenomen. De conventie voorziet in een beschermingsregime dat geldt voor *all traces of human existence having a cultural, historical or archeological character, which has been partially or totally under water, periodically or continuously for at least 100 years*. Hoewel in eerdere conceptversies uitgezonderd, vallen ook oorlogsschepen binnen de reikwijdte van deze conventie.

Auteur stelt in zijn bijdrage de relatie tussen de huidige praktijk betreffende wrakken van gezonken oorlogsschepen en de conventie aan de orde. De huidige praktijk houdt in dat, kort gezegd, een vlaggestaat de exclusieve jurisdictie behoudt over het oorlogsschip ook nadat het oorlogsschip gezonken is²⁾. De staatsveiligheid en de verplichting die voortvloeit uit het humanitair oorlogsrecht om zorg te dragen voor de oorlogsslachtoffers (zeemansgraven) ondersteunen de praktijk om het beginsel van exclusieve jurisdictie toe te passen. Expliciete (internationale) regelgeving om gezonken oorlogsschepen compleet immuun te achten voor eventuele bergingsactiviteiten, bestaat tot op heden niet³⁾. De Koninklijke Marine komt met het onderhavige onderwerp nog wel eens in aanraking. Zo werd in 2002 nog de vindplaats van de onderzeeboot Hr. Ms. O20 bekend. Gekozen werd om de onderzeeboot, in 1941 gezonken voor de Maleisische oostkust, verder met rust te

¹⁾ United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation.

²⁾ Tenzij het schip voortijdig door de bemanning is verlaten, bijvoorbeeld nadat het schip is buitgemaakt.

³⁾ Zie hierover onder meer D.J. Bederman, *'Rethinking the legal status of sunken warships'*, in *Ocean development & international law* (2000), 97-125.

laten en aan te merken als zeemansgraf.

De conventie biedt een beschermingsregime voor staatsschepen wanneer deze langer dan honderd jaar geleden zijn gezonken. Auteur ziet het conflicterende hierin dat de conventie het primaat van de jurisdictie bij de kuststaat legt en niet bij de vlaggestaat, zodat hierover jurisdictiegeschillen zouden kunnen ontstaan. Zo zal middels het UCH-regime de kuststaat primair de jurisdictie hebben over het cultureel erfgoed dat in de territoriale zee van de kuststaat ligt en waarmee het regime daarmee in beginsel voorbij gaat aan de praktijk van exclusieve jurisdictie van de vlaggestaat. Anderzijds geeft de conventie daarbij wel aan dat samenwerking met de vlaggestaat voorop dient te staan.

Dat gezonken oorlogsschepen ouder dan 100 jaar wel binnen de conventie vallen levert ook een voordeel op aangezien er doorgaans geen stoffelijke resten na zo'n lange periode meer aanwezig zijn, dat het soms moeilijk is om aan te tonen dat een oud wrak inderdaad een staatsschip is van een bepaalde vlaggestaat en dat de staatsveiligheid weinig meer in het geding is. Hiermee biedt de conventie ook in die gevallen beschermende uitkomst.

Mr. M.D. Fink

Boekbespreking

Terrorism and the Military – International Legal Implications

In het februarinummer van de vorige jaargang van dit tijdschrift (pp. 37 e.v.) is verslag gedaan van deze bijzonder geslaagde conferentie, die op 14 en 15 november 2002 in Den Haag is gehouden en die werd georganiseerd door de Nederlandse afdeling van de International Society for Military Law and the Law of War, onder voorzitterschap van kolonel mr. J.P. Spijk. In de maand juli 2003 is van de pers gekomen het door T.M.C. Asser Press mooi uitgegeven boekwerk dat alle conferentiedocumenten bevat, inclusief verslagen van de discussies. De redactie is verzorgd door Wybo P. Heere. Het boek is toegezonden aan allen die aan de conferentie hebben deelgenomen, maar is ook verkrijgbaar in de boekhandel (ISBN 90-6704-161-0, 226 pp., gebonden, euro 70,00).

Personalia

Bij beschikking van de Minister van Defensie d.d. 27 november 2003 is met ingang van 1 januari 2004 onder dankzegging voor de door hem sedert 1976 bewezen diensten aan *Mr. Th.J. Clarenbeek* ontslag verleend als vaste medewerker van het Militair Rechtelijk Tijdschrift. Mr. Clarenbeek was sedert 1976 verbonden aan het MRT, eerst als secretaris, met ingang van 1986 als voorzitter. In 1994 trad hij af als voorzitter en werd vaste medewerker van het tijdschrift.

Op 30 november 2003 is aan *Prof. dr. F. Kalshoven* de Henry Dunant-medaille uitgereikt. Deze prijs is de hoogste onderscheiding van het Internationale Rode Kruis, die eens in de twee jaar wordt toegekend aan iemand die zich op bijzondere wijze voor het Rode Kruis heeft ingezet. Prof. Kalshoven staat internationaal bekend om zijn kennis van het humanitair oorlogsrecht. Hij speelde een belangrijke rol bij de totstandkoming van de Aanvullende Protocolen bij de Verdragen van Genève.

Opmerkingen en mededelingen

Boeken en tijdschriften:	
- Ocean development & international law (2003).....	43
- Boekbespreking.....	44

Personalia:	
- Mr. Th.J. Clarenbeek.....	44
- Prof. dr. F. Kalshoven.....	44

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

Auteursaanwijzingen

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

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

REDACTIECOMMISSIE:

Voorzitter	Mr <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. Louwense</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 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 b.d. van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	NAPO 801-MS12, 3509 VP Utrecht

VASTE MEDEWERKERS:

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, 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. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar. Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan Sdu Servicecentrum Uitgevers. Zij die het M.R.T. van rijkswege verstrekt krijgen, dienen zich voor kennisgeving van adreswijzigingen te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren.

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

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

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVII

Februari 2004

Aflevering

2

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

De Wet internationale misdrijven: implicaties voor het materiële strafrecht; door Mr.dr.s. M.M. Dolman.....	45
---	----

Bestuursrechtspraak

CRvB 13.03.03	Alleen bij nieuwe feiten is herziening van pensioenbeschikking mogelijk Het aan een gewezen beroepsmilitair toegekend militair invaliditeitspensioen kan slechts dan worden herzien als onmiskenbaar blijkt dat de eerdere beslissing is genomen op grond van onjuiste of onvolledige gegevens. (Naschrift W.J.S.).....	81
CRvB 21.08.03	Een dag te laat De Raad verklaart het hoger beroep wegens termijnoverschrijding niet-ontvankelijk. De laatste dag van de beroepstermijn was woensdag 28 mei 2003 en niet donderdag 29 mei, hemelvaartsdag. (Naschrift G.L.C.).....	86

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

BIJDRAGEN

De Wet internationale misdrijven: implicaties voor het materiële strafrecht

door

MR.DRS. M.M. DOLMAN

Het Statuut van het Internationale Strafhof (International Criminal Court: ICC) strekt ertoe effectieve vervolging en bestraffing te verzekeren van de ernstigste misdrijven die de mensheid kent. Staten zijn daarvoor eerstverantwoordelijk: het ICC is slechts bevoegd kennis te nemen van de in het Statuut omschreven misdrijven als staten zich daartoe onwilling of onmachtig hebben getoond. In deze bijdrage worden de implicaties van het Statuut voor de Nederlandse rechtsorde onderzocht.

Daartoe wordt eerst ingegaan op de verplichtingen die het Statuut voor Nederland met zich meebrengt. Nederland is niet slechts partij bij het Statuut, maar ook gastland van het ICC. Vervolgens worden goedkeuring en implementatie besproken. Implementatie vertoont twee aspecten. In de eerste plaats dient Nederland in voorkomende gevallen de door het ICC verzochte hulp en medewerking te verlenen. In de tweede plaats rust op Nederland een primaire verplichting tot vervolging en berechting van de misdrijven omschreven in het Statuut.

Nederland heeft zich van deze verantwoordelijkheid gekweten in de Wet internationale misdrijven (WIM). Hoewel deze organisatorische, procedurele en materiële bepalingen bevat, gaat het in deze bijdrage om het materiële strafrecht: hoe is het Statuut vertaald, en hoe verhoudt die vertaling zich tot het commune materiële strafrecht? Om die vraag te beantwoorden wordt eerst onderzocht welke feiten naar Nederlands recht strafbaar gesteld zijn. De delictsomschrijvingen bepalen immers ter zake van welke feiten rechtsmacht uitgeoefend kan worden. Vervolgens wordt gezien wanneer de WIM – naar plaats, persoon en tijd – toepasselijk is. De nadruk ligt echter op vragen die de individuele aansprakelijkheid ter zake van internationale misdrijven betreffen.

Het Statuut is een eerste aanzet tot ontwikkeling van een algemeen deel van materieel internationaal strafrecht: het regelt ook onder welke voorwaarden individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid ontstaat. Het Statuut is echter niet uit niets voortgekomen: het berust op compromissen tussen wezenlijk verschillende, soms onverenigbare rechtstradities. Daarvan moet men zich bewust zijn bij implementatie: hoe verhouden de uitgangspunten van het Statuut tot het algemeen deel van commun nationaal strafrecht? Die vraag wordt beantwoord met betrekking tot 'ne bis in idem', individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid, subjectieve bestanddelen en strafuitsluitingsgronden. Want de vraag is hoever het complementariteitsbeginsel zich uitstrekt: moet de Nederlandse rechter internationaal recht toepassen?

1. Inleiding: het Statuut van het Internationale Strafhof

1.1. Nederland als partij en als gastland

Op 1 juli 2002 trad het – uit 1998 daterende – Statuut van het Internationale Strafhof

(International Criminal Court: ICC) in werking. Het ICC kan kennis nemen van de in het Statuut omschreven misdrijven die vanaf die datum worden begaan. Onder de partijen bij het Statuut neemt het Koninkrijk der Nederlanden een bijzondere positie in.¹⁾ Nederland is niet alleen partij bij het Statuut maar fungeert ook als gastland voor het ICC, dat in Den Haag gevestigd is. Die functie brengt extra verantwoordelijkheden met zich mee.

1.2. Internationale uitwerking

Het Statuut bevat geen alomvattende regeling van de vervolging, berechting en bestrafing van internationale misdrijven. Het delegeert de regeling van bepaalde onderwerpen aan een in het Statuut voorzien orgaan: de Vergadering van Staten die Partij zijn (Assembly of States Parties: ASP).²⁾ Daarvan zijn vooral het Reglement voor de proces- en bewijsvoering (Rules of Procedure and Evidence: RPE) en de Elementen van Misdrijven (Elements of Crimes: EC) van belang.³⁾ De voorbereiding daarvan is opgedragen aan een commissie (Preparatory Commission: PrepCom), die in juli 2002 haar werk voltooide.⁴⁾

Het terrein waarop een internationale organisatie gevestigd is blijft grondgebied van het gastland; dat is alleen beperkt in de uitoefening van zijn rechtsmacht. Omdat internationale organisaties onafhankelijk, zonder inmenging van het gastland moeten functioneren, dient te worden voorzien in status, privileges en immuniteiten van de organisatie en haar personeel.⁵⁾ Daartoe wordt met het gastland een zetelverdrag afgesloten.

Art. 3 lid 2 Statuut ICC bepaalt dat het ICC met Nederland een zetelverdrag zal sluiten. Dit verdrag moet niet alleen door het Nederlandse parlement, maar ook door de ASP worden goedgekeurd. Uitgangspunt voor de onderhandelingen over het zetelverdrag zijn de Basisbeginselen waarover in de PrepCom overeenstemming bereikt is.⁶⁾

1.3. Goedkeuring en implementatie

(a) Gescheiden trajecten

Nadat het Koninkrijk tot het Statuut was toetreden moest het uiteraard worden goedgekeurd.⁷⁾ Maar met goedkeuring van het Statuut kon niet worden volstaan. In strafrechtelijke samenwerking tussen Nederland en het ICC is voorzien in de Uitvoeringswet Internationaal Strafhof⁸⁾, onderscheidenlijk de Aanpassingswet Internationaal

¹⁾ Zie daaromtrent J.A.C. Bevers, 'Uitvoeringswetgeving Internationaal Strafhof', *AAe LI* (2002), p. 840-845.

²⁾ <http://www.un.org/law/icc/asp/aspfra.htm>

³⁾ Voorts was de PrepCom belast met de voorbereiding van een overeenkomst inzake de privileges en immuniteiten van het ICC, de uitgangspunten voor een tussen ICC en gastland te sluiten zetelovereenkomst, de overeenkomst tussen ICC en VN, het reglement van orde voor de ASP, de begroting voor de eerste begrotingsperiode, het financiële reglement en de verkiezingsprocedure voor rechters en aanklager.

⁴⁾ <http://www.un.org/law/icc/prepcomm/aspfra.htm>

⁵⁾ Vgl. art. 48 lid 1 Statuut ICC.

⁶⁾ Draft basic principles governing a headquarters agreement between the Court and the host country, New York 26 april 2002, PCNICC/2002/1/Add. 1, <http://ods-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/355/37/PDF/N0235537.pdf>.

⁷⁾ Wet van 5 juli 2001 tot goedkeuring van het op 17 juli 1998 totstandgekomen Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof (*Trb.* 2000, 120), *Stb.* 2001, 343; *Kamerstukken* 27 848 (R 1669), hierna te noemen: Goedkeuringswet (Internationaal Strafhof).

⁸⁾ Wet van 20 juni 2002 tot uitvoering van het Statuut van het Internationaal Strafhof met betrekking tot de samenwerking met en bijstand aan het Internationaal Strafhof en de tenuitvoerlegging van zijn vonnissen (Uitvoeringswet [Internationaal Strafhof]), *Stb.* 2002, 314; *Kamerstukken* 28 098 (R 1704).

Strafhof⁹⁾). Voorts diende Nederland – op grond van het complementariteitsbeginsel dat aan het Statuut ten grondslag ligt – de in het Statuut omschreven misdrijven naar nationaal recht strafbaar te stellen, in de Wet internationale misdrijven (WIM).¹⁰⁾ Ten slotte zal het Zetelverdrag tussen ICC en Nederland door het parlement goedgekeurd moeten worden.¹¹⁾

Bij de parlementaire behandeling van de Goedkeuringswet en de Uitvoeringswet is uitgebreid ingegaan op de vraag waarom ratificatie en implementatie gescheiden werden; zelfs implementatie werd niet in één wet geregeld, maar in drie wetten: Uitvoeringswet, Aanpassingswet en WIM.¹²⁾ De regering had daar twee redenen voor. In de eerste plaats had een groot aantal staten-partijen bij het Statuut voorrang gegeven aan ratificatie, ten einde inwerkingtreding van het Statuut op zo kort mogelijke termijn mogelijk te maken en zo aan andere staten te laten zien dat het ICC daadwerkelijk kon functioneren. In de tweede plaats meende de regering dat voor het daadwerkelijk functioneren van het ICC – op het territorium van het gastland – de samenwerkingswetgeving dringender was.¹³⁾

(b) Goedkeuringswetgeving

De Goedkeuringswet is in Eerste en Tweede Kamer zeer grondig behandeld. Daaraan lag mede ten grondslag dat de regering twijfelde omtrent verenigbaarheid van het Statuut met de Grondwet, en – om die twijfel uit te sluiten – op de voet van art. 91 lid 3 Gw goedkeuring bij gekwalificeerde meerderheid vroeg.¹⁴⁾ De regering had leergeld betaald bij de behandeling van de zgn. Lockerbie-wet, die voorzag in berechting van de verdachten van de aanslag op Pan Am-vlucht 103 door een Schotse rechter op Nederlands grondgebied.¹⁵⁾ Toen rees nl. de vraag of de wet afweek van art. 17 Gw, het ‘*ius de non evocando*’: de verdachten werd de toegang tot de Nederlandse rechter ontzegd.¹⁶⁾ Vanzelfsprekend kwam deze kwestie niet aan de orde bij de behandeling van de voorstellen van wet inz. samenwerking van de Joegoslavië- en Rwanda-tribunalen, waarvan de statuten in primaire rechtsmacht voorzien: desverzocht moeten nationale autoriteiten terugtreden. Die statuten berusten immers op besluiten van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties, d.w.z. op bindende besluiten van (een orgaan van) een volkenrechtelijke organisatie, waaraan de status van verdrag toekomt. Wat de grondwettigheid van de statuten betreft werd het

⁹⁾ Wet van 20 juni 2002 tot aanpassing van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten aan de Uitvoeringswet Internationaal Strafhof, *Stb.* 2002, 316; *Kamerstukken* 28 099, hierna te noemen: Aanpassingswet (Internationaal Strafhof).

¹⁰⁾ Regels met betrekking tot ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht (Wet internationale misdrijven); *Kamerstukken* 28 337, hierna te noemen: WIM.

¹¹⁾ De Minister van Buitenlandse zaken heeft de Tweede Kamer toegezegd dat het Zetelverdrag ter goedkeuring aan het parlement zal worden voorgelegd, hoewel daartoe geen noodzaak bestond; *Handelingen II*, 14 maart 2001, p. 4080.

¹²⁾ De goedkeuring van het Zetelverdrag, dat – in aanmerking genomen dat met verkiezing van de rechters eerst na 1 juli 2002 een aanvang kon worden gemaakt – nog niet aan de orde was, laat ik in dit verband buiten beschouwing.

¹³⁾ *Kamerstukken II*, 2000/01, 26 262, nr. 9, p. 3-4; *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 098 (R 1704), A (herdruk), p. 2 (Advies Raad van State en Nader Rapport); *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 098 (R 1704), nr. 3, p. 1-4 (MvT); *Kamerstukken I*, 2001/02, 28 098 (R 1704), nr. 268a, p. 1 (VV I).

¹⁴⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 27 484 (R 1669), nr. 3, p. 7-10 (MvT). Aanvankelijk was de regering van oordeel dat deze weg niet gevolgd behoefde te worden maar blijkens het Nader Rapport heeft zij zich door de Raad van State laten overtuigen; *Kamerstukken II* 2001/02, 27 484 (R 1669), A, p. 5.

¹⁵⁾ Wet van 11 november 1998, *Stb.* 628.

¹⁶⁾ *Kamerstukken I*, 1998/99, 26 221, nr. 6; *Handelingen I*, 1998/99, p. 96-102. Volgens de Raad van State is van afwijking in de zin van art. 91 lid 3 Gw sprake als het desbetreffende verdrag bepalingen bevat die afwijken van specifieke Grondwetsbepalingen; *Kamerstukken II*, 1999/00, 26 800 VI, A.

Koninkrijk – als lid van de VN – voor een voldongen feit gesteld. Bij toetreding tot het Statuut van het ICC lag dat anders.

In de Memorie van Toelichting wordt uitvoerig aandacht besteed aan Grondwetsbepalingen die aan goedkeuring van het Statuut zonder meer in de weg zouden kunnen staan.

De artt. 15 lid 2 ('habeas corpus') en 17 ('ius de non evocando') Gw leveren volgens de regering geen problemen op omdat volgens art. 92 Gw rechtsprekende bevoegdheid kan worden toegekend aan een volkenrechtelijke organisatie, en art. 60 Statuut in een met voldoende waarborgen omringde rechtsgang voorziet.¹⁷⁾ Twijfel bestond met betrekking tot de artt. 42 lid 2 (onschendbaarheid van de koning) en 71 (onschendbaarheid van politieke ambtsdragers), nu art. 27 Statuut bepaalt dat niemand zich ten overstaan van het ICC op enige immuniteit kan beroepen.¹⁸⁾

Art. 5 Goedkeuringswet verplicht de regering alle informatie over de voorbereiding van een vergadering van de ASP tijdig aan de Tweede Kamer te sturen. Omdat de Kamer geen genoegen nam met een mondelinge toezegging van die strekking, werd het voorstel van wet geamendeerd.¹⁹⁾ Vervolgens vroegen de Eerste Kamerleden Van de Beeten en Jurgens in de toekomst wettelijk te voorzien in parlementaire instemming met de RPE en de EC; net als het Verdrag van Maastricht zouden deze bepalingen kunnen bevatten die de burgers direct binden.²⁰⁾ De regering achtte zulks echter niet nodig, omdat van vergelijkbare gevallen geen sprake was.²¹⁾

(c) Implementatiewetgeving

Uitvoeringswet Internationaal Strafhof

De bepalingen van de Uitvoeringswet gelden slechts voor 'het Koninkrijk in Europa': Nederland. Hoewel de Uitvoeringswet een rijkswet is – dus ook betrekking heeft op samenwerking van de Nederlandse Antillen en Aruba met het ICC – is niet voorzien in uniforme implementatie. Wat de overzeese rijkdelen betreft wordt niet in bijzondere regelingen voorzien, maar wordt Nederlands-Antilliaans, resp. Arubaans recht van overeenkomstige toepassing verklaard.²²⁾

De Uitvoeringswet regelt enerzijds de strafrechtelijke samenwerking van Nederland met het ICC, en anderzijds kwesties die het functioneren van het ICC in het gastland raken.²³⁾ Als gastland dient Nederland te verzekeren dat Nederlands recht daaraan dienstbaar kan zijn, c.q. dat het functioneren van het ICC niet onnodig belemmerd wordt. Deels zal daarin voorzien worden door de Zetelovereenkomst, deels wordt daarin voorzien in de Uitvoeringswet. Daarbij gaat het met name om gevallen waarin inbreuk wordt gemaakt op

¹⁷⁾ *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 484 (R 1699), nr. 3, p. 8-10 (MvT).

¹⁸⁾ *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 484 (R 1669), A, p. 6; *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 484 (R 1669), nr. 6, p. 17. Bij de plenaire behandeling verklaarde de Minister dat in het hypothetische geval dat de regerende koning zich schuldig maakt aan misdrijven omschreven in het Statuut, Nederland hem zal overleveren; *Handelingen II*, 14 maart 2001, p. 4101-4106.

¹⁹⁾ *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 484 (R 1669), nr. 9.

²⁰⁾ *Handelingen I*, 2 juli 2001, p. 1522-1525; *Handelingen I*, 3 juli 2001, p. 1577-1584.

²¹⁾ *Handelingen I*, 11 september 2001, p. 1697-1712; *Handelingen I*, 18 december 2001, p. 696-706. Een breed aanvaarde motie-Van de Beeten zou door de regering niet worden uitgevoerd; *Kamerstukken I*, 2001/02, EK 237c, nr. 174a; *Kamerstukken I*, 2001/02, EK 237c, nr. 174b.

²²⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 098 (R 1704), nr. 3, p. 3-4 (MvT); *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 098 (R 1704), nr. 6, p. 2 (NV II).

²³⁾ Zie J.A.C. Bevers, N.M. Blokker & J.F.L. Roording, 'Nederland en het internationaal strafhof. Over Statuutverplichtingen en goed gastheerschap', *NJB* 2002, p. 1730-1741.

een grondrecht of van geldende voorschriften wordt afgeweken.²⁴⁾

Aanpassingswet Internationaal Strafhof

De Aanpassingswet Internationaal Strafhof bevat een aantal min of meer technische aanpassingen van wetten die niet bij de Uitvoeringswet gewijzigd konden worden, omdat die een rijkswet is. De belangrijkste daarvan betreft bepalingen in het Wetboek van Strafrecht inzake misdrijven tegen de rechtspleging, en waarvan de werkingssfeer is uitgebreid tot de rechtspleging van het ICC. Voorts is van de gelegenheid gebruik gemaakt om in de Uitvoeringswet Joegoslavië-tribunaal²⁵⁾ en de Uitvoeringswet Rwanda-tribunaal²⁶⁾ te voorzien aan in de praktijk gevoelde behoeften.

Internationale organisaties zijn in de regel niet onderworpen aan het nationale recht van de lidstaten: zij genieten immuniteit van jurisdictie. Dit uitgangspunt is ook neergelegd in art. 48 lid 1 Statuut ICC. Staten moeten zich echter bewust zijn van de implicaties van (de toekenning van) immuniteit: zij blijven bijv. aansprakelijk voor evt. schendingen van mensenrechten. Volgens het EHRM is uitsluiting van toegang tot de nationale rechter slechts geoorloofd als er een redelijk alternatief is, bijv. een beroepsprocedure bij de internationale organisatie.²⁷⁾ Volgens de Minister zou het wat het ICC betreft echter niet zo'n vaart lopen: staten die rechtsmacht overdragen aan een internationale organisatie zijn alleen aansprakelijk in geval van flagrante, ernstige verdragsschendingen.²⁸⁾

Wet internationale misdrijven

De wens bestaande wetgeving zo aan te passen dat de in het Statuut omschreven misdrijven ook in Nederland vervolgd en berecht kunnen worden was niet de enige reden voor indiening van het voorstel van wet. Niet onbelangrijk was de noodzaak om gebreken aan de Wet oorlogsstrafrecht (WOS) te verhelpen. De toepasselijkheid van de WOS riep in de praktijk vragen op, de rechtsmacht over oorlogsmisdrijven en genocide liep uiteen en misdrijven tegen de menselijkheid waren – met uitzondering van genocide – niet afzonderlijk strafbaar gesteld.²⁹⁾

De regering koos echter niet voor het optuigen van de WOS met voorzieningen voor andere dan oorlogsmisdrijven. De WOS is gehandhaafd maar voorziet nog slechts in strafbaarstelling en berechting van feiten die zijn begaan in een gewapend conflict waarbij Nederland als partij betrokken is. Daarvoor was de wet oorspronkelijk ook bedoeld.³⁰⁾

²⁴⁾ Vgl. artt. 85 (doorvoer van overgeleverde verdachten; doorvoer van andere personen; vervoer van verdachten binnen Nederland), 86 (doorvoer van personen die aan een vreemde staat worden overgedragen), 87 (vrijgeleide) en 89 (Nederlands recht vindt geen toepassing ten aanzien van vrijheidsbeneming op last van het ICC).

²⁵⁾ Wet van 21 april 1994, *Stb.* 1994, 308.

²⁶⁾ Wet van 18 december 1997, *Stb.* 1997, 754.

²⁷⁾ EHRM 18 februari 1999, nr. 26 083/94 (*Waite & Kennedy v. Germany*); EHRM 18 februari 1999, nr. 28 934/95 (*De Beer & Regan v. Germany*).

²⁸⁾ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 098/28 099, nr. 11; vgl. EHRM 4 mei 2000, nr. 51 891/99, *NJCM-bulletin* 2001/1, p. 50-57 m.nt. C. Buisman (*Naletilic*)

²⁹⁾ Vgl. R. van Elst, 'Afscheid van Joegoslavië. Over oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid begaan in voormalig Joegoslavië', *NJB* 1994, p. 1401-1410; G.L. Coolen, 'De Wet Oorlogsstrafrecht: een wet met gebreken', *DD* 26 (1996), p. 43-55.

³⁰⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 2-3 (MvT); HR 11 november 1997, *MRT* 1998, p. 198 m.nt. H.G. van der Wilt.

2. Art. 1 Statuut: het complementariteitsbeginsel

Het ICC ‘shall be complementary to national criminal jurisdictions’ (art. 1 Statuut ICC). Het zgn. complementariteitsbeginsel is een essentieel element van het Statuut, dat aanvaarding ervan mogelijk maakte.³¹⁾ Het is echter niet eenvoudig toepasbaar.³²⁾ Ratio van het complementariteitsbeginsel is dat de primaire verantwoordelijkheid voor vervolging en berechting van “the most serious crimes of international concern” bij staten ligt. Volgens de preambule “it is the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes”. Daarom bepaalt art. 17 Statuut dat het ICC slechts kennis kan nemen van een zaak als staten niet kunnen of willen vervolgen.

Als de primaire verantwoordelijkheid voor vervolging van internationale misdrijven bij staten ligt, veronderstelt complementariteit dat staten hun nationale strafrecht zó inrichten, dat zij internationale misdrijven – waar en door wie ook gepleegd – ook kunnen vervolgen. Het Statuut houdt echter geen plicht tot vervolging in. De rechtsmacht van het ICC vult die van staten aan; tot welke feiten de rechtsmacht van staten zich moet uitstrekken behoefde in het Statuut niet geregeld te worden, omdat dit slechts de bevoegdheid van het ICC betreft.³³⁾ Het ICC moet echter terughoudendheid betrachten: het primaat ligt bij de staten. Daarmee zijn ook eigen belangen van staten gemeoid. Zo zullen zij in het algemeen hun eigen nationalen willen vervolgen, waartoe zij in strafbaarheid en rechtsmacht moeten voorzien. Bovendien wordt een staat te kijk gezet als het ICC van een zaak kennis neemt, want het oordeel dat een zaak ontvankelijk is impliceert dat de staat die het aangaat onwillig of niet in staat is de vervolging ter hand te nemen. De verplichtingen die voor staten uit het Statuut voortvloeien houden dus het midden tussen een dwingende plicht om sluitende rechtsmacht te vestigen en een morele plicht.³⁴⁾ In elk geval zijn de meeste staten overgegaan tot strafbaarstelling, zij het dat de delictsomschrijvingen en de wijze waarop rechtsmacht gevestigd wordt de nodige verschillen vertonen.³⁵⁾

Ook de Nederlandse regering leidde uit het Statuut af dat het – hoewel niet met zoveel woorden – staten verplicht om misdrijven die aan de rechtsmacht van het ICC onderworpen zijn naar nationaal recht strafbaar te stellen en ter zake universele rechtsmacht te vestigen.³⁶⁾ Daarop is – gelet op het bovenstaande – nog wel wat af te dingen. Voorts is het complementariteitsbeginsel – dat slechts betrekking heeft op de misdrijven waarvan het ICC kennis neemt – een ontoereikende grond voor strafbaarstelling van alle in de WIM

³¹⁾ Sharon A. Williams, ‘Issues of admissibility’, in: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers’ Notes, Article by Article*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1999, p. 373-378.

³²⁾ Vgl. G.A.M. Strijards, ‘De weergalm van een Romeins applaus’, *NJB* 1999, p. 765-771; H. van der Wilt, ‘Het internationaal strafhof en de Nederlandse rechtsorde’, *RM Themis* 2000, p. 284 e.v.; John T. Holmes, ‘The Principle of Complementarity’, in: Roy S. Lee (ed.), *The International Criminal Court – The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague/London/Boston: Kluwer 1999, p. 41 e.v.

³³⁾ A.H.J. Swart, ‘Universaliteit’, in: T. Spronken, *Iets bijzonders* (liber amicorum Wladimiroff), ’s-Gravenhage: SDU 2002, p. 255.

³⁴⁾ Zie Jann K. Kleffner, ‘The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law’, *Journal of International Criminal Justice* 2003, p. 86-114. Vgl. N. Keijzer, ‘Implementatie van het Statuut van Rome’, *MRT* 2002, p. 3, die weliswaar een impliciete verplichting tot strafbaarstelling aanneemt, maar concludeert dat de grond daarvoor – een volkenrechtelijke plicht of statelijk eigenbelang – er niet veel toe doet.

³⁵⁾ Zie omtrent de keuze voor de wijze waarop internationale misdrijven strafbaar gesteld worden N. Keijzer, ‘Implementatie van het Statuut van Rome’, *MRT* 2002, p. 10-12.

³⁶⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 3 (MvT); vgl. G.A.M. Strijards, ‘De weergalm van een Romeins applaus. De totstandkoming van een internationaal strafhof’, *NJB* 1999, p. 767; idem, *Een internationaal strafhof in Nederland*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2001, p. 66-67.

strafbaar gestelde feiten.³⁷⁾ De eigenlijke grond voor de WIM lijkt niet het complementariteitsbeginsel te zijn, maar het streven een eind te maken aan de straffeloosheid die internationale misdrijven lijkt te kenmerken.³⁸⁾

Ook als het Statuut niet verplicht tot strafbaarstelling, c.q. in het vestigen van rechtsmacht zijn lacunes in de nationale wetgeving geen excuus om niet mee te werken aan onderzoeken en vervolgingen door het ICC. Het Statuut stelt bijv. niet de – in de internationale strafrechtelijke samenwerking gebruikelijke – eis van dubbele strafbaarheid: ook als rechtshulp verzocht wordt met betrekking tot feiten die naar nationaal recht niet strafbaar zijn, moet deze verleend worden. De eis van dubbele strafbaarheid zou de bestaansgrond van het ICC aantasten. Toch kan deze uit de internationale rechtshulp afkomstige eis een zekere reflexwerking niet worden ontzegd: de omstandigheid dat het ontbreken van strafbaarheid naar nationaal recht niet aan rechtshulp in de weg staat is een stimulans om het desbetreffende gedrag ook naar nationaal recht strafbaar te stellen.

3. Strafbare feiten volgens de WIM

3.1. *Genocide: art. 3*

Wat genocide betreft sluit de WIM aan bij de definitie in het Genocideverdrag³⁹⁾. Een verbetering ten opzichte van de – ingetrokken – Uitvoeringswet genocideverdrag⁴⁰⁾ is echter dat de zinsnede “forcibly transferring children to another group” wordt vertaald als: kinderen onder dwang overbrengen naar een andere groep. De Uitvoeringswet sprak van gewelddadig overbrengen, hoewel aan die overbrenging geen fysiek geweld te pas hoeft te komen.

Kenmerkend voor genocide is het oogmerk van de dader: een nationale, etnische, raciale of religieuze groep als zodanig geheel of gedeeltelijk te vernietigen. Van genocide is geen sprake als dit oogmerk een sociale of politieke groep betreft. Bij de onderhandelingen over het Genocideverdrag had Nederland daarvoor wel gepleit, maar bakzeil gehaald.⁴¹⁾ De omstandigheid dat sociale en politieke groepen in het Statuut niet genoemd worden – dus het ICC ter zake geen rechtsmacht kan doen gelden – is echter geen beletsel om deze in nationale wetgeving te noemen.

3.2. *Misdrijven tegen de menselijkheid: art. 4*

De omschrijving van misdrijven tegen de menselijkheid is vrijwel woordelijk overgenomen uit art. 7 Statuut, dat spreekt van ‘crimes against humanity’. Boot en Van Elst noemen de vertaling ‘ongelukkig’, omdat het niet zozeer onmenselijke misdrijven betreft, als

³⁷⁾ Zie daaromtrent onder 2.2.

³⁸⁾ Vgl. R. van Elst & M. Boot-Matthijssen, ‘Wetsvoorstel internationale misdrijven. Enkele knelpunten en mogelijke verbeteringen’, *NJB* 2002, p. 1743, die voorts – onder verwijzing naar H. Satzger, ‘Das neue Völkerstrafgesetzbuch. Eine kritische Würdigung’, *NSrZ* 2002, p. 126 – stellen dat in de Memorie van Toelichting onderbelicht blijft dat staten, door hun eigen onderdanen te vervolgen, kunnen voorkomen dat deze zich voor het ICC moeten verantwoorden. De strekking van deze opmerking ontgaat mij, want de primaire verantwoordelijkheid van staten geldt juist deze gevallen; vgl. art. 17(2) Statuut.

³⁹⁾ Convention on the Prevention and Punishment of Genocide, UN General Assembly Res. 260 A (III) (9 December 1948), 78 *UNTS* 277, *Trb.* 1960, 32.

⁴⁰⁾ Wet van 2 juli 1964, *Stb.* 1964, 243.

⁴¹⁾ *Kamerstukken II*, 1961/62, 6612 (R 262), nr. 3, p. 3 (MvT).

wel misdrijven die tegen de mensheid gericht zijn.⁴²⁾ De logica van deze opmerking ontgaat mij. Misdrijven tegen de menselijkheid zijn niet tegen de mensheid gericht, maar loochenen een essentiële, menselijke kwaliteit. Wie een misdrijf tegen de menselijkheid begaat onthoudt een ander het respect dat men zijn medemens als zodanig verschuldigd is: hij ontkent zijn menselijkheid.

Voorheen waren misdrijven tegen de menselijkheid niet algemeen strafbaar gesteld. Alleen genocide was strafbaar, ongeacht de context waarin dit misdrijf begaan werd; overigens bedreigde art. 27 Besluit Buitengewoon Strafrecht⁴³⁾ slechts straf tegen misdrijven die tijdens de Tweede Wereldoorlog begaan waren. De WIM eist echter niet dat misdrijven tegen de menselijkheid worden begaan in het kader van een internationaal gewapend conflict⁴⁴⁾: wat deze misdrijven onderscheidt is dat zij worden begaan als onderdeel van een wijdverbreide of stelselmatige aanval gericht tegen een burgerbevolking.

Art. 4 WIM houdt – evenmin als art. 7 Statuut – een uitputtende opsomming in van de gronden voor vervolging die een misdrijf tegen de menselijkheid oplevert. Naast politiek, ras, nationaliteit, etniciteit, cultuur, godsdienst en geslacht worden gronden genoemd “die universeel zijn erkend als ontoelaatbaar krachtens internationaal recht”. Volgens de Memorie van Toelichting valt daarbij bijvoorbeeld te denken aan taal, nationale en etnische identiteit en bezit.⁴⁵⁾ Seksuele geaardheid wordt vooralsnog niet aangemerkt als een ontoelaatbare grond, maar dat behoeft – vgl. hetgeen ik hiervoor opmerkte met betrekking tot genocide – voor de Nederlandse wetgever geen beletsel te zijn.⁴⁶⁾

3.3. Oorlogsmisdrijven

(a) Oorlogsmisdrijven begaan in een internationaal gewapend conflict: art. 5

Anders dan art. 8 WOS onderscheidt de WIM naar de aard van het conflict waarin oorlogsmisdrijven begaan zijn. Art. 5 omschrijft oorlogsmisdrijven begaan in een internationaal conflict, art. 6 oorlogsmisdrijven begaan in een niet-internationaal conflict. Het op art. 8 WOS geënte art. 7 WIM bevat een vangnet voor oorlogsmisdrijven ‘zonder meer’: het onderscheidt niet naar de aard van het conflict.⁴⁷⁾

De wetgever heeft zich niet beperkt tot vertaling van het Statuut. Ook in andere internationale overeenkomsten omschreven misdrijven worden genoemd.⁴⁸⁾ Het resultaat is een

⁴²⁾ R. van Elst & M. Boot-Matthijssen, ‘Wetsvoorstel internationale misdrijven. Enkele knelpunten en mogelijke verbeteringen’, *NJB* 2002, p. 1744, die verwijzen naar B.V.A. Röling, ‘Het volkenrechtelijk misdrijf van genocide en het Nederlandse strafrecht’, *NJB* 1962, p. 377-378: zij tasten de mensheid in een van haar samenstellende delen aan.

⁴³⁾ Wetsbesluit van 22 december 1943, *Stb.* D (1944) 61, als gewijzigd bij Wet van 10 juli 1947, *Stb.* H (1947), 233.

⁴⁴⁾ Vgl. *Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, A.Ch., Case No. IT-941-AR72, 2 October 1995, par. 140-141.

⁴⁵⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 42 (MvT).

⁴⁶⁾ Art. 7 lid 3 Statuut bepaalt: For the purpose of this Statute, it is understood that the term ‘gender’ refers to the two sexes, male and female, within the context of society. The term ‘gender’ does not indicate any meaning different from the above. Dat is ook de taalkundige betekenis van ‘gender’, die het van ‘sex’ onderscheidt: ‘sex’ is een biologisch, geen sociaal begrip; vgl. Lesley Brown (ed.), *The new shorter Oxford English dictionary*, Oxford: Clarendon Press 1993. Zie m.b.t. de definitie van ‘gender’ in het Statuut – die seksuele geaardheid moest uitsluiten – C. Steains, ‘Gender Issues’, in: Roy S. Lee (ed.), *The International Criminal Court – The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague/London/Boston: Kluwer 1999, p. 357-390.

⁴⁷⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 45-46 (MvT).

⁴⁸⁾ Vgl. W.N. Ferdinandusse, J.K. Kleffner & P.A. Nollkaemper, ‘Origineel of reproductie. Internationale strafbaarstellingen in de Nederlandse rechtsorde’, *NJB* 2002, p. 341-349.

schier eindeloze, moeilijk toegankelijke opsomming van gedragingen.⁴⁹⁾

(b) Oorlogsmisdrijven begaan in een niet-internationaal gewapend conflict: art. 6

In art. 6 is de wetgever een stuk korter van stof. Daaraan ligt volgens de Memorie van Toelichting de opvatting ten grondslag dat het toepasselijke recht verschilt naar gelang de aard van het conflict.⁵⁰⁾ Uit het Statuut zou blijken dat opheffing van het onderscheid tussen internationale en niet-internationale conflicten nog geen gemeengoed is. Het Joegoslavië-tribunaal – dat het onderscheid in zijn rechtspraak gerelativeerd heeft – is opgericht voor een specifieke situatie, waarin partijen aan dezelfde regels van oorlogsrecht onderworpen waren.⁵¹⁾ De rechtszekerheid zou zich verzetten tegen opheffing van het onderscheid.⁵²⁾

In het Statuut is het onderscheid tussen internationale en niet-internationale conflicten echter niet gehandhaafd omdat de op niet-internationale conflicten toepasselijke normen onvoldoende uitgekristalliseerd zouden zijn. Veeleer bestaat (nog) verschil van mening omtrent de rechtsmacht ter zake van schendingen van die normen.⁵³⁾ Het Joegoslavië-tribunaal past normen toe “which are beyond doubt part of customary international law”.⁵⁴⁾

(c) Oorlogsmisdrijven zonder meer; de vangnetbepaling van art. 7

Met handhaving van het onderscheid tussen internationale en niet-internationale gewapende conflicten hangt samen dat verschillende feiten niet als oorlogsmisdrijven strafbaar zijn gesteld indien zij worden begaan in een niet-internationaal conflict.⁵⁵⁾ Omdat de ernst van die feiten niet bepaald wordt door de aard van het conflict waarin zij begaan worden, is er echter geen reden om die feiten niet ook strafbaar te stellen indien zij in een niet-internationaal conflict begaan worden. De wetgever zal daarin met zoveel woorden moeten voorzien, nu hij dat ook gedaan heeft voor het geval de feiten in een internationaal conflict begaan zijn.⁵⁶⁾

⁴⁹⁾ R. van Elst & M. Boot-Matthijssen, ‘Wetsvoorstel internationale misdrijven. Enkele knelpunten en mogelijke verbeteringen’, *NJB* 2002, p. 1745, pleiten er – in navolging van het Duitse Völkerstrafgesetzbuch – voor te onderscheiden tussen (a) misdrijven tegen personen, (b) misdrijven tegen goederen, inbegrepen culturele goederen, (c) misdrijven betreffende humanitaire operaties en emblemen, (d) methoden van oorlogvoering en (e) middelen van oorlogvoering.

⁵⁰⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 10 (MvT).

⁵¹⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 11 (MvT).

⁵²⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 11 (MvT).

⁵³⁾ R. van Elst & M. Boot-Matthijssen, ‘Wetsvoorstel internationale misdrijven. Enkele knelpunten en mogelijke verbeteringen’, *NJB* 2002, p. 1745.

⁵⁴⁾ *Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council resolution 808* (1993), UN doc. S/25 704, par. 34-35.

⁵⁵⁾ R. van Elst & M. Boot-Matthijssen, ‘Wetsvoorstel internationale misdrijven. Enkele knelpunten en mogelijke verbeteringen’, *NJB* 2002, p. 1746, noemen (i) gebruik van gif of giftige wapens, (ii) gebruik van verstikkende, giftige of andere gassen en overige soortgelijke vloeistoffen, materialen of apparaten, (iii) gebruik van kogels die in het menselijk lichaam in omvang toenemen of platter en breder worden, zoals kogels met een harde mantel die de kern gedeeltelijk onbedekt laat of die voorzien is van inkepingen en (iv) opzettelijk gebruik maken van uithongering van burgers als methode van oorlogvoering door hen voorwerpen te onthouden die onontbeerlijk zijn voor hun overleving. Wat chemische wapens betreft kan voorts worden verwezen naar art. 2 lid 3 Uitvoeringswet chemische wapens, *Stb.* 1995, 338, waar naar de WOS verwezen wordt.

⁵⁶⁾ R. van Elst & M. Boot-Matthijssen, ‘Wetsvoorstel internationale misdrijven. Enkele knelpunten en mogelijke verbeteringen’, *NJB* 2002, p. 1745, die voorts art. 14 lid 2 j° 1 lid 2 Protocol inzake het verbod de beperking van het gebruik van mijnen, valstrikmijnen en andere mechanismen, zoals gewijzigd op 3 mei 1996, *Trb.* 1997, 24, memoreren.

(d) *Foltering: art. 8*

‘Torture’ als oorlogsmisdrijf of misdrijf tegen de mensheid is in de WIM vertaald als: marteling. ‘Marteling’ wordt in art. 1 lid 1, aanhef en onder d omschreven als:

Het opzettelijk veroorzaken van ernstige pijn of ernstig lijden, hetzij lichamelijk, hetzij geestelijk, bij een persoon die zich in gevangenschap of in de macht bevindt van degene die beschuldigd wordt, met dien verstande dat onder marteling niet wordt verstaan pijn of lijden dat louter het gevolg is van, inherent is aan of samenhangt met rechtmatige sancties.

‘Marteling’ wordt onderscheiden van ‘foltering’, dat in art. 1 lid 1, aanhef en onder e WIM wordt omschreven als:

Marteling van een persoon met het oogmerk om van hem of van een derde inlichtingen of een bekentenis te verkrijgen, hem te bestraffen voor een handeling die hij of een derde heeft begaan of waarvan hij of een derde wordt verdacht, of hem of een derde vrees aan te jagen of te dwingen iets te doen of te dulden, dan wel om enigerlei reden gebaseerd op discriminatie uit welke grond dan ook, van overheidswege gepleegd.

Met ‘marteling’ wordt dus op iets anders bedoeld dan foltering in de zin van het VN-folteringverdrag⁵⁷): van foltering is slechts sprake in het geval een ambtenaar of anderszins ten dienste van de overheid werkzame persoon martelt met het onder e omschreven oogmerk.

Deze omslachtige definitie suggereert ten onrechte dat met ‘marteling’ steeds hetzelfde bedoeld wordt. Foltering in de zin van het Verdrag is echter een misdrijf sui generis, dat ook incidenteel handelen kan betreffen, terwijl het bij ‘torture’ als oorlogsmisdrijf of misdrijf tegen de menselijkheid veelal structuurcriminaliteit betreft.⁵⁸)

Anders dan in de Uitvoeringswet folteringverdrag⁵⁹) is het oogmerk waarmee foltering begaan moet zijn niet beperkt tot het bestraffen, verkrijgen van inlichtingen, of een bekentenis van het slachtoffer zelf, maar kan het ook gericht zijn op het bestraffen of verkrijgen van inlichtingen van een derde. Voorts wordt “enigerlei reden gebaseerd op discriminatie uit welke grond dan ook” als oogmerk genoemd, terwijl dit in de Uitvoeringswet werd omschreven als “minachting voor diens aanspraken op menselijke gelijkwaardigheid”.

4. Is de WIM toepasselijk?

4.2. *Toepasselijkheid ratione loci: art. 2*

(a) *Beperkte universele rechtsmacht*

De regeling van rechtsmacht bepaalt in belangrijke mate welke bijdrage Nederland kan leveren aan het tegengaan van straffeloosheid van internationale misdrijven. De vraag is echter hoe ver Nederland hierin moet gaan. Behoudens aanwijzing door de Veiligheids-

⁵⁷) Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing, New York 10 december 1984, *Trb.* 1985, 69.

⁵⁸) Vgl. *Prosecutor v. Kunarac, Kovac & Vukovic*, Judgment, T.Ch. II, Case No. IT-96-23-T, IT-96-23/1-T, 22 February 2001, par. 461, 469; M. Boot, Genocide, *Crimes against Humanity, War Crimes. Nullum Crimen sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Antwerpen/Oxford/New York: Intersentia 2002, p. 587-588.

⁵⁹) Wet van 29 september 1988, *Stb.* 1988, 478.

raad eist het Statuut dat de staat waar het feit begaan is en/of de staat waarvan de verdachte de nationaliteit bezit partij bij het Statuut is dan wel toestemming tot vervolging heeft gegeven. Het Statuut regelt echter de rechtsmacht van het ICC; voor de rechtsmacht van Nederland is beslissend waartoe het volkenrechtelijk verplicht is. De toepasselijke verdragen bevatten echter geen uniforme regeling van rechtsmacht: (i) de Verdragen van Genève en het Protocol I daarbij verplichten tot vestiging van universele rechtsmacht ter zake van ‘grave breaches’, terwijl daarin een machtiging kan worden gelezen om ter zake van overige schendingen van de wetten en gebruiken van de oorlog universele rechtsmacht te vestigen, (ii) het Genocide-verdrag verplicht slechts tot het vestigen van territoriale rechtsmacht en (iii) ter zake van misdrijven tegen de menselijkheid ontbreekt een verplichting om rechtsmacht te vestigen.⁶⁰⁾

De Nederlandse wetgever heeft ten aanzien van internationale misdrijven geen universele rechtsmacht gevestigd. Art. 2 lid 1 WIM luidt:

Onverminderd het te dien aanzien in het Wetboek van Strafrecht en in het Wetboek van Militair Strafrecht bepaalde is de Nederlandse strafwet toepasselijk:

- a. op ieder die zich buiten Nederland schuldig maakt aan een van de in deze wet omschreven misdrijven, wanneer de verdachte zich in Nederland bevindt;
- b. op ieder die zich buiten Nederland schuldig maakt aan een van de in deze wet omschreven misdrijven, wanneer het feit is begaan tegen een Nederlander;
- c. op de Nederlander die zich buiten Nederland schuldig maakt aan een van de in deze wet omschreven misdrijven.

Onder b en c wordt rechtsmacht gegrond op klassieke rechtsmachtbeginselen: het passieve nationaliteitsbeginsel of beschermingsbeginsel (het feit is begaan tegen een Nederlander), resp. het actieve nationaliteitsbeginsel (het feit is begaan door een Nederlander). De eigen aard van de WIM komt tot uitdrukking onder a: de Nederlandse strafwet is van toepassing op de schuldige aan een internationaal misdrijf die zich in Nederland bevindt.

(b) ‘Aut dedere, aut iudicare’

In het geval rechtsmacht op geen andere grond berust dan dat de verdachte zich in Nederland bevindt, is Nederland niet noodzakelijkerwijs de meest gereede partij om vervolging ter hand te nemen. Dat zijn de staten waar het feit is begaan, waar de gevolgen van het feit gelocaliseerd kunnen worden en waarvan verdachte de nationaliteit heeft. Art. 2 lid 1, aanhef en onder a WIM voorziet in secundaire, c.q. subsidiaire rechtsmacht: voor het geval de staat die primaire rechtsmacht bezit deze niet kan of wil uitoefenen. De bepaling strekt ertoe te voorkomen dat internationale misdrijven onbestraft blijven.⁶¹⁾

Dat Nederland rechtsmacht heeft, betekent overigens niet dat de verdachte hier te lande berecht en bestraft moet worden. Na aanhouding kan hij worden overgeleverd aan een staat die sterker betrokken is of – zo die onwillig of niet bij machte is de vervolging ter hand te nemen – aan het ICC: *aut dedere, aut iudicare*.

⁶⁰⁾ Vgl. N. Keijzer, ‘Implementatie van het Statuut van Rome’, *MRT* 2002, p. 12-13, die – hoewel hij erkent dat art. 5 Statuut hiervoor een wankel basis biedt – concludeert dat ter zake van alle in het Statuut omschreven misdrijven universele rechtsmacht moet worden gevestigd.

⁶¹⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 17 (MvT)

(c) Aanknopingspunten

Art. 2 lid 1, aanhef en onder a, WIM bepaalt dat de Nederlandse strafwet toepasselijk is wanneer de verdachte zich in Nederland bevindt.⁶²⁾ Volgens de Memorie van Toelichting is beslissend wanneer verdachte wordt aangehouden. Dat brengt beter dan het instellen van vervolging tot uitdrukking dat het gaat om de plaats waar verdachte wordt aangetroffen.⁶³⁾

Omdat eerst door aanhouding rechtsmacht ontstaat, mogen voordien geen daden van vervolging worden verricht. Dat sluit uit dat bevoegdheden worden uitgeoefend waardoor de rechter in de zaak betrokken wordt.⁶⁴⁾ Opsporingshandelingen kunnen daarentegen reeds worden verricht zodra ernstige reden bestaat om te vermoeden dat de verdachte zich op Nederlands grondgebied bevindt.⁶⁵⁾ Hoe dit vermoeden kan ontstaan, laat de Memorie van Toelichting in het midden. Actieve opsporing – ook zonder dat ten minste een vermoeden bestaat dat de verdachte zich op Nederlands grondgebied bevindt – lijkt echter uitgesloten te zijn, hoewel Nederland daartoe verdragsrechtelijk verplicht is⁶⁶⁾

De omstandigheid dat Nederland slechts rechtsmacht heeft als verdachte zich hier te lande bevindt, staat in de weg aan een verzoek tot uitlevering als de opgeëiste persoon zich nooit in Nederland heeft bevonden.⁶⁷⁾ Er zijn echter gevallen denkbaar waarin uitlevering niettemin verzocht moet kunnen worden: ter zake van samenhangende feiten berust rechtsmacht op een andere grondslag, andere betrokkenen bij hetzelfde feitencomplex bevinden zich reeds in Nederland of in Nederland bevindt zich een grote groep slachtoffers.⁶⁸⁾ In die gevallen zal vervolging in Nederland opportuun zijn.⁶⁹⁾

*4.2. Toepasselijkheid ratione personae: art. 16**(a) Verdragsrechtelijke immuniteiten en immuniteiten volgens volkenrechtelijk gewoonterecht*

Art. 27 Statuut bepaalt dat het Statuut gelijkelijk ten aanzien van een ieder geldt; zijn officiële hoedanigheid ontheft een persoon niet van strafrechtelijke aansprakelijkheid, noch vormt zij zonder meer een grond voor strafvermindering. Immuniteit belet het ICC niet zijn rechtsmacht uit te oefenen. De consequenties van deze bepalingen zijn afhanke-

⁶²⁾ Bedoeld is natuurlijk: als de verdachte zich in Nederland bevindt. Als aan die voorwaarde voldaan is, kan de Nederlandse strafwet ten aanzien van hem toepassing vinden. Maar op dat moment bevindt hij zich natuurlijk in Nederland.

⁶³⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 38 (MvT); HR 18 september 2001, *NJ* 2002, 559.

⁶⁴⁾ R. van Elst & M. Boot-Matthijssen, 'Wetsvoorstel internationale misdrijven. Enkele knelpunten en mogelijke verbeteringen', *NJB* 2002, p. 1748, verwijzen ten onrechte naar art. 36a lid 1 Sv: deze bepaling bevat een parafrase van het – ruimere – begrip 'criminal charge'.

⁶⁵⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 38 (MvT).

⁶⁶⁾ Vgl. R. van Elst, 'Implementing Jurisdiction over Grave Breaches of the Geneva Conventions', *13 Leiden Journal of International Law* 815 (2000), p. 841-843.

⁶⁷⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 39 (MvT). Aan deze mogelijkheid ziet de sombere Klip voorbij, waar hij lijkt te eisen dat vastgesteld wordt dat de verdachte zich in Nederland bevindt – Nederland rechtsmacht heeft – alvorens opsporingsactiviteiten ondernomen mogen worden. Mij dunkt dat de Nederlandse autoriteiten niet de bevoegdheid ontzegd kan worden te onderzoeken of zij bevoegd zijn; vgl. A. Klip, 'Komt er een eind aan de nationale strafvervolging van internationale misdrijven?', in: T. Spronken e.a. (red.), *Iets bijzonders* (liber amicorum Wladimiroff), 's-Gravenhage: SDU 2003, p. 267-269.

⁶⁸⁾ R. van Elst & M. Boot-Matthijssen, 'Wetsvoorstel internationale misdrijven. Enkele knelpunten en mogelijke verbeteringen', *NJB* 2002, p. 1749.

⁶⁹⁾ Vgl. Klip, t.a.p., die stelt dat het bij verdachtes aanwezigheid in Nederland niet gaat om een voorwaarde voor rechtsmacht, maar om een omstandigheid die relevant is voor beantwoording van de vraag of vervolging hier te lande opportuun is.

lijk van de nationaliteit van de hoogwaardigheidsbekleder. Als het ICC overlevering verzoekt van een persoon die de nationaliteit van een partij bij het Statuut bezit, moet Nederland aan het verzoek voldoen. Heeft hij daarentegen de nationaliteit van een staat die geen partij bij het Statuut is, dan mag het ICC niet om zijn overlevering verzoeken als Nederland zijn verplichtingen jegens de betreffende staat zou schenden.⁷⁰⁾

Art. 27 Statuut heeft echter alleen betrekking op de rechtsmacht van het ICC; het voorziet niet in het geval een hoogwaardigheidsbekleder door nationale autoriteiten vervolgd wordt. Of immuniteit naar nationaal recht vervolging uitsluit, moet worden beoordeeld naar de regels van het volkenrecht.⁷¹⁾ Daarnaast verwijst ook art. 16 WIM: vervolging ter zake van internationale misdrijven is uitgesloten ten aanzien van functionarissen wier immuniteit door volkenrechtelijk gewoonterecht wordt erkend en voorts ten aanzien van personen die op grond van een verdrag waarbij Nederland partij is over immuniteit beschikken.

In art. 16 WIM heeft de wetgever gevolg gegeven aan de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof (IGH) in de zaak-Yerodia.⁷²⁾ Hoewel die ministers van buitenlandse zaken betreft, heeft de wetgever ook immuniteit toegekend aan staatshoofden en regeringsleiders. Terecht, want de ratio daarvan is de internationale betrekkingen niet onnodig te belemmeren. Voorts wordt voorkomen dat de bedoelde functionarissen op onzuivere (politieke) gronden in het buitenland vervolgd worden.⁷³⁾

(b) Hoe lang duurt immuniteit voort?

De tekst van art. 16 WIM kan aanleiding geven tot de misvatting dat immuniteit slechts bestaat zolang betrokkene in functie is. Volgens de Memorie van Toelichting is dat echter niet bedoeld: daar wordt verwezen naar de overweging van het IGH dat Yerodia als hij niet meer in functie is vervolgd zou kunnen worden ter zake van feiten begaan ‘in a private capacity’. Aan dat begrip moet een ruime uitleg gegeven worden; het internationale immuniteitsrecht is in beweging.⁷⁴⁾ Dat zou echter duidelijker in de tekst van de wet tot uitdrukking gebracht kunnen worden, door te bepalen dat vervolging niet langer is uitgesloten als betrokkene uit functie is. Het begaan van de ernstigste misdrijven behoort niet tot een officiële hoedanigheid.⁷⁵⁾

4.3. Onverjaarbaarheid van internationale misdrijven?

Art. 13 WIM bepaalt dat ten aanzien van de in de WIM omschreven misdrijven de artt.

⁷⁰⁾ Art. 98 lid 1 Statuut ICC.

⁷¹⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 19-23 (MvT).

⁷²⁾ ICJ 14 February 2002, Case concerning the arrest warrant of 11 april 2000 (*Democratic Republic of Congo v. Belgium*), General List No. 121. De uitspraak staat ook wel bekend onder de roepnaam ‘Yerodia’, naar de Congolese minister van buitenlandse zaken tegen wie een aanhoudingsbevel was uitgevaardigd.

⁷³⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 21 (MvT).

⁷⁴⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 20 (MvT).

⁷⁵⁾ Aldus de opinie van rechters Higgins, Kooijmans en Buergenthal bij de uitspraak inz. Yerodia. Wat foltering betreft is een officiële hoedanigheid bovendien bestanddeel van het misdrijf, dus zou het ongerijmd zijn ter zake immuniteit toe te kennen. Vgl. R. v. Bow St. Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3), 24 March 1999, 2 *WLR* 827 (H.L. [E] 1999) (Lord Millet): “The official; or government nature of the act, which forms the basis of the immunity, is an essential ingredient of the offence. No rational system of criminal justice can allow an immunity which is co-extensive with the offence”.

70 en 76 Sr geen toepassing vinden: met betrekking tot die feiten verjaart noch het recht tot strafvervolgning, noch het recht tot strafexecutie. De bepaling is ingegeven door art. 29 Statuut.

Op de regel dat verjaring is uitgesloten bevat art. 13 WIM echter twee uitzonderingen. De eerste betreft de feiten bedoeld in art. 7 lid 1: oorlogsmisdrijven ‘zonder meer’, d.w.z. andere dan de in de artt. 5 en 6 bedoelde schendingen van de wetten en gebruiken van de oorlog. De tweede uitzondering betreft feiten bedoeld in art. 9 voor zover met die feiten verband houdend: waar ten aanzien van de pleger verjaring niet is uitgesloten, behoort dat ook te gelden voor zijn meerdere.

De verjaarbaarheid van de lichtste categorie oorlogsmisdrijven is niet nieuw, maar bestaat sinds 1971.⁷⁶⁾ De regering meende dat de argumenten om ten aanzien van deze categorie verjaring niet uit te sluiten nog steeds gelden. Verdragsrechtelijk is het Koninkrijk niet tot uitsluiting van verjaring verplicht. Het VN-verdrag inz. de niet-verjaring van oorlogsmisdaden⁷⁷⁾ – waarbij het Koninkrijk overigens geen partij is – verbiedt met name verjaring van ‘grave breaches’ van het vierde Verdrag van Genève, misdrijven tegen de menselijkheid en genocide, terwijl het Europees verdrag van 25 januari 1974 betreffende de niet-toepasselijkheid van verjaring ter zake van misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven⁷⁸⁾ – waarbij het Koninkrijk wèl partij is, maar dat eerst op 27 juni 2003 in werking trad – onverjaarbaarheid beperkt tot genocide, ‘grave breaches’ en daarmee vergelijkbare schendingen van de wetten en gebruiken van de oorlog. Het Statuut schrijft ten aanzien van geen van de in art. 13 WIM bedoelde misdrijven onverjaarbaarheid voor.⁷⁹⁾

Een amendement om de in het voorgestelde art. 13 voorziene uitzonderingen te schrappen werd verworpen. Aan dit amendement lag de overweging ten grondslag dat, nu in art. 7 beoogd is ruimte te bieden voor toekomstige rechtsontwikkelingen, de feiten waarop dat artikel ziet niet noodzakelijkerwijs minder ernstig zijn dan de in de artt. 5 en 6 bedoelde misdrijven. Daarom moest onverjaarbaarheid niet op voorhand worden uitgesloten.⁸⁰⁾ De Minister werd echter niet overtuigd. In de eerste plaats zou verjaring niet uitgesloten worden als zich een strafverzwarende omstandigheid als bedoeld in het tweede en derde lid van art. 7 zou voordoen, en in de tweede plaats zou uitsluiting van verjaring ten aanzien van ‘nieuwe’ oorlogsmisdrijven de facto terugwerkende kracht hebben.⁸¹⁾

Ook foltering in de zin van het VN-folteringverdrag is van verjaring uitgesloten.

Daartegen pleit echter dat foltering sui generis niet als oorlogsmisdrijf of misdrijf tegen de menselijkheid gekwalificeerd kan worden. Foltering behoort niet steeds tot de ernstigste misdrijven.⁸²⁾ Daaraan doet niet af dat het verbod van foltering ius cogens – dwingend volkenrecht – zou zijn, aangezien dat begrip de aansprakelijkheid van staten

⁷⁶⁾ Wet van 8 april 1971, houdende vaststelling van nadere regels betreffende de verjaring van het recht tot strafvordering en uitvoering van straf ter zake van oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid, *Stb.* 1971, 210.

⁷⁷⁾ Convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity, New York 26 November 1968, *UNTS* vol. 754.

⁷⁸⁾ European Convention on the Non-applicability of Statutory Limitations to Crimes against Humanity and War Crimes, Strasbourg 25 January 1974, *ETS* no. 82. De Nederlandse vertaling is gepubliceerd in *Trb.* 1979, 69. Het Verdrag is in werking getreden op 27 juni 2003, de dag na de derde ratificatie. Nederland is toegetreden op 6 april 1979 en heeft geratificeerd op 25 november 1981 (*Stb.* 1981, 557).

⁷⁹⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 33 (MvT).

⁸⁰⁾ *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 337, nr. 13; vgl. *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 337, nr. 22, p. 6.

⁸¹⁾ *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 337, nr. 22, p. 18.

⁸²⁾ Vgl. *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 495, nr. 3, p. 2 (MvT).

betreft.⁸³⁾ In dit licht is de overgangsregeling waarin art. 21 lid 2 WIM voorziet niet zonder bedenkingen. Die bepaling berust nl. op de veronderstelling dat feiten die strafbaar gesteld waren in de Uitvoeringswet folteringverdrag niet verjaard zijn, welke veronderstelling ten aanzien van minderjarigen – vide art. 77 lid 1 Sr – onjuist is. Ten aanzien van hen zou het recht tot strafvervolgung dus herleven.⁸⁴⁾

5. Vragen van materieel strafrecht

Anders dan de statuten van de Joegoslavië- en Rwanda-tribunalen bevat het Statuut van het ICC ook algemene beginselen van strafrecht, bepalingen die tot het algemeen deel van internationaal materieel strafrecht behoren. De vraag is echter in hoeverre het complementariteitsbeginsel vergt dat, voor zover het algemeen deel van Nederlands materieel strafrecht niet met het Statuut spoort, afwijkende voorzieningen worden getroffen.⁸⁵⁾

5.1. *'Ne bis in idem'*

Omdat de WIM ter zake geen bijzondere voorzieningen bevat, is art. 68 Sr ook van toepassing op de vervolging van internationale misdrijven. Het tweede lid van dat artikel bepaalt dat een gewijsde – een onherroepelijke uitspraak – van 'een andere rechter' vervolging ter zake van hetzelfde feit uitsluit in geval van vrijspraak of ontslag van rechtsvervolgung, dan wel – bij veroordeling tot straf – in geval van gehele tenuitvoerlegging, gratie of verjaring. Het begrip 'een andere rechter' is in art. 68 lid 2 Sr niet nader omschreven, dus ziet niet slechts op nationale rechters. Ook uitspraken van het ICC kunnen derhalve een vervolgingsbeletsel opleveren. Weliswaar eist art. 68 lid 2 Sr – anders dan art. 20 Statuut – in het geval van veroordeling gehele tenuitvoerlegging, gratie of verjaring, het moet uitgesloten worden geacht dat een door het ICC veroordeelde die niet zijn gehele straf ondergaan heeft in Nederland ter zake van hetzelfde feit – opnieuw – vervolgd wordt. Veeleer ligt overname van de tenuitvoerlegging van (het restant van) de straf voor de hand.

5.2. *Individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid*

Volgens art. 25(1) Statuut heeft het ICC slechts rechtsmacht over natuurlijke personen; wie een feit begaat met betrekking waartoe het ICC rechtsmacht heeft is daarvoor individueel aansprakelijk (art. 25[2] Statuut). Het Statuut voorziet niet in corporatief daderschap zoals art. 51 Sr doet; leidinggevend worden niet aansprakelijk gesteld omdat zij opdracht gaven tot misdrijven begaan door een organisatie of daaraan feitelijke leiding gaven. Waar het Statuut hen aansprakelijk stelt berust die aansprakelijkheid op hun betrokkenheid bij de misdrijven van anderen, niet op hun functie in de organisatie in de context waarvan die misdrijven begaan werden.⁸⁶⁾

⁸³⁾ Prosecutor v. Furundija, Judgment, T.Ch. II, Case No. IT-95-17/1-T, 10 December 1998, par. 157; M. Boot, Genocide, *Crimes against Humanity, War Crimes. Nullum Crimen sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Antwerpen/Oxford/New York: Intersentia 2002, p. 56.

⁸⁴⁾ R. van Elst & M. Boot-Matthijssen, 'Wetsvoorstel internationale misdrijven. Enkele knelpunten en mogelijke verbeteringen', *NJB* 2002, p. 1748.

⁸⁵⁾ Coolen beantwoordt deze vraag zonder meer – maar ongemotiveerd – bevestigend; G.L. Coolen, 'Het wetsvoorstel internationale misdrijven', *MRT* 2002, p. 380.

⁸⁶⁾ Vgl. artt. 25(3)(d) en 28 Statuut ICC. Zie met betrekking tot de voorstelling van internationale misdrijven als systeemcriminaliteit: E. van Sliedregt, *The Individual Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2003, p. 14-39.

*(a) Deelneming**Art. 25(3)(a) Statuut ICC: plegen, medeplegen en doen plegen*

Art. 25(3)(a) Statuut ICC⁸⁷⁾ luidt:

In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

(a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible;

[...].

Art. 47 lid 1, aanhef en onder 1° Sr bepaalt dat als daders gestraft worden zij die het feit plegen, doen plegen of medeplegen. Daaruit volgt dat wie een misdrijf begaat strafbaar is, onverschillig of hij het zelf begaat, tezamen met een ander of anderen of door middel van een persoon die niet strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kan worden.

Fysiek daderschap is geen voorwaarde om van plegen te kunnen spreken. Pleger is ook wie een misdrijf door middel van een ander, ‘functioneel’ pleegt, waarbij niet ter zake doet of die ander (ook) strafrechtelijk aansprakelijk is. Van functioneel daderschap is sprake als aan drie voorwaarden is voldaan: (i) de toepasselijke delictsomschrijving leent zich voor functionele interpretatie: het feit kan door middel van een ander begaan worden, (ii) de dader is ‘geadresseerde’ van de overtreden norm en (iii) het handelen van een ander kan hem worden toegerekend. De functionele dader wordt strafrechtelijk aansprakelijk gesteld op de grond dat hij andermans handelen niet voorkwam: als hij daarover vermocht te beschikken en het aanvaardde of placht te aanvaarden.

Met betrekking tot deelneming – aansprakelijkheid ter zake van strafbare feiten die (mede) door anderen begaan worden – dient op twee kenmerken van de Nederlandse regeling te worden gewezen. In de eerste plaats is deelneming onderworpen aan het zgn. accessoriteitsbeginsel: van strafbare deelneming is slechts sprake als ten minste een strafbare poging begaan wordt.⁸⁸⁾ Deelnemers hebben gemeen dat zij tot het begaan van een strafbaar feit bijdragen voordat of terwijl het begaan wordt. Van strafbare deelneming kan geen sprake meer zijn als het strafbare feit voltooid is.⁸⁹⁾

Voorts heeft de rechtspraak samengestelde deelneming – deelneming aan andermans deelnemingshandelingen - erkend.⁹⁰⁾ In beginsel is elke vorm van samengestelde deelneming strafbaar, mits de deelnemingshandeling waaraan deelgenomen wordt strafbaar is. De enige beperking ter zake is gelegen in de eis dat de deelnemer opzet moet hebben op andermans deelneming. De Hoge Raad is echter niet streng; hij eist niet dat het opzet op een specifieke vorm van deelneming gericht is.⁹¹⁾

Van medeplegen is sprake als twee of meer personen bewust samenwerken en gezamen-

⁸⁷⁾ E. van Sliedregt, *The Individual Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2003, p. 68-76.

⁸⁸⁾ Zie bijv. HR 18 september 1995, *NJ* 1996, 40: mislukte uitlokking is niet strafbaar op grond van art. 47 Sr (mogelijk wel op grond van art. 46a Sr).

⁸⁹⁾ Wel zijn bepaalde begunstigingshandelingen zelfstandig strafbaar gesteld in Titel XXX, Tweede boek van het Wetboek van Strafrecht (artt. 416-420).

⁹⁰⁾ HR 24 januari 1950, *NJ* 1950, 287.

⁹¹⁾ Vgl. HR 31 maart 1987, *NJ* 1988, 633: als iemand het voornemen opvat een ander te vermoorden, doet wat zijn aansprakelijkheid als medepleger van moord niet ter zake of degene die hij inschakelt om zijn voornemen uit te voeren dit zelf of tezamen met anderen doet, dan wel een derde tot de moord uitlokt.

lijk een strafbaar feit begaan. Tot op zekere hoogte zijn deze eisen communicerende vaten: naarmate medeplegers nauwer samenwerken, is gezamenlijke uitvoering minder belangrijk. Bewuste samenwerking impliceert opzet: medeplegers moeten willens en wetens samenwerken. Dit opzet kan zowel uit voorafgaand gedrag als uit gedrag ten tijde van het delict worden afgeleid.⁹²⁾ De eis van gezamenlijke uitvoering houdt echter niet in dat de medepleger daadwerkelijk bij de uitvoering van het gezamenlijke plan betrokken moet zijn; nauwe, volledige samenwerking is voldoende.⁹³⁾ Van medeplegen is sprake als iemand het plan bedacht heeft dat door een ander is uitgevoerd.⁹⁴⁾

Art. 25(3)(b) Statuut ICC: (mislukte) uitlokking en opruiing

Art. 25(3)(b) Statuut ICC⁹⁵⁾ luidt:

In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

[...];

(b) Orders, solicits or induces the commission of such a crime which in fact occurs or is attempted;

[...].

Naar Nederlands recht is strafbaar wie opdracht geeft tot een strafbaar feit, dan wel daartoe uitlokt of aanmoedigt, mits hij zich bedient van de middelen genoemd in art. 47 lid 1, aanhef en onder 2° Sr: giften, beloften, misbruik van gezag, geweld, bedreiging of misleiding of door het verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen. Poging een ander te bewegen een misdrijf te begaan is in art. 46 a Sr met een lagere straf bedreigd. Het Wetboek van Strafrecht bevat voorts een aantal bijzondere bepalingen die straf bedreigen tegen het bevorderen of aanmoedigen van de misdadige bedoelingen van anderen.

Uitlokking is een ander aanzetten tot het begaan van een strafbaar feit waarvoor die ander strafrechtelijk aansprakelijk is. Bij de uitvoering van het voornemen dat hij bij die ander wekt is de uitlokker niet betrokken: zijn opzet moet zowel op de uitlokking als op de bestanddelen van het delict gericht zijn. Uitlokking moet de oorzaak van het strafbare feit zijn: als de 'uitgelokte' daartoe al besloten had, is geen sprake van uitlokking.⁹⁶⁾

Op het eerste gezicht verschillen art. 25(3)(b) Statuut ICC en art. 47 lid 1, aanhef en onder 2° Sr wat betreft de middelen waarmee een ander bewogen moet zijn om een strafbaar feit te begaan. Waar het Statuut ter zake geen beperkingen inhoudt, eist het Wetboek dat de uitlokker zich van bepaalde middelen bedient heeft. Van een wezenlijk verschil is bij nader inzicht geen sprake: uitlokking is moeilijk voorstelbaar zonder dat een in art. 47 Sr genoemd middel gebezigd wordt.

Of het Statuut eist dat wie tot een strafbaar feit is aangezet strafrechtelijk aansprakelijk is, is nog geen uitgemaakte zaak. A contrario redenerend kan deze vraag echter bevestigend

⁹²⁾ HR 12 november 1996, *NJ* 1997, 190: opzet op samenwerking werd afgeleid uit de omstandigheid dat verdachte zich niet distantieerde hoewel hij daartoe – gelet op zijn eerdere ervaringen – alle redenen had.

⁹³⁾ HR 29 oktober 1934, *NJ* 1934, p. 1693; HR 29 januari 1991, *DD* 91.171; HR 22 april 1997, *DD* 97.224.

⁹⁴⁾ HR 17 november 1981, *NJ* 1983, 84/197; HR 15 april 1986, *NJ* 1986, 740; HR 24 januari 1995, *NJ* 1995, 352.

⁹⁵⁾ E. van Sliedregt, *The Individual Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2003, p. 77-87.

⁹⁶⁾ HR 20 maart 1920, *NJ* 1920, p. 458; HR 25 januari 1944, *NJ* 1944, 362.

beantwoord worden. Uit de passage in de Memorie van Toelichting bij de Goedkeuringswet waar met betrekking tot art. 25(3)(a) Statuut ICC gesproken wordt van het doen plegen van een misdrijf door middel van een “willoos werktuig” kan worden afgeleid dat onderdeel (b) strafbaarheid van de onmiddellijke dader eist.⁹⁷⁾

Poging een ander te bewegen een misdrijf te begaan (‘mislukte uitlokking’) is in het Statuut niet strafbaar gesteld, zoals kan worden afgeleid uit de woorden “which in fact occurs or is attempted” in art. 25(3)(f). De uitlokker moet dus in zijn streven geslaagd zijn. Opruiing tot genocide is in art. 25(3)(3) Statuut ICC zelfstandig strafbaar gesteld, waarbij niet ter zake doet of de opruier gehoor vond. Mislukte opruiing levert dus ook volgens het Statuut een internationaal misdrijf op.

Wat foltering betreft voorziet art. 8 WIM in een bijzondere regeling, die kan worden verklaard uit de omstandigheid dat het een kwaliteitsdelict betreft: lid 1 eist dat de dader ambtenaar of anderszins ten dienste van de overheid werkzaam is. ‘Foltering’ begaan door een ander is geen misdrijf in de zin van de wet, hoewel sprake kan zijn van ‘marteling’, die strafbaar is als oorlogsmisdrijf of misdrijf tegen de menselijkheid. Daarom bepaalt lid 2 dat een ambtenaar of anderszins ten dienste van de overheid werkzame persoon eveneens strafbaar is als hij een ander tot foltering uitlokt of opzettelijk toelaat dat een ander foltert. Lid 3 voorziet alsdan in strafbaarheid van die ander. De strafbaarstellingen volgen art. 2 van de Uitvoeringswet folteringverdrag.

In aanvulling op de deelnemingsbepalingen uit het algemeen deel bevat Titel V van Boek II, betreffende misdrijven tegen de openbare orde, een aantal bepalingen die het bevorderen of aanmoedigen van de misdadige bedoelingen van anderen zelfstandig strafbaar stellen. Art. 131 Sr stelt opruiing strafbaar, art. 132 de verspreiding van opruiende geschriften.⁹⁸⁾

Opruiing is als zodanig strafbaar; of de opruier slaagt in zijn streven doet niet ter zake. In dit opzicht verschilt art. 131 Sr niet van art. 25(3)(e) Statuut ICC. Als de misdrijven waartoe is opgeruid begaan worden, kan opruiing – mits een uitlokkingsmiddel gebezigd is – worden gekwalificeerd als uitlokking. Poging tot opruiing is derhalve moeilijk voorstelbaar: men ruit op, of niet.

Opruiing kan niet anders dan opzettelijk begaan worden, hoewel het opzet niet gericht hoeft te zijn op het strafbare karakter van de gedragingen waartoe wordt opgeruid.⁹⁹⁾ Evenmin is vereist dat opruiing in het openbaar geschiedt: voldoende is dat opruiende uitspraken worden gedaan onder zodanige omstandigheden dat het publiek er kennis van kan nemen. Een spreker op een besloten bijeenkomst maakt zich schuldig aan opruiing als journalisten aanwezig zijn die over zijn uitspraken berichten.¹⁰⁰⁾ In dit opzicht verschilt art. 131 Sr van art. 25(3)(e) Statuut ICC, dat rechtstreekse opruiing eist.

⁹⁷⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 27 484, nr. 3, p. 30 (MvT).

⁹⁸⁾ In geval van beperkte of algemene noodtoestand, toestand van verhoogde waakzaamheid, burgerlijke uitzonderingstoestand, staat van beleg en staat van oorlog kan de tegen het feit bedreigde gevangenisstraf met een derde worden verhoogd en kan een geldboete van de naasthogere categorie worden opgelegd; zie artt. 65 en 73 Oorlogswet voor Nederland en artt. 30 en 31 Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag.

⁹⁹⁾ Dit volgt uit de regel dat – behoudens waar uit het zinsverband van de delictomschrijving het tegendeel volgt – opzet kleurloos is; vgl. HR 5 februari 1934, NJ 1934, p. 620.

¹⁰⁰⁾ HR 22 mei 1939, NJ 1939, 861.

Art. 25(3)(c) Statuut ICC: (aanbieden van) medeplichtigheid en verzwijging van voorgenomen misdrijf

Art. 25(3)(c) Statuut ICC¹⁰¹⁾ luidt:

In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

[...];

(c) For the purpose of facilitating the commission of such a crime, aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission;

[...].

Volgens art. 48 Sr worden als medeplichtigen van een misdrijf gestraft (i) zij die opzettelijk behulpzaam zijn bij het plegen van een misdrijf en (ii) zij die opzettelijk gelegenheid, middelen of inlichtingen verschaffen tot het plegen van een misdrijf. Een medeplichtige helpt een ander een misdrijf te begaan. Zijn hulp hoeft niet onmisbaar te zijn, hoewel hij de dader – actief of passief¹⁰²⁾ – ondersteund moet hebben; van medeplichtigheid is geen sprake als de ‘medeplichtige’ in geen enkel opzicht behulpzaam geweest is.¹⁰³⁾

Een medeplichtige moet opzet op het gronddelict hebben en de dader bij het begaan daarvan behulpzaam zijn. De laatste eis is van bijzonder belang als de dader het misdrijf begaat op een wijze die de medeplichtige niet voorzien heeft. In dat geval is de medeplichtige weliswaar aansprakelijk, maar bepaalt art. 49 lid 4 Sr dat bij het bepalen van de straf alleen die handelingen in aanmerking komen die de medeplichtige opzettelijk gemakkelijk gemaakt of bevordert heeft, benevens hun gevolgen.

Naar Nederlands recht levert niet elke vorm van behulpzaamheid bij het plegen van een misdrijf medeplichtigheid op, maar is van medeplichtigheid tot het plegen van een misdrijf alleen sprake als de medeplichtige daartoe gelegenheid, middelen of inlichtingen verschaft heeft. Art. 25(3)(c) voorziet niet in een dergelijke beperking: elke vorm van behulpzaamheid tot het plegen van een misdrijf is strafbaar.

In aanvulling op art. 48 Sr bedreigen de artt. 133 en 134 Sr straf tegen het aanbieden van medeplichtigheid en tegen verspreiding van geschriften waarin medeplichtigheid wordt aangeboden. Wat het aanbieden van medeplichtigheid betreft is – evenals bij opruiing – irrelevant of de aanbieder in zijn streven slaagt. Bovendien kan het aanbod in algemene termen vervat zijn. Aanbieding van medeplichtigheid verschilt van uitlokking doordat het opzet van de dader niet gericht hoeft te zijn op het bewegen van een bepaalde persoon. Ten slotte bedreigt art. 136 Sr straf tegen verzwijging van andermans voornemen tot het plegen van een misdrijf.

Art. 25(3)(d) Statuut ICC: samenspanning en deelneming aan een criminele organisatie

Art. 25(3)(d) Statuut ICC luidt:

In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

[...];

¹⁰¹⁾ E. van Sliedregt, *The Individual Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2003, p. 87-94.

¹⁰²⁾ Vgl. HR 21 februari 1921, W. 10717, NJ 1921, p.465: verschaffen van gelegenheid door nalaten.

¹⁰³⁾ HR 7 januari 1910, W. 10225.

(d) In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either:

(i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or

(ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime;
[...].

Buiten de deelnemingsregeling is in het algemeen geen straf bedreigd tegen het leveren van een bijdrage tot het strafbare feit van een groep die met een gemeenschappelijk doel handelt.¹⁰⁴⁾ Ook de WIM voorziet niet in zodanige strafbaarstelling. Wel stelt art. 140 Sr deelneming aan een organisatie die het plegen van misdrijven tot oogmerk heeft strafbaar. Volgens de rechtspraak is formeel lidmaatschap van de organisatie niet vereist, noch deelneming aan de misdrijven waarop het oogmerk van de organisatie gericht is: het komt aan op daadwerkelijke betrokkenheid bij de activiteiten van de organisatie.¹⁰⁵⁾ Van deelneming aan een criminele organisatie is sprake als iemand tot de organisatie behoort en een aandeel heeft in gedragingen die strekken tot of rechtsreeks verband houden met de verwezenlijking van haar oogmerk, dan wel zodanige gedragingen ondersteunt.¹⁰⁶⁾ Deelneming kan niet anders dan opzettelijk geschieden, maar het opzet van de deelnemer hoeft niet op concrete misdrijven gericht te zijn. Omdat binnen de organisatie een zekere taakverdeling zal plaatsvinden, zal de deelnemer daarvan veelal niet op de hoogte zijn; voldoende is dat hij wetenschap heeft van het oogmerk van de organisatie.¹⁰⁷⁾

Ook art. 25(3)(d) Statuut ICC eist actieve betrokkenheid: de leden moeten de misdadige activiteit of doelstelling van de groep opzettelijk bevorderen. Volgens de Regering is daadwerkelijke betrokkenheid bij misdrijven van de groep niet vereist. De bepaling verlangt slechts dat een opzettelijke bijdrage geleverd wordt aan het misdrijf van een groep die met een gemeenschappelijk doel handelt, ten einde de misdadige activiteit of doelstelling van de groep te bevorderen of in de wetenschap van het voornemen van de groep om het misdrijf te begaan. Een lid van de groep kan dus strafbaar zijn vanwege de plannen die hij gemaakt heeft.¹⁰⁸⁾ In tegenstelling tot art. 140 Sr lijkt het Statuut echter wetenschap van concrete misdrijven te eisen. Dit verschil kan worden verklaard uit de omstandigheid dat een groep waarop het Statuut ziet niet noodzakelijkerwijs dezelfde mate van continuïteit bezit. Als een groep maar korte tijd bestaat – haar oogmerk gericht is op het begaan van bepaalde, concrete misdrijven – moeten haar leden daarbij nauwer betrokken zijn.

Een organisatie in de zin van art. 140 Sr veronderstelt gestructureerde, duurzame samenwerking. De deelnemers moeten verwezenlijking van hun doelstellingen nastreven door bepaalde regels na te leven – en te handhaven.¹⁰⁹⁾ Het ledental van de organisa-

¹⁰⁴⁾ De vraag wanneer een bijdrage tot het misdrijf van een groep met een gemeenschappelijk doel deelneming oplevert, laat ik hier buiten beschouwing; hier gaat het om betrokkenheid die niet als deelneming gekwalificeerd kan worden. Zie omtrent verruiming van aansprakelijkheid van 'deelnemers': mr. H.G. van der Wilt, 'Grenzen aan de strafbaarheid van deelnemers in het internationale strafrecht', in: *Joegoslavië- en Rwanda-tribunalen: impact op het Nederlandse strafrecht*, Amsterdam: Leerstoelgroep Strafrechtwetenschappen UvA 2002.

¹⁰⁵⁾ HR 16 oktober 1990, NJ 1991, 442.

¹⁰⁶⁾ HR 18 november 1997, NJ 1998, 225.

¹⁰⁷⁾ HR 18 november 1997, NJ 1998, 225.

¹⁰⁸⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 27 484, nr. 5, p. 39 (NV).

¹⁰⁹⁾ HR 16 oktober 1990, NJ 1991, 442.

tie kan variëren. De organisatie moet het plegen van misdrijven tot oogmerk – naaste doel – hebben, d.w.z. als middel tot verwezenlijking van haar einddoel¹¹⁰), dat volkomen legitiem kan zijn.¹¹¹) Concrete misdrijven behoeven niet begaan te zijn.

Evenals art. 140 Sr eist art. 25(3)(d) Statuut ICC een gemeenschappelijk doel, hoewel het zwijgt over de aard van dit doel. Uit de bewoordingen van dit onderdeel – dat “criminal activity” en “criminal purpose” als alternatieven noemt – kan echter worden afgeleid dat een legitiem doel aansprakelijkheid niet uitsluit, mits zo’n doel op illegale wijze wordt nagestreefd. Het Statuut eist echter betrokkenheid bij een misdrijf. In zoverre heeft het een beperkter bereik, hoewel de aard van een organisatie in de regel uit haar activiteiten afgeleid wordt.

Naar Nederlands recht is van samenspanning sprake wanneer twee of meer personen overeengekomen zijn om het misdrijf te plegen (art. 80 Sr); ‘overt acts’ – daden van uitvoering – zijn niet vereist. Omdat deze definitie in zeer ruime aansprakelijkheid voorziet, is samenspanning van oudsher niet algemeen, maar slechts met betrekking tot bepaalde delicten strafbaar gesteld, m.n. staatsveiligheidsdelicten. Voorts was samenspanning strafbaar gesteld met betrekking tot genocide (art. 1 lid 2 Uitvoeringswet Genocideverdrag).¹¹²) Laatstgenoemde bepaling is vervangen door art. 3 lid 2 WIM, dat – evenals zijn voorloper – van art. 25(3)(d) Statuut ICC verschilt doordat samenspanners niet behoeven bij te dragen aan het voorgenomen misdrijf. Naar Nederlands recht is samenspanning dus in ruimere mate strafbaar gesteld.

Art. 25(3)(e) Statuut ICC: opruiing tot genocide

Art. 25(3)(e) Statuut ICC luidt:

In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

[...];

(e) In respect of the crime of genocide, directly and publicly incites others to commit genocide;

[...].

Opruiing is strafbaar gesteld in art. 131 Sr, waarbij niet ter zake doet of het misdrijf waartoe wordt opgeruid volgt. Het misdrijf is bedreigd met gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaar. Slaagt de opruier in zijn streven, dan kan hij – mits hij zich van een in art. 47 lid 1, aanhef en onder 2° genoemd middel bediend heeft – strafbaar zijn ter zake van uitlokking. Als dader van het misdrijf kan hem dezelfde straf worden opgelegd als degene die het pleegt, in geval van genocide levenslange gevangenisstraf.

Art. 3 lid 2 WIM stelt opruiing tot genocide zelfstandig strafbaar: zij wordt gestraft gelijk de poging.¹¹³) Dat betekent een aanmerkelijke strafverzwaring, in aanmerking genomen dat genocide bedreigd is met levenslange gevangenisstraf of tijdelijke gevangenisstraf van ten hoogste dertig jaar. Zie met betrekking tot de maximumstraf ter zake van poging hetgeen hieronder met betrekking tot art. 25(3)(f) Statuut ICC wordt opgemerkt.

¹¹⁰) HR 26 juni 1984, *NJ* 1985, 92; HR 26 februari 1991, *NJ* 1991, 499.

¹¹¹) HR 14 februari 1995, *NJ* 1995, 426.

¹¹²) Art. 1 lid 2 Uitvoeringswet Genocideverdrag luidde: De samenspanning wordt gestraft gelijk de poging.

¹¹³) In de Memorie van Toelichting wordt – onder verwijzing naar art. 1 lid 3 – gesteld dat het begrip ‘opruing’ overeenkomstig het Wetboek van Strafrecht uitgelegd moet worden, maar ziet eraan voorbij dat dit geen definitie van ‘opruing’ bevat: *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 39 (MvT).

(b) Poging en voorbereiding: art. 25(3)(f) Statuut ICC

Art. 25(3)(f) Statuut ICC luidt:

In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person:

[...];

(f) Attempting to commit such a crime by taking action that commences its execution by means of a substantial step, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person's intentions. However, a person who abandons the effort to commit the crime or otherwise prevents the completion of the crime shall not be liable for punishment under this Statute for the attempt to commit that crime if that person completely and voluntarily gave up the criminal purpose.

[...].

Poging en voorbereiding zijn strafbaar gesteld in de artt. 45-46b Sr. Poging tot misdrijf is strafbaar, wanneer het voornemen van de dader zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard. Van een begin van uitvoering is sprake als een gedraging verricht is die naar haar uiterlijke verschijningsvorm moet worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van het voorgenomen misdrijf.¹¹⁴⁾ Zo'n gedraging levert een "substantial step" in de zin van art. 25(3)(f) Statuut ICC op. Of een gedraging gericht is op de voltooiing van het voorgenomen misdrijf moet worden beantwoord met het oog op de toepasselijke delictsomschrijving: is de gedraging typerend voor het voltooide delict?¹¹⁵⁾ Bij de beantwoording van die vraag moet het standpunt van een objectieve buitenstaander worden ingenomen, hoewel dit niet beslissend is. De vraag moet worden beantwoord aan de hand van alle relevante feiten en omstandigheden, niet alleen de zichtbare.¹¹⁶⁾

In geval van voorbereiding is nog geen sprake van strafbare poging. Omdat de misdadige aard van voorbereidingshandelingen niet evident behoeft te zijn, gelden verschillende beperkingen. Op het voorbereide misdrijf moet gevangenisstraf van ten minste acht jaar gesteld zijn en de dader moet opzettelijk voorwerpen (enz.) die kennelijk bestemd zijn tot het begaan van dat misdrijf verwerven (enz.).

Naar Nederlands recht kan ook poging tot deelneming strafbaar zijn. Art. 46a Sr stelt straf op poging een ander te bewegen een misdrijf te begaan: poging tot uitlokking en – voor het geval de onmiddellijke dader niet strafbaar is – poging tot doen-plegen.

Poging noch voorbereiding bestaat indien het misdrijf niet is voltooid ten gevolge van omstandigheden van de wil van de dader afhankelijk (art. 46b Sr). Het besluit van de dader om zijn voornemen niet (verder) uit te voeren is slechts relevant waar het voorgenomen misdrijf nog niet voltooid is. Dat hangt af van de toepasselijke delictsomschrijving: wie een ander heeft bewogen een misdrijf te begaan moet hem vervolgens bewegen daartoe geen poging te doen.

De strafuitsluitingsgrond van art. 46b – hoe die ook gekwalificeerd wordt – veronderstelt strafbare poging, c.q. voorbereiding. Als de dader alles gedaan heeft wat in zijn vermogen ligt, maar het beoogde resultaat niet bereikt wordt, is hij strafbaar. Het misdrijf is niet voltooid ten gevolge van omstandigheden van zijn wil onafhankelijk.¹¹⁷⁾ Naar Neder-

¹¹⁴⁾ HR 24 oktober 1978, *NJ* 1979, 52; HR 8 september 1987, *NJ* 1988, 612.

¹¹⁵⁾ HR 24 maart 1992, *NJ* 1992, 815; HR 14 december 1993, *NJ* 1994, 293.

¹¹⁶⁾ HR 2 december 1992, *NJ* 1993, 321.

¹¹⁷⁾ HR 7 mei 1946, *NJ* 1946, 587; HR 24 juni 1969, *NJ* 1970, 28; HR 4 april 1978, *NJ* 1979, 24; HR 19 april 1983, *NJ* 1983, 573.

lands recht behoeft die omstandigheid echter niet bewezen te worden. Het ligt op de weg van de verdachte feiten en omstandigheden aan te voeren op grond waarvan vrijwillige terugtred aanneemelijk wordt. Art. 25(3)(f) Statuut ICC eist voor strafbare poging daarentegen niet-voltooiing onafhankelijk van de wil van de dader: de Aanklager bij het ICC moet onvrijwillige terugtred stellen en bewijzen.

In tegenstelling tot het Statuut voorziet Nederlands recht in lagere strafmaxima voor poging en voorbereiding. Kennelijk is de wetgever niet sterk in rekenen. In het commune strafrecht zijn misdrijven waartegen levenslange gevangenisstraf bedreigd is steeds – als alternatief – bedreigd met tijdelijke gevangenisstraf van ten hoogste twintig jaar. Voor poging tot een dergelijk misdrijf kan gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaar worden opgelegd (art. 45 lid 3 Sr), voor voorbereiding daarvan gevangenisstraf van ten hoogste tien jaar (art. 46 lid 3 Sr); dat is langer dan twee derden, resp. de helft van twintig jaar. De WIM voorziet echter – als gevolg van een amendement-Van Oven¹¹⁸) – in tijdelijke gevangenisstraf van ten hoogste dertig jaar als alternatief voor levenslange gevangenisstraf.¹¹⁹) Dat betekent dat toepassing van de hoofdregel (artt. 45 lid 2 en 46 lid 2 Sr) – die echter door het derde lid buiten werking wordt gesteld – tot een hoger strafmaximum leidt. Dat kan niet de bedoeling zijn geweest.

(c) ‘*Command responsibility*’: art. 28 Statuut ICC

Art. 28 Statuut ICC¹²⁰) luidt:

In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court:

(a) A military commander or person effectively acting as military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control proper over such forces, where:

(i) The military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and

(ii) That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.

(b) With respect to superior and subordinate relationships not described in paragraph (a) a superior shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by subordinates under his or her effective authority and control, as a result of his or her failure to exercise control over such subordinates, where:

(i) The superior knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes;

(ii) The crimes concerned activities that were within the effective responsibility and control of the superior; and

¹¹⁸) *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 337, nr. 12. In de toelichting op het amendement wordt verwezen naar het advies van de Raad van State, die dus ook niet rekenen kan; *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, B, p. 7.

¹¹⁹) Artt. 3 lid 1, 4 lid 1, 5 lid 1-3, 6, 6 lid 1-2 WIM. In het amendement-Van Oven is art. 8 lid 1 over het hoofd gezien.

¹²⁰) E. van Sliedregt, *The Individual Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2003, p. 179-191.

(iii) The superior failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.

Militaire en civiele meerderen

Art. 1 lid 1, aanhef en onder b WIM verstaat onder ‘meerdere’:

1° de militaire commandant, of degene die feitelijk als zodanig optreedt, die daadwerkelijk het bevel of gezag uitoefent over of daadwerkelijk leiding geeft aan een of meer ondergeschikten;

2° degene die in een burgerlijke hoedanigheid daadwerkelijk gezag uitoefent over of daadwerkelijk leiding geeft aan een of meer ondergeschikten.

Wie als militaire commandant optreedt wordt aangemerkt als ‘meerdere’, ongeacht zijn formele positie. De term “commandant” – in plaats van ‘bevelhebber’ – is gekozen om verwarring met het begrip ‘bevelhebber’ uit het Nederlandse militaire recht te voorkomen. De verantwoordelijkheid van de militaire meerdere komt voort uit de omstandigheid dat hij daadwerkelijk bevel of gezag uitoefent, dan wel leiding geeft aan zijn ondergeschikten. Tot deze categorie moeten volgens de Memorie van Toelichting vogels van zulke diverse pluimage als staatshoofden, ministers, politieofficiëren, paramilitairen en huurlingen worden gerekend. “Bevel” heeft betrekking op een operationeel commando in een directe bevelsketen, “gezag” ziet bijv. op het gezag over een bezettingszone.¹²¹⁾

Een civiele meerdere hoeft geen ambtenaar te zijn. Ook directeurs van ondernemingen en bestuurders van grote concerns kunnen bijv. als meerderen worden aangemerkt, mits zij zeggenschap hebben over het gedrag van hun ondergeschikten. Invloed is onvoldoende: een meerdere moet daadwerkelijk gezag uitoefenen of leiding geven.¹²²⁾

Toegelaten, nagelaten of door zijn schuld verzuimd?

Art. 9 lid 1 WIM voorziet in strafrechtelijke aansprakelijkheid van de meerdere die (a) opzettelijk toelaat dat een aan hem ondergeschikte een internationaal misdrijf begaat of (b) opzettelijk nalaat de nodige en van hem te vergen maatregelen te nemen indien een aan hem ondergeschikte zo’n misdrijf heeft gepleegd of voornemens is te plegen. De meerdere kan dezelfde straf worden opgelegd als degene die het misdrijf pleegt.

Art. 9 lid 2 WIM voorziet in strafrechtelijke aansprakelijkheid van de meerdere die door zijn schuld verzuimt de nodige en van hem te vergen maatregelen te nemen indien een aan hem ondergeschikte, naar hij redelijkerwijs moet vermoeden, een internationaal misdrijf heeft gepleegd of voornemens is te plegen. De maxima van de op het feit gestelde hoofdstraffen worden met een derde verminderd; als op het feit levenslange gevangenisstraf is gesteld, kan gevangenisstraf van ten hoogste vijftien jaar worden opgelegd.

Voorafgaand aan de inwerkingtreding van de WIM voorzag alleen art. 149 WMSr in strafbaarheid van de (militaire) meerdere die redelijkerwijs moet vermoeden dat zijn ondergeschikte een misdrijf pleegt of voornemens is te plegen. De nalatigheid van de meerdere is als een zelfstandig delict, niet als een vorm van afgeleide aansprakelijkheid –

¹²¹⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 48 (MvT).

¹²²⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 48-49 (MvT), waar verwezen wordt naar de Čelebići-uitspraak: Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić and Land o (Case No. IT-96-21-T, 16 November 1998), gepubliceerd in André Klip & Göran Sluiter (eds.), *Annotated Leading Cases of the International Criminal Tribunals. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 1997-1999*, Antwerpen: Intersentia 2001, met noot Van der Wilt.

deelneming of aansprakelijkheid sui generis – strafbaar gesteld.¹²³⁾

Bij het culpoze delict waarin lid 2 voorziet gaat het om ernstige onvoorzichtigheid en nalatigheid van de meerdere doordat hij – die niet wist maar redelijkerwijs moest vermoeden dat een ondergeschikte een misdrijf gepleegd had of voornemens was te plegen – verzuimde de nodige maatregelen te nemen die binnen zijn vermogen lagen. Deze verruiming van de aansprakelijkheid van de meerdere wordt volgens de Memorie van Toelichting gerechtvaardigd door – ten eerste – de omstandigheid dat moderne methoden van oorlogvoering veel meer schade en leed kunnen aanrichten en – ten tweede – het streven om politiek verantwoordelijken aansprakelijk te stellen.¹²⁴⁾

Gepleegd of voornemens te plegen?

De aansprakelijkheid van een meerdere kan ontstaan nádat zijn ondergeschikte een misdrijf heeft gepleegd. Als preventieve maatregelen door onwetendheid van de meerdere achterwege gebleven zijn of geen effect gesorteerd hebben, is hij verplicht achteraf – als een misdrijf gepleegd is – adequate repressieve maatregelen te treffen. Daarbij zal wel vooral aan inschakeling van de justitiële autoriteiten gedacht moeten worden.¹²⁵⁾

Noodzakelijke deelneming aan een kwaliteitsdelict? Uitlokking of toelaten van foltering

De WIM heeft niet uitsluitend betrekking of misdrijven omschreven in het Statuut van het ICC: genocide, oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de menselijkheid en agressie. Zij vervangt onder meer de Uitvoeringswet folteringverdrag. Foltering behoeft immers geen oorlogsmisdrijf of misdrijf tegen de menselijkheid te zijn: het misdrijf kan ook buiten de context van een gewapend conflict of een ‘widespread and systematic attack’ begaan worden. De strafbaarstellingen van art. 8 WIM volgen de artt. 1 en 2 van de Uitvoeringswet folteringverdrag. Voor het geval foltering niet door een ambtenaar maar door een ander begaan wordt, is het misdrijf echter alleen strafbaar indien een ambtenaar tot het misdrijf heeft uitgelokt of het opzettelijk heeft toegelaten. Van foltering is geen sprake als een ambtenaar redelijkerwijs moet vermoeden dat een ander heeft gefolterd of voornemens is te folteren.

5.3. De subjectieve zijde van het delict: art. 30 Statuut ICC

Art. 30 Statuut ICC luidt:

(1) Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.

(2) For the purposes of this article, a person has intent where:

(a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct;

(b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.

(3) For the purposes of this article, “knowledge” means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. “Know” and “knowingly” shall be construed accordingly.

Naar Nederlands recht bevatten de delictomschrijvingen van misdrijven steeds een

¹²³⁾ De artt. 148 WMSr, 9 WOS, 2 Uitvoeringswet Genocideverdrag en 2 Uitvoeringswet Folterverdrag eisen wetenschap van het (voorgenomen) misdrijf.

¹²⁴⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 31 (MvT).

¹²⁵⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 30 (MvT).

subjectief bestanddeel: opzet (dolus) of schuld (culpa). Opzet is willens en wetens handelen: de dader is zich bewust van de omstandigheden, c.q. van de consequenties van zijn gedrag. Zekere wetenschap is niet vereist: als de dader de aanmerkelijke kans aanvaardt dat een omstandigheid aanwezig is of zijn handelen een verboden gevolg veroorzaakt, heeft hij voorwaardelijk opzet.¹²⁶⁾ De voorwaardelijkheid ziet op de wetenschap van de dader, niet op zijn wil: ook als hij zeker wist, zou hij het misdrijf begaan. Dit opzetbegrip impliceert dat positieve wetenschap niet bewezen hoeft te worden: als uit de omstandigheden kan worden afgeleid dat de dader de omstandigheden, c.q. gevolgen van zijn gedrag moet hebben geweten – wat uit algemene ervaringsregels geconcludeerd kan worden – was zijn opzet daarop gericht. Het Nederlandse opzet-begrip is derhalve ruimer dan het Anglo-amerikaanse begrip ‘intent’. In het Statuut worden ‘intent’ en ‘knowledge’ ook onderscheiden.

In de Memorie van Toelichting wordt gesteld dat de subjectieve bestanddelen van in de WIM omschreven misdrijven (‘opzettelijk’¹²⁷⁾, ‘oogmerk’¹²⁸⁾, ‘met kennis van’¹²⁹⁾)¹³⁰⁾ op de in het Nederlandse strafrecht gebruikelijke wijze toegepast kunnen worden. Wel wordt opgemerkt dat de Nederlandse rechter zich dient te oriënteren op internationaal recht en internationale jurisprudentie. Omdat die voorwaardelijk opzet niet categorisch uitsluiten, achtte de regering een nadere omschrijving van opzet niet op haar plaats.¹³¹⁾ Of dat verstandig was, valt te bezien. Bewustzijn omvat meer dan zekere wetenschap, maar de dader moet zich bewust zijn dat een omstandigheid aanwezig is of een gevolg zal intreden. De mogelijkheid daarvan is onvoldoende.

5.4. Strafuitsluitingsgronden

(a) *Art. 31(1)(a) Statuut ICC: ziekelijke stoornis of gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens*

Art. 31(1)(a) Statuut ICC¹³²⁾ luidt:

(1) In addition to other grounds for excluding criminal responsibility provided for in this Statute, a person shall not be criminally responsible if, at the time of that person’s conduct:

(a) The person suffers from a mental disease or defect that destroys that person’s capacity to appreciate the unlawfulness or nature of his or her conduct, or capacity to control his or her conduct to conform to the requirements of law;

[...].

Art. 39 Sr bepaalt dat niet strafbaar is wie een feit begaat dat hem wegens de gebrekkige

¹²⁶⁾ HR 17 december 1996, NJ 1997, 245.

¹²⁷⁾ Artt. 4 lid 1 sub a, k, lid 2 sub c, d, 5 lid 1 sub a, c, d, f, lid 2 sub b, 5 lid 4, lid 5 sub a, b, l-p, 6 lid 3 a-d, 8 lid 2 sub a WIM.

¹²⁸⁾ Art. 3 lid 1 WIM.

¹²⁹⁾ Artt. 4 lid 1 WIM.

¹³⁰⁾ Hieraan kan de omschrijving ‘in de wetenschap’ nog worden toegevoegd: artt. 5 lid 2 sub c onder 2°, 3°, lid 5 sub b. Voor zover het vereiste opzet niet met zoveel woorden omschreven is, moet het uit de omschrijving van de delictshandeling worden afgeleid.

¹³¹⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28337, nr. 3, p. 27-28 (MvT), onder verwijzing naar: Donald K. Piragoff, ‘Mental element’, in: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers’ Notes, Article by Article*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1999, p. 527-535.

¹³²⁾ E. van Sliedregt, *The Individual Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2003, p. 243-247.

ge ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens niet kan worden toegerekend. De bepaling bevat geen maatstaf ter beoordeling van strafrechtelijke aansprakelijkheid: het vermogen van de gemiddelde, ‘normale’ mens om zich van de strekking van zijn gedrag te vergewissen en dienovereenkomstig te handelen is maatgevend.

‘Toerekeningsvatbaarheid’ is echter geen permanente eigenschap, die ontbreekt in geval van gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis; steeds wordt een concreet feit toegerekend.

Strafbaarheid is uitgesloten als de dader ten tijde van het feit leed aan een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis die het feit veroorzaakte, en daarom zijn aansprakelijkheid uitsluit. Het begrip “ziekelijke stoornis” heeft geen klinische betekenis: het omvat alle pathologische condities waaraan een overigens gezonde mens kan lijden. Hevige gemoedsbewegingen – woede, angst, wanhoop – gelden niet als pathologisch. Van een gebrekkige ontwikkeling is sprake als de abnormale geestesgesteldheid van de dader het gevolg was van een organisch of psychologisch defect dat aangeboren of verworven is.

Art. 30(1)(a) Statuut ICC sluit strafbaarheid uit als de dader – als gevolg van een ziekte of gebrek – niet in staat was de wederrechtelijkheid of aard van zijn gedrag te beseffen, dan wel om zich overeenkomstig dat besef te gedragen. In deze bepaling worden de capaciteiten van de dader sterker benadrukt, hoewel niet zijn geestestoestand als zodanig toerekening uitsluit, maar de omstandigheid dat die toestand het misdrijf veroorzaakt heeft. De eis van een causaal verband kan echter worden afgeleid uit de bewoordingen van onderdeel (a), als in “conduct” een verwijzing naar het misdrijf in kwestie wordt gelezen. Maar dit lijkt een klinisch, feitelijk oordeel te impliceren, waar art. 39 Sr de rechter opdraagt te beoordelen in hoeverre een gebrek of stoornis aan toerekening in de weg staat. Daarom wordt wellicht geëist dat het vermogen van de dader om zich van zijn gedrag rekenschap te geven “destroyed” moet zijn: de rechter moet uiteindelijk beoordelen welke eisen het recht aan de ‘normale’ mens stelt.

(b) Art. 31(1)(b) Statuut ICC: beneveling

Art. 31(1)(b) Statuut ICC¹³³) luidt:

[...];

(b) The person is in a state of intoxication that destroys that person’s capacity to appreciate the unlawfulness or nature of his or her conduct, or capacity to control his or her conduct to conform to the requirements of law, unless the person has become voluntarily intoxicated under such circumstances that the person knew, or disregarded the risk, that, as a result of the intoxication, he or she was likely to engage in conduct constituting a crime within the jurisdiction of the Court;

[...].

Het Wetboek van Strafrecht voorziet niet in het geval de dader van een strafbaar feit in een roes verkeerde. Uit de wetsgeschiedenis van (thans) art. 39 Sr blijkt dat de wetgever dronkenschap van toepassing van dit artikel wenste uit te sluiten, maar een uitdrukkelijke bepaling van die strekking bleef achterwege. De kwestie werd aan de doctrine overgelaten, die straffeloosheid heeft uitgesloten in geval van vrijwillige dronkenschap. In de rechtspraak wordt de nadruk gelegd op de vraag of de dader vrijwillig in een roes verkeerde. De omstandigheid dat hij door vrijwillig gebruik van een middel in een roes raak

¹³³) E. van Sliedregt, *The Individual Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2003, p. 248-254.

te is echter niet beslissend: als de dader niet op dat effect bedacht hoefde te zijn, treft hem geen verwijt.¹³⁴⁾ Grond voor straffeloosheid is dan niet de toestand waarin de dader tentijde van het feit verkeerde, maar de onvoorzienbaarheid daarvan: hij heeft daaromtrent gedwaald.¹³⁵⁾

Art. 30(1)(a) Statuut ICC is aanzienlijk ruimhartiger. Iemands vermogen om de wederrechtelijkheid of aard van zijn gedrag te waarderen zal niet licht ontbreken, maar dat geldt niet voor zijn vermogen om zich dienovereenkomstig te gedragen: met de ontremming die het gebruik van bepaalde middelen typeert lijkt straffeloosheid gegeven te zijn. Het voorbehoud waarin de bepaling voorziet – toen hij beneveld raakte, kende de dader het aanmerkelijke risico dat hij een misdrijf zou begaan – doet daaraan nauwelijks af. Het subjectieve bestanddeel van het misdrijf moet aanwezig zijn voordat het begaan wordt, en het bewijs daarvan zal vaak moeilijk te leveren zijn. De bepaling lijkt te zijn geïnspireerd door gevallen waarin de daders zich plachten te bedrinken om zich over hun weezin heen te zetten.

(c) Art. 31(1)(c) Statuut ICC: noodweer

Art. 31(1)(c) Statuut ICC¹³⁶⁾ luidt:

[...];

(c) The person acts reasonably to defend himself or herself or another person or, in the case of war crimes, property which is essential for the survival of the person or another person or property which is essential for accomplishing a military mission, against an imminent and unlawful use of force in a manner proportionate to the degree of danger to the person or the other person or property protected. The fact that the person was involved in a defensive operation conducted by forces shall not in itself constitute a ground for excluding criminal responsibility under this subparagraph;

[...].

Art. 41 lid 1 Sr bepaalt dat niet strafbaar is wie een feit begaat geboden door de noodzakelijke verdediging van eigen of andermans lijf, eerbaarheid of goed tegen een ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding. Van aanranding is niet slechts sprake in het geval een van de genoemde rechtsgoederen daadwerkelijk gekrenkt wordt, maar ook als zodanig krenking onmiddellijk dreigt.¹³⁷⁾ De enkele vrees voor aanranding rechtvaardigt geen noodweer; of aanranding dreigt moet naar objectieve maatstaven worden beoordeeld.¹³⁸⁾ De eis van ogenblikkelijkheid impliceert een acute aanranding: noodweer is eerst toegelaten als een aanranding begonnen is of onmiddellijk dreigt te beginnen. Als de aanranding afgelopen is, moet de verdediging gestaakt worden.¹³⁹⁾ Een wederrechtelijke aanranding hoeft geen strafbaar feit te zijn, hoewel een strafbaar feit steeds wederrechtelijk is. Omdat noodweer rechtmatig is, mag de aanrander die niet verhinderen. Alleen als de noodweerder de grenzen van de noodzakelijke verdediging overschrijdt, handelt hij onrechtmatig.¹⁴⁰⁾ Noodweer is toegelaten tegen de aanranding van lijf, eerbaarheid en goed.

¹³⁴⁾ HR 28 juni 1983, *NJ* 1984, 53. ¹³⁵⁾ HR 16 november 1964, *NJ* 1965, 142.

¹³⁶⁾ E. van Sliedregt, *The Individual Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2003, p. 254-267.

¹³⁷⁾ HR 2 februari 1975, *NJ* 1965, 262; HR 30 maart 1976, *NJ* 1976, 322.

¹³⁸⁾ HR 8 februari 1932, *NJ* 1932, p. 617; HR 8 januari 1974, *NJ* 1974, 131; HR 24 juni 1975, *NJ* 1976 60.

¹³⁹⁾ HR 26 april 1977, *NJ* 1978, 201.

¹⁴⁰⁾ HR 27 mei 1986, *NJ* 1987, 655.

‘Eerbaarheid’ ziet op de seksuele eerbaarheid, niet op eergevoel of eigenwaarde. ‘Goed’ ziet op zaken in civielrechtelijke zin, d.w.z. stoffelijke objecten; subjectieve rechten vallen buiten het begrip. Het strafbare feit moet geboden zijn door de noodzakelijke verdediging van lijf, eerbaarheid of goed. Dat betekent in de eerste plaats dat geen minder ingrijpend middel voorhanden mag zijn om de aanranding te keren (subsidiariteit). In voorkomende gevallen wordt van de aangerande gevergd dat hij vlucht¹⁴¹), hoewel van sommigen verlangd wordt dat zij het gevaar juist opzoeken (‘Garantenstellung’)¹⁴²). Voorts moet het feit een redelijk middel zijn om de aanranding te keren (proportionaliteit).

Art. 41 lid 2 Sr verklaart de overschrijding van de grenzen van noodzakelijke verdediging straffeloos, indien zij het onmiddellijke gevolg is van een hevige gemoedsbeweging die door een aanranding als bedoeld in lid 1 is veroorzaakt. Niettegenstaande de bewoordingen van lid 2 (“niet strafbaar is [...] de overschrijding”), is het feit niet gerechtvaardigd: vanwege de hevige gemoedsbeweging die door de aanranding is veroorzaakt wordt de dader zijn wederrechtelijke handelen niet verweten.

Art. 31(1)(c) Statuut ICC verschilt in verschillende opzichten van art. 41 Sr. In de eerste plaats eist art. 41 Sr niet dat daadwerkelijk geweld wordt gebruikt: “aanranding” ziet op elke (dreigende) aantasting van de beschermde rechtsgoederen. Volgens het Statuut mag men zich weliswaar verdedigen tegen een aanranding die ‘imminent’ is, maar die moet bestaan in ‘use of force’. Voorts worden de beschermde rechtsgoederen in art. 31(1)(c) Statuut ICC zowel enger als ruimer omschreven. Enerzijds wordt eerbaarheid niet genoemd, hoewel deze kan worden begrepen onder de zinsnede “to defend himself or another person”, anderzijds voorziet het Statuut – zij het alleen met betrekking tot oorlogsmisdrijven – ook in de bescherming van goed dat essentieel is voor het slagen van een militaire missie. Naar Nederlands recht zal objectieve overmacht (‘noodtoestand’) in dergelijke gevallen uitkomst moeten bieden.

Ten slotte voorziet het Statuut niet in straffeloosheid van noodweerecces. Dit betekent echter niet dat noodweerecces – ook voor het ICC – nooit een rol kan spelen. In de eerste plaats laat art. 31(3) Statuut ICC de toepassing van strafuitsluitingsgronden naar nationaal recht toe. Vanwege het gevaar van rechtsongelijkheid dat hierin besloten ligt is echter waarschijnlijker dat het ICC noodweerecces bij de straftoemeting zal betrekken. Voorts kan een door de aanval veroorzaakte gemoedsbeweging zó hevig zijn, dat zij als ‘mental disease’ gekwalificeerd moet worden: een psychoot is niet in staat om zich overeenkomstig de eisen van het recht te gedragen.

(d) Art. 31(1)(d) Statuut ICC: overmacht

Art. 31(1)(d) Statuut ICC¹⁴³) luidt:

[...];

(d) The conduct which is alleged to constitute a crime within the jurisdiction of the Court has been caused by duress resulting from a threat of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm against that person or another person, and the person acts necessarily and reasonably to avoid this threat, provided that the person does not intend to

¹⁴¹) HR 15 januari 1957, *NJ* 1957, 187; HR 2 februari 1982, *NJ* 1982, 384; HR 26 februari 19854, *NJ* 1985, 651; HR 15 oktober 1985, *NJ* 1986, 75.

¹⁴²) HR 2 februari 1982, *NJ* 1982, 384; HR 1 maart 1983, *NJ* 1983, 468; HR 17 november 1987, *NJ* 1988, 809.

¹⁴³) E. van Sliedregt, *The Individual Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2003, p. 267-291.

cause a greater harm than the one sought to be avoided. Such a threat may either be:

- (i) Made by other persons; or
- (ii) Constituted by other circumstances beyond that person's control.

Art. 31(1)(d) Statuut ICC voorziet in straffeloosheid waar het gedrag van de dader veroorzaakt werd door dwang die voortkwam uit bedreiging van lijf of leven van de dader of een andere persoon, mits de dader dit gevaar redelijkerwijs moest keren en hij geen groter kwaad nastreefde dan hij trachtte te keren. Een dergelijke bedreiging kan door personen geuit worden, of voortkomen uit omstandigheden die de dader niet kan beheersen. Omdat het Statuut niet onderscheidt tussen rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden wordt toestand van nood niet met zoveel woorden genoemd.¹⁴⁴⁾ Dat verbaast niet, want niettegenstaande het woord "either" doet de oorsprong van het gevaar niet ter zake. In zoverre verschilt het Statuut niet van Nederlands recht. Volgens het Statuut levert daarentegen alleen bedreiging van lijf of leven 'duress' op, terwijl naar Nederlands recht elke onweerstaanbare drang strafbaarheid uitsluit. Deze beperking kan worden verklaard uit de in art. 30(1)(d) Statuut ICC gestelde eis dat het gedrag van de dader door dwang veroorzaakt werd: grond voor straffeloosheid is het effect dat dreigend gevaar op de psyche van de dader heeft, niet de keuze die hij maakt.

Art. 31(1)(d) Statuut ICC lijkt restrictiever dan art. 40 Sr in zoverre het actueel gevaar eist. Uit de woorden "continuing or imminent bodily harm" kan worden afgeleid dat van 'duress' geen sprake is in het geval de dader gedwongen wordt door (vrees voor) gevaar dat niet meer aanwezig is.¹⁴⁵⁾ Wat betreft de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit verschillen de bepalingen niet wezenlijk, aangezien ook het Statuut eist dat het feit noodzakelijk is, en in een redelijke verhouding tot het dreigende gevaar staat. De eis dat de dader redelijk gehandeld moet hebben laat toe dat met zijn persoonlijke capaciteiten rekening gehouden wordt.

(e) Art. 32(1) Statuut ICC: dwaling omtrent de feiten

Art. 32(1) Statuut ICC¹⁴⁶⁾ luidt:

(1) A mistake of fact shall be a ground for excluding criminal responsibility only if it negates the mental element required by the crime.

Naar Nederlands recht is voor bestrafing geen plaats als de dader geen verwijt treft: geen straf zonder schuld. Op dit beginsel berust een algemene, ongeschreven schulduitsluitingsgrond: afwezigheid van alle schuld.¹⁴⁷⁾ Schuld in de zin van verwijtbaarheid kan onder meer ontbreken als de dader – zoals in het arrest 'Melk en water' – dwaalt omtrent de feiten. Daartoe moet aan twee eisen voldaan zijn. In de eerste plaats moet de dader ten tijde van het feit gedwaald hebben; dat hij zich voordien vergiste, verontschuldigt hem niet.¹⁴⁸⁾ In de tweede plaats moet de dwaling verschoonbaar zijn, d.w.z. dat de dader niet

¹⁴⁴⁾ Hoewel art. 31(1)(c) Statuut ICC in gevallen van militaire noodzaak kan voorzien, ziet die bepaling op noodweer: de verdediging van eigendom tegen een onrechtmatige aanval. Noodtoestand daarentegen wordt niet op onrechtmatige wijze veroorzaakt.

¹⁴⁵⁾ Naar Nederlands recht impliceert de eis dat overmacht ten tijde van het feit aanwezig is niet dat de oorsprong van overmachtige drang dan (nog) moet bestaan: het komt aan op de indruk die dreigend gevaar maakt.

¹⁴⁶⁾ E. van Sliedregt, *The Individual Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2003, p. 301-316.

¹⁴⁷⁾ HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, p. 681.

¹⁴⁸⁾ HR 17 juli 1989, *NJ* 1990, 143.

beter moest weten. Laatstgenoemde eis van bijzonder belang in nieuwe, vreemde situaties: alvorens zich daarin te begeven moet men deskundig advies inwinnen.

Art. 32(1) Statuut ICC voorziet slechts in straffeloosheid voor het geval ‘error facti’ het subjectieve bestanddeel van het misdrijf uitsluit. In samenhang met art. 30 betekent deze bepaling dat strafbaarheid slechts is uitgesloten als de dader zich niet van een omstandigheid of gevolg bewust was. De omschrijving van het desbetreffende misdrijf bepaalt dus of de dader zich op dwaling kan beroepen. In dit opzicht verschilt Nederlands recht wezenlijk van het Statuut. Naar Nederlands recht worden de bestanddelen van een delict – de geschreven voorwaarden voor strafbaarheid – immers onderscheiden van de elementen wederrechtelijkheid en schuld. Strafuitsluitingsgronden tasten één van die voorwaarden aan, die al of niet in de delictsomschrijving uitgedrukt zijn. Of dat het geval is, is echter alleen van invloed op de wijze waarop de rechter op het verweer moet antwoorden: een bewijsverweer behoeft in de regel geen uitdrukkelijke weerlegging. Naar Nederlands recht bepaalt de delictsomschrijving niet of een beroep op een algemene strafuitsluitingsgrond kan worden gedaan.

(f) Art. 32(2) Statuut ICC: dwaling omtrent het recht

Art. 32(2) Statuut ICC¹⁴⁹⁾ luidt:

(2) A mistake of law as to whether a particular type of conduct is a crime within the jurisdiction of the Court shall not be a ground for excluding criminal responsibility. A mistake of law may, however, be a ground for excluding criminal responsibility if it negates the mental element required by such a crime, or as provided for in article 33.

‘Error iuris’ wordt minder gemakkelijk aanvaard dan ‘error facti’. Een ieder wordt immers geacht de wet te kennen. Schuld ontbreekt slechts als aan drie eisen is voldaan. In de eerste plaats moet de dader dwalen ten aanzien van de wederrechtelijkheid van zijn gedrag; dwaling omtrent de strafbaarheid van zijn gedrag verontschuldigt hem niet.¹⁵⁰⁾ Voorts moet de dader overtuigd zijn dat hij de toepasselijke normen kent.¹⁵¹⁾ De geringste twijfel daaromtrent is aanleiding om door de bevoegde autoriteiten te laten voorlichten. Ten slotte moet de dader handelen op advies van een persoon of instantie waaraan zodanig gezag toekomt, dat hij in redelijkheid op de deugdelijkheid van dat advies mag vertrouwen.¹⁵²⁾ Dat wil zeggen: tenzij hij reden heeft om de deugdelijkheid van het advies te betwijfelen, omdat hij beter weet of behoort te weten. In dat geval moet de dader het voorgenomen gedrag laten.¹⁵³⁾ In dit verband is de sociale functie van de dader van bijzonder belang: naarmate hij als zodanig aan strengere eisen moet voldoen, wordt zijn gedrag minder gemakkelijk verontschuldigd.¹⁵⁴⁾

Een voorbeeld van zo’n functie is commanderen van een legereenheid. Hoewel niet

¹⁴⁹⁾ E. van Sliedregt, *The Individual Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2003, p. 301-316.

¹⁵⁰⁾ HR 20 november 1973, *NJ* 1974, 52; HR 14 september 1981, *NJ* 1981, 642.

¹⁵¹⁾ HR 20 januari 1987, *NJ* 1987, 747.

¹⁵²⁾ HR 13 december 1960, *NJ* 1961, 416; HR 14 april 1987, *NJ* 1988, 60; HR 19 mei 1987, *NJ* 1988, 218; HR 9 oktober 1990, *NJ* 1991, 1991. Hierbij moet echter aangetekend worden dat juridisch advies algemeen en onpersoonlijk kan zijn: ook ondeugdelijke overheidsinformatie kan aan dwaling ten grondslag liggen; vgl. HR 23 mei 1995, *NJ* 1995, 631.

¹⁵³⁾ HR 13 november 1983, *NJ* 1985, 294; HR 8 oktober 1991, *NJ* 1992, 253; Hof Leeuwarden 19 augustus 1959, *NJ* 1960, 643.

¹⁵⁴⁾ HR 9 oktober 1990, *NJ* 1991, 131.

ondenkbaar is dat een commandant dwaalt omtrent het oorlogsrecht, is niet waarschijnlijk dat zijn verweer aanvaard wordt, ook niet als hij vertrouwde op het – onjuiste – advies van zijn juridisch adviseur. Een commandant wordt geacht het oorlogsrecht te kennen; zijn behoefte aan juridisch advies doet daaraan niet af. Bovendien is de juridisch adviseur van een commandant in de regel diens ondergeschikte. Een commandant moet dus kiezen tussen de duivel en Beëlzebub. Enerzijds wordt zijn oorlogsmisdrijf niet verontschuldigd als hij naliel juridisch advies te vragen, anderzijds verontschuldigt een ondeugdelijk advies niet als de commandant beter kon weten.

Art. 32(2) Statuut ICC bepaalt dat dwaling omtrent de vraag of gedrag een misdrijf in de zin van het Statuut oplevert strafbaarheid niet uitsluit. In zoverre verschilt Nederlands recht niet van het Statuut. Maar art. 32(1) Statuut ICC voorziet slechts in straffeloosheid voor het geval ‘error iuris’ het subjectieve bestanddeel van het misdrijf uitsluit, alsmede voor het in art. 33 bedoelde geval: dwaling inzake de rechtmatigheid van een bevel, terwijl naar Nederlands recht de delictomschrijving niet bepaalt in hoeverre een beroep op dwaling kan worden gedaan. Het Statuut eist echter niet dat de dader vertrouwde op een advies waarvan hij de deugdelijkheid niet behoefde te betwijfelen; het volstaat met de bepaling dat een bevel tot genocide of misdrijven tegen de menselijkheid evident onrechtmatig is.

(g) Art. 33 Statuut ICC: wettelijk voorschrift en ambtelijk bevel

Art. 33 Statuut ICC¹⁵⁵⁾ luidt:

1. The fact that a crime within the jurisdiction of the Court has been committed by a person pursuant to an order of a Government or of a superior, whether military or civilian, shall not relieve that person of criminal responsibility unless:

(a) The person was under a legal obligation to obey orders of the Government or the superior in question;

(b) The person did not know that the order was unlawful; and

(c) The order was not manifestly unlawful.

2. For the purposes of this article, orders to commit genocide or crimes against humanity are manifestly unlawful.

Wat de strafuitsluitingsgronden ‘wettelijk voorschrift’ en ‘ambtelijk bevel’ betreft bevat art. 11 WIM een bijzondere regeling, die afwijkt van het bepaalde in de artt. 42 en 43 Sr. Art. 11 lid 1 WIM bepaalt dat de strafbaarheid van een internationaal misdrijf niet wordt opgeheven door de omstandigheid dat het is begaan ter uitvoering van een voorschrift begaan door de wetgevende macht van een staat of ter uitvoering van een bevel van een meerdere. Lid 2 bepaalt dat de ondergeschikte die handelt ter uitvoering van het bevel van een meerdere niet strafbaar is, als hij het te goeder trouw als bevoegd gegeven beschouwde en nakoming ervan binnen de kring van zijn ondergeschiktheid was gelegen. Lid 3 ten slotte bepaalt dat een bevel tot het plegen van genocide of een misdrijf tegen de menselijkheid geacht wordt kennelijk onbevoegd gegeven te zijn.

Voorheen werd de toepasselijkheid van de artt. 42 en 43 Sr categorisch uitgesloten: een ambtelijk bevel of wettelijk voorschrift was nimmer grond voor straffeloosheid.¹⁵⁶⁾

¹⁵⁵⁾ E. van Sliedregt, *The Individual Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2003, p. 316-341.

¹⁵⁶⁾ Vgl. artt. 10 lid 1 WOS, 3 Uitvoeringswet genocideverdrag, en 3 Uitvoeringswet folteringverdrag.

Hieraan lag de overweging ten grondslag dat de artt. 42 en 43 Sr zijn geschreven voor toepassing in de Nederlandse, normaal functionerende rechtsorde.

Buitentoeassingverklaring van de artikelen sloot volgens de wetgever overigens niet elk beroep op een strafuitsluitingsgrond uit: in voorkomende gevallen zouden overmacht en afwezigheid van alle schuld in aanmerking komen.

Het buiten toepassing verklaren van de artt. 42 en 43 Sr heeft de nodige kritiek geoogst. De desbetreffende bepalingen konden de – onjuiste: zie hiervoor – indruk wekken dat nimmer met vrucht een beroep op een ambtelijk bevel gedaan kon worden en de wetgever zou zich onvoldoende rekenschap hebben gegeven van de omstandigheid dat de militair in een gewapend conflict moet kunnen vertrouwen op de deugdelijkheid van een bevel dat niet evident onrechtmatig is.

In deze kritiek heeft de regering – nu art. 33 Statuut ICC met zoveel woorden in strafeloosheid voorziet – aanleiding gezien tot heroverweging van de bestaande regelingen.¹⁵⁷⁾

Het Statuut beperkt het begrip ‘meerdere’ niet tot – militaire of civiele – overheidsdienaren. Zo gezien vormt art. 11 WIM het spiegelbeeld van art. 9: als de hoedanigheid van de meerdere niet ter zake doet voor zijn aansprakelijkheid, behoort dat evenmin zo te zijn wat de aansprakelijkheid van zijn ondergeschikte betreft. De regeling heeft echter de paradoxale consequentie dat het bevel van een niet-Nederlander ten aanzien van een internationaal misdrijf ten minste een schulduitsluitingsgrond oplevert, terwijl daarin ten aanzien van commune delicten niet is voorzien. De regering achtte dit niet onoverkomelijk, omdat een beroep op overmacht of afwezigheid van alle schuld niet uitgesloten is.¹⁵⁸⁾ Maar als ratio en geschiedenis van de artt. 42 en 43 Sr geen beletsel zijn om ten aanzien van internationale misdrijven in een schulduitsluitingsgrond te voorzien, zie ik niet waarom dit ten aanzien van commune delicten anders zou zijn.

Uit art. 11 WIM volgt dat een internationaal misdrijf niet gerechtvaardigd wordt door een bevel of voorschrift: lid 2 voorziet slechts in een schulduitsluitingsgrond voor het geval de ondergeschikte mocht menen tot nakoming van een onbevoegdlijk gegeven bevel gehouden te zijn. Daarvan zou wat genocide en misdrijven tegen de menselijkheid betreft geen sprake kunnen zijn: het bevel tot die misdrijven is evident onrechtmatig. In de Memorie van Toelichting wordt met betrekking tot deze “wettelijke fictie” opgemerkt dat genocide en misdrijven tegen de menselijkheid van zodanige aard en ernst zijn dat niet voorstelbaar is dat iemand die de delictsomschrijving vervult te goeder trouw kan menen dat hij een bevoegdlijk gegeven bevel uitvoert.¹⁵⁹⁾ Maar als dat onvoorstelbaar is, bestaat aan die fictie – die kennelijk niet zo fictief is – geen behoefte: de onrechtmatigheid van het bevel is boven elke twijfel verheven. Of dat het geval is, valt nog te bezien. Een beleid in het kader waarvan misdrijven tegen de menselijkheid begaan worden kan zich in de praktijk ontwikkelen; vaak zal het niet met zoveel woorden op papier gezet worden.¹⁶⁰⁾

6. Samenvatting en conclusies

Staten zijn primair verantwoordelijk voor de vervolging en bestraffing van internationale misdrijven. Het ICC is slechts bevoegd als zij zich daartoe onwillig of onmachtig heb

¹⁵⁷⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 31 (MvT).

¹⁵⁸⁾ *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 337, nr. 6, p. 35 (NV).

¹⁵⁹⁾ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 32 (MvT).

¹⁶⁰⁾ De notulen van de zgn. Wannsee-conferentie van 20 januari 1942 demonstrenen echter waartoe een genocidaal regime in staat is.

ben getoond. Hoewel ongewis is waartoe Staten-Partijen op grond van het complementariteitsbeginsel verplicht zijn, zijn de meeste staten – waaronder Nederland – overgegaan tot strafbaarstelling van de in het Statuut omschreven misdrijven en tot vestiging van universele rechtsmacht ter zake. Nederland is echter verder gegaan, door ook feiten strafbaar te stellen die niet in het Statuut genoemd worden. De grond daarvoor is niet het complementariteitsbeginsel, maar het streven om een einde te maken aan de straffeloosheid van internationale misdrijven.

In de WIM worden genocide, misdrijven tegen de menselijkheid, oorlogsmisdrijven en foltering strafbaar gesteld. Hoewel de definitie van genocide verbeterd is ten opzichte van de Uitvoeringswet genocideverdrag, heeft de wetgever de kans voorbij laten gaan om het genocidale oogmerk uit te breiden tot sociale en politieke groepen, waarvoor Nederland tijdens de onderhandelingen over het Genocideverdrag vergeefs gepleit had. Misdrijven tegen de menselijkheid zijn voor het eerst algemeen strafbaar gesteld. In de opsomming van de gronden voor vervolging die een misdrijf tegen de menselijkheid opleveren wordt – evenmin als in het Statuut – seksuele geaardheid genoemd, maar dat hoefde voor de Nederlandse wetgever geen beletsel te zijn. Ten aanzien van oorlogsmisdrijven wordt – anders dan in de Wet oorlogsstrafrecht – onderscheiden tussen oorlogsmisdrijven begaan in een internationaal gewapend conflict, misdrijven begaan in een niet-internationaal gewapend conflict en oorlogsmisdrijven ‘zonder meer’. Aan dit onderscheid ligt echter de onjuiste opvatting ten grondslag dat de op niet-internationale gewapende conflicten toepasselijke normen niet vast zouden staan: het Statuut onderscheidt omdat vooralsnog geen overeenstemming bestaat omtrent de rechtsmacht ter zake van schendingen van die normen. Het delict sui generis ‘foltering’ wordt – zij het op weinig gelukkige wijze – onderscheiden van ‘marteling’, dat een misdrijf tegen de menselijkheid of oorlogsmisdrijf kan opleveren.

Voor beantwoording van de vraag onder welke voorwaarden ten aanzien van internationale misdrijven rechtsmacht gevestigd moet worden, biedt het Statuut – dat immers de rechtsmacht van het ICC betreft – geen houvast, terwijl de toepasselijke verdragen geen uniforme regeling bevatten. De WIM voorziet niet in universele rechtsmacht: buiten de gevallen dat een internationaal misdrijf is begaan door of tegen een Nederlander, vindt zij slechts toepassing als de schuldige aan een internationaal misdrijf zich in Nederland bevindt. In dat geval is Nederland echter niet noodzakelijkerwijs de meest gerede partij om de vervolging ter hand te nemen. Voorts is problematisch dat rechtsmacht eerst ontstaat door aanhouding van de verdachte, want dat sluit uit dat voordien daden van vervolging verricht worden. Ook voor opsporing lijkt slechts geringe ruimte te bestaan: actieve opsporing – waartoe Nederland verdragrechtelijk verplicht is – lijkt uitgesloten te zijn.

Of immuniteit naar nationaal recht vervolging uitsluit, moet worden beoordeeld naar de regels van het volkenrecht. Daarnaast verwijst ook art. 16 WIM, waarin Nederland gevolg gegeven heeft aan de uitspraak van het IGH in de zaak-Yerodia. Terecht wordt immuniteit toegekend aan staatshoofden en regeringsleiders: doordat voorkomen wordt dat functionarissen op onzuivere gronden vervolgd worden, worden de internationale betrekkingen niet onnodig belemmerd. De bepaling doet echter onvoldoende uitkomen dat een voormalige functionaris vervolgd kan worden ter zake van feiten die hij begaan heeft ‘in a private capacity’.

In de regel verjaren internationale misdrijven niet. Op die regel bestaan echter twee uitzonderingen: oorlogsmisdrijven ‘zonder meer’ en de aansprakelijkheid van meerderen ter zake. In zoverre wordt de bestaande situatie bestendigd. Onverjaarbaarheid van foltering is echter niet zonder bedenkingen, want dat delict behoort niet zonder meer tot de ernstig-

ste misdrijven. De overgangsregeling ter zake kan tot gevolg hebben dat het recht tot strafvervolgning herleeft ten aanzien van feiten die reeds verjaard zijn.

Omdat het Statuut ook algemene beginselen van strafrecht bevat, rijst de vraag of het complementariteitsbeginsel vergt dat – voor zover het algemeen deel van het Nederlandse strafrecht niet met het Statuut spoort – afwijkende voorzieningen worden getroffen. Deze vraag is achtereenvolgens beantwoord met betrekking tot ‘ne bis in idem’, individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid, de subjectieve zijde van het delict en strafuitsluitingsgronden.

Het Statuut voorziet slechts in individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid; de aansprakelijkheid van leidinggevendenden berust op hun betrokkenheid bij de misdrijven van anderen, niet op hun functie in de organisatie in de context waarvan die misdrijven begaan werden. Art. 25 Statuut ICC onderscheidt verschillende vormen van betrokkenheid, die met de functionele equivalenten daarvan naar Nederlands recht vergeleken zijn. In dat verband is gewezen op twee Nederlandse eigenaardigheden: functioneel ouderschap en samengestelde deelneming. Bijzondere aandacht is besteed aan twee bijzondere bepalingen in de WIM. In de eerste plaats bepaalt art. 8 WIM dat in het geval een in dienst van de overheid werkzame persoon een ander tot foltering uitlokt of deze opzettelijk toelaat, beiden strafbaar zijn. Deze bepaling kan worden verklaard uit de omstandigheid dat foltering – anders dan marteling – een kwaliteitsdelict is. In de tweede plaats stelt art. 3 lid 2 WIM opruiing tot genocide zelfstandig strafbaar: zij wordt gestraft gelijk de poging.

Met poging en voorbereiding is het in de WIM echter misgegaan. In tegenstelling tot het Statuut – waarin sanctienormen ontbreken – voorziet Nederlands recht in lagere strafmaxima voor poging en voorbereiding. De betreffende bepalingen berusten echter op de premisse dat tijdelijke gevangenisstraf alternatief voor levenslange gevangenisstraf is. Dat heeft de wetgever over het hoofd gezien toen hij internationale misdrijven – met uitzondering van foltering – met tijdelijke gevangenisstraf van dertig jaar bedreigde.

In navolging van art. 28 Statuut ICC voorziet art. 9 WIM in de strafrechtelijke aansprakelijkheid van meerderen ter zake van feiten die door hun ondergeschikten worden of zijn begaan. Zowel militairen als burgers kunnen als meerdere in de zin van deze bepaling beschouwd worden. Hun aansprakelijkheid is niet beperkt tot het geval zij opzettelijk toelaten dat een misdrijf begaan wordt of opzettelijk nalaten maatregelen te nemen, maar strekt zich ook uit tot het geval zij zulks door schuld verzuimen. Dat betekent een aanzienlijke verruiming van de aansprakelijkheid van meerderen.

Wat de subjectieve zijde van het delict betreft moet de vraag worden beantwoord hoe opzet zich verhoudt tot de in het Statuut gebezigde begrippen ‘knowledge’ en ‘intent’. Voor voorwaardelijk opzet hoeft immers geen positieve wetenschap bewezen te worden. Hoewel voorwaardelijk opzet ruimer is dan ‘intent’, meende de wetgever dat de subjectieve bestanddelen van in de WIM omschreven misdrijven op de gebruikelijke wijze toegepast kunnen worden: internationaal recht zou voorwaardelijk opzet niet categorisch uitsluiten. Of dat verstandig was, valt te betwijfelen.

Anders dan de statuten van de ad hoc-tribunalen bevat het Statuut van het ICC ook een regeling van strafuitsluitingsgronden: het noemt ziekelijke stoornis of gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens, beneveling, noodweer, overmacht, dwaling omtrent feiten of recht, wettelijk voorschrift en ambtelijk bevel. Naar Nederlands recht is beneveling als zodanig geen strafuitsluitingsgrond: verontschuldigbare onbekendheid met de effecten van een middel levert afwezigheid van alle schuld op. Het Statuut lijkt aanzienlijk ruimhartiger te zijn: straffeloosheid is slechts uitgesloten als de dader het aanmerkelijke risico kende dat hij een misdrijf zou begaan. Dat zal in de praktijk vaak moeilijk te bewijzen zijn.

Bij de regeling van noodweer in het Statuut valt op dat onder de beschermde rechtsgoederen ook – met betrekking tot oorlogsmisdrijven – goed dat essentieel is voor het slagen van een militaire missie genoemd wordt. Naar Nederlands recht zal art. 40 Sr uitkomst moeten bieden. Belangrijker is echter dat het Statuut niet voorziet in noodweereces. Dat is voor de Nederlandse rechter echter geen beletsel, evenmin als voor het ICC: in voorkomende gevallen kan hij zich behelpen met art. 31(3) Statuut ICC – dat in toepassing van strafuitsluitingsgronden naar nationaal recht voorziet – of door de gemoedsbeweging van de dader als ‘mental disease’ te kwalificeren. Volgens het Statuut levert alleen bedreiging van lijf of leven ‘duress’ op, terwijl naar Nederlands recht elke onweerstaanbare drang strafbaarheid uitsluit. Dat verschil kan worden verklaard uit de eis dat het gedrag van dader door ‘duress’ veroorzaakt werd: grond voor straffeloosheid is het effect dat dreigend gevaar op de psyche van de dader heeft. In ‘necessity’ is niet voorzien: de dader is niet straffeloos vanwege de keuze die hij maakte. Dwaling is volgens het Statuut slechts grond voor straffeloosheid als zij het subjectieve bestanddeel van het misdrijf uitsluit. Ook voor de in de WIM omschreven misdrijven zal echter moeten gelden dat de delictsomschrijving niet bepaalt of een beroep op deze strafuitsluitingsgronden kan worden gedaan: zij raakt slechts de rechterlijke responsieplicht. Wat de strafuitsluitingsgronden ‘wettelijk voorschrift’ en ‘ambtelijk bevel’ betreft bevat art. 11 WIM een bijzondere regeling. Die regeling heeft echter het paradoxale gevolg dat het bevel van een niet-Nederlander ten aanzien van een internationaal misdrijf ten minste een strafuitsluitingsgrond oplevert, terwijl daarin ten aanzien van commune delicten niet is voorzien. De argumenten om niet in deze ongerijmdheid te voorzien overtuigen niet. Dat geldt eveneens voor de fictie dat het bevel tot genocide of misdrijven tegen de menselijkheid onbevoegd gegeven is: als onvoorstelbaar is dat een ondergeschikte het voor bevoegdelijk gegeven houdt, bestaat er geen behoefte aan en twijfelachtig is of dat wel zo onvoorstelbaar is.

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep
 Uitspraak van 13 maart 2003
 00/4049 MPW

Voorzitter: Mr. W.D.M. van Diepenbeek; *leden:* Mr. G.L.M.J. Stevens en Mr. G.J.H. Doornewaard.

Alleen bij nieuwe feiten is herziening van pensioenbeschikking mogelijk

Appellant, luitenant-kolonel der mariniers b.d. is op 14 december 1978 tijdens een oefening in Noorwegen een zeer ernstig skiongeval overkomen. Na een spoedoperatie in Noorwegen en langdurige medische behandeling na terugkeer in Nederland heeft de militair na een half jaar zijn werkzaamheden hervat. Tijdens de vervulling van zijn functie openbaarden zich echter zodanige klachten dat door de Koninklijke Marine werd besloten een afkeuringsprocedure in gang te zetten. Dit leidde tot een eervol ontslag wegens gebreken met ingang van 1 september 1985. Aan de militair werd bij beschikking van 15 november 1985 een invaliditeitspensioen toegekend naar een mate van invaliditeit van 50%. De mate van arbeidsongeschiktheid bedroeg 80% of meer.

Na vier jaar is dit pensioen verlengd. De militair vecht op dat moment het vastgestelde percentage invaliditeit van 50 aan. De Centrale Raad bevestigt in 1994 in hoger beroep dit percentage.

Bij brief van 23 augustus 1996 wendt de beroepsmilitair zich opnieuw tot de staatssecretaris met verzoek om herziening van de eerste beschikking uit 1985. Met ingang van 23 augustus 1995 wordt hem een verhoging van zijn pensioen toegekend naar een mate van invaliditeit van 100% en een bijzondere invaliditeitsverhoging van 40%.

De militair maakt vervolgens bezwaar tegen de ingangsdatum van beide verhogingen. Na inschakeling van zijn medisch adviseur besluit de staatssecretaris de ingangsdatum van het toegekende militair invaliditeitspensioen (100 + 40%) te bepalen op 1 september 1989.

In beroep en hoger beroep stelt de gewezen beroepsmilitair zich op het standpunt dat voor de ingangsdatum van het pensioen nog verder terug moet worden gegaan, namelijk tot de datum van ontslag uit de militaire dienst, dus 1 september 1985.

De rechtbank verklaart het ingestelde beroep ongegrond. Bij de gepubliceerde uitspraak bevestigt de Centrale Raad van Beroep deze uitspraak. Er zijn geen zodanig nieuwe feiten aan te wijzen dat herziening van de eerder genomen beslissing mogelijk is, aldus de Raad.

(Algemene militaire pensioenwet, artikel W4, eerste lid)

UITSpraak

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

I. Ontstaan en loop van het geding

Op bij beroepschrift, met bijlagen, uiteengezette gronden heeft appellant bij de Raad hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 5 juni 2000, nummer 98/3491 MPWKMA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Appellant heeft de gronden van zijn hoger beroep, onder inzending van stukken, bij meerdere geschriften toegelicht en nader doen toelichten.

Ook zijdens gedaagde is een nadere memorie ingezonden.

Het geding is, gevoegd met het geding tussen appellant en gedaagde onder nummer 99/6157 MPW, behandeld ter zitting van de Raad op 30 januari 2003. Aldaar is appellant in persoon verschenen, met bijstand van zijn zoon [C] als zijn gemachtigde, terwijl gedaagde zich heeft doen vertegenwoordigen door mr. M.B. de Witte-van den Haak, advocaat te Den Haag.

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 de aangevallen uitspraak, met het volgende.

Aan appellant, toen luitenant-kolonel der mariniers, is ingaande 1 september 1985 eervol ontslag verleend wegens ongeschiktheid voor het vervullen van de militaire dienst, op grond van gebreken tengevolge van een hem in december 1978 bij oefeningen in Noorwegen overkomen, zeer ernstig dienstongeval. Met ingang van die datum is hem - overeenkomstig de resultaten van een daartoe ingesteld militair geneeskundig onderzoek - bij besluit van 15 november 1985 voor de duur van 4 jaren een militair invaliditeitspensioen toegekend, berekend naar een mate van invaliditeit met dienstverband van 50%; daarbij zijn somatische restverschijnselen van het ongeval en een sterke psychogene reactie in aanmerking genomen. Overeenkomstig de resultaten van medische herbeoordeling bij militair geneeskundig onderzoek heeft gedaagde bij besluit van 13 september 1990 de mate van invaliditeit met dienstverband van appellant op en na 1 september 1989 vastgesteld op blijvend 50%, welke vaststelling de Raad - in hoger beroep oordelend - bij zijn uitspraak van 20 december 1994, nr. AMP 1994/10, heeft onderschreven.

Naar aanleiding van een verzoek van appellant van 23 augustus 1996, om onder herziening van het eerdere besluit van 15 november 1985 de mate van zijn invaliditeit met dienstverband op een hoger percentage vast te stellen, heeft gedaagde - in overeenstemming met de resultaten van een nader ingesteld militair geneeskundig onderzoek - bij besluit van 6 december 1996 geoordeeld dat de mate van invaliditeit met dienstverband van appellant ingaande 23 augustus 1995 geacht moet worden 100% te bedragen, en het appellant per die datum toekomend invaliditeitspensioen dienovereenkomstig, bovendien onder toekenning van de bijzondere invaliditeitsverhoging van 40%, aangepast. Na gemaakt bezwaar, de ingangsdatum van het hogere pensioen betreffend, heeft gedaagde, overeenkomstig het daartoe strekkende advies van zijn medisch adviseur L.G. Koenen, bij besluit van 18 maart 1998 alsnog aanvaard dat de mate van invaliditeit met dienstverband van appellant ook reeds op 1 september 1989 100% bedroeg.

In beroep tegen dit laatste besluit heeft appellant zich op het standpunt gesteld dat ten onrechte niet alsnog is aanvaard dat ook reeds ten tijde van zijn ontslag uit de militaire dienst zijn invaliditeit met dienstverband 100% bedroeg.

Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het ingestelde beroep ongegrond verklaard, onder overweging - kort samengevat - dat het in dezen gaat om een verzoek om terug te komen van het rechtens onaantastbaar geworden besluit van 15 november 1985 en

dat door appellant geen nieuwe feiten en omstandigheden zijn aangevoerd die op dit besluit een zodanig ander licht werpen dat gedaagde in redelijkheid niet kon besluiten om dit verzoek af te wijzen.

In hoger beroep heeft appellant zijn stelling gehandhaafd dat bij het ten tijde van zijn ontslag uit de dienst ingestelde militair geneeskundig onderzoek de gevolgen van het hem overkomen dienstongeval grovelijk zijn onderschat. Appellant acht zich hierbij in het bijzonder gesteund door nader ter beschikking gekomen gegevens over zijn destijdse medische behandeling in Nederland, waaronder met name een (verwijzings)brief van 2 april 1979 van de hem toen behandelend chirurg in het Marine Hospitaal Overveen. Voorts heeft appellant gewezen op een nader ter beschikking gekomen "second opinion", die door de verzekeringsgeneeskundige J.T.G.H. Jaeqx is opgesteld ten tijde van de behandeling van zijn bezwaar tegen het besluit van 6 december 1996.

De Raad overweegt als volgt.

Ook in hoger beroep staat ter beantwoording de vraag of gedaagde bij het bestreden besluit, onder herziening van het eerdere besluit van 15 november 1985, alsnog aan appellant ingaande 1 september 1985 een militair invaliditeitspensioen had behoren toe te kennen naar een invaliditeit met dienstverband van 100%.

Evenals de rechtbank bij de aangevallen uitspraak beantwoordt de Raad die vraag ontkennend. De Raad kan de ter zake door de rechtbank gehanteerde overwegingen naar hun strekking onderschrijven.

Het inleidend verzoek van appellant van 23 augustus 1996 is aan te merken als een verzoek om herziening als bedoeld in artikel W4, eerste lid, van de Wet.

Naar vaste rechtspraak van de Raad (recentelijk: uitspraak van 19 december 2002, nr. 00/452 MPW) kan tot zodanige herziening eerst gehoudenheid bestaan indien nader ter beschikking gekomen medische gegevens onmiskenbaar aan het licht brengen dat de medische gegevens waarop de destijds genomen beslissing stoelde als dermate onjuist en/of onvolledig moeten worden beschouwd dat deze in redelijkheid niet meer als grondslag voor de toentertijd genomen beslissing kunnen worden aanvaard.

Tot een zodanige conclusie is de Raad hier niet kunnen komen.

Uit de voormelde nadere medische informatie betreffende de medische behandeling van appellant komen geen gegevens naar voren die een wezenlijk ander licht werpen op aspecten die voor de waardering van de invaliditeit - waarbij, naar luid van hier van toepassing zijnde WPC-schaal, het vermogen tot het volbrengen van de normale levensfuncties van de invalide wordt vergeleken met die van een niet-invalide - van belang zijn. Daarbij wordt mede in aanmerking genomen dat bij het toentertijd ingestelde militair geneeskundig onderzoek de appellant behandelend artsen zijn geraadpleegd.

De door appellant betrokken stelling dat de hem toen behandelend chirurg fouten heeft gemaakt - welke stelling inmiddels heeft geleid tot het indienen bij gedaagde van een vordering tot schadevergoeding - ziet niet op een aspect dat voor de waardering van de bestaande invaliditeit een rol kan spelen.

De "second opinion" van de arts Jaeqx bevat een retrospectieve herbeoordeling van de mate van invaliditeit van appellant op 1 september 1985 op basis van de bestaande medische gegevens. Van een gehoudenheid in vorengenoemde zin van gedaagde om tot herziening van het besluit van 15 november 1985 over te gaan kan op basis hiervan dan ook geen sprake zijn.

Weliswaar bevat het advies van de medisch adviseur Koenen evenmin nieuwe feiten en omstandigheden, maar dit betekent nog niet dat gedaagde, nu hij om hem moverende redenen toch aanleiding heeft gezien alsnog per 1 september 1989 uit te gaan van 100% inva-

liditeit met dienstverband, ook gehouden zou zijn om die mate van invaliditeit te aanvaarden voor de datum 1 september 1985.

Onder de hiervoor gegeven omstandigheden kan evenmin worden staande gehouden dat gedaagde niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot weigering gebruik te maken van de hem niet te ontzeggen bevoegdheid ook buiten de gehoudenheid op grond van artikel W4, eerste lid, van de Wet om ten gunste van appellant terug te komen van een in rechte onaantastbaar geworden pensioenbeschikking.

Al hetgeen appellant in hoger beroep verder heeft doen aanvoeren heeft de Raad niet tot een ander oordeel kunnen brengen.

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

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

Beslist wordt derhalve als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. Voorgeschiedenis

In de onderhavige zaak gaat het om de vraag of teruggekomen kan worden op een rechte onaantastbaar geworden pensioenbeschikking van 15 november 1985.

Aan een beroepsmilitair der mariniers (destijds nog majoor) is in 1978 een zeer ernstig skiongeval overkomen. Tijdens een skitraining in Noorwegen werd hij doorboord door de skistok van een voor hem skiënde collega-militair. Na verscheidene operaties in Noorwegen en Nederland en na een revalidatietraject heeft de militair in eerste instantie na een half jaar zijn werk hervat. Hij heeft nadien nog diverse functies bekleed, is bevorderd maar uiteindelijk is in 1984 toch besloten tot afkeuring over te gaan. Op grond van een gehouden geneeskundig onderzoek werd hij met ingang van 1 september 1985 wegens ziekte en gebreken eervol uit de militaire dienst ontslagen. Bij beschikking van 15 november 1985 is aan de toenmalige luitenant-kolonel der mariniers een pensioen toegekend, berekend naar een mate van arbeidsongeschiktheid van 80-100% en een invaliditeit met dienstverband van 50%. Aangezien het invaliditeitspercentage lager was dan het percentage arbeidsongeschiktheid, kwam het invaliditeitspensioen niet tot uitbetaling. Het arbeidsongeschiktheidspensioen bedroeg 70% van de laatstgenoten bezoldiging en werd voor 4 jaar toegekend. De militair berustte in deze beschikking.

Na het verstrijken van die vier jaar was herbeoordeling noodzakelijk. De geneeskundige commissie kwam tot hetzelfde oordeel: 80-100% arbeidsongeschikt voor de toekomst en 50% invaliditeit. Betrokkene tekent hiertegen beroep aan. In eerste aanleg verklaart de rechtbank het beroep gegrond en komt tot een invaliditeitspercentage van 90. In het hoger beroep van 20 december 1994 vernietigt de Centrale Raad deze uitspraak en bevestigt de door de staatssecretaris terzake genomen beslissing. Het percentage invaliditeit blijft gehandhaafd op 50.

2. Uitspraak Centrale Raad nader beschouwd

In 1996 vraagt betrokken militair om heropening van zijn dossier. Bij brief van 23

augustus 1996 verzoekt hij om herziening van de eerste pensioenbeschikking van 15 november 1985.

Het nieuw ingestelde geneeskundig onderzoek leidt tot een mate van invaliditeit van 100%. Bij beschikking van 6 december 1996 wordt aan de militair met ingang van 23 augustus 1995 een invaliditeitspensioen van 100% toegekend. Op grond van de geldende wetgeving wordt hieraan een bijzondere invaliditeitsverhoging van 40% toegevoegd. Als datum van ingang van dit verhoogde pensioen wordt door de staatssecretaris in eerste instantie 23 augustus 1995 aangehouden, zijnde één jaar voorafgaande aan de datum waarop het rekest is ontvangen. Bij bezwaarschrift van 30 december 1996 maakt de militair bezwaar tegen de ingangsdatum van de toegekende verhogingen. Na inschakeling van zijn medisch adviseur verklaart de staatssecretaris in tweede instantie het bezwaar gegrond en besluit alsnog het verhoogde pensioen eerder te laten ingaan, namelijk op 1 september 1989, zijnde de ingangsdatum die tijdens een eerder militair geneeskundig onderzoek in 1990 is genoemd.

Tegen deze datum stelt de militair opnieuw beroep in bij de rechtbank. Hij is van mening dat voor de ingangsdatum moet worden uitgegaan van de datum van zijn ontslag uit de militaire dienst, dus 1 september 1985. Hij meent recht te hebben op een maximaal militair invaliditeitspensioen, uitgaande van de ernst van zijn dienstverbandaandoeningen als gevolg van het hem overkomen skiongeval.

De rechtbank staat in het beroep voor de vraag of het bestreden besluit in rechte stand kan houden. Er dient te worden beoordeeld of er sprake is van een situatie waarin de staatssecretaris in redelijkheid had moeten overgaan tot een verder terugleggen van de ingangsdatum van het toegekende invaliditeitspensioen. De rechtbank overweegt in haar uitspraak van 5 juni 2000 dat betrokkene in feite verzoekt om terug te komen op de allereerste toekenningsbeslissing van 15 november 1985, welke rechtens onaantastbaar is geworden. De rechtbank verklaart het ingestelde beroep ongegrond met verwijzing naar de vaste jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep. Een dergelijk door een militair gedaan verzoek kan alleen dan gehonoreerd worden als nieuwe feiten worden aangevoerd die ten tijde van de voorbereiding van het eerdere besluit niet bekend waren, dan wel indien de evidente onjuistheid van het eerdere besluit wordt aangetoond.

Ook in hoger beroep staat opnieuw ter beantwoording de vraag naar de datum van ingang. Het verzoek van de militair is aldus de Centrale Raad aan te merken als een verzoek om herziening als bedoeld in artikel W4, eerste lid van de Algemene militaire pensioenwet. De Raad is van oordeel dat de vaste rechtspraak van de Raad een dergelijke herziening in de weg staat. Daarnaast is de Raad van oordeel dat de staatssecretaris niet kan worden tegengeworpen dat deze geen gebruik heeft gemaakt van de hem buiten artikel W4 toekomstige algemene herzieningsbevoegdheid. De Raad bevestigt dan ook de aangevalen uitspraak.

Gekeken naar het resultaat van de uitkomst van deze langslpende pensioen-zaak moet gezegd worden dat de staatssecretaris ten behoeve van deze gewezen militair tot het uiterste is gegaan. Met doorbreking van het stelsel van de Algemene militaire pensioenwet, dat voorziet in terugwerkende kracht van één jaar, heeft hij de ingangsdatum van het invaliditeitspensioen van 100 + 40% in 1997 gesteld op 1989.

Het vaste toekenningsbeginsel van één jaar op grond van de Algemene militaire pensioenwet geldt reeds sinds 1966 op grond van de verschillende artikelen van hoofdstuk U zowel bij een eerste verzoek alsook bij verzoeken om herziening, zoals in dit geval (zie CRvB 28 februari 1980, MRT 1981, p. 247 alsook CRvB 16 december 1999, MRT 2000,

p. 304, m.nt. W.J.S.). Dit imperatieve voorschrift is nadien gehandhaafd in de sinds juni 2001 geldende nieuwe Defensieregelgeving (zie onder meer artikel 15 van het Besluit aanvullende arbeidsongeschiktheids- en invaliditeitsvoorzieningen militairen, Besluit van 6 februari 2001, Stb. 2001, 140).

Door zowel de vaste jurisprudentie van de Centrale Raad alsook het eerder oordeel van de Raad in deze zaak uit 1994 te passeren heeft de staatssecretaris ruim invulling gegeven aan de bepalingen van de Algemene militaire pensioenwet.

W.J.S.

Centrale Raad van Beroep

21 augustus 2003

03/2635 MAW

Enkelvoudige kamer: Mr. J.H. Kreveld

Een dag te laat

In een marinezaak stelde eiser (in eerste aanleg) hoger beroep in tegen een door de (militaire kamer van de) rechtbank 's-Gravenhage op 10 april gegeven uitspraak. De uitspraak was hem op 16 april 2003 in afschrift toegezonden. Dit betekende dat de beroepstermijn aanvang op woensdag 17 april 2003 en liep tot en met woensdag 28 mei d.a.v. Het beroepschrift werd op 29 mei 2003 per telefax en op 2 juni 2003 per post ter griffie van de Centrale Raad van Beroep ontvangen. Blijkens het poststempel op de enveloppe was het beroepschrift op 30 mei 2003 ter post bezorgd. Desgevraagd deelde de gemachtigde van appellant de Raad mede dat donderdag 29 mei 2003 (hemelvaartsdag) een algemeen erkende feestdag was in de zin van de Algemene termijnenwet, hetgeen zijns inziens inhield dat 30 mei (en niet 28 mei) de laatste dag van de beroepstermijn was. De Raad oordeelde echter anders en verklaarde het hoger beroep niet-ontvankelijk.

(Art. 6:8, 6:9, 6:24 Awb)

UITSpraak

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

I. Inleiding

Mr. J.C.C.M. Brand heeft als gemachtigde van appellant hoger beroep ingesteld tegen een door de rechtbank 's-Gravenhage op 10 april 2003, onder nummer AWB 02/3412 MAWKMA, tussen partijen gegeven uitspraak.

Deze uitspraak is op 16 april 2003 in afschrift aan partijen toegezonden.

Het beroepschrift, gedagtekend 28 mei 2003, is op 29 mei 2003 per telefax ter griffie ontvangen. Het beroepschrift is eveneens op 2 juni 2003 per post ter griffie ontvangen. Het is blijkens de poststempel op de enveloppe op 30 mei 2003 ter post bezorgd.

II. Motivering

Volgens artikel 6:24 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in samenhang met de

artikelen 6:7, 6:8, 6:9 en 6:11 van die wet geldt het volgende.

De termijn voor het indienen van een beroepschrift bedraagt zes weken. Deze termijn gaat in op de dag na die waarop de aangevallen uitspraak door middel van de toezending van een afschrift aan partijen is bekendgemaakt.

Een beroepschrift is tijdig ingediend indien het voor het einde van de termijn is ontvangen. Bij verzending per post is een beroepschrift tijdig ingediend indien het voor het einde van de termijn ter post is bezorgd, mits het niet later dan een week na afloop van de termijn is ontvangen.

Op grond van de in rubriek I vermelde gegevens moet worden geoordeeld dat het beroepschrift niet tijdig is ingediend.

Ten aanzien van een na afloop van de beroepstermijn ingediend beroepschrift blijft niet-ontvankelijkverklaring op grond daarvan achterwege indien redelijkerwijs niet kan worden geoordeeld dat de indiener in verzuim is geweest.

Bij schrijven van 13 juni 2003 is aan de gemachtigde van appelland gevraagd naar de reden van de termijnoverschrijding.

De gemachtigde van appelland heeft daarop bij brief van 16 juni 2003 geantwoord dat, gelet op de aanvangsdatum van de beroepstermijn en het gegeven dat 29 mei 2003 een algemeen erkende feestdag is als bedoeld in de Algemene Termijnenwet, 30 mei 2003 de laatste dag van de beroepstermijn was, zodat het hoger beroep tijdig is ingesteld nu het beroepschrift op 29 mei 2003 ter griffie is ontvangen. Hij voegt eraan toe dat het hoger beroep ook tijdig is ingesteld op grond van artikel 6:9, tweede lid, van de Awb.

De Raad overweegt dat de aangevallen uitspraak op 16 april 2003 in afschrift aan partijen is verzonden; mitsdien ving de beroepstermijn aan op donderdag 17 april 2003 en liep tot en met woensdag 28 mei 2003. Anders dan gemachtigde van appelland meent, is donderdag 29 mei 2003 de eerste dag na afloop van de beroepstermijn. Het beroepschrift is op 29 mei 2003 per fax aan de Raad verzonden.

De Raad merkt hierbij op dat indien het beroepschrift op 28 mei 2003, derhalve tijdig, ter post zou zijn bezorgd en niet later dan 4 juni 2003 ter griffie van de Raad zou zijn ontvangen, het hoger beroep op grond van artikel 6:9, tweede lid, van de Awb tijdig zou zijn ingesteld. Blijkens de poststempel op de enveloppe is het beroepschrift echter op 30 mei 2003, derhalve niet tijdig ter post bezorgd.

De Raad overweegt voorts dat hetgeen de gemachtigde van appelland ter zake heeft aangevoerd, geen grond bevat waarop redelijkerwijs kan worden geoordeeld dat appelland niet in verzuim is geweest.

Uit het vorenstaande volgt dat het beroepschrift na afloop van de beroepstermijn bij de Raad is ingediend.

Het hoger beroep is derhalve kennelijk niet-ontvankelijk, zodat zonder verder onderzoek wordt beslist zoals hierna in rubriek III is aangegeven.

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

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Verklaart het hoger beroep niet-ontvankelijk.

NASCHRIFT

1. De termijn voor het indienen van een bezwaar- of beroepschrift bedraagt zes weken

(artikel 6:7 Awb). De termijn vangt aan met ingang van de dag na die waarop het besluit is bekendgemaakt (artikel 6:8 lid 1 Awb) of de uitspraak aan partijen is verzonden (artikel 6:24 lid 1 Awb). Indien de militair zich om redenen van dienst buiten Nederland bevindt bedraagt de termijn dertien weken (artikel 3 lid 1 MAW 1931). Een bezwaar- of beroepschrift is tijdig ingediend indien het vóór het einde van de termijn is ontvangen (artikel 6:9 lid 1 Awb). Bij verzending per post is een bezwaar- of beroepschrift tijdig ingediend indien het vóór het einde van de termijn ter post is bezorgd, mits het niet later dan een week na afloop van de termijn is ontvangen.

Een niet tijdig ingediend bezwaar- of beroepschrift leidt in beginsel tot niet-ontvankelijkverklaring. Indien echter redelijkerwijs niet kan worden geoordeeld dat de indiener in verzuim is geweest, blijft niet-ontvankelijkverklaring achterwege (artikel 6:11).

2. Artikel 1, eerste lid, van de Algemene termijnenwet (Atw) bepaalt dat, indien een in de wet gestelde termijn eindigt op een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag, de termijn wordt verlengd tot en met de eerstvolgende dag die niet een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag is. Hemelvaartsdag is een algemeen erkende feestdag in de zin van de Algemene termijnenwet (artikel 3 lid 1 Atw). In de onderhavige zaak eindigde de beroepstermijn echter net niet op hemelvaartsdag (maar een dag eerder). Overigens geldt de in artikel 1 lid 1 Atw neergelegde regel niet voor termijnen, bepaald door terugrekening vanaf een tijdstip of een gebeurtenis. Een voorbeeld van een termijn, bepaald door terugrekening, geeft artikel 88, tweede lid, van de Wet militair tuchtrecht.

G.L.C.

Auteursaanwijzingen

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

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

REDACTIECOMMISSIE:

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

VASTE MEDEWERKERS:

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, 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. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar. Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan Sdu Servicecentrum Uitgevers. Zij die het M.R.T. van rijkswege verstrekt krijgen, dienen zich voor kennisgeving van adreswijzigingen te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren.

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


Nederlands
uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVII

Maart 2004

Aflevering

3

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

De Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten; door Prof. mr. G.L. Coolen.....	89
Zeeoorlogsrecht en het internationaal recht van de zee tijdens Operatie Enduring Freedom; door Mr. M.D. Fink.....	96

Bestuursrechtspraak

Rb Den Haag 10.02.03	De vierdaagseloper Een reservist wordt, i.v.m. deelname aan de vierdaagse, in werkelijke dienst opgeroepen. Dit betekent dat hij aanspraak heeft op wedde. (Naschrift G.L.C.).	101
Vzgr. Rb Den Haag 10.07.03	Schoolbataljon Ermelo III Instructeur Schoolbataljon ontslagen wegens wangedrag (AMAR art. 39, tweede lid, aanhef en onder l) nadat hij ook in hoger beroep was veroordeeld voor het plegen van ontucht met leerlingen (Wetboek van Strafrecht art. 249). Voorzieningenrechter wijst verzoek om voorlopige voorziening af.....	105
CRvB 27.08.03	Geen vergoeding eigen bijdrage voor bouw nieuwe garage De aanpassing van een bestaande garage en de bouw van een nieuwe garage worden door de Minister van Defensie niet als één aanpassing gezien. De door de Minister op grond van de Voorzieningenregeling te vergoeden eigen bijdrage omvat alleen de aanpassing van de bestaande garage. De Centrale Raad onderschrijft dit standpunt (Naschrift W.J.S.).....	111

Burgerlijke rechtspraak

Vzgr. Rb Den Haag 10.09.03	Geen medezeggenschap in sluiting vliegbasis Het voorgenomen besluit tot sluiting van de vliegbasis Twente behoort niet tot de onderwerpen van overleg met de medezeggenschapscommissie. (Naschrift G.L.C.).....	117
----------------------------------	---	-----

Resoluties Veiligheidsraad VN

Resoluties Veiligheidsraad VN; door Majoor mr. R.H.G. Gilissen.....	121
---	-----

Opmerkingen en mededelingen

Boeken en tijdschriften - The Military Law and the Law of War Review.....	126
--	-----

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

BIJDRAGEN

De Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

Een bijdrage waarin aandacht wordt besteed aan de op 1 september 2003 in werking getreden Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten en aan het op deze wet steunende uitvoeringsbesluit: het Besluit geweldgebruik defensiepersoneel in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak.

Een terugblik

Het gebruik van geweld tegen personen houdt, algemeen gezegd, 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. Dit artikel luidt: “Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam.” 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 zijn 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.¹⁾ Later werd ook de Oorlogswet voor Nederland (Stb. 1964, 337) gewijzigd. Thans bepaalt artikel 8, eerste lid, van deze (hernieuwd vastgestelde) wet (Stb. 1996, 368): “De militair is bevoegd in de rechtmatige uitoefening van de buitengewone bevoegdheden uit hoofdstuk II van deze wet geweld te gebruiken, wanneer het beoogde doel dit, mede gelet op de aan het gebruik van geweld verbonden gevaren, rechtvaardigt en dat doel niet op een andere wijze kan worden.”

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).²⁾ De nieuwe wet regelde de bevoegdheid tot het gebruik van geweld door militairen “in de rechtmatige uitoefening van de militaire bewakings- en beveiligingstaak”. Tevens werd, ter uitvoering van de wet, een algemene maatregel van rijksbestuur vastgesteld: het Besluit geweldgebruik krijgsmacht in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak (Stb. 1997, 354). Artikel 1, eerste lid, van dit besluit bepaalde dat de (in de wet geregelde) bevoegdheid tot het gebruik van geweld slechts gold bij de bewaking en beveiliging van door de Minister van Defensie (expliciet) aangewezen militaire objecten.

In 1998 werd de Rijkswet geweldgebruik krijgsmacht in de uitoefening van de bewa-

¹⁾ Toen artikel 33a lid 6 Politiewet; thans artikel 8 lid 1 Politiewet 1993.

²⁾ Aanvankelijk bestond het voornemen te volstaan met het opnemen in het eerste boek van het Wetboek van Militair Strafrecht van een nieuw artikel (39), waarvan het eerste lid luidde: “Niet strafbaar is de militair die in de rechtmatige uitoefening van de militaire bewakings- en beveiligingstaak geweld gebruikt 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, minder ingrijpende wijze kan worden bereikt.” Bezwaren van de zijde van de Raad van State van het Koninkrijk leidden echter tot intrekking van het naar aanleiding van dit voornemen in 1992 opgestelde voorstel van rijkswet.

kings- en beveiligingstaak aangevuld met een bepaling, waarin de in de wet neergelegde regeling van overeenkomstige toepassing werd verklaard op (met bewakings- en beveiligingstaken belaste) *burgerambtenaren*, in dienst van het Ministerie van Defensie. Tevens werd de bepaling, dat de bevoegdheid tot het gebruik van geweld slechts gold bij de bewaking en beveiliging van door de Minister van Defensie aangewezen objecten, in de Rijkswet zelf opgenomen. De gewijzigde wet kreeg als citeertitel: Rijkswet geweldgebruik defensiepersoneel in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak (Stb. 1999, 11).³⁾ Later werd ook het uitvoeringsbesluit aangepast. Het werd vervangen door een geheel nieuw besluit: het Besluit geweldgebruik defensiepersoneel in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak (Stb. 2000, 337).

Op 6 oktober 1997 kwam tussen Duitsland en Nederland 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). Het Verdrag opende de mogelijkheid binationale wachten in te stellen voor de bewaking van voor binationale doeleinden gebruikte faciliteiten en gebouwen in Duitsland en in Nederland. Dit maakte aanpassing van de Rijkswet geweldgebruik defensiepersoneel in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak noodzakelijk: ook Duitse bewakers van het 1 (Duits/Nederlandse) legerkorps dienden, bij het bewaken van voor binationale doeleinden gebruikte faciliteiten en gebouwen in Nederland, over geweldbevoegdheden te kunnen beschikken. Besloten werd de Rijkswet in haar geheel te vervangen door een nieuwe wet, die als citeertitel zou krijgen: Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten. Op 3 april 2003 verscheen de nieuwe wet in het Staatsblad (Stb. 2003, 134). Later werd ook het Besluit geweldgebruik defensiepersoneel in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak aangepast (Stb. 2003, 282). Rijkswet en Besluit (hierna: Rijkswet geweldgebruik en Besluit geweldgebruik) traden per 1 september 2003 in werking (Stb. 2003, 282).

Welke bewakers zijn bevoegd tot het gebruik van geweld?

De Rijkswet geweldgebruik ziet op het gebruik van geweld door bewakers “in de rechtmatige uitoefening van de militaire bewakings- en beveiligingstaak”. Bewakers (als bedoeld) zijn echter niet in alle gevallen bevoegd op grond van de wet geweld te gebruiken. Ingevolge artikel 2 Rijkswet geldt de bevoegdheid tot geweldgebruik slechts bij de bewaking en beveiliging van door de Minister van Defensie expliciet aangewezen militaire objecten. Binnen de aldus getrokken grenzen kent de wet de bevoegdheid geweld te gebruiken toe aan (zie artikel 1):

- militairen, behorend tot de krijgsmacht van het Koninkrijk (hierna: Nederlandse militairen);
- burgerambtenaren, in dienst van het Ministerie van Defensie;
- militairen, behorend tot de krijgsmacht van een vreemde Mogendheid (hierna: vreemde militairen).

Vreemde militairen zijn echter uitsluitend bevoegd geweld te gebruiken voorzover zij:

- bij het uitvoeren van de bewakings- en beveiligingstaak onder bevel staan van een Nederlandse militair dan wel van een burgerambtenaar in dienst van het Ministerie van Defensie; en
- behoren tot een categorie militairen die expliciet door de Minister van Defensie is aangewezen.

³⁾ De gewijzigde wet werd in haar geheel (opnieuw) in het Staatsblad geplaatst (Stb. 1999, 12).

De eerste voorwaarde houdt in dat, wanneer een vreemde militair als bewaker optreedt, de wachtcommandant een Nederlandse militair dan wel een burgerambtenaar in dienst van het Ministerie van Defensie dient te zijn. “Door deze eis wordt de verantwoordelijkheid van de Minister van Defensie gewaarborgd”, aldus de memorie van toelichting.⁴⁾

Tussen de Nederlandse wachtcommandant en de vreemde bewaker bestaat niet een verhouding van meerdere tot mindere als bedoeld in artikel 67 van het Wetboek van Militair Strafrecht (hierna: WvMS). Dit betekent dat een bevel van de Nederlandse wachtcommandant aan de vreemde bewaker niet een dienstbevel is in de zin van artikel 125 WvMS. Dit neemt niet weg dat een zodanig bevel, mits rechtmatig, wel door de vreemde bewaker dient te worden opgevolgd; zoals ook Nederlandse militairen rechtmatige bevelen van vreemde militairen (en van burgerambtenaren), die door het bevoegde gezag boven hen zijn gesteld, dienen op te volgen.

Met betrekking tot de tweede voorwaarde vermeldt de memorie van toelichting: “Zonder een zodanige aanwijzing zou voor derden niet duidelijk zijn wanneer welke bevoegdheden bestaan. Voorts is expliciete aanwijzing nodig om te voorkomen dat de wet onbedoeld ook van toepassing wordt op buitenlandse militaire bewakers die op basis van reeds gesloten of nog te sluiten verdragen worden belast met bewakings- en beveiligingstaken in Nederland.”⁵⁾ Bij Besluit van 9 april 2003 (Stcrt. 2003, 74) zijn door de Minister van Defensie aangewezen: militairen van de Duitse krijgsmacht, voorzover belast met de bewaking van de voor binationale doeleinden van het 1 (Duits/Nederlandse) legerkorps gebruikte faciliteiten of gebouwen.

Welke objecten zijn aangewezen?

Artikel 2 van de Rijkswet geweldgebruik bepaalt dat de bevoegdheid tot het gebruik van geweld slechts geldt bij de bewaking en beveiliging van door de Minister van Defensie expliciet aangewezen objecten. Met ‘objecten’ in deze bepaling zijn, zoals uit de context volgt, bedoeld: *militaire* objecten. Ter uitvoering van artikel 2 is door de minister vastgesteld: het Rijksbesluit houdende aanwijzing van te bewaken en te beveiligen objecten (Besluit van 14 september 2000, Stcrt. 2000, 185). Artikel 1 van dit besluit verwijst naar de (enige) bijlage bij het besluit. In deze bijlage staan de vaste en mobiele objecten opgesomd die als permanent te bewaken en te beveiligen objecten zijn aangewezen. Genoemd worden bijvoorbeeld, als vaste objecten: marinebases, legerplaatsen, vliegbases en kazernes; en als mobiele objecten: schepen en vliegtuigen, in gebruik bij of ten behoeve van de krijgsmacht, en mobiele wapensystemen.

Artikel 2 van het besluit verleent de bevelhebbers van de zee-, de land- en de luchtmacht mandaat om, ieder voorzover het hem aangaat, namens de minister tijdelijk, voor ten hoogste 12 weken, andere objecten aan te wijzen als te bewaken en te beveiligen objecten. “Behalve permanent te bewaken en te beveiligen objecten zijn er ook objecten met een tijdelijk karakter”, aldus de toelichting bij het besluit. “Uit pragmatisch oogpunt is ervoor gekozen om ter bepaling van het tijdelijk karakter een periode van 12 weken te hanteren.” Als voorbeelden worden genoemd: de tijdelijke opslag van munitie op een haventerrein, een tijdelijke commandopost, een neergestort vliegtuig.

Proportionaliteit en subsidiariteit

Artikel 1, eerste lid, van de Rijkswet geweldgebruik bepaalt dat een bewaker (als in de

⁴⁾ Bijl. Hand. II, 27 624, nr. 3, p. 3.

⁵⁾ Bijl. Hand. II, 27 624, nr. 3, p. 3.

wet bedoeld) slechts geweld mag gebruiken: “wanneer het daarmee beoogde doel dit, mede gelet op de aan het gebruik van geweld verboden gevaren, rechtvaardigt en dat doel niet op andere wijze kan worden bereikt”. In aansluiting op artikel 1, eerste lid, bepaalt artikel 3, eerste lid, van de Rijkswet dat “de uitoefening van de bevoegdheid tot gebruik van geweld in verhouding tot het beoogde doel redelijk en gematigd dient te zijn”. Met beide bepalingen zijn in de Rijkswet geweldgebruik de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit vastgelegd.

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. Bij de beantwoording van de vraag of in een bepaald geval aan beide vereisten 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 eisen gesteld dan aan een jeugdige beginneling. Deze zwaardere verantwoordelijkheid wordt in de literatuur gewoonlijk aangeduid met de Duitse term *Garantenstellung*. Een voorbeeld geeft in dit verband 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.⁶⁾

Welke geweldmiddelen mogen worden gebruikt?

Van welke geweldmiddelen bewakers uitsluitend gebruik mogen maken, is bepaald in artikel 6, eerste lid, van het Besluit geweldgebruik. Naast de in deze bepaling genoemde geweldmiddelen mogen bewakers, indien nodig, ook fysiek geweld gebruiken. “Bij fysiek geweld kan worden gedacht aan duwen, trekken en schoppen, maar in voorkomende gevallen ook met een voertuig de pas afsnijden van de indringer(s)”, aldus de nota van toelichting.⁷⁾ Onder het gebruiken van geweld wordt mede verstaan het dreigen met geweld (artikel 1a, tweede lid).

Artikel 6 noemt de volgende geweldmiddelen:

- een vuurwapen, te gebruiken als vuurwapen of als slag- of stootwapen;
- een wapenstok;
- een diensthond;
- een waterwerper;
- handboeien.

Het gebruik elk van deze geweldmiddelen is slechts toegestaan voorzover het middel rechs- tens aan de bewaker is verstrekt en de bewaker in het gebruik van het middel is geoefend (artikel 3). “In dit verband kan met name worden gewezen op de Regeling wapens en munitie krijgsmachtpersoneel 1997, waarin is aangegeven welk krijgsmachtpersoneel onder bepaalde voorwaarden gerechtigd is tot het dragen en voorhanden hebben van wapens (waaronder begrepen het vuurwapen en de wapenstok)”, aldus de nota van toelichting.

⁶⁾ HMG 6 oktober 1978 MRT 1979, p. 20, m.nt. W.H. Vermeer. Ook: NJ 1979, 1, m.nt. Th.W. van Veen.

⁷⁾ Stb. 2000, 337, p. 9.

Welke nadere regels gelden?

Van de in artikel 6, eerste lid, van het Besluit geweldgebruik genoemde geweldmidde-len is niet alleen het gebruik van het vuurwapen (als vuurwapen), maar ook het inzetten van een diensthond, het gebruik van een waterwerper en het aanleggen van handboeien aan nadere, beperkende regels gebonden.

Met betrekking tot het *vuurwapen* bepaalt artikel 9 van het Besluit geweldgebruik dat het gebruik slechts is geoorloofd indien redelijkerwijs mag worden aangenomen dat:

- de tegenstander een voor onmiddellijk gebruik gereed zijnd vuurwapen bij zich heeft en dit ook zal gebruiken, dan wel ander levensbedreigend geweld zal gebruiken;
- de tegenstander een misdrijf pleegt jegens het te bewaken object en er tevens sprake is van een aantasting van een vitaal belang van de krijgsmacht.

Wordt het vuurwapen daadwerkelijk als vuurwapen gebruikt, dan gelden ingevolge arti-kel 10 de volgende regels:

- zwaar lichamelijk letsel of erger moet zoveel mogelijk worden voorkomen;
- indien mogelijk moet op de benen worden geschoten;
- risico's voor derden dienen zoveel mogelijk te worden vermeden.

Ook mag een bewaker slechts uit voorzorg een vuurwapen ter hand nemen, indien rede-likerwijs kan worden aangenomen dat een situatie ontstaat waarin hij bevoegd is van het vuurwapen gebruik te maken. Zodra blijkt dat een dergelijke situatie zich niet meer voor-doet, dient het ter hand nemen te worden beëindigd (artikel 11). Blijkens de nota van toe-lichting heeft deze regel ten doel de veiligheid van de bewaker te waarborgen. “Indien de situatie vervolgens niet schietwaardig blijkt te zijn, dient het ter hand nemen zo spoedig mogelijk te worden beëindigd.”⁸⁾

Ingevolge artikel 6, tweede lid, van het Besluit geweldgebruik is het inzetten van een *diensthond* uitsluitend geoorloofd onder toezicht van een hondengeleider. Artikel 6, derde lid, bepaalt dat het gebruik van een *waterwerper* slechts is toegestaan na uitdrukkelijke last van “de meerdere”. Met “de meerdere” in deze bepaling is, gelet op de context, bedoeld: de ter plaatse aanwezige meerdere onder wiens leiding de bewaker optreedt. Deze meerdere is (zie artikel 1a, eerste lid onder *b*):

- indien de bewaking alleen door Nederlandse militairen wordt uitgevoerd: degene die meerdere is in de zin van artikel 67 WvMS;
- indien de bewaking alleen door burgerambtenaren, in dienst van het Ministerie van Defensie, wordt uitgevoerd: de burgerambtenaar die de hoogste rang bekleedt dan wel, bij gelijkheid in rang, de ambtenaar die de meeste ouderdom in rang bezit;
- in alle andere gevallen: de Nederlandse militair of de burgerambtenaar, in dienst van het Ministerie van Defensie, die als zodanig door of namens de Minister van Defensie is aangewezen.⁹⁾

Wat het aanleggen van *handboeien* betreft ten slotte: ingevolge artikel 12 van het Besluit geweldgebruik mogen deze slechts worden aangelegd bij een persoon die is aan-gehouden in geval van ontdekking op heterdaad en:

- zich aan zijn aanhouding tracht te onttrekken; of
 - een gevaar vormt voor het leven of de veiligheid van hemzelf of van anderen;
- zonder dat dit onttrekken of dit gevaar op andere wijze kan worden voorkomen.

⁸⁾ Stb. 2000, 337, p. 10.

⁹⁾ Artikel 1a spreekt, ter aanduiding van wie in alle andere gevallen de meerdere is, slechts van: “die als zodanig is aangewezen”, zonder aan te geven door wie aanwijzing kan geschieden. In de nota van toelichting (Stb. 2003, 282, p. 4) wordt echter gesteld: “De desbetreffende aanwijzing vindt, op grond van artikel 44, eerste lid, van de Grondwet, plaats door of namens de Minister van Defensie.”

“Voor de in artikel 12 van het besluit opgenomen regeling van het gebruik van handboeien is grotendeels aangesloten bij de normering terzake in artikel 9 van de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus, aangezien die het meest is toegesneden op de situatie van aanhouding op heterdaad”, aldus de nota van toelichting.¹⁰⁾

In aanvulling op deze bijzondere regels bevat het Besluit geweldgebruik ook enkele algemene geweldsbepalingen. Deze bepalingen houden in grote lijnen het volgende in:

- indien een bewaker onder leiding van een ter plaatse aanwezige meerdere optreedt, mag geen geweld worden gebruikt dan na een vooraf gegeven uitdrukkelijke last van deze meerdere, die tevens dient aan te geven welk gewelddmiddel mag worden gebruikt (artikel 4);
- aan het gebruik van geweld dient, tenzij de omstandigheden dit niet toelaten, een duidelijke waarschuwing vooraf te gaan; indien het gebruik van geweld bestaat in het gericht schieten, kan de waarschuwing vooraf zo nodig worden vervangen door een waarschuwingsschot (artikel 5);¹¹⁾
- bij het gebruik van fysiek geweld dan wel een gewelddmiddel dient de, in verhouding tot het beoogde doel, meest lichte vorm van geweld te worden gebruikt (artikel 7).

Plicht tot rapporteren

Artikel 8, eerste lid, van het Besluit geweldgebruik bepaalt dat de bewaker die geweld heeft aangewend (waaronder begrepen het geven van een waarschuwingsschot), de feiten en omstandigheden dienaangaande, alsmede de gevolgen hiervan, onverwijld aan zijn meerdere dient te melden. Met “zijn meerdere” in deze bepaling is, gelet op de context, bedoeld: de al of niet ter plaatse aanwezige meerdere (militair of burger), onder wiens leiding de bewaker optrad. Deze meerdere moet de hem gedane melding terstond vastleggen in een schriftelijk rapport, dat hij onverwijld aan de commandant (of een daarmee gelijk te stellen functionaris) dient te doen toekomen (artikel 8, tweede lid). De commandant (of andere functionaris) moet het rapport vervolgens, zo nodig voorzien van kanttekeningen, zonder uitstel ter kennis brengen van een brigadecommandant van de Koninklijke Marechaussee (artikel 8, derde lid). “Met de onderhavige verplichtingen wordt niet beoogd de betrokken bewaker te incrimineren”, aldus de nota van toelichting. “Doel is enerzijds het verkrijgen van inzicht in de wijze waarop bewakers met de geweldbevoegdheid omgaan, en anderzijds het waarborgen van een zo exact mogelijke weergave van feiten en omstandigheden.”

In het verleden diende het schriftelijk rapport, bedoeld in artikel 8, te worden opgemaakt: òf door de bewaker zelf, òf, indien de bewaker optrad onder leiding van een ter plaatse aanwezige meerdere, door deze meerdere. Deze regeling is per 1 september 2003 gewijzigd. Thans dient het rapport in alle gevallen te worden opgemaakt door de meerdere van de bewaker. Met deze wijziging is volgens de nota van toelichting beoogd de bewaker “op afstand te plaatsen van de schriftelijke bescheiden, die van zijn handelen moeten worden opgemaakt”; dit om een (mogelijke) botsing tussen de rapportageplicht en het zwijgrecht (dat een verdachte toekomt) te voorkomen.

Toepasselijkheid buiten het Koninkrijk

De vraag kan worden gesteld of de Rijkswet geweldgebruik en het Besluit geweldgebruik ook van toepassing zijn op Nederlandse militairen die in het buitenland zijn gele-

¹⁰⁾ Stb. 2000, 337, p. 10.

¹¹⁾ Dat aan het gebruik van geweld een waarschuwing vooraf dient te gaan, is ook bepaald in artikel 3, tweede lid, van de Rijkswet geweldgebruik.

gerd. Bij de beantwoording van deze vraag dient te worden onderscheiden tussen:

- de situatie waarin Nederlandse militairen optreden tijdens een gewapend conflict;
- de situatie waarin Nederlandse militairen opgetreden in het kader van een vredesoperatie;
- alle andere situaties waarin Nederlandse militairen in het buitenland optreden.

In de eerste situatie wordt het gebruik van geweld beheerst door het humanitaire oorlogsrecht. Rijkswet en Besluit zijn dan niet van toepassing. Dit is ook het standpunt van de regering. In de memorie van toelichting bij de Rijkswet geweldgebruik krijgsmacht in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak (Stb. 1996, 239) valt te lezen: “Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat (...), indien sprake is van een internationaal optreden in een gewapend conflict waarbij Nederland feitelijk partij is, de bevoegdheid voor het gebruik van geweld begrensd wordt door het humanitair oorlogsrecht.”¹²⁾ Ook kan worden gewezen op artikel 2 van het Besluit geweldgebruik, dat bepaalt: “Dit besluit is niet van toepassing op het gebruik van geweld door bewakers in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak tijdens een internationaal gewapend conflict of een intern gewapend conflict als bedoeld in de gemeenschappelijke artikelen 2 en 3 van de op 12 augustus 1949 tot stand gekomen Verdragen van Genève (Trb. 1951, 72 t/m 75), alsmede de op 12 december 1977 te Bern tot stand gekomen Aanvullende Protocollen (Trb. 1980, 87 en 88).”

In de tweede situatie (indien wordt deelgenomen aan een vredesoperatie) zijn in de regel *Rules of Engagement* van toepassing. *Rules of Engagement* bevatten eveneens regels inzake het gebruik van geweld. Deze zijn bindend voor allen die aan de vredesoperatie deelnemen. *Rules of Engagement* richten zich, algemeen gesteld, primair tot de *force-commander*. Deze heeft tot taak de regels te vertalen in instructies, die vervolgens door de onder zijn bevel staande militairen dienen te worden nageleefd. Gewoonlijk worden deze instructies uiteindelijk, kort samengevat, weergegeven op zogenaamde *soldiers cards*.¹³⁾

In de derde situatie (buiten oorlogstijd en zonder dat wordt deelgenomen aan een vredesoperatie) zijn, op grond van het ‘vlagbeginsel’, Rijkswet en Besluit in beginsel ook in het buitenland op Nederlandse militairen van toepassing. Het vlagbeginsel houdt, algemeen gezegd, in dat de wetgeving van een land de militair volgt, overal waar hij door de regering van zijn land wordt heengezonden. Of, zoals het in de tijd van Napoleon werd geformuleerd: “L’armée est un Etat qui voyage; là ou est la drapeau, là est la France.”¹⁴⁾

Wel is voor het daadwerkelijk in het buitenland kunnen uitoefenen van geweldbevoegdheden op grond van het volkenrecht de toestemming van het land van verblijf vereist; zoals deze toestemming ook is vereist voor bijvoorbeeld het daadwerkelijk kunnen uitoefenen van opsporingsbevoegdheden.¹⁵⁾

Kennelijk is het vorenstaande ook het standpunt van de regering. Tijdens de behandeling van het voorstel van Rijkswet, houdende regels met betrekking tot het gebruik van

¹²⁾ Bijl. Hand. II, 23 787, nr. 3, p. 3.

¹³⁾ *Rules of Engagement* worden - binnen de VN, binnen de NAVO of binnen de coalitie die de vredesoperatie uitvoert - vastgesteld in overleg met de aan de operatie deelnemende landen; dit laatste om strijd met het strafrecht van deze landen te voorkomen.

¹⁴⁾ Het vlagbeginsel ligt ook ten grondslag aan het NAVO-Statusverdrag (Trb. 1953, 10). Zo wordt in artikel VII Verdrag gesproken 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.

¹⁵⁾ Zie artikel 62 Wet militaire stafrechtspraak: “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.”

geweld door militairen in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak, werd althans door de Minister van Defensie (namens de regering), in antwoord op een vraag van de CDA-fractie, opgemerkt: “De militair die dienst verricht in het buitenland valt in beginsel onder de jurisdictie van het gastland. Doorgaans is echter 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.”¹⁶⁾

¹⁶⁾ Bijl. Hand. II, 23 787, nr. 6, p. 2. Zie ook: Van den Bosch c.s., Militair straf- en tuchtrecht, deel 2, Het NAVO-Statusverdrag, aant. 5 (op p. IMS NSV-20/24).

Zeeoorlogsrecht en het internationaal recht van de zee tijdens Operatie Enduring Freedom

door

MR. M.D. FINK

Op 1 juli 2003 is aan *Operatie Enduring Freedom* (OEF) wat betreft de Nederlandse deelname een eind gekomen. Zoals bekend betrof de Nederlandse bijdrage onder meer een maritieme bijdrage. In deze bijdrage ga ik kort in op een aantal juridische aspecten waarmee de Nederlandse maritieme bijdrage in het kader van OEF in aanraking is gekomen. Als eerste ga ik in op het recht van visitatie op grond van het zeeoorlogsrecht (het *boarden* van schepen), daarna ga ik in op het internationaal recht van de zee met betrekking tot de staten in de Perzische Golf.

Het recht van visitatie

Op grond van het zeeoorlogsrecht bestaat in beginsel voor oorlogsschepen tijdens een gewapend conflict de mogelijkheid om schepen die verdacht worden van het vervoeren van contrabande of strijders van de vijand, dan wel anderszins feitelijk ondersteuning bieden aan de vijand, ter controle van de neutraliteit te visiteren, te doorzoeken en eventueel in beslag te nemen (*visit, search, capture*). Bij een dergelijk optreden door de commandant van het oorlogsschip moet wel een redelijk vermoeden bestaan dat de neutraliteit wordt geschonden. Aangezien OEF kan worden gekwalificeerd als een gewapend conflict¹⁾ is het zeeoorlogsrecht in deze operatie van toepassing²⁾. Op de eenheden van de Nederlandse

¹⁾ De operatie rondom het Arabisch Schiereiland vindt plaats ter uitvoering van het recht van zelfverdediging als gevolg van de terroristische aanslagen van 11 september 2001, op grond van art. 51 VN-Handvest en door de VN middels resolutie 1368 erkend. Daarnaast hebben de NAVO leden artikel 5 NAVO-verdrag (collectieve zelfverdediging) van toepassing geacht.

²⁾ Het recht van visitatie is in de hoofdzaak vervat in de Haagse Conventies VI, XI en XIII van 1907 en de niet geratificeerde Declaratie van Londen 1909. De Conventies mogen momenteel als gewoonterecht worden beschouwd. Na de Haagse Conventies is de codificatie van het zeeoorlogsrecht,

maritieme bijdrage aan OEF was dat eveneens het geval³). Niettemin had de Nederlandse regering in eerste instantie een terughoudende opstelling ten aanzien van het visiteren van schepen. Vanwege de Amerikaanse visie op de toepasselijkheid van het oorlogsrecht (met name krijgsgevangenenrecht) op gevangengenomen Al Qaida of Taliban strijders, waarvan de gevangenzetting op Guantanamo Bay een praktisch voorbeeld is, zou eventuele gevangenneming van dergelijke strijders door Nederlandse eenheden tot complicaties kunnen leiden. Daarom werd besloten het recht van visitatie (*boarding*) op grond van het zeeoorlogsrecht in het kader van OEF buiten het bestek van bevoegdheden van de Nederlandse fregatten te plaatsen⁴). Daarnaast behoorden *boardings* eveneens tot de mogelijkheid op grond van de VN-resolutie om het olie-embargo te kunnen handhaven⁵). Nederland heeft echter het voorstel van de Verenigde Staten om dergelijke *boardings* uit te voeren afgewezen, omdat er anders een onduidelijke situatie zou ontstaan als gevolg van een vermenging van twee naar aard en doelstelling geheel verschillende operaties. De bemanningsleden van de Nederlandse fregatten dienden hun taak (escorte, waarnemen en inlichtingen verzamelen) uit te voeren door langszij te varen en middels een gesprek de benodigde informatie los te krijgen⁶). In een later stadium van de operatie werd op grond van ervaringen van andere bondgenoten besloten om wel *boardings* uit te voeren, zij het op een gelimiteerde wijze om niet alsnog tegen de krijgsgevangenenproblematiek aan te lopen. De Koninklijke Marine kwam daardoor in aanraking met een reeks van termen die moesten uitmaken onder welke omstandigheid er *boardings* konden plaatsvinden.

Boarding terminologie

Er bestaan diverse termen met betrekking tot het *boarden*: (*non*)*compliant*, (*non*) *consensual* en (*un*)*opposed boardings*. Tussen (*non*)*compliant* en (*non*)*consensual boarding* bleek naderhand geen echt verschil te zijn anders dan een taalbenadering van Amerikanen en Engelsen. Wel bestaat er verschil tussen (*non*)*compliant* en (*un*)*opposed boardings*.

(*Un*)*opposed* betreft de te verwachten tegenstand (verzet, eventueel met gebruik van

Vervolg voetnoot 2)

behoudens de bepalingen van Geneefse Conventies (II) van 1949 en de aanvullende protocollen van 1977, praktisch tot stilstand gekomen. Van belang voor het zeeoorlogsrecht is wel het *United Nations Convention on the Law of the Sea* (UNCLOS III, hierna VN-zeerechtverdrag) van 1982, die verschillende zones aan de zee toekent, waarover een bepaalde mate van jurisdictie door een kuststaat kan worden uitgeoefend. Voorts is het *San Remo Manual on international law applicable to armed conflicts at sea* (1995) en het Amerikaanse *Annotated supplement to the commander's handbook on the law of naval operations* (1997) enig doctrinaal karakter toegekend.

³) Zie onder meer brieven aan de Kamer van 28 maart 2002: Ontwikkelingen Afghanistan, ISAF en operatie *Enduring Freedom*.

⁴) Wel bleef voor de Nederlandse fregatten in OEF overigens de mogelijkheid bestaan om te *boarden* op grond van artikel 110 VN-Zerechtverdrag. *Boarden* onder die omstandigheid is onder meer mogelijk wanneer het gaat om schepen die verdacht worden van slavernij, piraterij, illegale uitzendingen dan wel zonder vlag (nationaliteit) varen. Ook kan een *boarding* plaatsvinden na een *hot pursuit*. Van dit laatste is sprake wanneer een oorlogsschip (of militair vliegtuig) een schip dat de wetten van een kuststaat heeft overtreden in de binnenwateren dan wel de territoriale zee, achtervolgt tot in volle zee. Deze achtervolging moet wel begonnen zijn in de binnenwateren of de territoriale zee en dient onafgebroken te zijn. Zie art. 111 VN-Zerechtverdrag.

⁵) Volgend uit VN-resolutie 665: *Calls upon those Member States co-operating with the Government of Kuwait which are deploying maritime forces to the area to use such measures commensurate to the specific circumstances as may be necessary under the authority of the Security Council to halt all inward and outward maritime shipping in order to inspect and verify their cargoes and destinations and to ensure strict implementation of the provisions related to such shipping laid down in resolution 661* (1990).

⁶) Zie hierover LTZ 2 OC M. Leijnse en KLTZ J.E. Weyne, 'De bijdrage van de Koninklijke Marine aan de strijd tegen terrorisme', in *Marineblad*, mei 2002, 149-154.

geweld) die de gezagvoerder eventueel zou willen aanwenden na het verzoek tot *boarding*. Onder *unopposed* dient ook een situatie te worden verstaan wanneer een gezagvoerder niet middels enige communicatie op het verzoek tot *boarding* antwoord geeft. In dit geval wordt eerder gesproken van non-coöperative. Nederlandse commandanten mochten alleen een *boarding* uitvoeren wanneer deze *unopposed* was. De set van *Rules of Engagement* (ROE) werd overeenkomstig deze bevoegdheid gewijzigd.

(*Non*)*compliant* betreft het verkrijgen van goedkeuring om aan boord te komen. Met betrekking tot deze toestemming om een schip te *boarden* bestaat er nog onderscheid tussen *master's consent* en *flagstate consent*. Waar de Amerikanen over het algemeen genoeg hebben aan de toestemming van de gezagvoerder van het schip (*master's consent*), ligt het voor andere staten, waaronder Nederland, vaak anders. Zij dienen eveneens toestemming van de vlaggestaat (*flagstate consent*) zelf te verkrijgen alvorens daadwerkelijk tot *boarden* te kunnen overgaan. Deze procedure wordt in overeenstemming geacht met het internationaal recht betreffende de exclusieve jurisdictie van de vlaggenstaat over schepen onder haar vlag. Een dergelijke procedure vindt momenteel ook plaats met betrekking tot het *boarden* in de Middellandse Zee in het kader van *Operatie Active Endeavour* (OAE)⁷⁾.

Internationaal recht van de zee in de Perzische Golf

Een andere internationaal-rechtelijke kwestie waar de Nederlandse fregatten mee te maken kregen was het verschil in interpretatie van het internationaal recht van de zee zoals dat is opgesteld in het Zeerechtverdrag van 1982⁸⁾ en van het gewoonterecht daaromtrent. Het VN-Zerechtverdrag kent verschillende zones aan de zee toe waarover een bepaalde mate van jurisdictie door een kuststaat kan worden uitgeoefend⁹⁾. Aan de Perzische Golf grenzen staten die het internationaal recht van de zee op verschillende wijze interpreteren. Met name Iran en Oman houden er andere opvattingen op na betreffende de grenzen in maritieme zones, waardoor er discrepantie ontstaat met betrekking tot de bevoegdheden.

Rechte basislijnen

Op grond van artikel 7 VN-Zerechtverdrag mogen staten wanneer hun kust diepe uithollingen en insnijdingen vertoont, rechte basislijnen trekken. De fjordenkust van Noorwegen is hier een duidelijk voorbeeld van. De consequentie daarvan is dat de buitengrenzen van de territoriale zee, die zich maximaal 12 zeemijlen vanaf de basislijn mogen uitstrekken, verder in zee komen te liggen. Dat betekent dat de kuststaat, behoudens de uitzondering van onschuldige doorvaart (*innocent passage*), soevereine rechten over dit gebied heeft. Niet elke claim op een rechte basislijnen wordt echter zonder meer erkend door andere staten¹⁰⁾. Een dergelijk betwiste claim betreft ook de claim op rechte basislijnen door Iran¹¹⁾. Iran claimt in de Perzische Golf een rechte basislijn zodat de territoriale zee soms bijna tot 20 zeemijlen uit de kust komt te liggen. Commandanten van KM-sche-

⁷⁾ Deze operatie, eveneens in het kader van de strijd tegen terrorisme, loopt sedert oktober 2001 en duurt momenteel nog voort.

⁸⁾ *United Nations Convention on the Law of the Sea* (1982), in werking getreden in 1994.

⁹⁾ Het VN-Zerechtverdrag kent de volgende soorten maritieme zones: binnenwateren, territoriale zee, aansluitende zone, exclusieve economische zee, volle zee, zeestraten, archipelwateren.

¹⁰⁾ Men denke in dit verband aan het *Freedom of Navigation* (FON) programma van de Verenigde Staten, waarmee de VS op actieve wijze betwiste claims tegengaat. Zie J. Ashley Roach, R. W. Smit, *Excessive maritime claims. International Law Studies*, volume 66 (Naval War College, 1994).

¹¹⁾ *Limits in the seas*, nr. 114 - 16 maart 1994. Ook Oman claimt recht te hebben op rechte basislijnen in het kleine gedeelte aangrenzend aan de Straat van Hormuz, doch deze worden niet betwist.

pen kwamen daardoor in situaties waar er een geschil bestond over de status van een stuk zee waarin zij zich bevonden en de daaraan verbonden bevoegdheden. *Boarden* in de territoriale zee van een neutrale staat is verboden zonder dat toestemming van de kuststaat verkregen is¹²⁾. Vanuit Nederlandse zijde bestond het standpunt dat Nederland zich hield aan de bepalingen van het VN-Zeerechtverdrag, zodat er in sommige delen van de zee gevaren werd onder het regime van de volle zee waar Iran hetzelfde stuk zee als territoriale zee betitelde. In de betwiste stukken werd echter wel zoveel mogelijk rekening gehouden met elkanders visie.

Een aanverwant probleem bij de betwiste grenzen van de territoriale zee is dat sommige staten (waaronder Iran) op voorhand toestemming eisen alvorens de territoriale zee mag worden betreden¹³⁾. Het VN-Zeerechtverdrag erkent deze voorafgaande toestemming niet maar erkent het recht op onschuldige doorvaart (*innocent passage*)¹⁴⁾.

Straat van Hormuz

De Straat van Hormuz is de poort naar de Perzische Golf. Het derde deel van het VN-Zeerechtverdrag betreft het regime inzake zeestraten. In een zeestraat bestaat het recht van onschuldige doortocht (*transit passage*)¹⁵⁾. Onschuldige doortocht geldt voor zowel schepen als vliegtuigen, hetgeen van belang is aangezien de fregatten helikopters aan boord hebben. Het is, anders dan onder het regime van onschuldige doorvaart, onder het regime van onschuldige doortocht (oorlogs)schepen en vliegtuigen toegestaan om in de *normal mode* door een zeestraat te gaan. Helikopters mogen dus af en aan vliegen en schepen mogen in militaire formaties varen¹⁶⁾. Het bijzondere aan de Straat van Hormuz is dat het geheel bestaat uit de territoriale wateren van Oman en Iran. Ondanks dit geografisch gegeven geldt in de Straat van Hormuz het recht van doortocht onverkort¹⁷⁾. De essentie van het probleem lag in de vraag waar de Straat van Hormuz precies begint of eindigt. Dit was van belang aangezien Oman een reeks van eilanden voor de kust heeft liggen waaromheen een territoriale zee bestaat waar alleen onschuldige doorvaart mogelijk is. Wanneer de eilanden binnen het regime van de Straat van Hormuz zouden vallen, zou het regime van onschuldige doortocht gelden en is het tevens mogelijk om zonder toestemming in de territoriale zee van de eilandjes te mogen vliegen. Oman betwiste de veronderstelling dat de eilanden onder het zeestraten regime zouden vallen en vond derhalve dat vooraf toestemming moest worden verkregen voor vliegbewegingen in dat gebied. Zodoende bestond er onduidelijkheid over de vraag waar er gevlogen mocht worden en in welke gebieden escorte taken mochten worden uitgevoerd. Een en ander leidde tot nadere afstemming tussen Nederland en Oman. Nederland hield daarbij vast aan de bepalingen van het VN-Zeerechtverdrag. In de uitvoering van de doortocht van betwiste stukken van de Straat van Hormuz dienden commandanten in de geschetste situaties zoveel mogelijk rekening te houden met de wensen van Oman en tegelijkertijd zoveel mogelijk vast te houden aan de optimale uitvoering van hun taak. Dit betekende dat de helikopter ook in de betwiste stukken van de Straat van Hormuz wel eens de lucht in moest, onder meer als *force protection* maat-

¹²⁾ Art. 15 en 16 sub d San Remo Manual.

¹³⁾ A. Razavi, *Continental shelf delimitation and related maritime issues in the Persian Gulf* (Den Haag, London, Boston, 1997), 44 e.v.

¹⁴⁾ Art. 17 e.v. VN-Zeerechtverdrag.

¹⁵⁾ Art. 37 e.v. VN-Zeerechtverdrag.

¹⁶⁾ En voor onderzeeboten geldt dat deze onder water mogen blijven. Zie art. 39 lid 1 sub c VN-Zeerechtverdrag.

¹⁷⁾ Art. 37 VN-Zeerechtverdrag.

regel¹⁸). Daarnaast verzet Oman zich overigens ook tegen het recht op onschuldige doorvaart van oorlogsschepen zonder op voorhand verleende toestemming¹⁹).

Met Iran is in de Straat van Hormuz nooit een probleem geweest, aangezien Iran wel gevoelig was voor het punt inzake *force protection*.

Afsluitend nog het volgende. Inzake het recht van maritieme operaties wordt een tamelijk (historisch gegroeide) zwart-wit onderscheid gemaakt tussen de bevoegdheden in operaties in vreedstijd en oorlogstijd. Dat dit niet meer aan de politieke realiteit beantwoordt, moge inmiddels duidelijk zijn. De huidige maritieme operaties spelen zich veeleer ergens in het gebied tussen vrede en oorlog af, waarin de bevoegdheden niet op voorhand vaststaan bij het uitbreken van een conflict, maar hoofdzakelijk worden beheerst door politieke afwegingen. Daarmee wordt het wezenlijke belang van ROE, die trachten zowel de operationele, juridische en politieke aspecten van een operatie te combineren, in maritieme operaties nog eens benadrukt. Dit aspect binnen het recht van maritieme operaties is voor een maritiem jurist van groot belang om zich verder in te bekwamen teneinde commandanten adequaat van advies te kunnen dienen. Tenslotte spoort het huidige *combined* optreden, dan wel het optreden in amfibisch verband waarin de Marine een ondersteunende rol speelt bij landoperaties, niet alleen aan tot juridische kennisvergaring van zuiver maritieme aangelegenheden, doch van het volledige spectrum van land, zee en lucht.

¹⁸) Op deze manier is het mogelijk om adequaat op potentiële gevaren van bijvoorbeeld kleine bootjes die een schip willen aanvallen te reageren (de zogenaamde *small boats threat*, denk aan het USS Cole incident waarin een klein bootje beladen met explosieven een gat in de romp van de USS Cole bles).

¹⁹) In Declaration nr. 2 van Oman inzake het VN-Zeerechtverdrag stelt Oman: innocent passage is guaranteed to warships through Omani territorial waters, subject to prior permission. A. Razavi, *Continental shelf delimitation and related issues in the Persian Gulf* (Den Haag/Boston/Londen, 1997), 47.

BESTUURSRECHTSPRAAK

Rechtbank 's-Gravenhage
 sector bestuursrecht
 Uitspraak van 10 februari 2003
 AWB 01/04498 MAWKLA

Tweede afdeling, enkelvoudige kamer: Mr. J.W. Sentrop

De vierdaagseloper

Een reserveofficier, behorend tot het Korps Nationale Reserve, had in uniform deelgenomen aan de Nijmeegse vierdaagse. Daartoe was hij door de Staatssecretaris van Defensie opgeroepen in werkelijke dienst. Toen hem na afloop van de vierdaagse (niettemin) geen wedde werd uitbetaald, stelde hij hiertegen, na bezwaar, beroep in bij de rechtbank 's-Gravenhage. Zijns inziens was in strijd gehandeld met het gelijkheidsbeginsel: alle andere aan de vierdaagse deelnemende militairen hadden wel wedde ontvangen. De rechtbank verklaarde het beroep gegrond. Eiser verbleef tijdens de vierdaagse onder de wapenen, aldus de rechtbank. Hij had dus aanspraak op wedde.

(Regeling Internationale Vierdaagse Afstandsmarsen)

UITSPRAAK

in het geding A., wonende te B. eiser, en de Staatssecretaris van Defensie, verweerder.

Ontstaan en loop van het geding

Eiser, reserve eerste luitenant der infanterie, heeft in juli 2000 en juli 2001 als individuele reservist van de Natres (Korps Nationale Reserve) deelgenomen aan de Nijmeegse vierdaagse. Bij brief van 26 juni 2000 en 12 juli 2001 is eiser daartoe in werkelijke dienst opgeroepen.

Bij brief van 6 november 2000 heeft eiser bezwaar gemaakt tegen het niet uitbetalen van wedde over de periode van 17 juli 2000 tot en met 21 juli 2000.

Dit bezwaarschrift is bij het intern doorsturen naar de afdeling die het bezwaarschrift diende af te handelen zoekgeraakt en eiser heeft op verzoek van verweerder bij brief van 17 mei 2001 een afschrift van zijn bezwaarschrift ingediend. Eiser is op 5 juni 2001 omtrent zijn bezwaar gehoord.

Bij brief van 26 juli 2001 heeft eiser verzocht zijn bezwaar tegen het niet uitbetalen van wedde van 17 juli 2000 tot met 21 juli 2000 aan te vullen met de periode van 16 juli tot en met 20 juli 2001.

Bij besluit van 7 november 2001 heeft verweerder het bezwaar van eiser niet-ontvankelijk verklaard.

Tegen dit besluit heeft eiser bij brief van 18 december 2001 beroep ingesteld. Bij brief van 23 januari 2002 zijn aanvullende gronden ingediend.

Bij besluit van 22 februari 2002 heeft verweerder het besluit van 7 november 2001 gewijzigd en het bezwaar van eiser gedeeltelijk niet-ontvankelijk en voor het overige ongegrond verklaard. De rechtbank heeft partijen medegedeeld dat het beroep van eiser wordt geacht mede gericht te zijn tegen het gewijzigde besluit.

Het beroep is op 8 januari 2003 ter zitting behandeld. Eiser is in persoon verschenen. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mevrouw mr. C.E. Zalm.

Motivering

Eiser heeft in beroep aangevoerd dat verweerder hem eerder had kunnen wijzen op de niet-ontvankelijkheid van zijn bezwaar. Verder heeft eiser een beroep gedaan op het gelijkheidsbeginsel. Zowel beroepsmilitairen als reserve militairen nemen deel aan de Nijmeegse vierdaagse op basis van vrijwilligheid. Alle militairen met een oproep werkelijke dienst vallen gedurende de vierdaagse onder de krijgstucht. Alle militairen, behalve de individueel deelnemende Natres militairen, ontvangen wedde. Eiser heeft aangevoerd wedde te willen ontvangen voor het vervullen van werkelijke dienst tijdens de vierdaagse in de jaren 2000 en 2001 en herziening te beogen van de rechtsongelijkheid in het voorschrift 2-1100, paragraaf 3, onder d, derde lid.

Verweerder heeft zich op het standpunt gesteld dat het bezwaar dat eiser heeft tegen het voorschrift 2-1100 Regeling Internationale Vierdaagse Afstandsmarsen niet-ontvankelijk is, omdat op grond van artikel 8:2 van de Awb hiertegen geen beroep kan worden ingesteld. Dat aan eiser geen wedde is betaald, vloeit voort uit de Regeling Internationale Vierdaagse Afstandsmarsen.

In geschil is of verweerder het bestreden besluit op goede gronden heeft genomen.

De rechtbank stelt vast dat verweerder met het besluit van 22 februari 2002 de eerdere beslissing op bezwaar van 7 november 2001 heeft gewijzigd. Het beroep van eiser is op grond van artikel 6:19 van de Awb mede gericht geacht tegen het besluit van 22 februari 2002 (verder: het bestreden besluit). Eiser heeft gelet op de wijziging van het besluit van 7 november 2001 geen zelfstandig belang meer bij het beroep tegen dat besluit en hij dient daarom niet-ontvankelijk te worden verklaard in zijn beroep tegen dat besluit.

Ingevolge artikel 1, onder c, van de Wet voor het reservepersoneel der krijgsmacht wordt onder werkelijke dienst verstaan: dienst gedurende de tijd welke het personeel onder de wapenen doorbrengt.

Ingevolge artikel 1, eerste lid, onder e, 2e, van het Inkomstenbesluit militairen wordt onder werkelijke dienst verstaan: de tijd gedurende welke de militair behoort tot het reservepersoneel en als zodanig feitelijk onder de wapenen is.

Ingevolge artikel 1, onder f, van de Regeling Internationale Vierdaagse Afstandsmarsen hebben de bepalingen in deze regeling uitsluitend betrekking op Nederlandse militairen, Knatres, reserve militairen en geestelijke verzorgers die in werkelijke dienst zijn en gekleed in uniform aan de marsen deelnemen. Aan hen worden faciliteiten van rijkswege verleend.

Ingevolge paragraaf 3, onder d, derde lid, van de Regeling Internationale Vierdaagse Afstandsmarsen (hierna: de Regeling) worden reservisten van Natres die individueel deelnemen niet in werkelijke dienst geroepen en hebben zij geen recht op bezoldiging maar wel recht op gratis verzorging.

De rechtbank gaat uit van de volgende feiten.

Eiser heeft op 10 maart 2000 verzocht de Nijmeegse vierdaagse in 2000 als individueel militair te mogen lopen, omdat het voor eiser niet altijd mogelijk was om met een detachement te trainen. Het verzoek van eiser is ingewilligd en hij is bij brief van 26 juni 2000 in werkelijke dienst opgeroepen. Eiser heeft voor de periode 19 tot en met 21 juli 2000 bij zijn werkgever onbetaald verlof opgenomen om deel te nemen aan de vierdaagse. Uit de loonspecificatie van 25 oktober 2000 is eiser gebleken dat hij geen wedde heeft ontvangen over de periode 17 tot en met 21 juli 2000. Daartegen heeft hij op 6 november 2000 bezwaar gemaakt. Bij brief van 21 december 2000 is aan eiser een ontvangstbevestiging gestuurd. Vervolgens is het bezwaarschrift van eiser bij het intern doorsturen naar de afdeling die het bezwaarschrift diende af te handelen zoekgeraakt. Het Hoofd van de Afdeling

Juridische Zaken van de Staf Nationaal Commando heeft bij brief van 14 mei 2001 eiser verzocht nogmaals zijn bezwaarschrift toe te sturen. Eiser heeft bij brief van 17 mei 2001 aan dat verzoek voldaan. Eiser heeft op 10 maart 2001 verzocht om de Nijmeegse vierdaagse in 2001 als individueel militair te mogen lopen. Het verzoek van eiser is ingewilligd en hij is bij brief van 12 juli 2001 in werkelijke dienst opgeroepen, zij het met de aantekening "Deze oproep is buiten bezwaar van Rijksschatkist". Bij brief van 26 juli 2001 heeft eiser verzocht om in de beslissing op zijn bezwaar van 6 november 2000 tevens de periode van 16 juli tot en met 20 juli 2001 te betrekken. Verweerder heeft vervolgens in zijn beslissing op bezwaar zowel het bezwaar van eiser tegen het niet uitbetalen van wedde over de periode van 17 juli tot en met 21 juli 2000 als het bezwaar van eiser tegen het niet uitbetalen van wedde over de periode van 16 juli tot en met 20 juli 2001 betrokken. Verweerder heeft het besluit om eiser geen wedde te betalen op grond van de Regeling Internationale Vierdaagse Afstandsmarsen in het bestreden besluit gehandhaafd.

De Rechtbank overweegt het volgende.

Verweerder heeft in de beslissing op bezwaar van 7 november 2001 bepaald dat de Regeling een algemeen verbindend voorschrift is. In de beslissing op bezwaar van 22 februari 2002 heeft verweerder dit standpunt niet uitdrukkelijk gewijzigd. De rechtbank is echter van oordeel dat de Regeling een beleidsregel is. De Regeling betreft namelijk een interne regeling voor het Ministerie van Defensie, die bekend is gemaakt. Deze onjuistheid leidt echter nog niet tot vernietiging van het bestreden besluit, omdat (ook) tegen een beleidsregel op grond van artikel 8:2 van de Awb geen beroep kan worden ingesteld.

De rechtbank stelt vast dat het bepaalde in artikel 1, onder f, en in artikel 3, onder d, derde lid, van de Regeling innerlijk tegenstrijdig is. Enerzijds wordt immers het werkingsbereik van de Regeling beperkt tot militair personeel en geestelijke verzorgers die in werkelijke dienst zijn, terwijl anderzijds de mogelijkheid wordt geboden om Natres-personeel niet in werkelijke dienst op te roepen, maar overigens onder het werkingsbereik te brengen.

Het staat vast dat eiser bij brief van 26 juni 2000 en 12 juli 2001 is opgeroepen in werkelijke dienst. Het moet er daarom voor worden gehouden dat paragraaf 3, onder d, derde lid, van de Regeling niet op eiser van toepassing is geacht. Het verweer van gemachtigde van verweerder ter zitting dat de oproepen slechts bestemd zijn als bewijsstuk voor de werkgever van reservisten kan niet worden aanvaard. Bij die benadering zou immers worden voorbij gezien aan het feit dat het hier gaat om een rechtspositioneel besluit, dat een statuswijziging inhoudt. Het bestreden besluit ontbeert derhalve een juiste juridische grondslag en is daardoor in strijd met artikel 7:12, eerste lid, van de Awb. Het bestreden besluit dient in zoverre te worden vernietigd.

Ter zitting heeft gemachtigde van verweerder aangevoerd dat recht op inkomsten bestaat als betrokkene in werkelijke dienst is zoals omschreven in het Inkomstenbesluit militairen. Volgens artikel 1, eerste lid, onder e, 2, van het Inkomstenbesluit militairen wordt onder werkelijke dienst verstaan: de tijd gedurende welke de militair behoort tot het reserve-personeel en als zodanig feitelijk onder de wapenen is. Met "onder de wapenen" wordt bedoeld het opgenomen zijn in een hiërarchische structuur. Volgens gemachtigde van verweerder is daarvan geen sprake bij individuele deelname aan de vierdaagse, omdat het detachementsverband en het opvolgen van orders van een detachementscommandant ontbreken. De rechtbank overweegt dat een reservist in de regel groot verlof heeft. Hij kan door verweerder worden opgeroepen in werkelijke dienst. Wanneer een reservist wordt opgeroepen in werkelijke dienst is hij onder de wapenen. Hierbij gaat het om een formele statuswijziging met rechtspositionele gevolgen (o.m. aanspraak op weddebetaling); een

materiële beoordeling van de feitelijke omstandigheden in werkelijke dienst komt daarbij niet aan de orde. Het is niet van belang of eiser daadwerkelijk binnen een hiërarchische structuur valt of orders ontvangt, zoals door verweerder is betoogd. Doordat eiser als reservist bij brief van 26 juni 2000 en 12 juli 2001 is opgeroepen in werkelijke dienst voor deelname aan de vierdaagse, is hij tijdens de vierdaagse onder de wapenen en heeft hij recht op wedde. Het bestreden besluit ontbeert derhalve ook in zoverre een deugdelijke motivering en is daardoor in strijd met artikel 7:12, eerste lid, van de Awb.

Het bestreden besluit komt voor vernietiging in aanmerking.

Gelet op het vorenstaande verklaart de rechtbank het beroep gegrond.

Ten overvloede merkt de rechtbank op dat de hier in geding zijnde oproepen in werkelijke dienst zijn gebaseerd op artikel 40 van de Regeling aanstelling militairen Koninklijke landmacht 1990, terwijl deze regeling reeds in 1998 is vervangen door de Beleidsregel aanstelling militairen Koninklijke landmacht.

Van omstandigheden op grond waarvan een van de partijen zou moeten worden veroordeeld in de door de andere partij gemaakte proceskosten is de rechtbank niet gebleken.

Beslissing

DE RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE,

RECHT DOENDE:

Verklaart het beroep, voorzover het is gericht tegen het besluit van 7 november 2001, niet-ontvankelijk;

Verklaart het beroep voor het overige gegrond;

Vernietigt het bestreden besluit;

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

Bepaalt dat de Staat der Nederlanden (Ministerie van Defensie) aan eiser het door hem betaalde griffierecht, te weten € 109,36, vergoedt.

NASCHRIFT

1. De Regeling Internationale Vierdaagse Afstandsmarsen (een ministeriële beleidsregel) bepaalt dat reservisten van het Korps Nationale Reserve, die individueel deelnemen aan een vierdaagse afstandsmars, niet in werkelijke dienst worden opgeroepen en (dus) geen recht hebben op bezoldiging. De reserveofficier in de onderhavige zaak was wel in werkelijke dienst opgeroepen. Hij verbleef dus feitelijk onder de wapenen. Echter niet onder de wapenen in de zin van het Inkomstenbesluit militairen, aldus de vertegenwoordiger van de Staatssecretaris van Defensie. Zijns inziens werd met de aanduiding “onder de wapenen” in het Inkomstenbesluit bedoeld: het opgenomen zijn in een hiërarchische structuur; en daarvan was bij individuele deelname aan de vierdaagse geen sprake. Terecht volgde de rechtbank dit (bij mijn weten nimmer eerder ingenomen) standpunt niet.

2. Ook stelde de vertegenwoordiger van de staatssecretaris dat schriftelijke oproepen in gevallen als het onderhavige slechts waren bestemd als bewijsstuk voor de werkgever van de opgeroepen reservist. Ook dit verweer kon de rechtbank niet aanvaarden. “Bij die benadering zou immers worden voorbijgezien aan het feit dat het hier gaat om een rechtspositioneel besluit, dat een statuswijziging inhoudt.”

3. Ook reservisten (en dienstplichtigen) in het genot van groot verlof kunnen, als ieder ander, deelnemen aan de Nijmeegse vierdaagse. Zij kunnen zich, indien zij dit wensen, tevoren tot de Staatssecretaris van Defensie wenden met het verzoek of zij in uniform gekleed aan de vierdaagse mogen deelnemen. Inwilliging van dit verzoek houdt niet in dat

zij tijdens de vierdaagse in werkelijke dienst zijn of feitelijk onder de wapenen verblijven. Het betekent wel dat zij, uitsluitend voor de toepassing van het militaire straf- en tucht-recht, worden geacht in werkelijke dienst te zijn. Dit is bepaald in artikel 62 van het Wetboek van het Militair Strafrecht. Overigens worden ook reservisten en dienstplichtigen die onbevoegdlijk uniformkleding dragen, geacht in werkelijke dienst te zijn. Zie hieromtrent HMG 7 november 1950, MRT 1951, p. 172, m.nt. W.H.V.: “Overwegende dat (...) een dienstplichtige, die met groot verlot is, steeds geacht wordt in werkelijke dienst te zijn zolang hij uniformkleding draagt, onverschillig of hij daarbij al of niet handelt in strijd met administratieve voorschriften.”

G.L.C.

Voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage
Sector bestuursrecht

Uitspraak van 10 juli 2003
Reg.nr. AWB 03/2166 MAW

Mr. A.A.M. Mollee

Schoolbataljon Ermelo III

Een militair van de Koninklijke Landmacht, aangesteld voor onbepaalde tijd, werd in 2001 door de Koninklijke Marechaussee aangehouden wegens verdenking van ontucht gepleegd met leerlingen van het Schoolbataljon Centraal te Ermelo in de jaren 1999 en 2000 toen hij daar als instructeur werkzaam was. Nadat hij in maart 2002 veroordeeld was door de Arrondissementsrechtbank Arnhem voor overtreding van artikel 249 van het Wetboek van Strafrecht (Ontucht met misbruik van gezag) werd een commissie onderzoek ontslag militairen ingesteld. Ook in hoger beroep werd de militair ter zake van artikel 249 veroordeeld. Tegen het arrest van het Gerechtshof Arnhem is beroep in cassatie ingesteld. Bij besluit van 17 maart 2003 is de militair conform het advies van de genoemde commissie op grond van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder l van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) met ingang van 1 april 2003 ontslag verleend. Nadien heeft de Minister van Defensie het ontslagbesluit gewijzigd en de ontslagdatum bepaald op 1 juni 2002. Tegen deze besluiten heeft de militair bezwaar gemaakt. Tevens heeft hij de Voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage verzocht een voorlopige voorziening te treffen.

De Voorzieningenrechter heeft dit verzoek afgewezen. Hoewel er geen onherroepelijke veroordeling is, gaat hij er van uit dat de militair zich heeft schuldig gemaakt aan de hem ten laste gelegde feiten. De Voorzieningenrechter concludeert dat de minister na afweging van de betrokken belangen in redelijkheid van de hem toegekende ontslagbevoegdheid gebruik heeft kunnen maken.

Militaire Ambtenarenwet 1931 artikelen 7 en 8,
Algemeen militair ambtenarenreglement artikel 39, tweede lid, aanhef en onder l
(ontslag wegens wangedrag), Gelijkheidsbeginsel

UITSpraak

Op het verzoek van X, wonende te Y, verzoeker, ten aanzien van het besluit van 31 maart 2003 van de Minister van Defensie, verweerder, waarbij aan verzoeker met ingang van 1 juni 2003 ontslag is verleend.

Zitting

Het verzoek om voorlopige voorziening is behandeld ter zitting van woensdag 2 juli 2003. Verzoeker is in persoon verschenen bijgestaan door mr. B. Damen. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. J. Groenheide en mr. Y. van Wezel.

Beoordeling van het verzoek om een voorlopige voorziening

Ingevolge artikel 8:81 van de Awb kan, indien tegen een besluit bij de rechtbank beroep is ingesteld dan wel, voorafgaand aan een mogelijk beroep bij de rechtbank, bezwaar is gemaakt of administratief beroep is ingesteld, de voorzieningenrechter van de rechtbank die bevoegd is of kan worden in de hoofdzaak, op verzoek een voorlopige voorziening treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.

Voor zover deze toetsing meebrengt dat het geschil in de bodemprocedure wordt beoordeeld, heeft het oordeel van de voorzieningenrechter daaromtrent een voorlopig karakter en is dat niet bindend voor de beslissing in die procedure.

Verzoeker is begin 2001 door de KMar aangehouden en gehoord ter zake van verdiening van ontucht, gepleegd met leerlingen van het Schoolbataljon Centraal in Ermelo, in het tijdvak augustus 1999 tot en met 31 augustus 2000, toen hij daar als instructeur werkzaam was. Per 1 september 2001 is verzoeker regulier overgeplaatst naar Duitsland, waar hij tot zijn ontslag heeft gewerkt.

Op 29 maart 2002 is verzoeker ter zake van overtreding van artikel 249 van het Wetboek van Strafrecht door de Arrondissementsrechtbank Arnhem veroordeeld tot een (voorwaardelijke) militaire detentie van vijf weken, alsmede een geldboete van € 750,-. Naar aanleiding hiervan heeft verweerder op 16 april 2002 verzocht een Commissie Onderzoek Ontslag Militairen (COOM) in te stellen teneinde te onderzoeken of de ontslagredenen, genoemde in artikel 39, tweede lid, onder j,k,l,m en n van het Algemeen Militair Ambtenarenreglement (AMAR) mogelijk op verzoeker van toepassing is.

Op 20 november 2002 heeft het Gerechtshof in Arnhem verzoeker in hoger beroep veroordeeld tot een boete van € 750,- en een voorwaardelijke militaire detentie van vier weken terzake van overtreding van artikel 249, tweede lid van het wetboek van Strafrecht. Het hof achtte bewezen dat verzoeker met vier vrouwen een seksuele relatie heeft gehad waarvoor hij op grond van artikel 249, tweede lid, van het wetboek van strafrecht kwalitatief verantwoordelijk is, nu de vrouwen formeel leerling van het Schoolbataljon waren en verzoeker daar instructeur was. Verzoeker heeft tegen het arrest van het Hof beroep in cassatie ingesteld bij de Hoge Raad.

Op 30 januari 2003 heeft de COOM verweerder geadviseerd verzoeker ontslag te verlenen op grond van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder l van het AMAR. Op 24 februari 2003 is verzoeker door verweerder in kennis gesteld van het voornemen om hem op grond van artikel 39, tweede lid, onder l, van het AMAR te ontslaan.

Op 10 maart 2003 heeft verzoeker zijn zienswijze omtrent dit voornemen kenbaar gemaakt.

Bij besluit van 17 maart 2003 is aan verzoeker op grond van artikel 39, tweede lid, onder l, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) met ingang van 1 april

2003 ontslag verleend uit zijn aanstelling bij het beroepspersoneel voor onbepaalde tijd.

Tegen dit besluit heeft verzoeker bij brief van 19 maart 2003 bezwaar gemaakt.

Bij het thans bestreden besluit heeft verweerder het ontslagbesluit van 17 maart 2003 gewijzigd en de ontslagdatum bepaald op 1 juni 2003.

Verweerder heeft hierbij overwogen dat de persoonlijke omstandigheden van verzoeker in dit opzicht afwijkend zijn van andere ontslagen militairen en rechtvaardigen dat verzoeker alsnog de gelegenheid wordt geboden maatregelen te nemen alvorens hij naar Nederland terugkeert.

Tegen dit besluit heeft verzoeker bij brief van 19 mei 2003, aangevuld bij brief van 22 mei 2003 bezwaar gemaakt. Tevens heeft verzoeker bij brief 22 mei 2003 de voorzieningenrechter verzocht een voorlopige voorziening te treffen.

Verzoeker kan zich niet met het ontslag verenigen en meent dat er een goede kans bestaat dat het bezwaar gegrond zal worden verklaard. Daartoe heeft hij in hoofdzaak het volgende aangevoerd.

Verzoeker bestrijdt voor zover het gerechtshof in Arnhem bewezen achtte dat verzoeker met vier vrouwen een seksuele relatie heeft gehad waarvoor hij op grond van artikel 249, tweede lid, van het wetboek van strafrecht kwalitatief verantwoordelijk was, dat daarbij sprake was van *misbruik van gezag*. Volgens verzoeker is in het hele dossier geen enkele aanwijzing te vinden dat er sprake is geweest van misbruik van gezag in de vorm van beloftes dat een leerling bevoordeeld zou worden, enz, noch dat er sprake is geweest van seksuele relaties *tegen de wil van vrouwelijke seksuele partners, derhalve onvrijwillige relaties*.

Volgens verzoeker blijkt uit een aantal arresten van de Hoge Raad dat enkel een hiërarchische gezagsverhouding onvoldoende is om een gezagsverhouding in de zin van artikel 249 Sr aan te nemen. Wil er sprake zijn van *gezag* dat moet het gaan om een verhouding die berust op juridische, geformaliseerde relatie. Met andere woorden: het gezag moet blijken uit de formele taakomschrijving van de betrokken ambtenaar. Volgens verzoeker valt er een strikte scheiding te maken tussen de AMO compagnieën enerzijds en de Echo compagnie anderzijds. Verzoeker concludeert dat gelet op de taakomschrijving van de AMO instructeur een leerling van de Echo compagnie niet onder het gezag kan staan van een AMO instructeur als zodanig. Uit de functiebeschrijving blijkt dat een instructeur binnen een compagnie optreedt als groepsinstructeur. Uit verschillende verklaringen blijkt dat de "macht" van een instructeur ten aanzien van leerlingen van een andere groep zeer beperkt is en dat deze macht naarmate men hiërarchisch steeds verder van zijn groep verwijderd raakt nog kleiner wordt. De macht van een instructeur dient volgens verzoeker dan ook niet te worden overschat. Hij is rechtspositioneel slechts adviseur, buiten zijn groep heeft de instructeur slechts een gezag dat niet verder gaat dan het gezag dat een meerdere over een mindere op grond van rang en hiërarchie heeft.

Voorts stelt verzoeker dat uit de vaste gedragsregels van het Schoolbataljon volgt dat oprechte relaties tussen instructeurs en leerlingen worden toegestaan mits ze worden gemeld. Wat onder een "oprechte relatie" dient te worden verstaan is overigens volstrekt onduidelijk. Daarnaast blijft onduidelijk, wanneer een dergelijke relatie moet worden gemeld. Volgens verzoeker gingen alle vrouwen geheel vrijwillig de intieme seksuele relatie aan. Geen van hen is gedwongen tot het een en ander; ze waren ook meerderjarig. Het leeftijdsverschil was daarbij overigens niet al te groot. Voorts zijn een aantal relaties begonnen op de eindfeesten aan het eind van de AMO. Hierbij merkt verzoeker op dat twee van de vijf leerlingen ten tijde van de gedraging waren geplaatst bij de Echocompagnie en niet bij een van de AMO-compagnieën. Daarnaast is het initiatief voor de relatie van

beide dames uitgegaan. Daarnaast meent verzoeker dat nu zowel de relatie met de derde leerling als met de vierde leerlinge tot stand is gekomen tijdens een eindfeest en beiden op dat moment materieel en formeel waren geslaagd voor de AMO, de gezagsverhouding zoals bedoeld in artikel 249 Sr was weggevallen op het moment van het ontstaan van de relatie. Anders ligt het evenwel voor de relatie met de vijfde leerling, aangezien deze in de vierde/vijfde week van de AMO heeft plaatsgehad. In dit verband wijst verzoeker erop dat hij niet de groepscommandant was van deze leerling zodat van enig machtsmisbruik geen sprake kon zijn. Volgens verzoeker blijkt uit de stukken dat het deze leerling is geweest, die teneinde haar vastgelopen AMO alsnog te halen, verzoeker het hoofd op hol heeft gebracht. Deze leerling is kort daarna met de opleiding gestopt; hetgeen des te meer pleit voor de onkreukbaarheid en het professionalisme van verzoeker. Voorts is verzoeker van mening dat zijn relaties oprecht waren.

Verzoeker beroept zich op het gelijkheidsbeginsel en meent dat eerdere gevallen relevant kunnen zijn. Verzoeker wijst daarbij op 3 min of meer vergelijkbare zaken waarbij het niet tot een ontslag is gekomen maar waarbij met een ambtsbericht is volstaan. Verzoeker meent dat een aantal van de kennelijk ontlastende elementen (instructeurschap en het melden van de relaties) ook in zijn geval aan de orde zijn.

Naar het oordeel van verzoeker heeft de kwestie onnoemelijk lang geduurd. Pas op 16 april 2002 heeft verweerder een COOM advies gevraagd. Daarvoor was verzoeker weliswaar gehoord door de KMar, maar is hij niet geschorst en heeft hij geen enkele brief gekregen waaruit bleek dat men het voornemen had om hem te ontslaan. Verzoeker heeft in de tussentijd, zeker nadat de zaak niet geheel onopgemerkt in de publiciteit was gekomen, het vertrouwen gevat dat hem geen rechtspositionele maatregelen zouden treffen, in het bijzonder ontslag. Verzoeker acht het ten slotte onbegrijpelijk dat zijn goede beoordelingen niet zijn meegewogen.

De voorzieningenrechter overweegt als volgt.

Ingevolge artikel 39, tweede lid, aanhef en onder l, van het AMAR kan aan de militair verder uitsluitend ontslag worden verleend wegens wangedrag in de dienst, dan wel buiten de dienst voor zover dit gedrag schadelijk is of kan zijn voor zijn dienstvervulling of niet in overeenstemming is met het aanzien van zijn ambt.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat verzoeker spoedeisend belang heeft bij onderhavige procedure inzake zijn ontslag. Met verzoeker acht de voorzieningenrechter van betekenis dat hij door het onderhavige ontslag met een financiële terugval wordt geconfronteerd.

De voorzieningenrechter overweegt vervolgens dat in de onderhavige procedure niet voorbij kan worden gegaan aan het feit dat verzoeker op 20 november 2002 door het Gerechtshof in Arnhem in hoger beroep is veroordeeld tot een boete van € 750,- en een voorwaardelijke militaire detentie van vier weken terzake van overtreding van artikel 249, tweede lid van het Wetboek van Strafrecht.

In artikel 7 van de Militaire Ambtenarenwet 1931 (MAW) is bepaald dat, indien tijdens de behandeling van een beroep blijkt dat een samenhangend strafrechtelijk onderzoek of een tuchtproces aanhangig is, de behandeling tot na afloop van dat onderzoek of dat tuchtproces wordt geschorst. Ingevolge artikel 8 van de MAW geldt een uitspraak van de strafrechter, in kracht van gewijsde gegaan, waarbij de militaire ambtenaar aan enig feit is schuldig verklaard, in een militaire ambtenarenzaak als bewijs van dat feit. De strekking van deze bepaling is dat de militaire ambtenarenrechter geen feiten hoeft vast te stellen die reeds door de strafrechter zijn vastgesteld en die tot een schuldigverklaring hebben geleid en dat de militaire ambtenarenrechter zich niet uitlaat over de vraag of een militair een

bepaald feit heeft gepleegd, zolang de strafrechter zich daarover niet heeft uitgelaten. In deze procedure staat niet ter beoordeling van de voorzieningenrechter of verzoeker zich schuldig heeft gemaakt aan de hem ten laste gelegde feiten. Gelet op de, weliswaar nog niet onherroepelijke, veroordeling gaat de voorzieningenrechter er van uit dat dit het geval is. Ook de rechtbank zal dit bij de behandeling van een eventueel in te stellen beroep van verzoeker te zijner tijd moeten doen, indien de uitspraak van het Gerechtshof in stand blijft. Vorengenoemde bepalingen van de MAW staan er dan ook aan in de weg dat de voorzieningenrechter een oordeel geeft over het door de raadsman van verzoeker gehouden betoog dat verzoeker ten onrechte door het Gerechtshof is veroordeeld.

Nu derhalve vaststaat dat er ten aanzien van verzoeker sprake is van wangedrag in de dienst staat de voorzieningenrechter derhalve voor de beantwoording van de vraag of verweerder na afweging van de betrokken belangen in redelijkheid van de hem toegekende ontslagbevoegdheid gebruik heeft kunnen maken.

Daaromtrent wordt als volgt overwogen.

Anders dan verzoeker ziet de voorzieningenrechter niet dat de bevoegdheid van verweerder om verzoeker te ontslaan verloren zou zijn gegaan omdat tussen de aangifte bij de KMar op 8 december 2000 van de gepleegde ontucht en 16 april 2002, de datum waarop verweerder een COOM advies heeft gevraagd, geruime tijd is verstreken. Van de zijde van verweerder is hieromtrent aangevoerd dat verweerder eerst zekerheid wilde verkrijgen over de feiten en omstandigheden alvorens een COOM om advies te vragen. Dat vervolgens met besluitvorming over ontslag is gewacht totdat de, resultaten van de COOM bekend waren, acht de voorzieningenrechter niet onaanvaardbaar. Gelet op de tegen hem ingestelde strafrechtelijke vervolging alsmede de daarop volgende instelling van een COOM, moet het verzoeker naar het oordeel van de voorzieningenrechter steeds voldoende duidelijk zijn geweest dat met de mogelijkheid van ontslag rekening diende te worden gehouden. De voorzieningenrechter kan verzoeker dan ook niet volgens in diens stelling dat het tijdsverloop, zijn plaatsing te A. en de positieve beoordelingen en beloningen bij hem een in rechte te honoreren verwachting zouden hebben gewekt dat van ontslag zou worden afgezien.

Hetgeen verzoeker heeft aangevoerd over min of meer vergelijkbare gevallen waarbij niet tot een ontslag is besloten maar met een ambtbericht is volstaan heeft de voorzieningenrechter evenmin tot de conclusie kunnen leiden dat het ontslagbesluit niet in stand zou kunnen blijven. Dat sprake zou zijn van een voor de onderhavige procedure relevante ongelijke behandeling ziet de voorzieningenrechter niet nu, zoals door gemachtigde van verweerder ter zitting is medegedeeld, 6 van de 9 vroegere collega's eveneens zijn ontslagen. Met betrekking tot de 3 collega's (O., P. en Q.) die geen ontslag hebben gekregen overweegt de voorzieningenrechter dat uit hetgeen zijdens verweerder met betrekking tot die gevallen is meegedeeld voorshands de conclusie gerechtvaardigd is dat die gevallen niet op één lijn kunnen worden gesteld met de situatie van verzoeker. De voorzieningenrechter merkt hierbij op dat door gemachtigde van verweerder ter zitting is verklaard dat het bij deze 3 collega's telkens ging om een relatie met 1 leerling en dat één van deze relaties is gemeld bij de commandant. In het geval van verzoeker betrof het relaties met 5 leerlingen, waarvan 1 minderjarig, in een periode van 18 maanden, en geen van deze relaties is gemeld bij de commandant. Ook een door verzoeker aangehaald eerder geval (R.) is niet vergelijkbaar omdat hier eveneens sprake was van een relatie met 1 leerling.

Tot slot is de voorzieningenrechter van oordeel dat verzoeker zich niet kan beroepen op het feit dat het hem niet duidelijk was dat oprechte relaties hadden moeten worden gemeld. Uit het COOM-advies blijkt dat verzoeker heeft verklaard dat hij op de hoogte was van de

gedragscode KL. Verzoeker heeft tevens verklaard dat hij bekend was met de omstandigheid dat instructeurs afstand dienen te houden met leerlingen en dat hij van leerlingen in fysiek opzicht af dient te blijven. Tevens had het beleid voor een kaderlid als verzoeker duidelijk moeten zijn en had hij moeten weten dat relaties binnen het schoolbataljon in het algemeen niet als vanzelfsprekend mogen worden beschouwd.

Gelet op het bovenstaande heeft de voorzieningenrechter geen grond voor het oordeel dat verweerder na afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid van de hem toegekende ontslagbevoegdheid gebruik heeft kunnen maken. Dit betekent dat het ontslag naar verwachting in bezwaar stand zal kunnen houden. Het verzoek om toepassing van artikel 8:81 van de Awb komt mitsdien niet voor inwilliging in aanmerking.

Van omstandigheden op grond waarvan een van de partijen zou moeten worden veroordeeld in de door de andere partij gemaakte proceskosten, is de voorzieningenrechter niet gebleken.

Beslist dient derhalve te worden als volgt.

Beslissing

De voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage,

RECHT DOENDE:

Wijst het verzoek om een voorlopige voorziening af.

NASCHRIFT

1. Ontucht met misbruik van gezag

Artikel 249 van het Wetboek van Strafrecht stelt onder de noemer van 'Ontucht met misbruik van gezag' onder meer strafbaar de ambtenaar die ontucht pleegt met een persoon aan zijn gezag onderworpen.

De gebeurtenissen bij het Schoolbataljon Centraal te Ermelo in de jaren 1999 en 2000 hebben geleid tot meerdere veroordelingen ter zake van artikel 249. Verwezen zij naar Rechtbank Arnhem 29 maart 2002, MRT 2003 p. 301 en het vervolg hierop: Gerechtshof Arnhem 20 november 2002, MRT 2003 p. 304. Tegen de uitspraak van het Hof is, evenals tegen het arrest van het Hof dat genoemd is in de onderhavige uitspraak van de Voorzieningenrechter, beroep in cassatie ingesteld.

2. Militaire Ambtenarenwet 1931 artikelen 7 en 8

De artikelen 7 en 8 van de Militaire Ambtenarenwet 1931 geven geregeld aanleiding tot overwegingen en beschouwingen. Recent heeft de Rechtbank 's-Gravenhage (bestuursrecht) haar standpunt met betrekking tot artikel 8 nog eens geformuleerd, mede aan de hand van de kamerstukken over deze bepaling uit 1930 en 1931 (Rb Hg 27 maart 2003, TAR 2003, 87). In een noot heeft G.L. Coolen hierop aansluitend ook een beschouwing gewijd aan artikel 7 (TAR 2003 p. 488-491).

G.F.W.

Centrale Raad van Beroep
Uitspraak van 27 augustus 2003
01/2672 MAW

Voorzitter: Mr. H.A.A.G. Vermeulen; *leden:* Mr.dr.s. Th.G.M. Simons en Mr. J.H. van Kreveld.

Geen vergoeding eigen bijdrage voor bouw nieuwe garage

Appellant, een gewezen dienstplichtige, heeft tijdens het vervullen van de militaire dienst in 1966 een ongeval gehad, waaraan hij een knieletsel heeft overgehouden. Per 1 juli 1976 is aan hem ontslag uit de dienst verleend en met ingang van die datum is hem een militair invaliditeitspensioen toegekend. In 1998 heeft hij bij de minister een verzoek ingediend om een financiële tegemoetkoming eigen bijdrage woningaanpassing. Hij vraagt vergoeding van de kosten van de bouw van een nieuwe garage. Deze was nodig omdat hij zijn bestaande garage vanwege zijn dienstverbandaanpak heeft laten ombouwen tot een slaapkamer met doucheruimte. De rechtbank heeft, na de procedure in bezwaar, de vraag te beantwoorden of de gevraagde vergoeding kan worden aangemerkt als een vergoeding van de eigen bijdrage voor een voorziening krachtens de Wet voorzieningen gehandicapten. Artikel 8 van de Voorzieningenregeling voor militaire oorlogs- en dienstslachtoffers biedt de mogelijkheid een dergelijke eigen bijdrage voor rekening van Defensie te nemen.

De rechtbank overweegt dat de kosten van de bouw van een nieuwe garage nimmer deel hebben uitgemaakt van de door belanghebbende bij de gemeente ingediende aanvraag voor woningverbetering c.q. aanpassing op grond van de Wet voorzieningen gehandicapten. De kosten van de bouw van een nieuwe garage kunnen dan ook niet worden aangemerkt als eigen bijdrage welke voor vergoeding door de Minister van Defensie in aanmerking komt. De Centrale Raad bevestigt de aangevallen uitspraak.

(Voorzieningenregeling voor militaire oorlogs- en dienstslachtoffers, artikel 8, onder b, 3e)

UITSpraak

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

I. Ontstaan en loop van het geding

Namens appellant is op de daartoe bij aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 17 april 2001, nr. AWB 00/04749 MAWKLU, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 5 juni 2003, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. P. Reitsma, advocaat te Harderwijk. Gedaagde heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. M.H.J. Geldof van Doorn, werkzaam bij het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen.

II. Motivering

1. Bij zijn oordeelsvorming gaat de Raad uit van de volgende, als vaststaand aangenomen, feiten.

1.1. In 1966 is appellant tijdens het vervullen van de militaire dienst een ongeval over-

komen waaraan hij knieletsel heeft overgehouden. Met ingang van 1 juli 1976 is aan hem op grond van gebreken ontslag uit militaire dienst verleend en is hem tevens een militair invaliditeitspensioen toegekend.

1.2. Op 4 september 1996 heeft appelland bij het gemeentebestuur van de gemeente Beesel een aanvraag ingediend om een voorziening krachtens de Wet voorzieningen gehandicapten (WVG). Appelland wilde zijn woning zodanig aanpassen dat hij niet meer genoodzaakt zou zijn om trappen te lopen. De aanpassing is gerealiseerd door middel van een verbouwing van de reeds bestaande inpandige garage en bijkeuken tot slaapkamer met doucheruimte.

1.3. Ter zake van de aanpassing heeft het gemeentebestuur van de gemeente Beesel krachtens de WVG aan appelland een financiële tegemoetkoming van f 28.539,21 toegekend. Naar aanleiding van een daartoe door appelland op 23 juli 1998 gedaan verzoek heeft gedaagde hem het restantbedrag van f 18.454,98 vergoed.

1.4. Op - eveneens - 23 juli 1998 heeft appelland gedaagde aansprakelijk gesteld voor de kosten van de inmiddels door hem gerealiseerde nieuwbouw garage, omdat deze kosten volgens hem rechtstreeks voortvloeien uit het hem in 1966 overkomen dienstongeval. Appelland heeft tevens om vergoeding van die kosten verzocht.

1.5. Bij besluit van 23 juli 1999 heeft gedaagde, na bezwaar, zijn weigering gehandhaafd om die kosten te vergoeden. De weigering berust op de vaststelling dat de aanspraak gelet op artikel 115 van het Algemeen militair ambtenarenreglement was verjaard. Gedaagde heeft in dat besluit tevens aangegeven dat zal worden bezien of de kosten op grond van de op artikel X5, vierde lid, van de Algemene militaire pensioenwet (Amp) gebaseerde Voorzieningenregeling voor militaire- en dienstslichtoffers (de Regeling) kunnen worden vergoed.

1.6. Bij het thans bestreden besluit van 21 maart 2000 heeft gedaagde, na bezwaar, zijn weigering gehandhaafd om de nieuwbouwkosten van de garage van appelland te vergoeden. De weigering berust op de grond dat artikel X5, tweede lid, van de Amp en de Regeling geen grondslag bieden om tot vergoeding van dergelijke kosten over te gaan.

2. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het namens appelland tegen het besluit van 21 maart 2000 ingestelde beroep ongegrond verklaard.

3. Appelland heeft zich daarmee niet kunnen verenigen.

3.1. In hoger beroep heeft hij - zakelijk weergegeven - zijn standpunt herhaald dat de verbouwing van de bestaande garage en de nieuwbouw garage als één geheel moeten worden gezien, en dat hij voor dat geheel bij de gemeente Beesel een voorziening krachtens de WVG heeft aangevraagd. Naar de mening van appelland moeten de nieuwbouwkosten van de garage daarom als een eigen bijdrage van hem in de zin van de WVG aan dat geheel worden beschouwd. Op grond van artikel 8 van de Regeling dienen deze kosten dan voor vergoeding in aanmerking te komen.

3.2. Voor het geval dit anders zou zijn, is appelland van mening dat bij hem de rechtens te honoreren verwachting is gewekt dat - niettemin - toepassing zou worden gegeven aan artikel 8 van de Regeling. In dat verband heeft appelland ook in hoger beroep benadrukt dat hij de gang van zaken met betrekking tot de woningaanpassing en de nieuwbouw van de garage steeds heeft afgestemd met de heer [C], hoofd Producteenheid Voorzieningen USZO-Defensie. Appelland acht het uiterst onredelijk dat het hem wordt aangerekend dat hij daarvan geen schriftelijk bewijs kan overleggen.

3.3. Subsidiair heeft appelland zijn standpunt herhaald dat de nieuwbouwkosten van de garage op grond van artikel 15 van de Regeling vergoed dienen te worden, omdat hij die kosten als voortkomend uit het dienstongeval heeft moeten maken.

3.4. Voorts meent appellant dat, mocht een en ander niet in de Regeling zijn uitgewerkt, toekenning van de vergoeding, mede in het licht van artikel X5 van de Amp, dan dient te geschieden op grond van de inherente afwijkingsbevoegdheid van gedaagde.

4. De Raad overweegt als volgt.

4.1.1. Ingevolge artikel 6 van de WVG kan het gemeentebestuur bij verordening bepalen dat de gehandicapte ter zake van een voorziening een eigen bijdrage verschuldigd is.

4.1.2. Ingevolge artikel X5, vierde lid, van de Amp, kan gedaagde, voorzover hier van belang, ten behoeve van - onder anderen - een gewezen dienstplichtig militair die lijdt aan een gebrek dat ten gevolge van een dienstongeval is ontstaan, nadere en zonodig afwijkende regels stellen op grond waarvan deze in aanmerking kan worden gebracht voor onder andere voorzieningen ter verbetering van levensomstandigheden.

4.1.3. Artikel 8 van de Regeling voorziet, voorzover hier van belang, in de financiële tegemoetkoming van de kosten van de eigen bijdrage voor een woonvoorziening krachtens de WVG.

4.1.4. Ingevolge artikel 15 van de Regeling kan in individuele gevallen waarin de Regeling niet of niet in redelijkheid voorziet, van de Regeling worden afgeweken voorzover het voorzieningen betreft die ten tijde van het inwerkingtreden van de Regeling op 1 januari 1997 nog niet bekend of niet voorzienbaar waren en waarvan toevoeging aan de Regeling opportuun wordt geacht.

4.2. Op het op 4 september 1996 door appellant ingediende aanvraagformulier voor een woonvoorziening krachtens de WVG wordt geen gewag gemaakt van een nieuw te bouwen garage. Evenmin heeft de bouwkundig ingenieur van de gemeente met pen op de aanvraag vermeld "+ garage" zoals appellant heeft betoogd. Uit de stukken blijkt immers dat deze vermelding - eerst - is aangebracht op de bouwtekening bij de bouwvergunning-aanvraag van 2 september 1997 voor de woningaanpassing. De Raad volgt appellant dan ook niet in zijn standpunt dat hij bij de gemeente Beesel voor het gehele project van woningaanpassing en nieuw te bouwen garage een voorziening krachtens de WVG heeft aangevraagd.

4.3. Uit het vorenstaande vloeit voort dat de nieuwbouwkosten van de garage reeds om die reden niet als een eigen bijdrage met betrekking tot de door appellant op 4 september 1996 aangevraagde WVG-voorziening kunnen worden aangemerkt.

4.4. De Raad kan appellant evenmin volgen in zijn stelling dat het niet redelijk zou zijn om van hem te verlangen dat hij zijn stelling ten aanzien van de door [C] gedane toezeggingen nader moet onderbouwen. [C] heeft immers ontkend dat hij appellant ter zake van de vergoeding van de nieuwbouwkosten toezeggingen zou hebben gedaan, dan wel bij hem verwachtingen zou hebben gewekt. In het licht daarvan acht de Raad het redelijk van appellant te verlangen dat hij het tegendeel van die ontkenning ten minste aannemelijk maakt.

4.5. Ten aanzien van het door appellant in hoger beroep ingenomen subsidiaire standpunt overweegt de Raad dat er geen grond was artikel 15 van de Regeling toe te passen, nu geen sprake was van een voorziening die ten tijde van het inwerkingtreden van de Regeling op 1 januari 1997 nog niet bekend of niet voorzienbaar was.

4.6. Met zijn beroep op de inherente afwijkingsbevoegdheid van gedaagde miskent appellant dat de Regeling, nu zij berust op de bij artikel X5, vierde lid, van de Amp gegeven bevoegdheid tot regelgeving, algemeen verbindende voorschriften bevat. Voor dergelijke voorschriften geldt de zogeheten inherente afwijkingsbevoegdheid niet.

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

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

6. Beslist wordt daarom als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. Wet voorzieningen gehandicapten

Begin jaren 90 heeft het Kabinet besloten het stelsel van voorzieningen opnieuw in te richten. De formele basis daarvoor is neergelegd in de Wet voorzieningen gehandicapten (WVG), wet van 7 oktober 1993, Stb. 545. Leidende gedachte van de wet is dat voortaan de gemeenten en de AWBZ-uitvoeringsinstellingen voor het verstrekken van leefvoorzieningen verantwoordelijk worden. Degenen die de voorzieningen tot dan toe toekenden (bedrijfsverenigingen en de overheidsinstanties, waaronder Defensie/DZPM) behielden de verantwoordelijkheid voor de zgn. werkvoorzieningen.

Op het punt van de leefvoorzieningen wilde de Minister van Defensie echter ook naar de toekomst toe invulling blijven geven aan zijn bijzondere verantwoordelijkheid voor oorlogs- en dienstslachtoffers. Hij achtte het met name niet gewenst dat een gewezen militair (oorlogs- of dienstslachtoffer, veelal een gewezen dienstplichtige), die op grond van een ongeval in het voormalig Nederlands Indië is aangewezen op voorzieningen, voor het verkrijgen van een vervoersvoorziening op grond van de WVG bij de ene gemeente aangewezen was op een belbus, bij de andere gemeente een zeer geringe tegemoetkoming in taxikosten ontving en bij een derde gemeente, getoetst aan zijn inkomen, helemaal niet in aanmerking zou kunnen komen voor een vervoersvoorziening.

Het daadwerkelijk invullen van die verantwoordelijkheid kon alleen door de uitvoering en het beheer voor deze categorie militairen niet aan de afzonderlijke gemeenten over te dragen maar in eigen hand te houden. Op grond van in 1993 gemaakte beleidsafspraken tussen Defensie en de Vereniging van Nederlandse gemeenten (VNG) is dit als zodanig met betrekking tot de leefvoorzieningen op grond van de WVG dan ook gerealiseerd. Indien er ten aanzien van een belanghebbende sprake is van invaliditeit met dienstverband dan diende deze zijn verzoek om (WVG-) voorzieningen bij Defensie/DZPM in te dienen. De gemeente kon in dergelijke gevallen ook doorverwijzen naar Defensie.

Uitzondering op deze afspraken vormde de uitvoering van bouwkundige voorzieningen, welke van oudsher al vielen onder de Regeling Geldelijke Steun Huisvesting Gehandicapten van het Ministerie van VROM. Deze voorzieningen werden altijd al door de gemeente van inwoning in behandeling genomen en uitgevoerd. Dit is onder de WVG zo gebleven. Wel is in 1993 bepaald dat de Minister van Defensie de ter zake geldende eigen bijdragen die fl. 500,- te boven gaan voor zijn rekening neemt. Dit is nadien ook vastgelegd in de Voorzieningenregeling (zie hierna).

2. Voorzieningenregeling voor militaire oorlogs- en dienstslachtoffers

De Voorzieningenregeling voor militaire oorlogs- en dienstslachtoffers (Regeling van 11 december 1996, Stcrt. 1996, 244, MP-bundel 32-1700) is per 1 januari 1997 in werking getreden. Hiermee is het voorzieningenbeleid zoals dat vóór die datum in een aantal beleidsbrieven aan de centrales voor overheids personeel was vastgelegd, in een ministe-

riële regeling opgenomen. Dit voorzieningenbeleid, dat expliciet een uitvloeisel is van de bijzondere verantwoordelijkheid van de Minister van Defensie voor oorlogs- en dienstslachtoffers, omvat volgens de toelichting op de regeling een zorgplicht die meebrengt dat aan bedoelde groep militairen extra voorzieningen worden verstrekt ter verbetering van de levensomstandigheden. Het gaat daarbij zowel om leefvoorzieningen als werkvoorzieningen. Onder leefvoorzieningen worden bijvoorbeeld verstaan vervoersvoorzieningen (tegenoetkoming in de kosten voor gebruik eigen auto of vervoer taxi, aanpassingen aan de auto, verstrekking rolstoel, eigen bijdrage voor een woonvoorziening in kader van de WVG, extra kledingslijtage e.a.). Onder werkvoorzieningen worden bijvoorbeeld verstaan voorzieningen in het kader van woon-werkverkeer.

3. Uitvoering

Met de codificatie van het uitvoeringsbeleid werd een schriftelijke basis gecreëerd voor de uitvoering van het voorzieningenbeleid zoals dat tot dan toe plaatsvond. Met ingang van 1 januari 1996 is de voormalige Dienst Sociale Zekerheid Militairen (DSZM) van het Ministerie van Defensie deel gaan uitmaken van de nieuwe Uitvoeringsorganisatie Sociale Zekerheid voor Overheid en Onderwijs (USZO). Vanaf 1 januari 1996 ging USZO en meer in het bijzonder het onderdeel USZO Defensie namens de Staatssecretaris van Defensie in mandaat een aantal wetten en regelingen, waaronder de Voorzieningenregeling, voor Defensie uitvoeren. Zie hiervoor ook mijn bijdrage aan het Themanummer Pensioenen en Sociale Zekerheid voor militairen (MRT juli/augustus 1998, pag. 252-262). De van oudsher bestaande Defensietaak, de uitvoering van pensioenen, wachtgelden, uitkeringen en voorzieningen, welke niet meer behoorde tot de kerntaken van Defensie, werd hiermee op afstand geplaatst. Daarbij paste tevens dat de in mandaat uit te voeren regelingen formeel werden vastgelegd. De uitvoering van de Voorzieningenregeling vindt thans plaats door ABP Businessunit Bijzondere Regelingen Defensie (ABP BRD).

4. De uitspraak van de Centrale Raad nader beschouwd.

In de onderhavige uitspraak moet de Raad uitsluitsel geven omtrent de reikwijdte van het begrip "eigen bijdrage" zoals dat in artikel 8 van de Voorzieningenregeling wordt gehanteerd.

Appellant, een gewezen dienstplichtige, kan vanwege zijn knieletsel, dat hij in oktober 1966 tijdens de uitoefening van de militaire dienst heeft opgelopen, niet of nauwelijks trappen lopen. Om die reden heeft hij zijn inpandige garage laten ombouwen tot een slaapkamer met doucheruimte.

Zoals hierboven beschreven moet een tegemoetkoming in de kosten in verband met woningaanpassing of verhuizing in eerste instantie altijd bij de gemeente worden aangevraagd. Op grond van artikel 8 van de Voorzieningenregeling kan vervolgens door Defensie een tegemoetkoming worden verstrekt in de kosten van de eigen bijdrage voor een woonvoorziening krachtens de WVG.

Naar aanleiding van een op 4 september 1994 door belanghebbende bij de gemeente Beesel ingediend verzoek om vergoeding van de kosten van de voornoemde verbouwing heeft de gemeente f 28.500,- van de kosten vergoed. Vervolgens heeft USZO Defensie, de rechtsvoorganger van de huidige uitvoerder ABP BRD, naar aanleiding van een daartoe door betrokkene op 23 juli 1998 gedaan verzoek, de resterende kosten van deze verbouwing van f 18.500,- vergoed.

Op laatstgenoemde datum heeft belanghebbende tevens om vergoeding van de kosten van een inmiddels door hem gerealiseerde nieuwbougarage gevraagd.

De gewezen dienstplichtige heeft in beroep en hoger beroep het standpunt verdedigd dat de aanpassing van de bestaande garage en de bouw van een nieuwe garage als één aanpassing moet worden gezien, waarvoor hij bij de gemeente Beesel een voorziening krachtens de WVG heeft gevraagd. De kosten die niet door de gemeente Beesel zijn vergoed (waaronder dus de kosten van de bouw van een nieuwe garage) merkt betrokkene ook aan als een eigen bijdrage in de zin van de WVG. Deze kosten dienen derhalve, aldus betrokkene, op grond van artikel 8 van de Voorzieningenregeling door Defensie te worden vergoed.

De Raad merkt met betrekking tot dit standpunt het volgende op. In het door betrokkene op 4 september 1996 bij de gemeente ingediende aanvraagformulier wordt op geen enkele wijze gewag gemaakt van een nieuw te bouwen garage. Aangezien de kosten van de bouw van een garage dus nimmer deel hebben uitgemaakt van de in eerste instantie bij de gemeente ingediende aanvraag voor een woningaanpassing, kunnen de openstaande kosten van de bouw van een nieuwe garage reeds om deze reden niet als eigen bijdrage behorende bij deze woningaanpassing worden aangemerkt. De Raad stelt de gewezen dienstplichtige dan ook in het ongelijk.

W.J.S.

BURGERLIJKE RECHTSPRAAK

Rechtbank 's-Gravenhage
 sector civiel recht - voorzieningenrechter
 Uitspraak van 10 september 2003
 zaaknummer KG 03/970

Voorzieningenrechter: Mr. J.S.W. Holtrop

Geen medezeggenschap in sluiting vliegbasis

Naar aanleiding van de bekendmaking dat één van de maatregelen in het kader van het Integraal Defensieplan 2004-2013 de sluiting zou kunnen inhouden van de vliegbasis Twente, berichtte de (voorzitter van de) medezeggenschapscommissie van de vliegbasis de Minister van Defensie dat hij, minister, gehouden was de medezeggenschapscommissie bij het voornemen tot sluiting te betrekken. Tevens sommeerde (!) de (voorzitter van de) commissie de minister toe te zeggen dat in de zaak geen verdere actie zou worden ondernomen, voordat het medezeggenschapstraject volledig zou zijn doorlopen. Toen de minister antwoordde dat zijns inziens een eventueel te nemen besluit tot sluiting van de vliegbasis niet aan de verplichting tot overleg (als bedoeld in het Besluit medezeggenschap defensie) was onderworpen, wendde zowel de voorzitter als de commissie zich tot de voorzieningenrechter, sector civiel recht, van de rechtbank 's-Gravenhage. Zij vorderden de minister op straffe van een dwangsom te verbieden de sluiting van de vliegbasis in de begroting van 2004 (of van enig later jaar) aan de Tweede Kamer te presenteren, voordat de plannen tot sluiting aan de medezeggenschapscommissie waren voorgelegd en de commissie zich over de plannen had kunnen uitspreken. De voorzieningenrechter wees deze vordering echter af. Ook naar het oordeel van de voorzieningenrechter behoorde het (voorgenomen) besluit tot sluiting van de vliegbasis niet tot de onderwerpen van overleg met de medezeggenschapscommissie.

(Art. 22 lid 2 Besluit medezeggenschap defensie)

VONNIS

in kort geding van de medezeggenschapscommissie van de vliegbasis Twente en de voorzitter van deze commissie, eisers,
 procureur jhr. mr. A.J. Sandberg,
 advocaat mr. R. Moszkowicz te Nieuwegein,
 tegen: de Staat der Nederlanden (Ministerie van Defensie), zetelende te 's-Gravenhage, gedaagde,
 procureur mr. A. Castermans.

1. De procedure

Ter terechtzitting op 3 september 2003 heeft mr. Moszkowicz verzocht om als zelfstandig eiser te mogen toevoegen de heer [eiser sub 2], voorzitter van de medezeggenschapscommissie van de Vliegbasis Twenthe. Mr. Castermans heeft desgevraagd verklaard hier tegen geen bezwaar te hebben, waarna de voorzieningenrechter het verzoek heeft toegestaan. Voorts heeft mr. Moszkowicz bevestigd dat alleen de Staat is gedagvaard en niet tevens de Bevelhebber van de Luchtmacht, zoals aanvankelijk in de uitgebrachte dagvaarding was vermeld.

2. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 3 september 2003 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

1.1. Op verzoek van de Tweede kamer heeft de Minister van Defensie bij brief van 30 juni 2003 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer laten weten dat het kabinet zal besluiten over maatregelen die het profiel van de krijgsmacht in de komende jaren zullen bepalen. De definitieve maatregelen zijn onderdeel van het Integraal Defensieplan 2004-2013 en zullen in de defensiebegroting voor 2004 worden voorgesteld.

1.2. In een toespraak tot het personeel op 30 juni 2003 heeft de Bevelhebber van de Luchtmacht meegedeeld dat één van de maatregelen zou kunnen betreffen de sluiting van de Vliegbasis Twenthe.

1.3. Bij brief van 16 juli 2003 hebben eisers gedaagde medegedeeld dat hij gehouden is hen te betrekken bij het voornemen om de vliegbasis te sluiten en hem gesommeerd toe te zeggen dat geen verdere actie zal worden ondernomen totdat het medezeggenschapstraject volledig is doorlopen.

1.4. Bij brief van 18 juli 2003 heeft gedaagde aan eisers medegedeeld, dat een eventueel door regering, in samenspraak met het parlement te nemen besluit tot sluiting van de Vliegbasis Twenthe niet is onderworpen aan een verplichting van de Staat tot overleg met of het vragen van advies aan de medezeggenschapscommissie. Gedaagde heeft voorts meegedeeld dat, nadat een eventueel besluit is genomen, de Bevelhebber der Luchtmacht een beleidsvoornemen tot reorganisatie bekend zal maken. Aan de hand van het vervolgens op te stellen Voorlopig Plan tot reorganisatie zal de medezeggenschapscommissie worden betrokken bij de specifiek op de eigen organisatie-eenheid betrekking hebbende aspecten en de gevolgen daarvan voor het personeel.

3. De vordering, de gronden daarvoor en het verweer

Eisers vorderen -zakelijk weergegeven - :

a. gedaagde op straffe van een dwangsom te verbieden de in het Integraal Defensieplan 2004-2013 neergelegde sluiting van de vliegbasis, separaat dan wel in de begroting van

2004 of enig later jaar aan de Tweede Kamer te presenteren, dan wel enige uitvoerings-handeling te verrichten terzake de sluiting van de vliegbasis Twenthe, voordat de plannen tot sluiting van de vliegbasis aan de medezeggenschapscommissie zijn voorgelegd en de medezeggenschapscommissie zich daarover heeft kunnen uitspreken;

b. gedaagde op straffe van een dwangsom te veroordelen om binnen twee dagen na dit vonnis de aan het Integraal Defensieplan 2004-2013 ten grondslag liggende studie aan hen ter beschikking te stellen.

Daartoe voeren eisers - kort samengevat - het volgende aan.

Op basis van het Besluit Medezeggenschap Defensie (BMD), alsmede van de Uitvoeringsaanwijzing met betrekking tot het voeren van overleg bij reorganisaties binnen de Koninklijke Luchtmacht (UrorKlu) en de Regeling overlegprocedures bij reorganisaties (ROR) heeft de vliegbasis een medezeggenschapscommissie ingesteld. De commissie heeft een adviesrecht terzake alle plannen en maatregelen die direct zien op de werkzaamheden van het personeel. Omtrent de plannen tot sluiting van de vliegbasis is de medezeggenschapscommissie niet geconsulteerd, terwijl genoemde plannen na de derde dinsdag van september door middel van politieke besluitvorming onherroepelijk zullen worden. De personele gevolgen van dit besluit kunnen niet worden geabstraheerd van het voorgenomen besluit.

Bij de aankondiging van de reorganisatieplannen is gesteld dat er een studie ter tafel zou liggen waaruit zou blijken dat sluiting van de basis de enige juiste oplossing zou zijn voor de aan de reorganisatie ten grondslag liggende problemen en doelstellingen. Ondanks herhaald verzoek hebben eisers het genoemde rapport niet ontvangen.

Gedaagde voert gemotiveerd verweer dat hierna, voorzover nodig, zal worden besproken.

4. De beoordeling van het geschil

4.1. Voorzover gedaagde betoogt dat eiseres sub 1 niet-ontvankelijk is wordt geoordeeld dat, ook als de medezeggenschapscommissie geen rechtspersoonlijkheid heeft, moet worden aangenomen dat zij bevoegd is als partij in een burgerlijk geding op te treden om te kunnen opkomen tegen eventuele inbreuken op haar als zodanig in de wet verleende rechten.

4.2. Gedaagde heeft onweersproken aangevoerd dat het voorgenomen besluit tot sluiting van de Vliegbasis Twenthe onderdeel is van ingrijpende maatregelen, zoals bijvoorbeeld de sluiting en afstoting van verschillende andere locaties en het terugbrengen van het aantal fregatten, mijnenbestrijdingsvaartuigen, jachtvliegtuigen en gevechtshelicopters, die het kabinet van plan is te nemen met betrekking tot de omvang en de samenstelling van de krijgsmacht. Deze maatregelen zijn nodig - aldus gedaagde - om te voldoen aan de van het Ministerie geverge bezuinigingsmaatregelen, terwijl al langere tijd sprake was van de noodzaak om kritisch te kijken naar de taken van de defensieorganisatie.

4.3. Artikel 22 lid 2 van het Besluit Medezeggenschap Defensie luidt:

“De vaststelling van de taken van het ministerie en delen daarvan, het beleid ten aanzien van die taken en de uitvoering van die taken zij geen onderwerp van overleg, behoudens voorzover het de gevolgen daarvan betreft voor de werkzaamheden van de werknemers.”

De voorzieningenrechter volgt gedaagde in zijn verweer dat voormeld voorgenomen besluit geen onderwerp is van overleg. Daarop wijst recente jurisprudentie (HR 26 januari 2000, NJ 2000/223 en HR 1 maart 2002, NJ 2002/295) inzake het aan artikel 22 lid 2 BMD verwante artikel 46d onder b van de Wet op de Ondernemingsraden (WOR). De Hoge Raad heeft in voormelde, met de onderhavige casus vergelijkbare gevallen beslist dat blijkens de parlementaire geschiedenis de wetgever van de medezeggenschap ingevolge de WOR heeft willen uitsluiten de in artikel 46d onder b WOR omschreven (voor-

genomen) besluiten die door democratisch gecontroleerde organen worden genomen. Uit de wetsgeschiedenis valt op te maken dat de wetgever deze (beperkte) uitleg van artikel 46d onder b WOR uitdrukkelijk heeft gewild teneinde de besluitvorming door democratisch gecontroleerde organen niet te hinderen. Met betrekking tot deze besluiten geldt derhalve ook niet het adviesrecht van de ondernemingsraad wanneer aan die besluiten personele gevolgen inherent zijn, doch die besluiten niet in het bijzonder strekken tot regeling van die gevolgen. Gelet op hetgeen onder 3.1 is overwogen, moet het onderhavige voorgenomen besluit dat onderdeel uitmaakt van de voorgestelde maatregelen in de defensiebegroting worden beschouwd als een zodanig besluit. Deze maatregelen die ter wille van een optimale uitvoering van het defensiebeleid worden genomen, behoren volgens voormelde jurisprudentie tot het primaat van de politiek en zijn onttrokken aan het medezeggenschapsrecht. Er is dan ook geen ruimte voor een ander oordeel, ook niet als in aanmerking wordt genomen dat het voorgenomen besluit onmiskenbaar (mede) is ingegeven door bezuinigingsoverwegingen.

4.4. Het is duidelijk dat het besluit ingrijpende personele gevolgen zal hebben. Gedaagde heeft echter meegedeeld dat, nadat een eventueel besluit is genomen, de Bevelhebber van de Luchtmacht een beleidsvoornemen tot reorganisatie bekend zal maken en dat de medezeggenschapscommissie zal worden betrokken bij de specifiek op de eigen organisatie-eenheid betrekking hebbende aspecten en de gevolgen daarvan voor het personeel. Eisers kunnen zich voorts richten tot de wetgever die de plannen van het kabinet voor een nieuwe krijgsmacht zal beoordelen.

4.5. Gelet op het voorgaande heeft gedaagde in redelijkheid kunnen besluiten om eisers nog niet te betrekken bij de voorgenomen maatregelen. De vordering onder a. is daarom niet toewijsbaar. De overige door gedaagde opgeworpen verweren behoeven dan ook geen bespreking meer.

4.6. Gedaagde heeft voorts betwist dat er een studie zou bestaan, waarin de motivering te vinden zou zijn dat juist de vliegbasis Twenthe en niet een andere basis gesloten moet worden. Volgens gedaagde is de besluitvorming vanzelfsprekend voorbereid door de politieke, departementale en militaire gezagsdragers, ondersteund door hun staf. Als de Bevelhebber van de Luchtmacht op 30 juni 2003 heeft gesproken over enigerlei studie, zoals eisers aanvoeren, dan doelde hij volgens gedaagde op deze voorbereiding. Eisers hebben hiertegenover niet nader onderbouwd dat sprake is van een speciale studie, die de status heeft van een rapport dat vatbaar is voor inzage. De vordering onder b. is daarom evenmin toewijsbaar.

4.7. Aangenomen moet worden dat eiseres sub 1 naar analogie van artikel 22a WOR niet in de proceskosten kan worden veroordeeld. Eiser sub 2 zal dan ook, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

Wijst de vorderingen af.

Veroordeelt eiser sub 2 in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van gedaagde begroot op € 908,—, waarvan € 205,— aan griffierecht.

NASCHRIFT

1. Ingevolge artikel 22, eerste lid, van het Besluit medezeggenschap defensie (hierna: BMD) wordt bij elke (onder het Ministerie van Defensie vallende) diensteenheid door of namens het hoofd van de eenheid overleg gevoerd met een medezeggenschapscommissie

over aangelegenheden die de diensteenheid betreffen (met uitzondering van individuele personeelszaken) en waarvan het hoofd van de eenheid of de medezeggenschapscommissie behandeling wenst of waarover op grond van het Besluit overleg moet worden gevoerd. In aansluiting op het eerste lid bepaalt artikel 22 lid 2 BMD: “De vaststelling van de taken van het ministerie en delen daarvan, het beleid ten aanzien van die taken en de uitvoering van die taken zijn geen onderwerp van overleg, behoudens voorzover het de gevolgen betreft voor de werkzaamheden van de werknemers.” Gelet op deze bepaling kon de voorzieningenrechter de minister volgen in diens stelling dat de voorgenomen sluiting van de vliegbasis Twente niet behoorde tot de onderwerpen van overleg met de medezeggenschapscommissie.

2. In de onderhavige zaak hadden de medezeggenschapscommissie en de voorzitter van de commissie zich gewend tot de voorzieningenrechter van de sector civiel recht van de rechtbank. Dit kan. Zie hieromtrent HR 15 november 2002, TAR 2003, nr. 12, m.nt. E.Brederveld (TAR 2003, p. 483). De commissie en de voorzitter hadden zich ook kunnen wenden tot de voorzieningenrechter van de sector bestuursrecht van de rechtbank, dus tot de militaire ambtenarenrechter. Het bestreden besluit steunde immers (uiteindelijk) op de Militaire Ambtenarenwet 1931 (hierna: MAW). Zie hieromtrent Vzgr. Rb Den Haag 28 februari 2003, TAR 2003, nr. 69. Ook toen steunde het bestreden besluit op het BMD. De militaire ambtenarenrechter verklaarde zich bevoegd van het geschil kennis te nemen, overwegende: “Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is het besluit van de bevelhebber (de Bevelhebber der Luchtstrijdkrachten) over een geschil als bedoeld in artikel 35 BMD aan te merken als een besluit ter uitvoering van de MAW, aangezien, naar vaste jurisprudentie van de militaire kamer van de rechtbank, een besluit dat berust op een regeling die is gegeven ter uitvoering van artikel 12 MAW, moet worden aangemerkt als een besluit op grond van deze wet als bedoeld in artikel 4 MAW. Zo geldt dit bijvoorbeeld voor besluiten die berusten op het Algemeen militair ambtenarenreglement, op het Inkomstenbesluit militairen e.d.; met betrekking tot het BMD is dit niet anders.” Artikel 4 MAW luidt: “In afwijking van artikel 8:7 van de Algemene wet bestuursrecht is voor beroepen tegen besluiten op grond van deze wet de rechtbank te ‘s-Gravenhage bevoegd.” Voor de behandeling van deze beroepen voorziet artikel 5 MAW in de instelling, bij de rechtbank, van een militaire kamer.

G.L.C.

RESOLUTIES VEILIGHEIDSRaad VN

door

MAJOOR MR. R.H.G. GILISSEN

Inleiding

Dit is mijn eerste bijdrage aan de serie Resoluties Veiligheidsraad VN, nadat Luitenant-kolonel mr. H. Herber het samenstellen van deze bijdrage heeft beëindigd. De opzet van de serie is enigszins gewijzigd. Slechts die resoluties aangaande operaties waar de Nederlandse krijgsmacht aan deelneemt zullen worden behandeld. Daarbij zal ik de juridisch meest opvallende zaken weergeven. Natuurlijk blijft het mogelijk dat zo nu en dan een andere resolutie relevant voor Nederland zal worden behandeld. In deze bijdrage zal ik ingaan op Irak, Afghanistan, Bosnië en Liberia.

Irak: SFIR (Stabilization Force Iraq)

SFIR is de grootste vredesoperatie waar Nederland op dit moment aan deelneemt. Vanwege de omvang van de Nederlandse bijdrage (ongeveer 1340 militairen) start ik met het aangeven van de voor onze krijgsmacht juridisch opvallende zaken die in de sinds de operatie Iraqi Freedom opgestelde resoluties aangaande Irak naar voren komen. In 2003 zijn door de Veiligheidsraad, sinds de start van de door de VS en GB gevoerde operatie Iraqi Freedom, drie resoluties tot stand gebracht (1483, 1500 en 1511). In Verenigde Naties Veiligheidsraadresolutie (UNSCR) **1483** d.d. 22 mei 2003 geeft de Veiligheidsraad steun aan de Amerikaans / Britse motivatie van Iraqi Freedom, door in één van haar eerste overwegingen het belang te benadrukken van het ontwapenen van Irak met betrekking tot massavernietigingswapens¹⁾. Een in vele media betwiste grondslag voor Iraqi Freedom leidt via deze resolutie derhalve wel tot een taakstelling voor Nederlandse militairen deelnemende in de VN-operatie, waarbij zij, als (niet omschreven?) nevenrol, deelnemen aan de zoektocht naar de massavernietigingswapens²⁾. Nederlandse militairen, en anderen, misschien gestuurd door berichten in de media, die deelnemen in SFIR en de juridische legitimatie daarvan betwijfelen, kunnen in resolutie 1483 een bevestiging zien van het hoofdargument ten grondslag liggend aan Iraqi Freedom en het optreden van SFIR. Dat begin 2004 nog geen massavernietigingswapens zijn gevonden doet niets af aan de internationaal breed gedragen stelling t.a.v. deze wapens in deze resolutie. Het waren zeker niet alleen de VS en UK die 'Weapons of Mass Destruction' als reden tot ingrijpen hebben aangedragen. Naast de wellicht wat obligatoir overkomende verwijzing naar de soevereiniteit en de territoriale integriteit van Irak, stelt de Veiligheidsraad vast ('recognizing') dat de VS en UK als bezettingsmacht ('occupying powers') onder internationaal recht een bepaalde autoriteit en verantwoordelijkheden bezitten en verplichtingen hebben³⁾. Verder wordt in deze resolutie opgemerkt dat landen onder de VS en UK, genoemd 'the Authority',

¹⁾ Zie voor een kritisch geluid t.a.v. deze resolutie en de Nederlandse deelname aan SFIR Dick Leurdijk op: http://www.clingendael.nl/cli/focus/Iraq/periodicals/2003_5_AP_Leurdijk.pdf

²⁾ Weliswaar is nergens aangegeven dat de Nederlandse militairen in Irak een taak dienen te vervullen in de zoektocht naar massavernietigingswapens, maar de vondst van 10 december 2003, waarbij Nederlandse militairen met uranium versterkte munitie vinden, doet anders vermoeden.

³⁾ Voor een goed overzicht over de 'juridische aspecten m.b.t. bezetting' verwijs ik naar een verslag van het Nederlandse Rode Kruis, Sectie Humanitair Oorlogsrecht met deze titel. Met name het Landoorlogreglement (1907) en de Vierde Conventie van Genève zijn hier van belang.

kunnen opereren. Die landen zijn dan geen bezetter. Een wiskundige zal hierover oordeelen dat je geen deel van een verzameling kan zijn zonder dat je eigenschappen van die verzameling bezit. Het als land kunnen opereren onder het commando van de Autoriteit, zijnde de bezettingsmacht, en zelf dan geen status (of zekere eigenschappen) van bezetter hebben is een, niet slechts juridisch relevant, gegeven. Moreelpsychologisch en ook feitelijk gezien is het te verdedigen dat Irakezen SFIR troepen, niet zijnde VS of UK, ook als bezetter zien. Echter het is de internationale gemeenschap die via de Veiligheidsraad tot uitdrukking heeft gebracht dat, gegeven de situatie, andere landen onder de Autoriteit kunnen opereren, zonder zelf de status van bezetter te verkrijgen. De Veiligheidsraad heeft daarmee duidelijk gemaakt dat deze landen, anders dan de VS en UK, alleen een rol hebben in de wederopbouw van Irak. Als deel van die wederopbouw zal de op te richten 'Iraqi Interim administration' (IIA) in samenwerking met de Autoriteit en de VN de weg vrij moeten maken voor een nieuw representatief Iraaks bestuur.

Vervolgens gaat de na Iraqi Freedom tot stand gekomen UNSCR 1483 uitgebreid in op de diverse facetten van de wederopbouw en herstelbetalingen. In de taken die Nederlandse militairen nu binnen de stabilisatiemacht in Irak uitvoeren zien we duidelijk de in deze resolutie genoemde facetten van wederopbouw. Zo is in de Zuid-Iraakse stad Basra een militair jurist van de Koninklijke Luchtmacht werkzaam in de hervorming van diverse juridische instanties, waaronder rechtbanken en de rechterlijke macht, in de regio. Hij, net als alle andere niet-Iraakse militairen in Irak, zal voor zijn juridische status te rade moeten gaan bij de Status of forces agreement die de Autoriteit, als bezettingsmacht, heeft afgekondigd. De jurisdictie, de rechtsmacht – de mogelijkheid recht te spreken ten aanzien van betrokkene – blijft bij het land dat de militair heeft uitgezonden. Ook wanneer straks een werkend judicieel systeem in Irak aanwezig is zal, zolang de Autoriteit het hoogste gezag is, een aan de wederopbouw van Irak helpende militair in principe door zijn eigen thuisland worden berecht. Ook alle anderen die deel uit maken van de coalitietroepen (militair en civiel) hebben deze zekerheid⁴).

Op 14 augustus 2003 is **UNSCR 1500** tot stand gekomen. In een zeer beknopte resolutie verwelkomt de Veiligheidsraad de op 13 juli 2003 gestichte Governing Council of Iraq (hierboven al aangehaald als IIA) als een eerste stap naar de formatie van een internationaal erkende, representatieve regering. Wat de bevoegdheden van deze, door de VS samengestelde, 25-koppige overgangsregering – naast of onder de voor de bezetters besturende Autoriteit ('Coalition Provisional Authority') – nu precies zijn blijft buiten dit kader. In UNSCR 1500 besluit de Veiligheidsraad vervolgens tot de United Nations Assistance Mission for Iraq (UNAMI). Deze missie had de taak het mandaat voortvloeiende uit UNSCR 1483 te implementeren. Het tragische vervolg van deze missie met als climax de bomaanslag van 19 augustus 2003, waarbij het hoofd van deze missie, de Special Representative van de SGVN voor Irak, Sergio Vieira de Mello, werd gedood, is bekend. Sinds kort⁵) wordt weer bekeken of de UN-missie in Irak kan worden (her)opgestart.

Op 16 oktober 2003 heeft de Veiligheidsraad, de door de VS opgestelde, **UNSCR 1511** aangenomen. Met deze resolutie is vastgesteld dat de situatie in Irak, hoewel verbeterd, nog

⁴) De Autoriteit heeft op 15 november 2003 met de Governing Council de Agreement on Political Process gesloten. Zij zullen uiterlijk eind maart 2004 een overeenkomst sluiten, waarin de status (Sofa) en de rol is vastgelegd van de landen die vanaf 1 juli 2004 (geplande datum ingang overgangsregering) deelnemen aan de multinationale stabiliteitsmacht. Voor meer over Sofa verwijs ik naar datgene dat eerdere schrijvers hierover in het MRT hebben geschreven. Zie o.a. Lt-Kol mr. H. Herber in MRT 2003 afl.10, p.423 e.v.

⁵) 28 januari 2004 geldt als laatste datum waarop informatie ten grondslag liggende aan dit stuk, is geactualiseerd.

steeds een bedreiging voor de internationale vrede en veiligheid vormt. In de aanhef wordt nogmaals de tijdelijkheid van de Autoriteit en de soevereiniteit van de staat van Irak benadrukt. Deze soevereiniteit zou voorlopig gewaarborgd zijn met de in UNSCR 1500 al aangehaalde Governing Council. Vervolgens wordt de Autoriteit opgeroepen om - zo snel dat 'praktisch mogelijk' is 'as soon as practicable' - de bestuurlijke verantwoordelijkheden en autoriteiten over te dragen aan het Iraakse volk. Deze overdracht van bestuursverantwoordelijkheden gaat inmiddels op 1 juli 2004 haar eerste fase in met een vanaf die datum functionerende overgangsregering. De begin 2003 en ook nog ten tijde van UNSCR 1511 genoemde periode voor algemene verkiezingen, zijnde juni 2004, wordt inmiddels niet door iedereen als 'praktisch haalbaar' geacht. Verwijzend naar Hoofdstuk VII van het Handvest van de VN autoriseert de Veiligheidsraad in resolutie 1511 een multinationale troepenmacht alle nodige middelen te gebruiken - 'take all necessary means' - om bij te dragen aan de handhaving van de veiligheid en stabiliteit in Irak. Een discussie over gevolgen van 'Hoofdstuk VII' en 'all necessary means' voor (de robuustheid van) de Rules of Engagement (ROE) acht ik steeds minder van belang. In veruit de meeste, zo niet alle, van de na Srebrenica tot stand gekomen vredesmissies zien we namelijk dat de Veiligheidsraad kiest voor robuuste ROE. Hoofdstuk VI ('peace keeping') of hoofdstuk VII ('peace enforcing'); de missies en de bijbehorende ROE groeien naar elkaar toe en zullen uiteindelijk versmelten. Of de betrokken partijen nu een vredesakkoord hebben gesloten of niet: de VN zal, nadat dat besluit in de Veiligheidsraad is genomen, de vrede en veiligheid trachten te handhaven. Mogelijke softheid van het VN-optreden zal niet vaak meer worden geopperd. De bomaanslag op het VN-hoofdkwartier in Bagdad zal dit proces bespoedigen. In resolutie 1511 worden verder de leden van de VN opgeroepen de multinationale troepenmacht te steunen, financieel en met troepen. Ook worden in diverse onderdelen van de resolutie landen en organisaties opgeroepen onmiddellijk ('immediately') gelden beschikbaar te stellen voor de opbouw van Irak. Dit geldt, de troepen en de aanduiding van de rollen van de belangrijkste deelnemers in dit proces door de Veiligheidsraad heeft als doel zo spoedig mogelijk te kunnen komen tot een daadwerkelijke invulling van een Iraakse soevereiniteit.

Afghanistan: ISAF (International Security Assistance Force)

Op 12 september 2001, één dag na de aanslagen op het WTC in New York, heeft de Veiligheidsraad **UNSCR 1368** aangenomen. Het recht op zelfverdediging, individueel of collectief, wordt daarin gememoreerd. Waarna, in voor de Veiligheidsraad ongebruikelijk sterke bewoordingen, de terroristische aanslagen van de dag daarvoor in New York, Washington en Pennsylvania worden veroordeeld. Daarna worden alle staten opgeroepen samen te werken om de daders, diegene die de aanslagen hebben georganiseerd en ondersteund, ter verantwoording te roepen, te straffen ('to bring to justice'). Na deze resolutie heeft de Veiligheidsraad een hele serie resoluties aangenomen die terrorisme tot onderwerp hebben⁶⁾. Daarvan is met **UNSCR 1378** d.d. 14 november 2001, 2 maanden na de aanslagen, voor het eerst expliciet de link gelegd tussen het internationale terrorisme en Afghanistan. Als vervolg hierop kan **UNSCR 1383** d.d. 6 december 2001 worden gezien als eerste verwijzing naar ISAF. In UNSCR 1383 wordt namelijk aangeduid dat de Veiligheidsraad steun toezegt bij de implementatie van de Bonn Agreement⁷⁾ en de annex

⁶⁾ O.a. op 28 september UNSCR 1373, op 12 november UNSCR 1377, op 14 november UNSCR 1378, op 6 december 1383 en op 20 december UNSCR 1386 (allen nog in 2001).

⁷⁾ Het vredesverdrag d.d. 6 december 2001 getekend te Bonn. Als uitvloeisel van dit verdrag is een Military Technical Agreement gesloten tussen ISAF en de Afghaanse Interim Regering. Als annex daarvan is een Sofa voor ISAF opgesteld. Deze geldt dus ook voor de Nederlandse militairen in Afghanistan.

daarbij. In Annex 1 van dit verdrag is ISAF daadwerkelijk tot stand gebracht. De expliciete autorisatie en het doel van ISAF is bewerkstelligd met **UNSCR 1386**. Hierin autoriseert de Veiligheidsraad de oprichting van ISAF voor zes maanden om de Afghaanse overgangsregering o.l.v. President Hamid Karzai (the ‘*Afghan Interim Authority*’) te assisteren bij het creëren van een veilige situatie in en rondom de hoofdstad Kaboel. Hierna is met **UNSCR 1413** het mandaat van ISAF voor zes maanden verlengd en wordt, net als in de voorgaande resolutie gerefereerd aan hoofdstuk VII en ‘*to take all necessary measures*’ om het mandaat van ISAF invulling te geven. In dit proces neemt Nederland samen met Duitsland op 10 februari 2003 het bevel over ISAF van Turkije over⁸⁾. Waarna op 11 augustus 2003 het commando van ISAF is overgedragen aan de NAVO.

Voorgaande resoluties, en de ontplooiing van ISAF in Kaboel en omstreken, hebben niet geleid tot een verbetering van de veiligheidssituatie in (grote) delen van Afghanistan. **UNSCR 1510** d.d. 13 oktober 2003 ligt dientengevolge ten grondslag aan de uitbreiding van het mandaat van ISAF en de uitbreiding van ISAF v.w.b. de troepensterkte⁹⁾. In deze resolutie benadrukt de Veiligheidsraad het belang van een uitbreiding van het centrale gezag van de Afghaanse regering naar alle gebieden van Afghanistan. Dit (mede) naar aanleiding van een brief van de Minister van Buitenlandse zaken van Afghanistan d.d. 10 oktober 2003, waarin deze verzoekt de inzet van ISAF uit te breiden tot de gebieden (ver) buiten Kaboel. Reeds op 6 oktober 2003 heeft de Secretaris Generaal van de NAVO aan de SGVN een brief gericht over deze uitbreiding. De Veiligheidsraad autoriseert in UNSCR 1510 deze uitbreiding. In dit verband heeft minister Kamp de wens uitgesproken dat Nederland, ter ondersteuning van de VN-missie die wordt uitgevoerd door de NATO, Apache-gevechtshelikopters naar Afghanistan stuurt. Vanwege de uitbreiding van de Nederlandse bijdrage met dit, in potentie, zeer krachtige wapen is duidelijkheid vereist omtrent het mandaat dat met de resoluties is vastgesteld. In het bijzonder zijn de ROE en hun uitleg in relatie tot de taken die de Apaches gaan uitvoeren van belang. Opvallend hierbij is dat de Veiligheidsraad in deze resolutie ISAF oproept nauw samen te werken met de Afghaanse (overgangs-)regering en haar opvolgers, de Special Representative van de SGVN als ook met de ‘*Operation Enduring Freedom Coalition*’ tijdens de implementatie van het mandaat. Met het leggen van deze verbinding tussen ISAF en Operation Enduring Freedom (opererend als CJTF 180) heeft de Veiligheidsraad niet bijgedragen tot een duidelijk onderscheid tussen ISAF en Operation Enduring Freedom. Het Amerikaanse credo ‘*Different mission, same enemy*’ is ook niet erg verhelderend. Wellicht dat het door SACEUR¹⁰⁾ uit te brengen Concept of Operations (CONOPS) 10302, dat uitvoering geeft aan UNSCR 1510, meer duidelijkheid verschaft.

Bosnië-Herzegovina / Kroatië: SFOR

De laatste resolutie over SFOR, **UNSCR 1491**, dateert van 11 juli 2003. De kern van deze resolutie is dat het mandaat van SFOR voor een periode van 12 maanden is verlengd. Verder

⁸⁾ ISAF telt dan rond de 4800 militairen, onder wie 650 man van de Koninklijke Landmacht en de Koninklijke Marechaussee. Zie voor meer over de toenmalige Nederlandse bijdrage: http://www.mindef.nl/nieuws/parlement/brieven/070203_afghanistanupdate.html

⁹⁾ Als tussentijdse resolutie is nog te vermelden UNSCR 1419 d.d. 26 juni 2002 over de verkiezing van Karzai door de Loya Jirga en de oprichting van de Transitional Authority. Tevens is vermeldenswaardig UNSCR 1444 d.d. 27 november 2002, waarin Duitsland en Nederland zijn vernoemd als de landen die gezamenlijk de leiding van ISAF van Turkije over willen nemen.

¹⁰⁾ Supreme Allied Commander Europe; de hoogste militair binnen de NAVO, tot heden altijd een Amerikaanse viersterren-generaal / admiraal.

worden de ondertekenaars van de Dayton-vredesverdragen herinnerd aan allerlei afspraken die zij daar hebben gemaakt. Blijkbaar is dit nodig¹¹⁾. Vastgesteld is in deze resolutie dat de situatie in de regio een bedreiging voor de internationale vrede en veiligheid blijft vormen. Daarna wordt, verwijzend naar Hoofdstuk VII, de regering van Bosnië-Herzegovina erop gewezen dat zij de primair verantwoordelijken zijn voor een verdere implementatie van de Dayton-vredesverdragen. Daarbij wordt expliciet opgemerkt dat een volledige medewerking aan het International Tribunal for the Former Yugoslavia (het ICTY) essentieel is. Voor Nederland is van belang hierbij dat SFOR in de eerste helft van 2004 zal worden vermindert tot ongeveer 7000 militairen¹²⁾. De Nederlandse bijdrage zal daarbij naar verhouding nog verder worden verkleind. Dit werd duidelijk tijdens een bijeenkomst op 1 december 2003 die de NAVO-ministers van Defensie hebben gehouden. Tijdens deze bijeenkomst hebben de meeste ministers, inclusief de Amerikaanse minister van Defensie, verklaard voorstander te zijn van de beëindiging van SFOR eind 2004. Gelet op het voorgaande is de aandacht voor SFOR en de Balkan als geheel in deze bijdrage beperkt.

Liberia: UNMIL (United Nations Mission In Liberia)

De Nederlandse deelname aan UNMIL is gebaseerd op **UNSCR 1509** d.d. 19 september 2003 (als vervolg op resolutie 1497 d.d. 1 augustus 2003). De Koninklijke Marine neemt deel aan de operatie met het schip de Rotterdam, dat m.n. dienst doet als varend hospitaal. UNMIL is 1 oktober 2003 van start gegaan en heeft een mandaat voor 12 maanden. VN-Resolutie 1509 stemt in met het sturen van 15.000 troepen naar Liberia ter ondersteuning van de implementatie van een staakt-het-vuren en het vredesakkoord dat op 18 augustus werd getekend tussen de regering en de rebellen en dat zich richt op de verkiezingen in 2005. Het mandaat behelst in hoofdlijnen: het ondersteunen van de implementatie van het staakt-het-vuren, bescherming van VN-personeel en faciliteiten, het ondersteunen van humanitaire hulpverleners en andere humanitaire activiteiten en het ondersteunen van de implementatie van het vredesproces.

¹¹⁾ Zo zijn zowel de Serviërs, de Bosnische Serviërs als de Kroaten op regeringsniveau aangesproken op hun niet ideale medewerking aan het International Tribunal for the Former Yugoslavia (het ICTY).

¹²⁾ Brief van de Minister van Defensie, Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 28 676, nr. 9.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Boeken en tijdschriften

The Military Law and the Law of War Review

In de loop van 2003 zijn verschenen de delen 1-2 en 3-4 van zowel 2001 als van 2002. Het gaat erop lijken dat het de nieuwe directeur van deze uitgave van de International Society for Military Law and the Law of War, mr. S. Horvat, gaat lukken de Review volgend jaar 'bij de tijd' te brengen. Het geheel overziende, moet worden geconstateerd dat de bijdragen in meerderheid afkomstig zijn van Belgische auteurs. De constatering doet niets af aan hun verdienste, maar wordt slechts gemaakt bij wijze van aansporing aan Nederlandse deskundigen om ook hun aandeel te leveren.

Deel 1-2 van 2001 behelst – ondermeer, naast bijvoorbeeld een artikel dat enige twijfel doet rijzen aan het werkelijkheidsgehalte van de *Implementation of the Law of Armed Conflict by the Chinese People's Liberation Army* - drie artikelen die lezenswaard zijn in het verlengde van het MRT-themanummer van oktober 2003 over *Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties*.

Alfons van Heusden, als jurist werkzaam bij het Belgische Ministerie van Landsverdediging, geeft in zijn artikel *De toepassing van het internationaal humanitair recht op militaire operaties van de Verenigde Naties* (pp.13-38) de ontwikkeling weer die de opvattingen binnen het VN-Secretariaat-Generaal en in de praktijk tijdens de uiteenlopende soorten van vredesoperaties terzake hebben doorgemaakt. Hij beschrijft enerzijds de beperkingen die het IHR aan de deelnemers aan de vredesoperaties oplegt en anderzijds de bescherming die zij ervan mogen verwachten.

Verder zijn twee artikelen opgenomen over *Rules of Engagement*.

Het eerste (pp. 160-179) is getiteld *Les règles d'engagement: Norme juridique nouvelle?* Christian Gossiaux, juridisch adviseur bij de Belgische Landmachtstaf, beschrijft daarin eerst de politieke, juridische en operationele factoren die op de formulering van de ROE van invloed zijn en gaat vervolgens nader in op de juridische status van de ROE. Hij stelt dat de ROE tot geen enkele van de in artikel 38 van het Statuut van het Internationaal gerechtshof genoemde bronnen van internationaal recht zijn te herleiden. De ROE zijn door een internationale organisatie uitgevaardigde directieven, die niet in strijd mogen zijn met het nationale recht van de aan de vredesoperatie deelnemende landen. Om te kunnen gelden als een bevel om geweld te gebruiken moeten ze worden vertaald in wettige bevelen van nationale commandanten, die tot gehoorzaamheid verplichten en bij niet nakomen waarvan strafvervolgning kan plaats vinden. De *Richtlijnen van de Secretaris-Generaal inzake de nakoming van het Internationaal Humanitair Recht door VN-vredes machten* (*Secretary-General's Bulletin*) van 6 augustus 1999 zijn, juridisch gezien, 'slechts' aanbevelingen en aanwijzingen van de hoogste VN-functionaris, bestemd voor de onder VN-leiding aan vredesoperaties deelnemende troepen, maar ze hebben geen dwingende kracht en geven ook niet uitputtend de toepasselijke regels van het IHL weer.

Het daarop volgende artikel van luitenant-kolonel SBH Bruno Janssens met de titel *Inzetregels* (pp. 181-207) is vooral belangwekkend omdat daarin meer concreet wordt ingegaan op de structuur en de procedures voor het opstellen van ROE en de rol van de juridische adviseurs daarbij.

Deel 3-4 van 2001 bevat het register op de jaargangen 1962 - 2001 van de Review.

Deel 1-2 van de jaargang 2002 bevat ook een bijdrage over de ROE, namelijk het artikel van major Mark David Maxwell (U.S. Army) getiteld *Individual Self-defense and the Rules of Engagement: Are the Two Mutually Exclusive?* (pp.39-50). Maxwell uit kritiek hierop dat in de ROE, zoals die voor de Amerikaanse strijdkrachten zijn ontwikkeld sedert de Viëtnam oorlog, zowel de regels voor *mission accomplishment* als die voor *self-defense* worden behandeld. Dit heeft volgens hem tot gevolg dat in de praktijk de beperkingen die gelden met betrekking van doelen en wapensystemen bij de uitvoering van de missie worden verward met de regels voor de zelfverdediging van de individuele militair. Anders gezegd: er wordt geen duidelijk onderscheid gemaakt tussen *national self-defense* en *individual self-defense*. Het bestaan van dit grijs gebied heeft, zoals de auteur met voorbeelden aangeeft, tot onnodig verlies van mensenlevens geleid. Hij bepleit opsplitsing in twee afzonderlijke documenten, en ook simulator training, zoals bij de FBI gebruikelijk, om te leren wanneer wel en niet te schieten in zelfverdediging.

Andere vermeldenswaardige artikelen in dit deel zijn de volgende:

Military Peacemaking: Mission Impossible? (pp.13-31) door Roberta Abbott (Carleton University, Ottawa). Aan militairen die worden ingezet in vredesoperaties worden 'tegen-natuurlijke' eisen gesteld, waaraan zij moeilijk kunnen voldoen, vaak slechts ten koste van psychische problemen voor henzelf. De auteur gaat in op de motivatie van de uitgezonden militairen, die van de strijdende partijen en op de biologische en sociale oorzaken van agressie. Zij maakt duidelijk hoe moeilijk het voor de goedbedoelende militairen is om neutraal te blijven en niet agressief te worden: "*If he walks like a soldier, talks like a soldier and goes into combat trained as a soldier, he is likely to behave as a soldier, not as a 'peacemaker'.*"

The Laws of Armed Conflict, The Right to Self-defense, and the United States Military Operation Against Afghanistan (pp. 104-128) door Max Hilaire Ph.D. (Morgan State University, Baltimore). Schrijver wijst erop dat de Veiligheidsraad in zijn resoluties 1368, 1373 en 1378 (2001) weliswaar de aanval van 11 september 2001 niet uitdrukkelijk als een *armed attack* als vorenbedoeld heeft aangemerkt, maar deze wel als *a threat to international peace and security*. En ook, dat de VR weliswaar niet uitdrukkelijk het recht van de VS op gewapende zelfverdediging daartegen heeft erkend, maar wel stilzwijgend met de Amerikaanse actie heeft ingestemd, ook met het voortzetten daarvan nadat de VR zelf de ISAF had ingesteld. Hij pleit ervoor artikel 51 van het VN-Handvest aldus te wijzigen dat daarin onder *armed attack* terroristische aanvallen mede worden begrepen.

The Kosovo War and the Norms of International Law (pp. 195-214) door László Valki (Eötvös Universiteit, Boedapest). De auteur stelt de volgende vragen: "Was the air campagne in compliance with the present international order? Could the air campagne be considered as lawful humanitarian intervention?". Hij beantwoordt deze twee vragen ontkenkend, maar betoogt vervolgens ook dat de "*present legal order is not in compliance with the present systems of international relations*" en dat die zou moeten worden gewijzigd, echter zonder aan te geven hoe.

Deel 3-4 (2002). In dit deel twee artikelen waarin de geschiedenis wordt beschreven van de totstandkoming en de werking van de Belgische Wet van 1993, gewijzigd in 1999, inzake de strafbaarstelling van 'ernstige inbreuken' op de verplichtingen voortvloeiende uit de Conventies van Genève en de Aanvullende Protocolen: *Le rôle des organisations non-*

gouvernementales dans le processus législatif belge en matière de Droit humanitaire (1864-2002) (pp. 13-39) door mr. S. Horvat, en *Les Protocoles Additinnels aux Conventions de Genève, La répression des infractions graves par la Belgique* (pp. 86-107) door Damien VanderMeersch .

Verder drie artikelen die handelen over al dan niet toegelaten strijdmiddelen.

Een juridische beoordeling van de 12.7 mm multipurpose munitie (pp. 145-155) leidt de auteur, Alfons van Heusden, tot de conclusie dat deze -door het IRK in strijd met de Verklaring van St. Petersburg van 1868 geachte- pantserdoorborende, explosieve, brandstichtende (APEI) munitie weliswaar primair ontworpen is voor gebruik tegen materiële doelen, maar dat onder omstandigheden het gebruik tegen personen niettemin geoorloofd kan zijn.

In *Een voorbeeld van een nieuwe gevechtsmethode, het bombarderen vanop 15.000 voet* (pp. 163-171) betoogt de Belgische luitenant-kolonel dr. Jeffrey Sprokkels dat deze met de *zero casualties policy* verband houdende methode niet in strijd hoeft te zijn met de eis van het onderscheiden tussen burger- en militaire doelen en het voorkomen van onnodige *collateral damage*, op voorwaarde van een zorgvuldige doelkeuze en het gebruik van precisiewapens.

In *L'évaluation juridique de nouveaux systèmes d'armes* (pp. 180-187) geeft majoor (Aviation) Yves Durieux een beknopte beschrijving van de wijze waarop Australië, Noorwegen, Zweden en de Verenigde Staten voldoen aan de verplichting van artikel 36 van Aanvullend Protocol I om nieuwe wapens en strijdmethodes te toetsen op hun verenigbaarheid met het IHL.

Van de hand van prof. mr. N. Keijzer is op pp. 193-214 een artikel over *Command Responsibility* opgenomen, waarin op heldere wijze wordt uiteengezet hoe, zowel volgens post-WOII rechtspraak als volgens recente internationale tribunalen moet worden geoordeeld over de aansprakelijkheid van -met name, maar niet alleen- militaire meerderen voor misdaden begaan door ondergeschikten. Meer in het bijzonder wordt ingegaan op de criteria van artikel 28 van het Statuut van het Internationaal Strafhof.

Als laatste is in dit deel van de Review (pp. 227-241) opgenomen het door de directeur van het seminar, kolonel mr. Jan-Peter Spijk, geleverde verslag van het zeer geslaagde (vijfde) *Seminar for Legal Advisers*, dat onder auspiciën van de International Society for Military Law and the Law of War van 16-20 oktober 2002 is gehouden in Boedapest en dat was gewijd aan de vele aspecten van *Military Operations Abroad*.

Mr. A.J.T. Dörenberg

Auteursaanwijzingen

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

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

REDACTIECOMMISSIE:

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

VASTE MEDEWERKERS:

- 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, 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. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar. Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan Sdu Servicecentrum Uitgevers. Zij die het M.R.T. van rijkswege verstrekt krijgen, dienen zich voor kennisgeving van adreswijzigingen te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren.

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


Nederlands
uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVII

April 2004

Aflevering

4

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

De inzet van contractors bij crisisbeheersingsoperaties; door Mr. Joop Voetelink..... 129

Strafrechtspraak

Ah 01.03.04 **Slapen op post**
Een marinier, in Irak op post gesteld, valt tijdens de uitoefening van deze wachtdienst in slaap. De militaire kamer veroordeelt de militair wegens het misdrijf, omschreven in artikel 107 lid 1 WvMS. De vraag of tijdens het begaan van het feit ter plaatse tijd van oorlog gold, beantwoordt de militaire kamer ontkennend. (Naschrift G.L.C) 148

Bestuursrechtspraak

CRvB 21.08.03 **Rechtbank 's-Gravenhage blijft competent in militaire pensioen-zaken**
De Centrale Raad is van mening dat bij de introductie van de Kaderwet militaire pensioenen en de Besluiten, waarbij de specifieke aanspraken voor militairen en hun nabestaanden zijn geregeld, niet is beoogd wijziging te brengen in de rechtsmacht van de militaire kamer van de rechtbank 's-Gravenhage. (Naschrift W.J.S.)..... 155

CRvB 09.10.03 **Niet tekortgeschoten in het verlenen van nazorg**
De Staatssecretaris van Defensie is in het verlenen van nazorg (na uitzending) niet tekortgeschoten. Het bestreden besluit is door eerste rechter ten onrechte vernietigd. (Naschrift G.L.C.)..... 160

Annotatoren:

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

BIJDRAGEN

De inzet van contractors bij crisisbeheersingsoperaties

door

MR. JOOP VOETELINK

LUITENANT KOLONEL VAN DE KONINKLIJKE LUCHTMACHT¹⁾

Inleiding

Door de eeuwen heen is de Nederlandse krijgsmacht bij de voorbereiding en uitvoering van militaire operaties teruggevallen op ondersteuning vanuit de private sector. Zo besteedde bijvoorbeeld al in de 17^{de} eeuw de Republiek der Verenigde Nederlanden bij de voorbereidingen op de oorlogen tegen Frankrijk de productie van brood en het vervoer daarvan naar het leger uit aan een private ondernemer.²⁾ Ook in de moderne tijd blijft civiele ondersteuning van militaire operaties noodzakelijk. Recente conflicten laten zelfs zien dat civiele bedrijven ('contractors') op steeds grotere schaal en tot in het operatiegebied worden ingezet.³⁾ Een moderne crisisbeheersingsoperatie is zodoende zelden een exclusief militair domein.

Nederlands beleid gaat er vooralsnog van uit dat crisisbeheersingsoperaties '*in principe uitsluitend door militairen*' dienen te worden uitgevoerd.⁴⁾ In uitzonderlijke gevallen kunnen niet-militairen toch worden uitgezonden door hen tijdelijk als militair aan te stellen (te '*militariseren*'). In de praktijk echter zendt Nederland regelmatig, zij het op beperkte schaal, contractors en hun civiel personeel uit, zonder tijdelijke militaire aanstelling. Dit kan een welkome versterking van de uitzendingspanningen betekenen.⁵⁾ Wel moet dan de bijzondere, van de militair afwijkende positie van dit civiel personeel in het oog worden gehouden. Zo maakt het internationaal humanitair recht een duidelijk onderscheid tussen militairen en burgers. Inzet van contractors doet het onderscheid vervagen. Verder zien internationale afspraken tussen landen tot nu toe zelden op de positie van contractors hetgeen de civiele ondersteuning aan een operatie kan bemoeilijken. Tot slot wordt de verhouding van contractors tot de krijgsmacht grotendeels bepaald door de inhoud van een contract. Uitzending in het kader van een militaire operatie stelt aanvullende eisen aan de inhoud van het contract.

In tegenstelling tot bijvoorbeeld de VS kent Nederland op dit gebied geen richtlijnen.⁶⁾ Nu '*de uitvoering van crisisbeheersingsoperaties onverminderd aan belang wint*'⁷⁾ waar-

¹⁾ Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

²⁾ Prof. Dr. Roos (red), Van marketentster tot logistiek netwerk. De militaire logistiek door de eeuwen heen, Amsterdam 2002, p. 80-82.

³⁾ Met name Amerikanen hebben hiermee ruime ervaring opgedaan; tijdens de Golfoorlog in 1991 was de verhouding civiel personeel – militairen 1:36; bij de operaties in Bosnië 1:10 en in Colombia in de oorlog tegen drugs 1:6, zie Michael E. Guillory, *Civilianizing the force: is the United States crossing the Rubicon?*, 51 AFLR 111. Duidelijke informatie over de verhoudingen tijdens Operation Iraqi Freedom is op dit moment nog niet beschikbaar, Roxana Tiron, *National Defense Magazine*, September 2003.

⁴⁾ Nota P/97005788 van 4 september 1997 van de Staatssecretaris van Defensie, Uitzending van burgerpersoneel Defensie bij vredes- en humanitaire operaties.

⁵⁾ '*...contracting can be an effective force multiplier.*' Joe A. Fortner, *Institutionalizing contractor support on the battlefield*, Army Logistician, July/August 2000.

⁶⁾ Zie bijvoorbeeld Hoofdstuk V van Joint Publication 4-0 (*Doctrine for Logistic Support of Joint Operations*) van de Amerikaanse Joint Chiefs of Staff over de inzet van contractors en de benaderingen van de verschillende krijgsmacht delen.

⁷⁾ Prinsjesdagbrief van de Minister van Defensie van 16 september 2003, p. 23.

bij de inzet van civiel personeel zeer goed mogelijk is, is het nuttig stil te staan bij de juridische aspecten rond de inzet van civiel personeel. Voor de duidelijkheid: in deze bijdrage versta ik onder civiel personeel het personeel dat in dienst is van een door Defensie gecontracteerd civiel bedrijf (contractor). Andere 'burgers' zoals lokaal ingehuurd personeel en burgerambtenaren in dienst van Defensie vallen niet onder deze term.

Ter inleiding zal ik eerst in het algemeen stilstaan bij de ontwikkeling van de inzet van contractors en ingaan op het Nederlandse beleid en de praktijk. Hierbij komt ook de tijdelijke aanstelling als militair van civiel personeel aan de orde. In deze bijdrage blijft de aandacht gericht op de juridische aspecten rond inzet zonder dat sprake is van militarisering. Deze aspecten komen in het daarop volgend gedeelte aan bod, beginnend met de positie van civiel personeel onder het internationaal humanitair recht. Daarna besteed ik aandacht aan de verdragen die de status van de uitgezonden eenheden regelen (de zgn. Status of Forces Agreements (SOFA's). Hierbij ga ik kort in op internationale samenwerkingsafspraken (Memoranda of Understanding; MOU's). Ik eindig met de contractuele bepalingen die de contractor en de Staat der Nederlanden (Defensie) aan elkaar binden.

Afgesloten wordt met een samenvatting en conclusie.

Algemeen

In een artikel over oorlogvoering in de 21^{ste} eeuw noemt Michael Schmitt de groeiende militaire afhankelijkheid van civiel personeel bij oorlogsvoering als een van de vier revolutionaire ontwikkelingen op militair gebied.⁸⁾ De laatste tien tot vijftien jaren worden in toenemende mate civiele bedrijven ingezet voor het uitvoeren van werkzaamheden die gewoonlijk door de strijdkrachten zelf worden verricht. Zo is onderhoud van wapensystemen zoals gevechtshelikopters en luchtafweersystemen door de leverancier op zich niet nieuw. Wel dat een contractor de dienstverlening tot in het operatiegebied voortzet ('from factory to foxhole').⁹⁾ Hierbij moet de kanttekening worden gemaakt dat het begrip operatiegebied veel ruimer moet worden opgevat dan vroeger. Door het grotere bereik en de aard van moderne (wapen)systemen zijn de grenzen verder opgeschoven;¹⁰⁾ zie bijvoorbeeld de veranderde inzet van het luchtwapen of de ontwikkelingen op het gebied van Information Operations.

In een aantal gevallen maakt personeel van burgerbedrijven zelfs al deel uit van de bemanning van de systemen. Zo werd tijdens Operation Iraqi Freedom de Predator, een *unmanned aerial vehicle*, gezamenlijk bediend door militairen en civiel personeel.¹¹⁾ In andere gevallen worden contractors ingezet voor bewapende taken. Voorbeelden zijn de bewaking van Amerikaanse bases in Bosnië door particuliere beveiligingsdiensten¹²⁾ en de bescherming van de Afghaanse president Karzai door beveiligers van de firma DynCorp. In beide gevallen werd de taak eerder door militairen uitgevoerd. Dergelijke opdrachten kunnen op het werkterrein komen van wat tegenwoordig wel wordt aangeduid met de term

⁸⁾ Michael N. Schmitt, 'Bellum Americanum: The U.S. view of twenty-first century war and its possible implications for the law of armed conflict', Michigan Journal of International Law, 1998, volume 19.

⁹⁾ Eric A. Orsini en Gary T. Bublitz, Contractors on the battlefield: Risks on the road ahead? Army Logistician (1999) afl. 1. p. 131.

¹⁰⁾ Michael N. Schmitt spreekt in dat verband dan ook over de 'battlespace' in plaats van de 'battlefield' (The principles of discrimination in 21st century warfare, The Yale Human Rights & Development Law Journal).

¹¹⁾ Rapport van de Amerikaanse rekenkamer, Military Operation, Contractors provide vital services to deployed forces but are not adequately addressed in DOD plans, (GAO-03-695), 24 June 2003, p. 8.

¹²⁾ Idem, p. 8.

Private Military Companies (PMC's);¹³⁾ gespecialiseerde bedrijven die op commerciële basis militaire diensten aanbieden, inclusief de inzet van (gewapend) personeel voor observatie, bewakings- en gevechtstaken.¹⁴⁾

Op het internationale vlak is de aanzet tot de grotere civiele betrokkenheid bij operaties gegeven door omvangrijke personele reducties in een periode dat de nieuwe internationale verhoudingen tot een sterke groei in internationale (vredes)missies leidden.¹⁵⁾ Om kosten te besparen op personeel, opleidingen et cetera, wendden landen zich steeds vaker tot de private sector voor ondersteuning van de strijdkrachten.¹⁶⁾ Naast kostenoverwegingen is de toenemende complexiteit van militaire apparatuur een tweede argument om de civiele sector in te zetten. Ontwikkelingen in de informatie- en communicatietechnologie maken het mogelijk om technisch hoogwaardige apparatuur als geïntegreerde (wapen)systemen in te zetten. Voor het onderhoud van en aanpassingen aan deze systemen moet onder alle omstandigheden een betrouwbare ondersteuning door de industrie gewaarborgd zijn. In het Amerikaanse leger worden daarom vertegenwoordigers van de leveranciers van bijvoorbeeld Patriot en Apache zelfs geïntegreerd in de militaire eenheden ingezet¹⁷⁾. Tot slot vinden operaties in toenemende mate plaats in of vanuit landen waar slechts beperkt kan worden teruggevallen op ondersteuning door het gastland (Host Nation Support, HNS) of op ondersteuning door coalitiepartners.¹⁸⁾ Waar deze ondersteuning te kort schiet kan met de inzet van contractors de dienstverlening worden zeker gesteld.¹⁹⁾

Deze overwegingen lijken vooralsnog geen grote invloed te hebben op het Nederlandse beleid. Het handboek *Competitieve Dienstverlening (CDV)* stelt bijvoorbeeld dat diensten *'die moeten kunnen worden geleverd in een situatie waar de aard van de potentiële dreiging noopt tot optreden van militair personeel en/of militair materieel, bijvoorbeeld in vredesafdwingende omstandigheden'* niet in aanmerking worden gebracht voor de uitbesteding aan de marktsector (paragraaf 2.3.).²⁰⁾ Toch zijn de bovengenoemde overwegingen ook relevant voor Nederland. De bezuinigingsronden van de laatste jaren kunnen ook hier aanleiding zijn om uit kostenoverwegingen alternatieven binnen de private sector te zoeken. Daarnaast onderhoudt Nederland een in omvang bescheiden, maar moderne krijgsmacht.²¹⁾ Zeker voor een kleine organisatie is het niet efficiënt personeel op te leiden voor

¹³⁾ Private Military Companies: Options for Regulation, Green Paper uitgegeven door het Britse Foreign and Commonwealth Office, February 2002.

¹⁴⁾ Inzet van PMC's in deze rol is dubieus aangezien hun activiteiten raakvlakken kunnen hebben met het optreden van huurlingen.

¹⁵⁾ Een voorbeeld: terwijl het aantal militairen met 38% werd verminderd werd de U.S. Army bijna veertig maal uitgezonden tegenover tien uitzendingen in het Koude Oorlog tijdperk (Mafruza Khan, Business on the battlefield: the role of private military companies, Corporate research E-letter No. 30, dec 2002).

¹⁶⁾ Zie de inleiding van de Secretary of State van het Verenigd Koninkrijk op de Green Paper Private Military Companies: Options for Regulation, uitgegeven door het Britse Foreign and Commonwealth Office, February 2002.

¹⁷⁾ Men spreekt ook wel over een *'habitual relationship'* waarbij *'technical representatives deploy, train, and serve on the battlefield with the unit'*, zie Guillory, voetnoot 3.

¹⁸⁾ Zo bestaan met het Verenigd Koninkrijk (VK) en de Verenigde Staten (VS) speciale wederzijdse steunverlenings afspraken waarvan ook tijdens operaties gebruik kan worden gemaakt: het MOU inzake Provision of mutual logistic support van 19 april 1999 met het VK en het Mutual Defense Assistance Agreement van 27 januari 1950 en uitvoeringsovereenkomsten met de VS.

¹⁹⁾ David W. Reeve, Contractors in the British logistics support, Army Logistician, May-June 2001.

²⁰⁾ CDV is een concept waarmee interne dienstverlening in competitie wordt gebracht met potentiële externe dienstverlening (Paragraaf i.3, Handboek CDV, 22 november 2000).

²¹⁾ In de Prinsjesdagbrief 2003 (voetnoot 7) benadrukt de Minister van Defensie dat Nederland zich voor operaties *'moet blijven richten op kwalitatief en vaak ook technologisch hoogwaardige militaire bijdragen...'*

elk niveau van onderhoud. Tot slot zijn Nederlandse detachementen altijd beperkt in omvang. Dat betekent dat in vrijwel alle gevallen moet worden teruggevallen op HNS of steun van coalitiepartners, eventueel aangevuld met civiele ondersteuning.

Voorlopig lijkt Nederland een operatiegebied ‘groen’ te willen houden.²²⁾ Dat neemt niet weg dat bij de verschillende crisisbeheersingsoperaties contractors op ad hoc basis worden ingezet voor onderhoud of reparatie van systemen (*system contracting*).²³⁾ Zo kon voor ondersteuning van de KDC-10 tijdens Operation Enduring Freedom worden teruggevallen op personeel van Boeing en bij de NAVO-operatie Display Deterrence in het voorjaar van 2003 in Turkije had in noodgevallen een beroep kunnen worden gedaan op onderhoudspersoneel van de Patriot-leverancier. Voor een succesvolle uitvoering van de missies was dit onontbeerlijk. Ook bij *support contracting* zet Nederland contractors in. Tijdens de United Nations Mission in Ethiopia and Eritrea (UNMEE) 2000/2001 zijn twintig civiele monteurs en chauffeurs ingezet ten behoeve van het Mariniersbataljon.²⁴⁾

In het verlengde van *support contracting* ligt de inhuur van lokaal personeel voor bijvoorbeeld vertaaldiensten, onderhoud, schoonmaak en andere werkzaamheden ten behoeve van een uitgezonden eenheid.

Civiel personeel zou tijdelijk als militair kunnen worden uitgezonden. Art 11 van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) maakt het mogelijk iemand tijdelijk als militair aan te stellen (te ‘militariseren’). Ook bij inzet van buitenlandse contractors bestaat deze mogelijkheid omdat bij een tijdelijke aanstelling kan worden afgeweken van de voorwaarde in het bezit te zijn van het Nederlanderschap (art. 11, tweede lid, j^o art. 5, eerste lid, onder a, AMAR). Zowel de betrokken persoon als de contractor met wie hij een arbeidscontract heeft, zal met de constructie moeten instemmen. Art. 11 AMAR wordt vaak toegepast bij noodzakelijk geachte inzet van burgerambtenaren van Defensie²⁵⁾ en bij civiele deskundigen (bijvoorbeeld tolken en logistieke ondersteuning) die ‘*direct vanuit de civiele arbeidsmarkt*’²⁶⁾ zonder tussenkomst van een contractor worden aangesteld. Op deze wijze worden de militaire arbeidsvoorwaarden, die zijn toegesneden op het vervullen van taken in het kader van zulke operaties²⁷⁾, ook op de burgerambtenaren en civiele deskundigen van toepassing.

In de praktijk wordt de tijdelijke aanstelling als militair niet gebruikt bij de inzet van civiel personeel dat al in een arbeidsverhouding staat met de contractor. Een uitzondering had de voorgenomen maar niet uitgevoerde uitbesteding van de Defensie Telematica Organisatie (DTO) kunnen zijn. In een conceptovereenkomst was de bepaling opgenomen dat in geval van ‘operationele omstandigheden’²⁸⁾ civiel personeel tijdelijk bij het militair-

²²⁾ In de woorden van Luitenant-generaal Van Baal in een interview in Carré ‘Zodra echter de ‘port of debarkation’ is verlaten en het voorterrein wordt betreden is het militair, is het ‘groen’.’ (Carré, 7 februari 2002).

²³⁾ Contractors kunnen ruwweg in twee groepen worden ingedeeld: system contractors en support contractors. De eerste verlenen hun diensten in relatie tot een bepaald (wapen)systeem en maakt deze dienstverlening veelal deel uit van het contract waarmee de zaken zijn aangeschaft. Support contractors verrichten een of meer ondersteunende diensten, zoals bijvoorbeeld transport van troepen en materieel, base operations etc. ten behoeve van specifieke operaties.

²⁴⁾ Uit mededelingen van de Staatssecretaris van Defensie aan de Tweede Kamer valt op overigens op te maken dat deze civiele inzet een uitzondering is, aangezien Defensie zelf in de behoefte had kunnen voorzien (TK, 2000-2001, aanhangsel pp. 2065-2066).

²⁵⁾ Zie bijvoorbeeld het antwoord van de Staatssecretaris van Defensie op een vraag over inzet van (burger) personeel van de Defensie Telematica Organisatie (DTO) bij vredesmissies: ‘*In uitzonderingsgevallen betrof dit burgers die dan tijdelijk gemilitariseerd werden*’ (27 november 2002).

²⁶⁾ Prinsjesdagbrief 2003, voetnoot 7, p. 14.

²⁷⁾ Nota Staatssecretaris van Defensie van 4 september 1997, voetnoot 4.

²⁸⁾ Volgens de definities zijn dit ‘*omstandigheden die zich voordoen op een locatie of in een omge-*

re personeel zou worden aangesteld.

Voor civiel personeel biedt militarisering voordelen. Zij kunnen aanspraak maken op dezelfde financiële voorzieningen als militairen en in het operatiegebied bestaat geen onduidelijkheid over de bevelslijn met de commandant. Anderzijds kunnen kanttekeningen worden geplaatst bij het als militair uitzenden van personeel dat geen enkele militaire opleiding heeft gevolgd. Tevens wordt op civiel personeel een aan hen volledig vreemd systeem van straf- en tuchtrecht van toepassing. Voor buitenlands civiel personeel roept militarisering daarnaast de vraag op in hoeverre het in vreemde krijgsdienst treden verenigbaar is met de nationale wetgeving. Van de kant van contractors kunnen bezwaren bestaan doordat zij het gezag over het personeel (deels) kwijtraken. Hoewel ik in de navolgende paragrafen steeds zal terugkomen op de mogelijkheden voor militarisering blijft de nadruk van deze bijdrage liggen op juridische aandachtspunten rond de inzet van civiel personeel zonder dat zij tijdelijk als militair worden aangesteld.

Internationaal humanitair recht

Nederlandse strijdkrachten zijn de laatste jaren voor verschillende soorten operaties ingezet. Dit varieert van peace-keeping missies op de Balkan tot gewapende (oorlogs)missies ter ondersteuning van Operation Enduring Freedom. Of en in hoeverre het internationaal humanitair recht bij deze crisisbeheersingsoperaties van toepassing is, hangt af van de concrete omstandigheden. In deze paragraaf ga ik uit van de meest ernstige situatie waar dit recht in zijn volle omvang van toepassing is: een internationaal gewapend conflict.²⁹⁾

Uitgangspunt van het internationaal humanitair recht is het beperken van de verschrikkingen van een gewapend conflict, onder meer door het beschermen van de slachtoffers van de strijd. Met name de bescherming van burgers is van oudsher het leidende principe geweest achter de ontwikkeling van dit onderdeel van het internationale recht en komt onder meer tot uitdrukking in het principe van onderscheid ('distinction'). Kort gezegd houdt dit in dat operaties alleen mogen worden uitgevoerd tegen militaire doelen: de strijdende partijen moeten steeds onderscheid maken tussen burgerbevolking en combattanten en tussen burgerdoelen en militaire doelen (art. 48 van het op 12 december 1977 te Bern tot stand gekomen Aanvullende Protocol (I) bij de Verdragen van Genève (Trb. 1980, 87) (hierna: AP (I)).³⁰⁾

De indeling van een persoon in de categorie burger of combattant bepaalt de bescherming die hij kan ontlenen aan het internationaal humanitair recht terwijl het tegelijk ook zijn handelen kan beperken. Belangrijk is dus te zien hoe het recht de categorieën omschrijft en welke rechten en plichten hieruit voortvloeien. Vervolgens kan worden bepaald in hoeverre en onder welke voorwaarden civiel personeel kan worden ingezet.

De strijdkrachten van een partij bij een conflict bestaan uit alle strijdkrachten, groepen

²⁸⁾ *ving, niet zijnde een standaard, statische vredeslocatie of vredesomgeving van de opdrachtgever (= Staat der Nederlanden), waaronder mede begrepen deelname aan en voorbereiding op crisisbeheersingsoperaties en oorlogsomstandigheden, zulks ter beoordeling van de Opdrachtgever.*

²⁹⁾ Overigens is het internationaal humanitair recht ook een goede toetssteen in andersoortige crisisbeheersingsoperaties waarin strijdkrachten geweld moeten gebruiken. Vgl. de verklaring van de Secretaris Generaal van de VN over *Observance by United Nations forces of international humanitarian law*, Secretary-General's Bulletin van 6 augustus 1999 (ST/SGB/13).

³⁰⁾ De algemene grondslag voor deze basisregel was al neergelegd in het Landoorlogreglement behorende bij het Verdrag nopens de wetten en gebruiken van den oorlog te land van 18 oktober 1907 (Trb. 1981, 99) (zie bijvoorbeeld artikel 25) en is later uitgewerkt in het op 12 augustus 1949 te Genève tot stand gekomen Verdrag (IV) betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd (Trb. 1951, 75). In het AP(I) is het in artikel 48 uiteindelijk als basisregel ('basic rule') vastgelegd.

en eenheden die zijn georganiseerd, onder verantwoordelijk bevel staan en aan een stelsel van krijgstucht zijn onderworpen (art. 43, eerste lid, AP(I)).³¹⁾ De leden van deze strijdkrachten zijn, met uitzondering van de geestelijke verzorgers en medisch personeel, combattanten, of ze nu zijn ingedeeld voor gevechtstaken of niet. Alleen zij mogen direct deelnemen aan vijandelikheden; anderen zijn hiertoe niet gerechtigd (art. 43, tweede lid, AP(I)). Bij een aanval en de voorbereidingen daarop dienen zij zich te onderscheiden van de burgerbevolking. Voor het personeel van de reguliere strijdkrachten betekent dit dat zij in overeenstemming met de algemeen aanvaarde praktijk gekleed moeten zijn in hun uniform (art. 44, derde en vijfde lid, AP(I)).

Civiel personeel staat in een contractuele verhouding tot de contractor en staat zodoende niet onder bevel van een militair. Ook strekt het Nederlandse militaire tuchtrecht zich niet uit tot deze groep. Zij valt zo niet binnen de omschrijving van art. 43 AP(I). Civiel personeel maakt dus geen deel uit van de krijgsmacht en is daarmee ook geen combattant. Op grond van de tweedeling burger - combattant is iedereen die geen deel uitmaakt van de strijdkrachten van een partij bij een conflict burger (art. 50, eerste lid, AP(I)).³²⁾

Civiel personeel kent in het internationaal humanitair recht wel een aparte vermelding zover zij met toestemming de strijdkrachten van een partij volgen zonder hiervan rechtstreeks deel uit te maken. Art. 4, onder A, sub 4, van het op 12 augustus 1949 te Genève tot stand gekomen Verdrag (III) betreffende de behandeling van krijgsgevangenen (Trb. 1951, 74), hierna: Krijgsgevangenenverdrag) vermeldt hen als legervolgingen.

Hieronder vallen bijvoorbeeld, aldus dezelfde bepaling, civiele bemanningsleden van een militair luchtvaartuig en leveranciers ('*supply contractors*'). De opsomming is niet limitatief zodat ook andere groepen onder de omschrijving kunnen vallen. In het algemeen zal personeel van contractors onder de werking van deze verdragsbepaling vallen. Bepalend is daarbij of de autoriteiten van het eigen land toestemming hebben verleend om de troepen te vergezellen.³³⁾ Als voorbeeld kan de eerder genoemde concept overeenkomst met DTO worden genoemd. Hierin werd onder meer voorgesteld dat het personeel zou worden aangemeld als '*krijgsmachtvolger*'. Als bewijs van hun status zullen legervolgingen een identiteitskaart uitgereikt moeten krijgen.³⁴⁾

Indien legervolgingen in handen van de vijand vallen, dan zijn zij krijgsgevangen (art. 4, onder A, Krijgsgevangenenverdrag). Als zij ziek zijn of gewond zijn geraakt kunnen ze aanspraak maken op de bescherming van art. 13 van het op 12 augustus 1949 te Genève tot stand gekomen Verdrag (I) voor de verbetering van het lot der gewonden en zieken, zich bevindende bij de strijdkrachten te velde (Trb. 1951, 72) en art 8, onder a, AP(I). Legervolgingen blijven overigens burgers en mogen op grond van die status geen doelwit van een aanval zijn. Wel lopen zij door hun intensievere samenwerking met de strijdkrachten een groter risico dan andere burgers om onbedoeld slachtoffer te worden van een

³¹⁾ Aldus de samenvatting die F. Kalshoven geeft van deze bepaling in Zwijgt het recht als de wapens spreken, Den Haag 1985, p. 67.

³²⁾ Op grond van art. 3 Landoorlogreglement wordt onderscheid gemaakt tussen combattanten en non-combattanten. Onder het laatste begrip vallen onder meer burgers maar ook militairen die naar nationale regels niet zijn aangewezen om daadwerkelijk aan de gewapende strijd deel te nemen. Met de invoering van het AP(I) verbindt het recht weinig gevolgen meer aan dit onderscheid (zie bijvoorbeeld Ipsen in: Handbook of humanitarian law in armed conflicts, edited by Dieter Fleck, Oxford 1999, p. 83).

³³⁾ Jean S. Pictet (ed.), Commentary III Geneva Convention relative to the treatment of prisoners of war, Geneva 1960.

³⁴⁾ (art. 4, onder A, sub 4 en Annex IV van het Krijgsgevangenenverdrag). De status van legervolging is niet afhankelijk van het bezit van de kaart; '*the identity card merely serves as proof*' (zie Pictet, voetnoot 33)

vijandelijke aanval op een militair doel.³⁵⁾

Civiel personeel mag op grond van art. 43, tweede lid, AP(I) als legervolgeling niet deelnemen aan de vijandelikheden. Doen zij het toch dan zijn zij, zoals wel in de literatuur wordt genoemd, ‘*illegal*’ of ‘*unlawful combatant*’ en in overtreding van de regels van het internationaal humanitair recht.³⁶⁾ In moderne oorlogvoering met op afstand bedienbare wapensystemen en sensoren vervagen de grenzen van het gevechts’veld’. Deelnemen aan de strijd kan meer inhouden dan alleen ‘de trekker overhalen’. Ipsen spreekt over het ‘*participate in the use of a weapon or a weapon-system in an indispensable function*’.³⁷⁾ Vanuit deze optiek zou bijvoorbeeld ook het tijdens operaties ‘upgraden’ van essentiële software van een wapensysteem door de tegenstander kunnen worden uitgelegd als deelname aan de strijd.

Een juiste beoordeling van dit soort werkzaamheden is voor civiel personeel van belang omdat *illegal combatants* strafrechtelijk kunnen worden vervolgd.³⁸⁾ In het uiterste geval kan hen zelfs het verwijt worden gemaakt dat zij hebben gehandeld als huurlingen waardoor de aanspraak op de krijgsgevangenenstatus zou kunnen worden betwist (art. 47 AP(I)). Hierop is de procedure van art. 5 Krijgsgevangenenverdrag en art. 45, tweede lid, AP(I) van toepassing. Dit houdt in dat de gevangene het recht heeft dat zijn krijgsgevangenenstatus wordt vastgesteld door een rechterlijke instantie. In alle gevallen behoudt men het recht op een menswaardige behandeling zoals is vastgelegd in de bepaling over fundamentele waarborgen van art. 75 AP(I) en blijven de belangrijkste bepalingen uit de mensenrechtenverdragen van toepassing gedurende gewapende conflicten.³⁹⁾

Binnen de kaders van het internationaal humanitair recht heeft militarisering van civiel personeel als voordeel dat het bij voorbaat alle discussie over de status uitsluit. De betreffende persoon is militair en gerechtigd aan de strijd deel te nemen. Anderzijds is enige terughoudendheid wel nodig. De gemilitariseerde burger verliest ook een deel van zijn bescherming doordat hij als militair een gerechtvaardigd doelwit van een aanval kan zijn. Verder kan de procedure strijdig zijn met de geest van het Aanvullend Protocol (I). Met de totstandkoming van dit verdrag is een bewuste tweedeling aangebracht tussen burgers en militairen. Een systeem waarbij iemand al naar gelang de situatie wijzigt of de operatie dit verlangt, zomaar van status kan wisselen, is hier niet mee in lijn.⁴⁰⁾

In het algemeen is het ook niet noodzakelijk civiel personeel te militariseren zolang aan een aantal aspecten voldoende aandacht wordt besteed. In de eerste plaats moet Defensie hen toestemming verlenen de troepen te vergezellen. Als bewijs hiervan dient hen een identiteitskaart te worden uitgereikt voordat zij het operatiegebied binnengaan. In de twee-

³⁵⁾ Slachtoffers onder het civiel personeel zullen net als alle burgers worden aangeduid als collateral damage (nevenschade).

³⁶⁾ De aanduiding *illegal of unlawful combatant* is geen verdragrechtelijke term en enigszins ongelukkig gekozen omdat het woord ‘*combatant*’ juist altijd verwijst naar iemand die aan de strijd mag deelnemen. Anderzijds is de term inmiddels voldoende ingeburgerd en voor de praktijk voldoende duidelijk. Zie voor een verdere uiteenzetting over dit onderwerp mr R.M. Eiting, Over de “Geneefse Conventie”, “unlawful combatants” en de kenbaarheid van het oorlogsrecht, MRT jul/aug 2002, afl. 7.

³⁷⁾ Ipsen, voetnoot 32, p. 66 e.v. Overigens vinden anderen dit een te ruime omschrijving en verwijzen naar de toelichting op art. 51, derde lid API(I) waar het deelnemen aan vijandelikheden wordt beschreven in termen van ‘*het toebrengen van schade aan personeel of materieel van de vijand*’. Uit de literatuur blijkt echter dat geen overeenstemming op dit punt bestaat (zie bijvoorbeeld Guillory, voetnoot 3).

³⁸⁾ Idem, p. 94.

³⁹⁾ zie bijvoorbeeld artikel 4 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en artikel 15 van het Europese Verdrag tot de bescherming van de rechten van de mens.

⁴⁰⁾ Commentaar bij art. 43, tweede lid, AP(I), Yves Sandoz e.a. (ed.), Commentary on the Additional Protocols to the Geneva Convention, Geneva 1987, p. 515.

de plaats moeten zij zich kunnen onderscheiden van de Nederlandse militairen. In principe is hieraan al voldaan als een militair uniform is ontdaan van rangonderscheidingstekens en andere militaire insignes en emblemen. Om alle verwarring uit te sluiten is het beter dat civiel personeel helemaal geen militaire uitrusting draagt. Een uitzondering kan worden gemaakt voor specifieke uitrusting zoals bijvoorbeeld beschermende kleding tegen chemische en biologische wapens.

In de derde plaats moet worden voorkomen dat civiel personeel zou kunnen worden aangemerkt als *illegal combatant*. Dit betekent dat zij in ieder geval geen wapens mogen dragen en niet mogen worden ingezet als bemanningslid van een wapensysteem. In de meeste gevallen zullen hierover geen misverstanden kunnen bestaan. De reguliere inzet van bijvoorbeeld een chauffeur of een tolk zal niet snel als deelname aan de gevechten worden beschouwd. Voor sommige functies kan dat anders zijn (denk aan het voorbeeld van het upgraden van de software van een wapensysteem).

Om problemen tijdens uitzending uit te sluiten moet ruimschoots voor aanvang van een operatie worden geïnventariseerd welke posities civiel personeel zouden kunnen vervullen. Vervolgens kunnen de verschillende taken worden getoetst aan het internationaal humanitair recht. Daarbij moeten ook de feitelijke omstandigheden rond de inzet in beschouwing worden genomen, waaronder de aard van het conflict. Zo kunnen mogelijk bezwaren tijdig worden weggenomen door aanpassing van het takenpakket. In situaties waar dit geen oplossing brengt moet naar mijn mening de beslissing luiden dat voor de functie geen civiel personeel wordt ingezet. In dat uitzonderlijke geval vormt een tijdelijke aanstelling als militair een alternatief. Daarbij zou wel de eis moeten worden gesteld dat betrokkene voldoende is opgeleid.⁴¹⁾

Status of Forces Agreements (SOFA's)

Bij uitzending van Nederlandse troepen naar het buitenland zal altijd de vraag worden gesteld naar de status van het personeel.⁴²⁾ Het recht van het gastland zal in zijn geheel op de uitgezonden Nederlandse troepen van toepassing zijn wanneer Nederland als zendstaat hierover niets heeft afgesproken met het gastland. Ieder land zal daarom een zekere mate van bescherming van het eigen personeel met het gastland trachten overeen te komen. Dit zal in ieder geval gaan over het behoud van rechtsmacht voor misdrijven die tijdens de uitoefening van de dienst zijn begaan. Daarnaast zullen afspraken worden gemaakt die binnenkomst en verblijf van de troepen moeten vergemakkelijken; bijvoorbeeld vrijstelling van visumprocedures en verblijfsvergunningen. De verdragen waarin dergelijke afspraken worden vastgelegd, worden aangeduid als Status of Forces Agreements (SOFA's).

Tussen de lidstaten van de Noord Atlantische Verdragsorganisatie (NAVO) en een groot deel van de landen die deelnemen in het Partnership for Peace Program (PfP) zijn de bepalingen van de NAVO SOFA van toepassing.⁴³⁾ Bij uitzending naar andere landen zal per

⁴¹⁾ Daar valt ook les in het internationaal humanitair recht onder (vgl. art. 83 AP(I)).

⁴²⁾ Verslag van het overleg van de vaste commissie voor Defensie en de vaste commissie voor Buitenlandse Zaken met de ministers van Defensie en Buitenlandse Zaken, TK 2001-2002, 23 591 en 26 454, nr. 9. Naar aanleiding van vragen van commissieleden bevestigt de minister van Defensie nog eens dat Nederland voor operaties waar Nederlandse militairen bij zijn betrokken SOFA's wenst (p. 5).

⁴³⁾ In art. 1 en 2 van het Verdrag tussen de Staten bij het Noord-Atlantisch Verdrag en de overige aan het Partnerschap voor Vrede deelnemende Staten nopens de rechtspositie van hun krijgsmachten (Brussel, 19 juni 1995, PfP-SOFA) hebben de partijen bij het verdrag vastgelegd dat zij de bepalingen van het Verdrag tussen de Staten bij het Noord-Atlantisch Verdrag nopens de rechtspositie van hun krijgsmachten (Londen, 19 juni 1951, NAVO SOFA) op hun grondgebied zullen toepassen als waren alle Staten partij bij de NAVO SOFA.

operatie en per land een SOFA moeten worden afgesloten. Vaak gebeurt dit ten behoeve van de aan de operatie deelnemende landen door internationale organisaties zoals de Verenigde Naties (VN) of de NAVO.⁴⁴⁾ In andere gevallen zal Nederland zelf de onderhandelingen moeten voeren. In hoeverre een land aan Nederlandse wensen tegemoet zal komen, hangt sterk af van het belang dat het gastland aan de komst van de Nederlandse militairen hecht en hoe zij tegenover het doel van de operatie staat.

Traditioneel richt een SOFA zich tot het militaire en burgerpersoneel van een krijgsmacht.⁴⁵⁾ De positie van civiel personeel blijft op z'n best onderbelicht maar nog vaker geheel onbesproken. Dit kan betekenen dat een contractor die zijn mensen en materieel het operatiegebied probeert in te krijgen, wordt geconfronteerd met inreisbeperkingen en -voorschriften. Mogelijk moet hij invoerheffingen betalen voor zijn materieel en visa aanvragen voor zijn personeel. De visa kunnen beperkingen stellen aan de duur van het verblijf terwijl tijdens dat verblijf de verplichting tot betaling van omzet- en loonbelasting kan bestaan. Het lokale en onbekende arbeidsrecht zal van toepassing zijn en mogelijk moet voor het personeel al tijdig een werkvergunning zijn aangevraagd. Ook voor andere zaken kan de contractor vergunningplichtig zijn, bijvoorbeeld op milieugebied. Het is verder de vraag of de eigen rijbewijzen geldig zijn en men voertuigen mag gebruiken met de registratie van het eigen land. Tot slot zal het civiel personeel, 'als waren zij toeristen', volledig onderworpen zijn aan het lokale civiele en strafrecht.

Dit overzicht is zeker niet volledig maar geeft een idee van de problemen die een contractor kan tegenkomen. Zijn werklast en kosten zullen stijgen, terwijl zijn risico's toenemen. Maar ook de Nederlandse krijgsmacht kan van deze gang van zaken hinder ondervinden. In spoedgevallen kan de civiele ondersteuning worden vertraagd en zo van invloed zijn op de uitvoering van de operatie. Verder zal de contractor de aanvullende kosten in zijn contracten willen verwerken zodat ook voor Defensie de kosten kunnen oplopen.⁴⁶⁾

In het verleden is aan de positie van een civiele partij in de internationale praktijk weinig aandacht besteed; ook niet in de NAVO SOFA. Hier komt langzaam verandering in.⁴⁷⁾ De SOFA die Nederland in 2002 heeft afgesloten met Kirgizië besteedt bijvoorbeeld aandacht aan een belastingvrijstelling en het opheffen van invoerbeperkingen voor contractors.⁴⁸⁾ Een stap verder gaat de SOFA die is uitgevaardigd door de Coalition Provisional Authority (CPA) in Irak. Hierin is onder meer vastgelegd dat voor contractors bij de uit-

⁴⁴⁾ Zie bijvoorbeeld de SOFA's die door de NAVO zijn afgesloten met Kroatië en met Bosnië-Herzegovina (november 1995) en de SOFA die de VN op 13 oktober 2003 heeft afgesloten met Liberia ten behoeve van de United Nations Mission in Liberia (UNMIL).

⁴⁵⁾ Incidenteel wordt ook aandacht besteed aan de positie van gezinsleden (vgl. bijvoorbeeld de NAVO SOFA).

⁴⁶⁾ Bij de ondersteuning vanuit Hongarije van de Amerikaanse operaties in Bosnië waren contractors niet opgenomen in de SOFA tussen de VS en Hongarije. Hierdoor moesten deze contractors \$18 miljoen belasting afdragen aan de Hongaarse overheid, wat door hen weer werd verhaald op de Amerikaanse overheid.... (verslag van de Amerikaanse rekenkamer, Contingency Operations, Opportunities to improve the Logistic Civilian Augmentation Program (GAO/NSIAD-97-63), 11 February 1997, p. 18).

⁴⁷⁾ Hoewel de VS ruime ervaring hebben met de inzet van contractors en het belang erkennen van het opnemen van contractors in SOFA's (zie bijvoorbeeld Steven B Hilkowitz, Monograph on international and operational logistics, Defence Supply Center Philadelphia, 11 oktober 2001) besteden nog maar weinig SOFA's aandacht aan contractors (Hst. 23 Status of Forces Agreements Air Force Operations and the Law, A Guide for air and space forces, 1st edition, 2002).

⁴⁸⁾ Notawisseling houdende een verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Republiek Kirgizstan inzake de status van het in het in Kirgizstan gestationeerde Nederlandse defensiepersoneel; Almaty/Bishkek, 16 januari/12 maart 2002, Trb. 2002, Nr. 107.

voering van hun contracten het Irakese recht slechts in beperkte mate van toepassing is.⁴⁹⁾ In de SOFA tussen Nederland en Koeweit in het kader van de Nederlandse bijdrage aan de Stabilization Force Iraq (SFIR) hadden contractors initieel zelfs een gelijke status als de Nederlandse militairen. Helaas heeft Koeweit dit op het laatste moment afgewezen.⁵⁰⁾ Tot slot, de SOFA tussen de VN en Liberia⁵¹⁾ verleent contractors geen VN-status maar biedt hen wel de nodige vrijstellingen, met name op het gebied van inreis van personeel en invoer van goederen.

Tegelijkertijd laat bijvoorbeeld de SOFA met Koeweit zien dat landen zich op sommige punten nog terughoudend blijven opstellen. Na initiële aarzeling heeft Koeweit in een latere fase van de onderhandelingen het opnemen van contractors in de SOFA geaccepteerd door in te stemmen met een door Nederland voorgestelde interpretatieve verklaring. Over het algemeen zullen de gastlanden het gezag over de eigen onderdanen willen behouden en hen niet onder de werking van een SOFA willen laten vallen. Ook zal bescherming van de eigen (arbeids)markt een rol kunnen spelen. Beperkingen die aan de inzet van buitenlandse contractors worden opgelegd, kunnen voor de zendstaat aanleiding zijn meer gebruik te maken van lokale contractors en personeel uit het gastland.⁵²⁾ Minder draagkrachtige landen kunnen daarnaast uit financiële overwegingen bezwaren hebben tegen het verlenen van invoer- en belastingfaciliteiten aan contractors. Met dit soort wensen zal rekening moeten worden gehouden. Hierdoor zal de positie van contractors en het civiel personeel zelden gelijk zijn aan de uit te zenden troepen. In de praktijk zal het ook niet altijd noodzakelijk zijn. Als de civiele ondersteuning bijvoorbeeld hoofdzakelijk bestaat uit systeemondersteuning waarbij personeel op ad hoc basis en op korte termijn naar een operatiegebied wordt gestuurd, is vrijstelling van visumverplichtingen belangrijk. Voor een support contractor die verantwoordelijk is voor het opzetten van legeringskampen en gebruik wil maken van lokaal in te huren personeel is dat van minder belang. Hij zal veel materiaal het gebied in moeten brengen en zodoende meer gebaat zijn bij vrijstellingen van invoerheffingen op materiaal. In het geval een gastland zich bij de onderhandelingen terughoudend opstelt kunnen deze aspecten de onderhandelaars ruimte geven om de SOFA-onderhandelingen tot een goed einde te brengen.

Een gelijke status van civiel en militair personeel kan soms zelfs op problemen stuiten. Een van de belangrijkste onderdelen van een SOFA betreft de strafrechtelijke jurisdictie. In het algemeen zal de zendstaat zich inspannen zoveel mogelijk de rechtsmacht over het uit te zenden personeel te behouden.⁵³⁾ Bij de inzet van civiel personeel zal dit niet altijd kunnen worden waargemaakt. Art. 4 van het Wetboek van militair strafrecht (WvMS) bepaalt in aanvulling op art. 2 Sr dat de Nederlandse strafwet toepasselijk is op de militair die zich buiten Nederland aan enig strafbaar feit schuldig maakt.⁵⁴⁾ Verder is op grond van art. 170 WvMS strafbaar gesteld het overtreden van een buitenlandse strafwet zover het

⁴⁹⁾ Coalition Provisional Authority Order Number 17, Status of the Coalition, Foreign Liaison Missions, their personnel and contractors, 27 juni 2003, is op zich een opvallend document aangezien het eenzijdig is vastgesteld door de tijdelijke machthebbers in Irak.

⁵⁰⁾ Op dit punt wordt de regering van Koeweit nog om een toelichting gevraagd. Het verdrag is daarom nog niet gepubliceerd.

⁵¹⁾ Agreement between the United Nations and the government of Liberia on the status the United Nations Mission in Liberia, Monrovia, 13 oktober 2003.

⁵²⁾ Major Lisa L. Turner en major Lynn G. Norton, *Civilians at the tip of the spear*, 51 A.F.L.Rev 1.

⁵³⁾ Zie TK 2002-2003, 27 925, nr. 98, waar de Minister van Defensie stelt dat 'het uitgangspunt is van de Nederlandse regering om in dergelijke statusverdragen jurisdictie te behouden over het eigen personeel'.

⁵⁴⁾ Op legervolgingen is buiten Nederland alleen *in tijd van oorlog* de Nederlandse strafwet van toepassing (art. 5 WMSr j^o art. 2, tweede lid, onder 3, Wet Militaire strafrechtspraak).

feit zelf niet op grond van het WMSr strafbaar is gesteld. Dergelijke voorzieningen bestaan niet voor civiel personeel.

In sommige gevallen heeft Nederland geen rechtsmacht bij in het buitenland gepleegde feiten. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als de werking van een Nederlandse strafbepaling territoriaal is beperkt (vgl. art. 2 Wetboek van Strafrecht (Sr)) of omdat het ingezette civiel personeel afkomstig is uit een ander land over wie Nederland geen rechtsmacht heeft (vgl. art. 5 Sr). Indien in een dergelijke situatie het gastland in de SOFA heeft afgezien van het recht op het uitoefenen van haar rechtsmacht, dan zou de dader in die gevallen niet kunnen worden vervolgd.

Een oplossing zou kunnen zijn om in het Nederlandse strafrecht voor civiel personeel eenzelfde voorziening op te nemen als is vastgelegd in art. 4 WvMS.⁵⁵) Een andere mogelijkheid is de gebruikelijke SOFA-bepalingen in aangepaste vorm toe te passen op civiel personeel door deze aan te laten sluiten bij art. 4a Wetboek van Strafrecht (Sr). Hier is geregeld dat de Nederlandse strafwet toepasselijk is op ieder tegen wie de strafvervolgning van een vreemde staat door Nederland is overgenomen op grond van een verdrag waaruit de bevoegdheid tot strafvervolgning voor Nederland volgt. Waar SOFA's nu spreken over behoud van rechtsmacht voor de zendstaat en het afzien van het recht op vervolging door het gastland, zou voor civiel personeel kunnen worden overwogen vast te leggen dat het gastland de rechtsmacht overdraagt. Voor verwezenlijking van deze mogelijkheden is een verdere verkenning en uitwerking nodig. Dit valt buiten de opzet van deze bijdrage maar verdient naar mijn mening nader onderzoek.

SOFA's zijn tot slot nog van invloed op de samenwerkingsafspraken met het gastland en de coalitiepartners. Het is gebruikelijk deze afspraken vast te leggen in Memoranda of Understanding (MOU's)⁵⁶): *'administratieve overeenkomsten tussen ministers of staatssecretarissen of hoge ambtenaren van verschillende landen voor wat betreft onderwerpen aangaande het hun toegewezen departement of vakgebied'*.⁵⁷) Het zijn niet-juridisch verbindend afspraken wat onder meer met zich meebrengt dat zij in overeenstemming moeten zijn met het nationale en internationale recht. MOU's kunnen dus ook geen verdragen zoals SOFA's opzij zetten maar bouwen daar op voort en verwijzen daarnaar. Voor Nederland zal dat veelal de NAVO SOFA zijn.

Zoals gezegd ziet dit verdrag niet op de positie van contractors en hun civiel personeel. Zij kunnen daarom niet als deel van de Nederlandse strijdkrachten worden aangemerkt zover een MOU voortbouwt op de NAVO SOFA. Voor de overige samenwerkingsaspecten hoeft dit echter geen belemmering te zijn. In nieuw af te sluiten SOFA's wordt al getracht meer rekening te houden met de positie van contractors en hun personeel. Afhankelijk van de inhoud van die SOFA's kan hier wel in veel gevallen civiel personeel (deels) gelijk worden gesteld aan de leden van de Nederlandse krijgsmacht.

MOU's behartigen vaak de meer concrete zaken rond een operatie. Voor civiel personeel zijn daarin met name van belang zaken als geneeskundige verzorging, beveiliging, materieelondersteuning, transport, legering, messfaciliteiten en sport en andere recreatieve voorzieningen. Recente operaties laten zien dat Nederlandse detachementen vaak ook

⁵⁵) De VS hebben dit probleem (deels) via wetgeving opgelost door de federale strafrechtelijke jurisdictie uit te breiden tot ernstige vergrijpen begaan buiten de VS door personen die in dienst zijn van de krijgsmacht of deze vergezellen (Military Extraterritorial Jurisdiction Act van 2000; zie bijvoorbeeld James J. McCullough and Abraham J. Pafford, *Contractors on the battlefield: emerging issues for contractor support in combat & contingency operations*, West Group Briefing Papers, juni 2002.

⁵⁶) Zie mijn bijdrage *Het Memorandum of Understanding in MRT*, januari 2000, afl. 1, pp. 9 – 19.

⁵⁷) Fockema Andreae's verklarend en verwijzend juridisch woordenboek, p. 283.

zelf voor deze voorzieningen terugvallen op andere landen. Zover de SOFA's hieraan niet in de weg staan dient waar mogelijk tussen coalitiepartners en gastland te worden afgesproken dat contractors en hun personeel gelijke aanspraken op voorzieningen kunnen maken als de Nederlandse strijdkrachten⁵⁸⁾. In ieder geval zal uit veiligheidsoverweging moeten worden afgesproken dat contractors op dezelfde wijze kunnen worden gelegerd als de Nederlandse militairen. Bescherming van civiel personeel zal anders moeilijk zijn te realiseren als zij bijvoorbeeld niet op een beveiligd militair kampement worden gelegerd maar in hotels.⁵⁹⁾

Contracten

In tegenstelling tot bijvoorbeeld de VS⁶⁰⁾ kent Nederland geen specifieke regelgeving voor de inzet van contractors bij crisisbeheersingsoperaties. Daarnaast heeft een commandant in het uitzendgebied geen bevelsbevoegdheid over het civiel personeel. Deze zaken benadrukken des te meer het belang van een goed contract: het is het enige document dat de inzet van de contractors 'reguleert'. Naast de standaardvoorwaarden die ook in normale omstandigheden van toepassing zullen zijn, dient de verwervende instantie speciale 'uitzendclausules' in het contract op te nemen over inzet in crisisbeheersingsoperaties. In deze paragraaf ga ik ervan uit dat op de contracten het Nederlands recht van toepassing is.

Contracten kunnen voor een specifieke operatie worden afgesloten (zie bijvoorbeeld de eerder genoemde inzet van chauffeurs en monteurs voor UNMEE). Hierin kan met de feitelijke omstandigheden van een operatie rekening worden gehouden. Dat is niet mogelijk bij een raamcontract waar het juist de bedoeling is dat later, per operatie diensten worden afgenomen.⁶¹⁾ Datzelfde geldt voor onderhoudcontracten van systemen die in het algemeen zien op ondersteuning vanaf vredeslocaties. Als Defensie voorzetting van de ondersteuning in crisisbeheersingsoperaties op voorhand nodig acht, zullen zowel raam- als systeemcontracten een voorziening moeten bevatten dat de contractor zich verplicht om de diensten ook dan voort te zetten.⁶²⁾ Daarbij moet de mogelijkheid worden gecreëerd om aanvullende afspraken te maken als de situatie dit vraagt.

Een contract bindt alleen de partijen bij de overeenkomst: Defensie (formeel de Staat der Nederlanden) en de respectievelijke contractor. Het civiel personeel staat daar buiten maar heeft wel een arbeidsrechtelijke relatie met die contractor. Tussen Defensie en civiel personeel bestaat zodoende geen enkele directe lijn. Met andere woorden: het contract tussen Defensie en een contractor brengt voor civiel personeel geen rechtstreekse verplichtingen met zich mee. Indien contractuele bedingen ook op het civiel personeel van toepassing moeten zijn, zal de contractor moeten worden verplicht dit aan zijn personeel op te leggen.

⁵⁸⁾ Indien bijvoorbeeld een commandant uit veiligheidsoverwegingen de toegang tot een kamp beperkt kan dit gevolgen hebben voor de civiele ondersteuning als zij niet in de afspraken zijn meegenomen (vgl. Rapport van de Amerikaanse rekenkamer (GAO-03-695) van 24 juni 2003, voetnoot 11, p. 33)

⁵⁹⁾ Zie bijvoorbeeld de inleiding op FM 3-100.21 (100-21) Contractors on the Battlefield, January 2003 (uitgave Dept. Of the Army).

⁶⁰⁾ Zie bijvoorbeeld de Defense Acquisition Deskbook Supplement, Contractor Support in the Theater of Operations, 28 March 2001.

⁶¹⁾ Een systeem dat door de VS en het VK uitgebreid wordt gepast; in het VK heeft men het CONDO (Contractors on Deployed Operations) en in de VS bijvoorbeeld: LOGCAP (Logistic Civil Augmentation Program) en AFCAP (Air Force Contract Augmentation Program).

⁶²⁾ Volgens het Rapport van de Amerikaanse rekenkamer (GAO-03-695) van 24 juni 2003, voetnoot 11, p. 26 en 28 wordt dit ook bij de Amerikanen wel eens vergeten, met alle praktische en financiële gevolgen van dien.

‘Uitzendclausules’ zullen aan enkele algemene eisen moeten voldoen. In de praktijk zal niet altijd voldoende tijd zijn om contracten tijdig aan de wisselende omstandigheden bij uitzending aan te passen. Volledig ‘dichtgetimmerde’ contracten hebben in die situatie weinig zin. De wederzijdse contractuele verplichtingen zullen daarom voldoende ruim en flexibel moeten worden beschreven. Verder kent civiel personeel geen uitzendverplichting zoals militairen. Mogelijke gevaren en minder goede werk- en leefomstandigheden in het operatiegebied kunnen de werving van civiel personeel door een contractor parten spelen. Contracten zullen daarom zodanige voorwaarden voor uitzending moeten scheppen dat de contractor in staat is het noodzakelijke personeel aan te nemen of in dienst te houden. Daarnaast zullen ‘uitzendclausules’ financiële consequenties hebben. Contractors zullen eventuele kostenverhogingen in het algemeen aan Defensie doorberekenen.⁶³⁾ Bij het opstellen en bij wijziging van ‘uitzendclausules’ zullen deze kostenverhogingen steeds in het oog moeten worden gehouden. Tot slot spreekt het voor zich dat in deze clausules rekening wordt gehouden met veiligheidsaspecten, het internationaal humanitair recht en internationale afspraken zoals SOFA’s en MOU’s. Deze driedeling zal ik ook aanhouden voor de navolgende inhoudelijke bespreking van de clausules. In hoeverre alle onderwerpen ook een plaats moeten krijgen in een contract zal steeds sterk afhangen van de situatie.

Het veiligheidsaspect is het eerste dat in het oog springt bij inzet van civiel personeel in crisisbeheersingsoperaties. Defensie heeft gezien ‘*een verhoogd risico ten aanzien van arbeidsongeschiktheid, invaliditeit en overlijden*’⁶⁴⁾ bij uitzendingen gekozen voor het in voorkomend geval militariseren van burgerpersoneel. Het in te zetten defensiepersoneel kan zo terugvallen op bestaande arbeidsvoorwaardelijke regelingen. Deze regels gelden niet voor civiel personeel zodat het aansprakelijkheidsaspect civielrechtelijk zal moeten worden bekeken.

Uitgangspunt is dat de contractor als werkgever aansprakelijk is voor eventuele schade die het civiel personeel lijdt tijdens de uitvoering van de werkzaamheden.⁶⁵⁾ De contractor dient zich hiervoor voldoende te verzekeren.⁶⁶⁾ Daarnaast speelt de aansprakelijkheid op grond van het vierde lid van art. 7:658 BW een rol. Deze bepaling stelt, kort gezegd, dat degene die anderen werkzaamheden voor hem laat verrichten maar met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, voor die anderen aansprakelijk is als ware hij werkgever. Uit de jurisprudentie volgt dat een belangrijke eis hierbij is dat degenen die het werk uitvoeren zijn gehouden de instructies van een leidinggevende in de betreffende onderneming te volgen en zij tevens werkzaamheden moeten verrichten die niet wezenlijk verschillen van die van reguliere werknemers in dat bedrijf.⁶⁷⁾ Juist tegenwoordig ligt veel van de civiele ondersteuning in het verlengde van de militaire taken of overlapt het zelfs. Defensie zou hiermee als opdrachtgever aansprakelijk kunnen zijn tenzij een contractor volledig bedrijfs(Defensie)vreemde activiteiten ontplooit.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt echter dat deze bepaling uit het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing is op de overheid.⁶⁸⁾ Sommige schrijvers plaatsen hier echter

⁶³⁾ In principe komen ‘onkosten verbonden aan de uitvoering van de opdracht’ voor rekening van de opdrachtgever (Defensie) (art. 7: 406, eerste lid, BW), tenzij partijen anders overeenkomen (7:400, tweede lid, BW).

⁶⁴⁾ Handboek Personeel en Organisatie, Hoofdstuk 8, paragraaf 4.7.11.

⁶⁵⁾ Met name art 7:611 (de verplichting zich als ‘goed werkgever’ te gedragen) en 7:658 BW (de zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de werknemer).

⁶⁶⁾ Het contract voor de inzet van contractors tijdens UNMEE is hierop gebaseerd. Zover de verzekering niet alle schade dekt, vrijwaarde de contractor Defensie.

⁶⁷⁾ Zie W.H.A.C.M. Bouwens, Het bereik van artikel 7:658, vierde lid, BW, in Klaassen e.a.: Aansprakelijkheid in bedrijf, beroep en ambt, Kluwer 2003, p. 80.

⁶⁸⁾ idem, p. 88.

kanttekeningen bij. Art. 7:658, vierde lid, BW ziet op de bescherming van een werknemer. Het valt dan volgens sommigen moeilijk te verdedigen dat in het geval de overheid kiest om haar publieke werkzaamheden te laten uitvoeren door derden dit van invloed zou moeten zijn ‘voor de aansprakelijkheid voor de in de uitoefening van die werkzaamheden geleden schade’.⁶⁹⁾ Daarnaast moet worden gewezen op het verhoogde risico dat civiel personeel bij uitzendingen kan lopen. Juist doordat deze risico’s zozeer zijn verbonden met de specifieke aard van een militaire operatie kunnen de belangen van civiel personeel redelijkerwijs niet alleen afhankelijk worden gesteld van onderhandelingen met een contractor, waarvan het resultaat sterk kan wisselen. Ook gezien de belangen van Defensie bij een goede uitvoering van een operatie zouden deze risico’s mede voor rekening van Defensie moeten kunnen komen. Ik ben er daarom voorstander van dat indien de risico’s door de uitzending sterk toenemen, Defensie in deze specifieke contracten de aansprakelijkheid conform art. 7:658, vierde lid, BW accepteert.

Niet alleen civiel personeel maar ook de contractor zelf kan tijdens de operaties schade lijden. Volgens art. 7:406, tweede lid, BW moet deze schade worden vergoed als sprake is van ‘hem niet toe te rekenen verwezenlijking van een aan de opdracht verbonden bijzonder gevaar’.⁷⁰⁾ Gevaar is inherent aan crisisbeheersingsoperaties en verwezenlijking van die gevaren ligt in het algemeen niet in de macht van de contractor. Of de gevaren ook de normale bedrijfsrisico’s te boven gaan zal afhangen van de aard van de normale werkzaamheden van een contractor. Voor een specifiek defensiebedrijf ligt dat anders dan voor een bedrijf dat bijvoorbeeld in koeltechniek doet en nu toevallig de werkzaamheden in een militaire omgeving uitvoert. Voor deze laatste groep lijkt mij, gezien de risico’s die zijn verbonden aan een militaire operatie en de belangen daarbij van Defensie, dat Defensie niet van deze niet-dwingendrechtelijke bepalingen van het BW moet willen afwijken.

Tijdens crisisbeheersingsoperaties kan uitgezonden personeel gevangen worden genomen door een partij in het conflict. Om financiële onzekerheid bij het civiel personeel en hun families te voorkomen kan worden vastgelegd dat de contractor voor de duur van het contract verantwoordelijk blijft voor uitbetaling van het salaris en eventueel dat de contractor zich hiervoor verzekert. Wel moet worden bekeken welke zekerheid civiel personeel kan worden geboden bij het einde van de overeenkomst tussen Defensie en contractor. Een vergelijkbare regeling moet worden overwogen in geval van vermissing die verband houdt met de directe inzet van het civiel personeel.

Een punt dat in een standaard overeenkomst thuishoort maar bij uitzending vanuit het oogpunt van veiligheid extra aandacht behoeft is de verhouding tussen civiel personeel en de militaire commandant. Zoals gezegd bindt een contract alleen de contractpartijen en niet het civiel personeel aangezien zij alleen in een arbeidsrechtelijke relatie staan met de contractor. Civiel personeel valt zodoende niet direct onder het ‘gezag’ van de commandant.⁷¹⁾ Voor een commandant is daarom een van de belangrijkste onderdelen van het contract het beding dat de contractor oplegt om in het missiegebied de bevelen en instructies⁷²⁾ van de commandant op te volgen zover die verband houden met de missie, de vei-

⁶⁹⁾ idem, p. 89.

⁷⁰⁾ Zie voor meer achtergrond bijvoorbeeld M.B.M. Loos, Schadevergoeding voor een voorzichtige opdrachtnemer, *NTBR* 1999/8.

⁷¹⁾ Turner en Norton, voetnoot 52, beschrijven dat voor Amerikaanse commandanten tijdens Operation Desert Storm dit aspect de nodige hoofdbrekens kostte.

⁷²⁾ Met bevelen en instructies kan een commandant beslissingen, wensen en noodzakelijke informatie aan het personeel kenbaar maken; bevelen en instructies hebben een bepaalde actie tot doel en zijn gericht op de (voorbereiding van) crisisbeheersingsoperaties, tijden van verhoogde spanning en oorlog (Handleiding Dienstcorrespondentie, Versie 14 januari 2003).

ligheid en bescherming van de eenheid. Door middel van zijn detachementinstructies kan een commandant vervolgens de door hem gewenste gang van zaken voor het detachement en het civiel personeel vastleggen.

Het contract kan tevens de commandant een informatieplicht naar het civiel personeel toe opleggen over de inhoud van de instructies. Naast deze informatieverstrekking ter plaatse dient Defensie ook al voorafgaande aan de inzet van de contractor de nodige gegevens over de (veiligheids)situatie te verstrekken. Aangezien de levens- en werkomstandigheden veel zwaarder zullen zijn dan in een vredessituatie, zal informatie zeker op deze punten nodig zijn.⁷³⁾

Het in te zetten civiel personeel zal ook in deze afwijkende omstandigheden voor de taak moeten zijn berekend. Dat betekent ook dat zij medisch en tandheelkundig geschikt moeten zijn voor uitzending.⁷⁴⁾ In het contract kan worden aangegeven dat Defensie het civiel personeel aan een eigen medische keuring kan onderwerpen⁷⁵⁾ en dat bij gebleken medische beperkingen de contractor het personeel vervangt. Medisch geschikt houdt ook in dat men voldoende is beschermd tegen infectieziekten. Hiertoe dient civiel personeel de door Defensie noodzakelijk geachte vaccinaties te ondergaan. Civiel personeel kan echter niet verplicht worden ingeënt.⁷⁶⁾ Wel kan het contract bepalen dat de contractor alleen personeel zal inzetten dat voldoet aan de door Defensie op dat gebied gegeven aanwijzingen. Defensie zal dan de contractor tijdig alle informatie moeten verstrekken. In het verlengde van deze medische aspecten kan bij de contractor behoefte bestaan aan medische en psychologische nazorg van het civiel personeel. Defensie zal tijdig moeten nagaan of deze vaak langdurige trajecten kunnen worden ondersteund voordat afspraken hierover worden vastgelegd.

Naast het veiligheidsaspect drukt ook het internationaal humanitair recht zijn stempel op de inhoud van de 'uitzendclausules'. De belangrijkste les is wel dat burgers nooit actief mogen deelnemen aan gevechtshandelingen. Daarom zal in het contract moeten worden opgenomen dat civiel personeel in de uitvoering van de contractuele werkzaamheden niet mag deelnemen aan gevechtshandelingen.⁷⁷⁾ Indien de contractuele werkzaamheden rechtstreeks zijn gerelateerd aan de inzet van wapensystemen, zal meer expliciet moeten worden aangegeven welke handelingen in dat opzicht zijn verboden. Hiervoor zal Defensie tijdig moeten beschikken over een goed overzicht van de verwachte activiteiten in het missiegebied van contractors. Op basis van dit overzicht kan tevens het aantal civiel personeel worden bepaald dat ter plekke wordt ingezet.⁷⁸⁾ Civiel personeel kan dan vervolgens formeel worden aangemerkt als troepenvolger en kan hen een identiteitsbewijs worden uitgereikt zoals genoemd in het Krijgsgevangenenverdrag.

Verder kunnen individuele personen in het bezit zijn van een wapenvergunning eventueel afgegeven door een ander land.⁷⁹⁾ Het contract moet daarom een verbod bevatten op

⁷³⁾ FM 3-100.21 (100-21), voetnoot 59, p. 3-5.

⁷⁴⁾ Zie bijvoorbeeld 'MoD policy for using CONDO (Contractors on deployed operations)', oktober 2002, van de Engelse Defence Logistic Organisation (DLO).

⁷⁵⁾ Op grond van de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam (art. 11 van de Grondwet) is voor een dergelijke keuring instemming van betrokkenen nodig.

⁷⁶⁾ Art 11 van de Grondwet staat ook aan verplichte immunisatie in de weg: een beperking op dit grondrecht voor militairen is opgenomen in de Wet immunisatie militairen.

⁷⁷⁾ Dit in navolging van de Amerikaanse standaardvoorwaarden bij de contracten in het kader van de Foreign Military Sales (FMS).

⁷⁸⁾ De Amerikaanse rekenkamer constateerde onlangs dat hier in de praktijk nog wel eens aan schort (Rapport van de Amerikaanse rekenkamer (GAO-03-695) van 24 juni 2003, voetnoot 11, p. 31 e.v.)

⁷⁹⁾ Het Nederlands recht biedt ook overigens geen mogelijkheid voor Defensie om ten behoeve van civiel personeel een uitzondering te maken. Op grond van art. 1, onder d, j^o 2, sub 5. Regeling wapens en munitie krijgsmacht personeel 1997, kunnen civiele contractspartijen van Defensie alleen toestemming krijgen voor het vervoer van wapens.

het in bezit hebben of dragen van vuurwapens.⁸⁰⁾ Dit brengt overigens wel met zich mee dat civiel personeel in onveilige situaties zichzelf niet zal kunnen verdedigen. Aangezien Defensie als opdrachtgever zorg moet dragen voor een veilige werkomgeving, zal de fysieke bescherming van het civiel personeel altijd een nadrukkelijke defensietaak zijn.⁸¹⁾ In dat kader was bij de inzet van de civiele chauffeurs bij UNMEE ook bepaald dat zij te allen tijde zouden worden begeleid door een (gewapende) militair. In het verlengde hiervan zal ook een eventuele evacuatie van het personeel een taak zijn voor Defensie. Bescherming en evacuatie van civiel personeel kunnen in het contract expliciet worden aangegeven als defensieverplichtingen.⁸²⁾

Het internationaal humanitair recht maakt verder duidelijk dat militair personeel zich door het dragen van een uniform moet onderscheiden van burgers. Het dragen van militaire uitrusting door civiel personeel moet daarom bij contract worden verboden. In aanvulling hierop kan worden opgenomen dat de contractor zorg draagt voor de verstrekking van bedrijfskleding ten behoeve van het uit te zenden personeel.⁸³⁾ De kleding moet geschikt zijn voor de lokale klimatologische omstandigheden en moet zich voldoende onderscheiden van het militaire uniformen. Dit betekent bijvoorbeeld dat geen op de militaire gelijkende emblemen en onderscheidingstekens mogen worden gebruikt.⁸⁴⁾ Vanuit een algemene zorgplicht van Defensie voor het civiel personeel kan een uitzondering worden gemaakt voor beschermende uitrusting, zoals bijvoorbeeld scherfvesten en beschermende kleding tegen chemische en biologische wapens.

Personeel dat deze uitrusting krijgt uitgereikt moet hier op een verantwoorde wijze mee om kunnen gaan. Door middel van trainingen moet men met het materiaal vertrouwd worden gemaakt. Ook voor andere aspecten kan opleiding of training van civiel personeel noodzakelijk zijn, denk bijvoorbeeld aan missiegerichte trainingen. Waar nodig moet dit in het contract worden opgenomen waarbij tevens kan worden vastgelegd dat de contractor het civiel personeel vervangt dat deze trainingen niet heeft gevolgd of dat niet de vereiste trainingsstandaard heeft.

Tot slot zijn ook SOFA's en MOU's van invloed op de inhoud van het contract. Uitgangspunt voor Defensie is de inspanningsverplichting om voor de contractor de meest gunstige condities in een SOFA en MOU's te bedingen. Defensie zal verder de contractor op de hoogte moeten houden over de voortgang van de onderhandelingen en moeten informeren over de uiteindelijke inhoud van de SOFA en MOU's. Het is zinvol om daarnaast vast te leggen dat de contractor de verplichtingen uit SOFA en MOU's dient na te leven. Zo bestaat de mogelijkheid om bij overtreding contractuele sancties toe te passen.

Als het gastland heeft afgezien van het recht op uitoefening van de rechtsmacht over de

⁸⁰⁾ Ook kan het recht van het gastland verbieden dat personeel dat niet tot de strijdkrachten behoort wapens draagt.

⁸¹⁾ Turner en Norton, voetnoot 52. Hoewel eindverantwoordelijkheid bij Defensie ligt kan ook een taak zijn weggelegd voor het gastland of coalitiepartners die op grond van een MOU deze taken op zich hebben genomen.

⁸²⁾ Over het algemeen zal dit ook een eis zijn die een contractor aan het contract zal stellen (vgl. James J McCullough en Abram J. Pafford, *Contractors on the battlefield: emerging issues for contractor support in combat & contingency operations*, West Group Briefing Papers, June 2002, p. 14.

⁸³⁾ Sommige Amerikaanse contractors verstrekken hun personeel wel militaire uitrusting, Turner en Norton, voetnoot 52, noemen als voorbeelden DynCorp en Raytheon. Een dergelijk beding voorkomt verder dat tijdens een missie civiel personeel een beroep op Defensie moet doen hen te kleden.

⁸⁴⁾ Michael Davidson wijst op het feit dat '*some contractors issue military-style rank to their supervisory employees for wear on their military-style uniform*'. Ruck up: an introduction to the legal issues associated with civilian contractors on the battlefield, *Public Contract Law Journal*, Vol. 29, No. 2, Winter 2000, p.252.

contractor en zijn personeel is dit natuurlijk geen vrijbrief om de lokale rechtsregels te overtreden. Zelfs lichte overtredingen kunnen door het gastland worden uitgelegd als gebrek aan respect voor hun gastvrijheid en een negatieve invloed hebben op de behandeling van het Nederlandse detachement. Naleving van het lokale recht kan daarom als een contractuele verplichting worden vastgelegd zodat ook hier bij overtreding de sancties uit de overeenkomst kunnen worden toegepast.

Een ander aandachtspunt zijn reisdocumenten. Repatriëring of evacuatie kan eventueel via een ander land plaatsvinden waarbij men voor die landen waarschijnlijk in het bezit zal moeten zijn van een geldig paspoort. Ook als in de SOFA is afgesproken dat men voor inreis in het gastland geen paspoort nodig heeft kan dit voor andere landen nog wel nodig zijn. Met dit in gedachten is het verstandig op te nemen dat civiel personeel voor de duur van de operatie in het bezit moet zijn van geldige reisdocumenten.

Het contract zal verder nog rekening moeten houden met de verhouding van het civiel personeel tot de landen waarmee Nederland in het operatiegebied samenwerkt. Op grond van een MOU kan civiel personeel recht hebben gebruik te maken van faciliteiten van andere landen. Deze landen zullen de zeggenschap over die zaken behouden en daarvoor eventueel gebruiks- of gedragsregels willen vaststellen. Deze zullen op grond van het MOU al gelden voor het Nederlandse militaire personeel maar het contract zal moeten regelen dat ook de contractors daaraan worden gebonden.⁸⁵⁾

In iedere defensieovereenkomst wordt de nodige aandacht besteed aan sancties als de prestatie van de contractor niet aan de verwachtingen beantwoordt; denk aan boete-, en bij ernstige tekortkomingen, ontbindingsclausules. In de praktijk zal daarnaast bij een commandant in het uitzendgebied behoefte bestaan rechtstreeks tegen gedragingen van civiel personeel op te kunnen treden. Zij vallen echter niet onder het militaire straf- en tuchtrecht terwijl ook het militaire ambtenarenrecht niet op hen van toepassing is. Clausules waarbij een commandant civiel personeel een verbod kan opleggen op het gebruik van bepaalde faciliteiten op de basis⁸⁶⁾ of hen kan beperken in de bewegingsvrijheid⁸⁷⁾ kunnen dan uitkomst bieden. In het uiterste geval zal hij civiel personeel terug moeten kunnen sturen. Dit houdt niet in dat een commandant een als het ware onbeperkte strafbevoegdheid over het civiel personeel verkrijgt. De overeenkomst moet duidelijk de gedragingen aangeven waartegen hij kan optreden en welke maatregelen hem daarbij ter beschikking staan. Zeker hier zal gelden dat de contractor deze zaken in de afspraken met het civiel personeel moet opnemen om effect te kunnen hebben. In aanvulling hierop kan het zinvol zijn de sancties uit te werken in de lokale instructies van de commandant.

Tot besluit van deze paragraaf sta ik nog kort stil bij contracten afgesloten in het kader van het Amerikaanse Foreign Military Sales (FMS) systeem.⁸⁸⁾ FMS contracten, aangeduid als Letters of Offer and Acceptance (LOA), gaan altijd vergezeld van Standard Terms and Conditions. Hierin is onder meer de bepaling opgenomen *'US personnel performing defense services under this LOA will not perform duties of a combatant nature, including*

⁸⁵⁾ Een commandant doet er verstandig aan in zijn lokale bevelen en instructies altijd een vergelijkbare bepaling op te nemen.

⁸⁶⁾ Turner en Norton, voetnoot 52, p. 19.

⁸⁷⁾ Dit mag natuurlijk geen verkapte detentie zijn; mogelijkheden zijn een verbod het legeringskamp of bepaalde delen daarvan te verlaten.

⁸⁸⁾ De Amerikaanse overheid heeft in het kader van haar buitenlandse politiek het Security Assistance systeem opgezet. Binnen dit systeem kunnen landen onder meer goederen en diensten verwerven via het FMS-systeem (Directie Materieel Koninklijke Luchtmacht, Acquisitie Aanwijzing 15/01 inzake verwerving via het US Foreign Military Sales System van 1 december 2001). Voor de goede orde: op FMS-contracten is het Amerikaanse recht van toepassing.

duties relating to training and advising that may engage US personnel in combat activities outside the US, in connection with the performance of these defense services'. Gelet op het internationaal humanitair recht een verstandige clause. In de praktijk echter wordt dit soms zeer ruim uitgelegd. Zo vonden Amerikaanse juristen tijdens Operation Enduring Freedom het feit dat Amerikaans civiel personeel werkzaam zou moeten zijn in Kirgizië in eerste instantie als strijdig met de LOA. Als reden werd aangevoerd dat dit betreffende land in de *war zone* zou liggen. Pas na het nodige overleg werden de bezwaren ingetrokken. Om misverstanden te vermijden is het zinvol om in de gevallen dat inzet tijdens crisisbeheersingsoperaties mogelijk moet blijven dit expliciet op te nemen in de Supplemental Conditions bij de LOA.

Het bovenstaande biedt de nodige houvast bij het opstellen van standaard 'uitzendclauses'. Het is echter de vraag of een dergelijke set algemene voorwaarden voldoende tegemoet kan komen aan de specifieke eisen van elke afzonderlijke operatie. Ik kan mij voorstellen dat in de praktijk voor een verwerfer deze teksten te ruim zullen zijn omschreven. Eerder zal bij hem de behoefte bestaan aan een set modelbepalingen die met de op de operatie toegespitste aanpassingen de basis kan bieden voor een uitzendcontract.⁸⁹⁾

Conclusie

De laatste 15 jaar is wereldwijd de inzet van contractors, zelfs voor tot dan toe specifiek militaire taken, sterk toegenomen. De omstandigheden die hiertoe hebben geleid lijken ook voor de Nederlandse situatie relevant. In hoeverre het ook leidt tot groei van civiele inzet ten behoeve van de Nederlandse strijdkrachten laat zich moeilijk voorspellen. Dit neemt niet weg dat Nederland ook nu al regelmatig gebruik maakt van de diensten van contractors en hun personeel tijdens crisisbeheersingsoperaties. De algemene conclusie die uit deze bijdrage kan worden getrokken is dat geen overwegende bezwaren bestaan tegen inzet van contractors. Wel moet de afweging worden gemaakt of de inzet zinvol is indien de SOFA de werkzaamheden van contractors te veel beperkt of de kans op daadwerkelijk gewapend militair optreden door de Nederlandse strijdkrachten toeneemt.⁹⁰⁾ In die laatste situatie neemt het risico voor het civiel personeel onevenredig toe terwijl door het ontbreken van een directe gezagsverhouding met de commandant, Defensie onvoldoende greep heeft op gedragingen van het personeel. In deze omstandigheden kan een tijdelijke aanstelling als militair op grond van art. 11 AMAR worden overwogen als de bijdrage van contractors aan de operatie essentieel is. In andere gevallen kan civiel personeel op basis van een overeenkomst tussen Defensie en contractor worden ingezet. Hierbij moet aan een aantal aspecten aandacht worden besteed.

Op grond van het internationaal humanitair recht blijft civiel personeel van de contractors 'gewoon' burger dat niet het doelwit van een vijandelijke aanval mag worden. Wel heeft het personeel de speciale status van legervolging indien tenminste de autoriteiten van het eigen land dit expliciet hebben aangegeven. Civiel personeel geniet hierdoor aanvullende bescherming; bijvoorbeeld doordat in voorkomend geval aanspraak kan worden gemaakt op de status van krijgsgevangene. Als bewijs van haar status dient Defensie de vereiste identiteitskaart te verstrekken. Deze regels gelden primair in internationale con-

⁸⁹⁾ In het Rapport van de Amerikaanse rekenkamer (GAO-03-695) van 24 juni 2003, voetnoot 11, p. 35-36 werd geconstateerd dat door het ontbreken van '*standard contract language*' contracten soms onvoldoende specifiek waren verwoord zodat aanpassingen vlak voor uitzending nodig bleken hetgeen de kosten van het contract konden doen oplopen.

⁹⁰⁾ Uitgangspunt van het Engelse beleid is dat inzet van contractors '*...should normally be made only in benign conditions*', MoD policy for using CONDO, voetnoot 74.

flicten. Echter, om eventuele onduidelijkheden en discussies te vermijden, verdient het naar mijn mening de voorkeur bij elke inzet van contractors in crisisbeheersingsoperaties het civiel personeel aan te merken als legervolging.

Op zich verbiedt het internationaal humanitair recht de inzet van contractors dus niet. Wel gelden bepaalde beperkingen ten aanzien van hun inzet. Zo moet worden voorkomen dat zij als *illegal combatant* zouden kunnen worden aangemerkt wegens (vermeende) deelname aan de vijandelijkheden. Dit kan onder meer worden bereikt door civiel personeel te verbieden wapens in bezit te hebben en militaire kleding of uitrusting te dragen. Voorafgaande aan uitzending zullen de door contractors te vullen posities en werkzaamheden moeten worden geïnventariseerd en getoetst aan het internationaal humanitair recht.

Voorafgaand aan inzet van een Nederlands detachement moet bij het opstellen van SOFA's en MOU's al rekening worden gehouden met de inzet van contractors. Traditioneel besteden deze documenten weinig of geen aandacht aan de positie van contractors. De laatste jaren begint dit te wijzigen. Volledige gelijkstelling met militair personeel zal niet altijd in overeenstemming zijn met de wensen van het gastland en is soms ook praktisch niet mogelijk. Dit hoeft ook geen al te groot beletsel voor de inzet van contractors te betekenen aangezien de verschillende soorten civiele ondersteuning wisselende eisen aan met name de SOFA stellen. Dit betekent dat al voordat de SOFA-besprekingen van start gaan, geïnventariseerd moet zijn welke categorieën civiel personeel zullen worden ingezet en met welke statusbepalingen een effectieve inzet wordt bevorderd. Vervolgens kunnen specifiek op die groep toegespitste bepalingen met het gastland worden besproken. De beperkingen die bestaan met betrekking tot de strafrechtelijke jurisdictie rechtvaardigen een nader onderzoek.

Een overeenkomst is het enige document dat een contractor tijdens crisisbeheersingsoperaties bindt aan Defensie. Dat contract zal er vervolgens (indirect) voor moeten zorgen dat het civiel personeel ook voldoet aan de wensen of eisen van Defensie. Daarbij zijn het veiligheidsaspect, het internationaal humanitair recht en de internationale afspraken allemaal van invloed op de mogelijke inhoud van de 'uitzendclausules' die overigens per operatie nog kunnen verschillen. Dit leidt tot een breed scala aan aandachtspunten. Deze moeten worden uitgewerkt en vertaald in concrete algemene voorwaarden of in modelbepalingen die aan de eisen van een operatie kunnen worden aangepast.

STRAFRECHTSPRAAK**Rechtbank Arnhem**

militaire kamer

vonnissen van 1 maart 2004

zaaknr. 05/085121-03

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

Slapen op post

Een marinier, op 15 augustus 2003 in Irak op post gesteld, valt tijdens de uitoefening van deze wachtdienst in slaap. Hij wordt vervolgd wegens het misdrijf, omschreven in artikel 107, subsidiair het misdrijf omschreven in artikel 108 van het Wetboek van Militair Strafrecht (WvMS). Artikel 107 eist opzet, artikel 108 slechts schuld (in de zin van culpa). De militaire kamer acht opzet bewezen en veroordeelt de militair wegens het misdrijf, omschreven in artikel 107 lid 1 WvMS, tot militaire detentie voor de duur van twee weken, voorwaardelijk, en een werkstraf van zestig uren. De vraag of tijdens het begaan van het feit ter plaatse tijd van oorlog gold, beantwoordt de militaire kamer ontkennend.

(Artikel 71a en 107 WvMS; artikel 87 WvS)

VERKORT VONNIS

In de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen [verdachte], geboren op [geboortedatum] te [geboorteplaats];
officier-raadsman: luitenant-kolonel drs. S.H. Springer, wonende te Zoetermeer.

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd dat:

“hij als militair in tijd van oorlog op of omstreeks 15 augustus 2003, te of nabij As Samawah, in elk geval in Irak, op of nabij een observatiepost (wachtpost 5 op of nabij ‘Camp Smitty’), (onder andere) belast met het observeren van de bij die wachtpost 5 behorende sector, althans tijdens de uitoefening van zijn, verdachtes, wachtdienst, opzettelijk, althans in ernstige mate nalatig, zich heeft onttrokken aan, dan wel zich ongeschikt heeft gemaakt of laten maken voor een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid, althans die verplichting niet heeft vervuld dan wel niet in staat was te vervullen, door toen en daar opzettelijk, althans in ernstige mate nalatig, op/in/bij die post in slaap te vallen, althans niet voortdurend paraat en waakzaam te zijn geweest, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade is ontstaan aan, althans te duchten is geweest voor de bestrijding voor gemeen gevaar voor personen en/of goederen dan wel de veiligheid, hierin bestaande dat het bij/onder voornoemde wachtpost behorende (bewakings)gebied niet voortdurend, althans onvoldoende geobserveerd kon worden en/of ongewenste personen genoemd ‘Camp Smitty’ in en uit konden lopen”;

(art 107 lid 1 en 2 Wetboek van Militair Strafrecht

art. 107 lid 1 Wetboek van Militair Strafrecht

art 108 lid 1 Wetboek van Militair Strafrecht)

althans, indien het vorenstaande niet tot een veroordeling leidt:

“hij als militair op of omstreeks 15 augustus 2003, te of nabij As Samawah, in elk geval

in Irak, op of nabij een observatiepost (wachtpost 5 op of nabij 'Camp Smitty'), (onder andere) belast met het observeren van de bij die wachtpost 5 behorende sector, althans tijdens de uitoefening van zijn, verdachtes, wachtdienst, opzettelijk, althans in ernstige mate nalatig, zich heeft onttrokken aan, dan wel zich ongeschikt heeft gemaakt of laten maken voor een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid, althans die verplichting niet heeft vervuld dan wel niet in staat was te vervullen, door toen en daar opzettelijk, althans in ernstige mate nalatig, op/in/bij die post in slaap te vallen, althans niet voortdurend paraat en waakzaam te zijn geweest, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade is ontstaan aan, althans te duchten is geweest voor de bestrijding voor gemeen gevaar voor personen en/of goederen dan wel de veiligheid, hierin bestaande dat het bij/onder voornoemde wachtpost behorende (bewakings)gebied niet voortdurend, althans onvoldoende geobserveerd kon worden en/of ongewenste personen genoemd 'Camp Smitty' in en uit konden lopen".

(art. 107 lid 1 Wetboek van Militair Strafrecht
art. 108 lid 1 Wetboek van Militair Strafrecht)

2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is op 16 februari 2004 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door de officier-raadsman luitenant-kolonel drs. S.H. Springer te Zoetermeer.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het primair tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een militaire detentie voor de duur van 5 maanden onvoorwaardelijk.

Verdachte en zijn officier-raadsman hebben het woord ter verdediging gevoerd.

3. De beslissing inzake het bewijs

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

De militaire kamer stelt voorop, dat het aan de vervolging in deze zaak ten grondslag liggende strafdossier geen enkel aanknopingspunt bevat voor de gevolgtrekking, dat voor de verdachte tijd van oorlog gold, zoals hem is tenlastegelegd.

Met betrekking tot het bij requisitoir door de officier van justitie aangevoerde overweegt de militaire kamer het volgende. Bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van tijd van oorlog in de zin van artikel 71a Wetboek van Militair Strafrecht dient de militaire kamer twee elementen te bezien, immers het artikel is slechts van toepassing in geval van oorlog en indien er zich dan tevens feitelijke oorlogsomstandigheden voordoen. Van geval van oorlog is naar het oordeel van de militaire kamer geen sprake, nu er in casu niet kan worden gesproken van oorlog in volkenrechtelijke zin gelet op het bepaalde in artikel 87 Wetboek van Strafrecht en artikel 96 Grondwet. Met betrekking tot de vraag of er sprake is van feitelijke oorlogsomstandigheden, is de militaire kamer van oordeel, dat de door de officier van justitie voor zijn standpunt aangevoerde stukken (onder andere VN-resolutie 1483, de brief van 6 juni 2003 van de Ministers van Buitenlandse Zaken en Defensie, Kamerstukken en publicaties) de gevolgtrekking dat daaruit blijkt dat ten tijde van het tenlastegelegde feit feitelijke oorlogsomstandigheden aanwezig waren, niet kunnen dragen. De militaire kamer merkt hierbij op dat deelname aan vredes- en veiligheidsoperaties in internationaal verband niet zonder meer als oorlog of als feitelijke oorlogsomstandigheden zijn te classificeren. Zij verwijst daarbij naar artikel 107a Wetboek van Strafrecht dat van toepassing is in geval een gewapend conflict dat niet als oorlog kan worden aangemerkt

en waarbij Nederland betrokken is, hetzij ter individuele of collectieve zelfverdediging, hetzij tot herstel van de internationale vrede en veiligheid.

De militaire kamer merkt tenslotte op dat uit de verklaringen van de verdachte ter terechtzitting, welke verklaringen niet strijdig zijn met de inhoud van andere bewijsmiddelen, is gebleken dat er slechts sprake was van een lage dreiging en een lage alert status; bovendien behoeft het wachtpersoneel geen scherfwerend vest en geen helm te dragen bij de uitoefening van haar taak.

Tijd van oorlog op de voet van artikel 71 Wetboek van Militair Strafrecht is ook niet aanwezig, omdat de daar genoemde bekendmaking niet heeft plaatsgehad. De gevallen van de artikelen 71b en 72 Wetboek van Militair Strafrecht doen zich in deze zaak niet voor.

De militaire kamer acht derhalve het bestanddeel in de tenlastelegging “in tijd van oorlog” niet wettig en overtuigend bewezen.

De militaire kamer merkt ten overvloede op dat de huidige terminologie in het Wetboek van Militair Strafrecht onvoldoende aansluit bij de veranderde operationele omstandigheden waaronder de krijgsmacht haar internationale taken moet verrichten.

De militaire kamer acht, op grond van hetgeen hiervoor is overwogen, niet wettig en overtuigend bewezen hetgeen verdachte primair (opzettelijk in tijd van oorlog, artikel 107 lid 1 juncto lid 2 Wetboek van Militair Strafrecht) en subsidiair (in ernstige mate nalatig in tijd van oorlog, artikel 108 lid 1 juncto lid 2 Wetboek van Militair Strafrecht) is tenlastegelegd en zal hem daarvan vrijspreken.

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

hij als militair op 15 augustus 2003, te of nabij As Samawah, op een observatiepost (wachtpost 5 op “Camp Smitty”), (onder andere) belast met het observeren van de bij die wachtpost 5 behorende sector, opzettelijk, zich heeft onttrokken aan een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid, door toen en daar opzettelijk, op die post in slaap te vallen, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade te duchten is geweest voor de veiligheid, hierin bestaande dat het bij voornoemde wachtpost behorende (bewakings)gebied niet voortdurend geobserveerd kon worden en ongewenste personen genoemd “Camp Smitty” in en uit konden lopen.

De militaire kamer is van oordeel dat verdachte opzettelijk heeft gehandeld in die zin dat hij zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de op basis van ervaringsregels aanmerkelijke kans dat hij in slaap zou vallen. Verdachte wist dat hij vermoeid was en hij vocht tijdens zijn wachtdienst tegen de slaap. Verdachte wist dat dit ook gold voor zijn collega die samen met hem de wachtpost bezette. Als ervaren militair, die tijdens oefeningen vaker geconfronteerd is met slaapgebrek c.q. uitputting en dan wachtdiensten moest draaien, wist verdachte dat hij maatregelen moest en kon nemen die voorkwamen dat hij in slaap zou vallen. Door op een gegeven moment in die wetenschap op of bij een zich op de wachtpost bevindende matras te gaan zitten heeft verdachte een situatie in het leven geroepen en welbewust het risico aanvaard dat hij in slaap zou vallen.

Hetgeen verdachte meer subsidiair meer of anders is tenlastegelegd is niet bewezen.

Verdachte moet daarvan worden vrijgesproken.

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

De bewijsmiddelen zullen worden uitgewerkt in die gevallen waarin de wet aanvulling van het vonnis vereist en zullen dan in een aan dit vonnis te hechten bijlage worden opgenomen.

4. De strafbaarheid van het bewezenverklaarde

Het bewezenverklaarde levert op:

“als militair zich opzettelijk aan een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid onttrekken, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade te duchten is voor de veiligheid”,

voorzien en strafbaar gesteld bij artikel 107, eerste lid, van het Wetboek van Militair Strafrecht.

Het feit is strafbaar.

5. De strafbaarheid van verdachte

De raadsman heeft aangevoerd dat verdachte niet strafbaar is omdat er sprake is van overmacht. De raadsman heeft dit beroep – kort samengevat – gebaseerd op het navolgende:

- door het zware rooster van wachtlopen was er sprake van slaapttekort bij verdachte;
- tengevolge van de extreme hitte, de afwezigheid van verkoeling en de locatie was de kwaliteit van slapen zeer slecht;
- indien een mens een te groot slaapttekort opbouwt ontstaat er een extreme druk van het lichaam om te slapen. De geest wil zich daartegen verzetten, maar het lichaam trekt het niet meer waardoor een onbewuste slaaptoestand optreedt, soms zelfs met de ogen open. Het lichaam reageert niet meer op prikkels;
- indien een organisatie bewust is dat het personeel dat bepaalde belangrijke taken moet verrichten, waarbij de veiligheid in het geding is, een groot slaapttekort heeft opgebouwd, dan moet zo'n organisatie ook actieve en passende maatregelen nemen om te voorkomen dat het personeel in slaap valt of voorkomen dat dit personeel op dat moment de taak uitvoert.

De militaire kamer verwerpt dit verweer. De militaire kamer onderschrijft dat voornoemde factoren weliswaar er toe kunnen leiden dat er een grotere kans bestaat dat iemand in slaap kan vallen, echter niet is als vaststaand aan te nemen dat zulks altijd geschiedt bij iedereen die onder voornoemde omstandigheden werkzaam is. De militaire kamer is echter van oordeel dat niet aannemelijk is geworden dat het op grond van fysiologische omstandigheden voor verdachte volstrekt onmogelijk was het strafbare feit niet te plegen noch dat op basis van de feitelijke omstandigheden van dit concrete geval, vanwege hun uitzonderlijke of buitengewone karakter, naleving van de strafrechtelijke norm redelijkerwijze niet van verdachte gevergd kon worden.

Verdachte en zijn collega's hebben onder moeilijke omstandigheden zware wachtdiensten gedraaid, maar niet aannemelijk is geworden dat verdachte er niets aan kon doen dat hij in slaap viel. De militairen hebben alvorens hun taak in Irak aan te vangen eerst een periode in Koeweit doorgebracht om te acclimatiseren. Verdachte was zich die nacht bewust van het feit dat hij moeite had wakker te blijven. Verdachte is een geoefend marinier en zal gedurende de vele oefeningen die hij heeft gedaan vaker met een slaapttekort en werken in zware en moeilijke omstandigheden, waaronder wachtlopen, te maken hebben gehad. Verdachte had juist vanuit die ervaring maatregelen kunnen en moeten nemen om wakker te blijven.

Deze eis mag naar het oordeel van de militaire kamer aan een militair met wachtdienst belast, ook onder moeilijke omstandigheden, worden gesteld.

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

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

Bij de beslissing over de straf heeft de militaire kamer rekening gehouden met:
- de aard en de ernst van het bewezenverklaarde en de omstandigheden waaronder dit is begaan;

- de persoon en de persoonlijke omstandigheden van verdachte, zoals deze uit het onderzoek ter terechtzitting naar voren zijn gekomen.

De militaire kamer overweegt in het bijzonder het navolgende.

Verdachte heeft onder operationele omstandigheden het bewezenverklaarde wachtdelict begaan. Als militair had verdachte zich bewust moeten zijn van de risico's die dit handelen kon hebben voor de veiligheid van de eenheid. Ook het feit dat verdachte te weinig heeft gelet op de waakzaamheid van degene met wie hij samen deze wachtdienst uitvoerde rekent de militaire kamer hem zwaar aan.

Aan de andere kant houdt de militaire kamer rekening met het feit dat verdachte *first offender* is en voorts wordt rekening gehouden met de zware omstandigheden waaronder verdachte, zeker in de eerste fase van de operatie, zijn werk moest doen.

Alles overwegende is de militaire kamer van oordeel dat naast een voorwaardelijke vrijheidsstraf oplegging van een taakstraf in de vorm van een werkstraf een passende afdoening van deze zaak is, omdat van deze wijze van afdoening een generaal preventieve werking uitgaat en verdachte wordt gemaand zich te onthouden van het plegen van soortgelijke feiten.

7. *De toegepaste wettelijke bepalingen*

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

8. *De beslissing*

De militaire kamer, rechtdoende:

Spreekt verdachte vrij van het primair en subsidiair tenlastegelegde.

Verklaart bewezen dat verdachte het meer subsidiair tenlastegelegde, zoals vermeld onder punt 3, heeft begaan.

Verklaart niet bewezen hetgeen verdachte meer subsidiair meer of anders is tenlastegelegd dan hierboven bewezen is verklaard en spreekt verdachte daarvan vrij.

Verstaat dat het aldus bewezenverklaarde oplevert het strafbare feit zoals vermeld onder punt 4.

Verklaart verdachte hiervoor strafbaar.

Veroordeelt verdachte wegens het bewezenverklaarde tot

A. militaire detentie voor de duur van twee (2) weken.

Bepaalt dat deze militaire detentie niet zal worden tenuitvoergelegd, tenzij de rechter later anders mocht gelasten. De militaire kamer stelt een proeftijd vast van twee (2) jaren. De tenuitvoerlegging kan worden gelast indien de veroordeelde zich voor het einde van de proeftijd heeft schuldig gemaakt aan een strafbaar feit.

B. het verrichten van een werkstraf gedurende zestig (60) uren.

Bepaalt dat deze werkstraf binnen één (1) jaar na het onherroepelijk worden van dit vonnis moet worden voltooid.

Bepaalt voorts dat de termijn binnen welke de werkstraf moet worden verricht, wordt verlengd met de tijd dat de veroordeelde rechtens zijn vrijheid is ontnomen alsmede met

de tijd dat hij zich aan zodanige vrijheidsontneming heeft onttrokken.

Beveelt dat, voor het geval de veroordeelde de werkstraf niet naar behoren verricht, vervangende hechtenis zal worden toegepast.

Stelt deze vervangende hechtenis vast op dertig (30) dagen.

NASCHRIFT

1. *In de onderhavige zaak is door verdachte hoger beroep ingesteld. Daarom beperk ik me in dit naschrift tot enkele kantekeningen bij het - overigens juiste - standpunt van de militaire kamer dat ten tijde van het plegen van het delict ter plaatse geen tijd van oorlog gold: het geval, bedoeld in artikel 71a WvMS, deed zich niet voor en een bekendmaking als bedoeld in artikel 71 WvMS was niet gedaan. Artikel 71a WvMS bepaalt - voorzover in dit kader van belang - dat de rechter, voor de toepassing van o.a. de artikelen 107 en 108 WvMS, de aanwezigheid van tijd van oorlog slechts mag aannemen "onder feitelijke oorlogsomstandigheden". Art. 71 WvMS bepaalt - eveneens: voorzover in dit kader van belang - dat voor een gedeelte van de krijgsmacht tijd van oorlog aanwezig wordt geacht, indien het door het bevoegd gezag is aangewezen "tot enig optreden tot handhaving of herstel van de internationale orde en veiligheid", dit op voorwaarde dat de aanwijzing op de door de Kroon voorgeschreven wijze aan de aangewezen militairen is bekend gemaakt.*

2. *Artikel 71a WvMS moet worden gelezen tegen de achtergrond van artikel 87 van het Wetboek van Strafrecht (WvS). Dit artikel gaat uit van de opvatting dat tijd van oorlog in strafrechtelijke zin aanwezig is in geval van oorlog. Hierbij ziet de term "oorlog" op een oorlog in volkenrechtelijke zin; op een rechtstoestand die ontstaat zodra de regering het Koninkrijk in oorlog heeft verklaard. Zie hieromtrent H.J. Smidt I, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, tweede druk, p. 538.*

Artikel 71a WvMS bevat ten opzichte van artikel 87 WvS een beperking: de rechter mag, in geval van een oorlog in volkenrechtelijke zin, voor de toepassing van de in artikel 71a genoemde bepalingen tijd van oorlog in strafrechtelijke zin slechts aannemen "onder feitelijke oorlogsomstandigheden". Zie hieromtrent A.F. Steffen, De partiële wijziging van de militaire straf- en tuchtwetgeving bij de rijkswetten van 4 juli 1963, p. 551.

Het vorenstaande betekent dat - voor de toepassing van de in artikel 71a WvMS genoemde bepalingen - de rechter tijd van oorlog slechts mag aannemen, indien aan twee voorwaarden is voldaan: (1) er kan worden gesproken van geval van oorlog in volkenrechtelijke zin; (2) er doen zich tevens feitelijke oorlogsomstandigheden voor. Naar het oordeel van de militaire kamer was ten tijde van het plegen van het onderhavige delict noch aan de ene noch aan de andere voorwaarde voldaan.

3. *Artikel 71 WvMS bepaalt dat voor een gedeelte van de krijgsmacht eveneens tijd van oorlog aanwezig wordt geacht, indien het - in tijd van vrede - door het bevoegd gezag is aangewezen voor een van de in het artikel genoemde taken, mits de aanwijzing op de door de Kroon voorgeschreven wijze aan de aangewezen militairen is bekend gemaakt. Welke wijze van bekendmaken is voorgeschreven, valt te lezen in artikel 8 van het Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht. Omdat in het onderhavige geval de bekendmaking niet op de voorgeschreven wijze was geschied, achtte de militaire kamer evenmin tijd van oorlog op de voet van artikel 71 WvMS aanwezig.*

4. *Tijd van oorlog is een volstrekt verouderd begrip. Oorlogen in volkenrechtelijke zin komen nog slechts sporadisch voor. Zo was Nederland tijdens de eerste Golfoorlog, in de eerste maanden van 1991, niet met Irak in oorlog en deed zich dus - omdat ook een bekendmaking als bedoeld in artikel 71 WvMS niet was gedaan - geen tijd van oorlog voor; dit terwijl Nederland met twee fregatten en een bevoorradingsschip daadwerkelijk*

aan de strijd deelnam. In feite doet het er ook niet toe of, wanneer een strafbaar feit is begaan, wel of niet van tijd van oorlog kan worden gesproken. Waar het om gaat is of het strafbare feit is begaan onder omstandigheden die (de mogelijkheid van) een hogere straf rechtvaardigen. Gelet hierop is door mij in juni 2000, tijdens mijn afscheidscollege, voorgesteld de aanduiding “in tijd van oorlog” in het Wetboek van Militair Strafrecht te vervangen door een in deze tijd meer passende aanduiding. Soms zal dit zijn “in geval van een gewapend conflict”, soms “onder operationele omstandigheden”. Zie hieromtrent:

G.L. Coolen, *Tijd van oorlog, een verouderd begrip*, MRT 2000, p. 270-274. Ook in de onderhavige uitspraak merkt de militaire kamer op dat “de huidige terminologie in het Wetboek van Militair Strafrecht onvoldoende aansluit bij de veranderde operationele omstandigheden waaronder de krijgsmacht haar internationale taken moet verrichten”.

5. Het door mij gedane voorstel heeft geleid tot een kamervraag. De vraag, op 9 november 2000 aan de Minister van Defensie gesteld, luidde: “Wat is uw mening over het voorstel het begrip ‘tijd van oorlog’ in het Wetboek van Militair Strafrecht te vervangen door een aanduiding die meer aansluit bij het huidige optreden van de Nederlandse krijgsmacht tijdens crisisbeheersingsoperaties?” De Staatssecretaris van Defensie antwoordde op 29 november 2000: “Als gevolg van de thans ter hand genomen wijziging van de Wet Oorlogsstrafrecht zal eveneens worden bezien op welke wijze in het Wetboek van Militair Strafrecht het begrip ‘tijd van oorlog’ zou moeten worden uitgebreid met het bestanddeel ‘tijd van gewapend conflict’.”

We zijn nu enkele jaren verder. De Wet Oorlogsstrafrecht is inmiddels gewijzigd, bij Wet van 19 juni 2003, Stb. 270. Ook is, naast de Wet Oorlogsstrafrecht, een geheel nieuwe wet tot stand gebracht, de Wet internationale misdrijven. Het Wetboek van Militair Strafrecht spreekt echter nog steeds uitsluitend van “tijd van oorlog”. In het kader van de wijziging van de Wet Oorlogsstrafrecht en de totstandbrenging van de Wet internationale misdrijven is zelfs in het geheel niet over een aanpassing van het wetboek gesproken; in de kamerstukken is op dit punt althans niets te vinden.

G.L.C.

BESTUURSRECHTSPRAAK**Centrale Raad van Beroep**

Uitspraak van 21 augustus 2003

02/5120 MAW

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

Rechtbank 's-Gravenhage blijft competent in militaire pensioenzaken

Bij besluit van 16 juli 2001 heeft de staatssecretaris, gedaagde, beslist dat appellant over een aantal jaren teveel uitkering heeft ontvangen. Op grond van artikel 5 van het Besluit aanvullende arbeidsongeschiktheids- en invaliditeitsvoorzieningen militairen wordt dit teruggevorderd.

Bij het bestreden besluit van 12 september 2001 heeft de staatssecretaris het bezwaar van de gewezen militair niet-ontvankelijk verklaard. Daarbij heeft de staatssecretaris aangegeven dat beroep openstaat bij de rechtbank 's-Gravenhage. Namens betrokkene is tegen het bestreden besluit beroep ingesteld bij de rechtbank 's-Hertogenbosch, de rechtbank van betrokkenes woonplaats. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank 's-Gravenhage geoordeeld dat de zaak tot haar bevoegdheid, in het bijzonder tot de bevoegdheid van haar militaire kamer, behoort.

De rechtbank geeft aan dat, hoewel de Kaderwet militaire pensioenen ter zake geen regeling kent, op historische gronden kan worden aangenomen dat met die Wet niet is beoogd wijziging te brengen in de rechtsmacht van de militaire kamer van de Rechtbank 's-Gravenhage op het punt van de militaire pensioenen en daarmee vergelijkbare uitkeringen aan gewezen militairen. De Raad vindt voor haar opvatting mede steun in een recente wijziging van de Uitkeringswet gewezen militairen, waarbij in verband met de invoering van de Kaderwet in een nieuw artikellid de rechtbank 's-Gravenhage voor de toepassing van die wet als bevoegde rechter is aangewezen.

In hoger beroep komt ook de Centrale Raad tot het oordeel dat de rechtbank zich terecht bevoegd heeft geacht van het beroep kennis te nemen.

(Militaire Ambtenarenwet 1931, artikel 4)

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 23 augustus 2002, nr. AWB 02/01032 MAWKMA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Het geding is ter behandeling aan de orde gesteld ter zitting van 26 juni 2003, waar partijen, met bericht, niet zijn verschenen.

II. Motivering

1. De Raad gaat uit van de volgende, als vaststaand aangenomen, gegevens.

1.1. Appellant ontvangt een militair arbeidsongeschiktheidspensioen. Bij besluit van

16 juli 2001 heeft gedaagde met toepassing van artikel 5 van het Besluit aanvullende arbeidsongeschiktheids- en invaliditeitsvoorzieningen militairen (Besluit AAVIM) een bedrag van per saldo f 4.955,38 van appelland teruggevorderd. Bij het bestreden besluit van 12 september 2001 heeft gedaagde het bezwaar van appelland tegen dit terugvorderingsbesluit niet-ontvankelijk verklaard. Daarbij heeft gedaagde aangegeven dat beroep openstaat bij de rechtbank 's-Gravenhage.

1.2. Bij beroepschrift gedateerd 22 oktober 2001 is namens appelland tegen het bestreden besluit beroep ingesteld bij de rechtbank 's-Hertogenbosch, zijnde de rechtbank van appellands woonplaats. Het beroepschrift is door die rechtbank op 23 oktober 2001 ontvangen en bij brief van 14 maart 2002 doorgezonden aan de rechtbank 's-Gravenhage, waar het op 15 maart 2002 is ingekomen.

1.3. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank 's-Gravenhage (hierna ook: de rechtbank) het beroep niet-ontvankelijk verklaard wegens overschrijding van de beroepstermijn. Daarbij heeft de rechtbank onder verwijzing naar haar uitspraak van 8 februari 1999 (TAR 1999, 62) geoordeeld dat de zaak behoort tot haar bevoegdheid, meer in het bijzonder tot de bevoegdheid van haar militaire kamer. Zij heeft daartoe onder meer overwogen dat bij het in werking treden van het Besluit AAVIM, welke regeling niet berust op de Militaire Ambtenarenwet 1931 (MAW) maar op de Kaderwet militaire pensioenen (Kmp), niet is beoogd wijziging te brengen in de rechtsmacht van haar militaire kamer ten aanzien van de militaire pensioenwetgeving en de daarmee verbonden regelgeving. Aldus is het beroepschrift, met voorbijgaan aan de beroeps-clausule in het bestreden besluit, bij de verkeerde rechtbank ingediend en pas geruime tijd na afloop van de beroepstermijn door de bevoegde rechtbank ontvangen. Deze termijn-overschrijding kan aan appelland worden tegengeworpen, aldus de rechtbank.

2. In hoger beroep ziet de Raad zich in de eerste plaats gesteld voor de vraag of de rechtbank zich terecht bevoegd heeft geacht van het beroep kennis te nemen. De Raad beantwoordt deze vraag bevestigend en overweegt daartoe als volgt.

2.1. Ingevolge artikel 8:7, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is, indien beroep wordt ingesteld tegen een besluit van een bestuursorgaan zoals gedaagde, de rechtbank binnen het rechtsgebied waarvan de indiener van het beroepschrift zijn woonplaats in Nederland heeft bevoegd.

2.1.1. Titel II, paragraaf 2, van de MAW voorziet in een hiervan afwijkende regeling van de rechtsmacht. In artikel 4 van de MAW is bepaald dat, in afwijking van artikel 8:7 van de Awb, voor beroepen tegen besluiten op grond van deze wet de rechtbank 's-Gravenhage bevoegd is. Voor de behandeling van deze beroepen voorziet artikel 5 van de MAW in de instelling van een militaire kamer bij die rechtbank. Ook in de Kaderwet dienstplicht en de vóór 1997 geldende Wet rechtstoestand dienstplichtigen wordt en werd verwezen naar deze bepalingen van de MAW.

2.1.2. Door verwijzing in artikel W3 van de Algemene militaire pensioenwet (AMP) naar titel II van de MAW en door verwijzing in artikel 11 (oud) van de Uitkeringswet gewezen militairen (hierna: Ugm) naar artikel W3 van de AMP (en daarmee naar titel II van de MAW) heeft dit stelsel - behandeling van militaire pensioenzaken door de militaire kamer van de rechtbank 's-Gravenhage - vanouds ook gegolden voor militaire pensioenen en daarmee vergelijkbare uitkeringen aan (gewezen) militairen.

2.1.3. In deze bepalingen is het stelsel van rechtsbescherming vervat dat de wetgever vanouds voor ogen heeft gestaan bij geschillen met een militaire component: behandeling van rechtspositionele geschillen betreffende de publiekrechtelijke rechtspositie van militairen en gewezen militairen, met inbegrip van militaire pensioenen en uitkeringen, wordt

in eerste instantie geconcentreerd bij de militaire kamer van de rechtbank 's-Gravenhage.

2.1.4. In de sedert 31 januari 2001 geldende Kmp ontbreekt echter een met het voormalige artikel W3 van de AMP vergelijkbare bepaling en daarmee een verwijzing naar titel II van de MAW. Wel is in artikel 11, tweede lid, van de Ugm sedertdien bepaald dat in afwijking van artikel 8:7 van de Awb voor beroep de rechtbank 's-Gravenhage bevoegd is.

2.2. Het primaire besluit van 16 juli 2001 is genomen op grond van het Besluit AAIVM. Dit is een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in artikel 2, vijfde lid, van de Kmp.

2.3. Op de hiervoor aangegeven historische gronden moet naar het oordeel van de Raad evenwel worden aangenomen dat - voorzover zulks niet reeds voortvloeit uit een bijzondere wet, zoals de Kaderwet dienstplicht - artikel 4 van de MAW uitdrukking geeft aan het onder 2.1.3. bedoelde, door de wetgever beoogde stelsel van rechtsbescherming in militaire zaken. Tot dat stelsel behoort eveneens vanouds de mogelijkheid van hoger beroep bij de Raad, zoals deze thans voortvloeit uit artikel 18, eerste lid, aanhef en onder a, van de Beroepswet.

2.4. Een en ander brengt de Raad tot het oordeel dat onder "besluiten op grond van deze wet", als bedoeld in artikel 4 van de MAW, zijn te begrijpen: alle besluiten, de rechtspositie betreffende, waarbij een (gewezen) militair in de zin van de MAW als zodanig, zijn nagelaten betrekkingen of zijn rechtverkrijgenden als bedoeld in de MAW belanghebbende zijn.

2.5. Uiteraard kan bij wet in formele zin van het vorenstaande worden afgeweken, bijvoorbeeld in die zin, dat de in artikel 8:7, tweede lid, van de Awb geformuleerde hoofdregel haar werking herneemt. Zulk een afwijking kan voortvloeien uit de bewoordingen, maar ook uit het stelsel of uit de geschiedenis van de totstandkoming van die formele wet. De Raad heeft echter geen aanknopingspunten gevonden voor het oordeel dat de formele wetgever bij het tot stand brengen van de Kmp heeft beoogd een afwijkend stelsel van rechtsbescherming te introduceren.

2.5.1. Daarbij heeft de Raad in aanmerking genomen dat de AMP, die aan de Kmp voorafging en op grond van artikel 7, eerste lid, van de Kmp is ingetrokken, in artikel W3 voor beroepen tegen besluiten op grond van die wet de rechtbank 's-Gravenhage bevoegd verklaarde en voor beroepen tegen een koninklijk besluit of een beschikking van de Minister van Defensie een uitdrukkelijke verwijzing naar titel II van de MAW bevatte waardoor eveneens de rechtbank 's-Gravenhage als bevoegde rechter werd aangewezen. Dat een vergelijkbare bepaling niet meer in de Kmp is opgenomen, is naar het oordeel van de Raad te verklaren uit het feit dat met die wet juist werd beoogd het pensioenstelsel te privatiseren en ook aan de uitvoering ervan het publiekrechtelijk karakter te ontnemen. Een bepaling zoals voorheen vervat in artikel W3 van de AMP zou daarmee niet stroken. De privatisering betrof echter uitsluitend de hoofdmoot van het pensioenstelsel, te weten het ouderdoms- en het nabestaandenpensioen. Zij had nadrukkelijk geen betrekking op de specifiek aan het militaire beroep verbonden extra's bij invaliditeit en overlijden (Kamerstukken II 1998-1999, 26 686, nr. 3, p.3 en p.6-8). Aan die extra's heeft de wetgever "een nieuwe plaats" willen geven door in artikel 2, vijfde lid, van de Kmp te voorzien in regeling bij algemene maatregel van bestuur. Daarbij is niet op kenbare wijze aandacht besteed aan het feit dat de uitvoering van zo'n publiekrechtelijke regeling - in dit geval het Besluit AAIVM - zou leiden tot het nemen van besluiten in de zin van de Awb waartegen rechtsbescherming openstaat bij de bestuursrechter. Dat de formele wetgever heeft willen afwijken van het onder 2.3. beschreven stelsel, is de Raad echter niet kunnen blijken. Bij het tot stand brengen van het Besluit AAIVM was voor een uitdrukkelijke voorziening ter zake van de rechtsbescherming geen plaats meer, reeds omdat deze algemene maatregel van

bestuur geen wijziging vermag te brengen in hetgeen uit de formele wet voortvloeit.

2.5.2. De Raad ziet zich in zijn oordeel gesteund door de geschiedenis van de totstandkoming van artikel VIII, onder G, van de Aanpassingswet Kaderwet militaire pensioenen (Stb. 2002, 69), waarbij in verband met de invoering van de Kmp een nieuw artikel 11, tweede lid, is opgenomen in de Ugm, in welk artikellid de rechtbank 's-Gravenhage voor de toepassing van de Ugm als bevoegde rechter is aangewezen. In de memorie van toelichting is opgemerkt dat de reden om op dit punt te blijven afwijken van de Awb nog steeds van toepassing is, te weten een eenduidig pensioenforum in militaire pensioenzaken (Kamerstukken II 2000-2001, 27 875, nr. 3, p.5). De hieruit blijkende zienswijze van de wetgever, in een onmiskenbaar publiekrechtelijk kader naar voren gebracht, is evenzeer van toepassing te achten op de rechtsbescherming inzake de publiekrechtelijk gebleven onderdelen van het pensioenstelsel ingevolge de Kmp, die bij het tot stand brengen van de Kmp kennelijk over het hoofd zijn gezien.

2.6. Nu het Besluit AAIVM, als gezegd, betrekking heeft op specifiek aan het militaire beroep verbonden extra's, waarvoor derhalve de hoedanigheid van gewezen militair bepalend is, raakt het primaire besluit rechtstreeks de (voortgezette) militaire rechtspositie van appellant. Derhalve moet worden geoordeeld dat sprake is van een besluit waarbij een gewezen militair ambtenaar als zodanig belanghebbende is en daarmee van een besluit als bedoeld in artikel 4 van de MAW, waarover (de militaire kamer van) de rechtbank 's-Gravenhage bevoegd is in eerste aanleg te oordelen.

3. Het vorenstaande brengt met zich mee dat appellant ten onrechte beroep heeft ingesteld bij de rechtbank 's-Hertogenbosch. Het beroepschrift is doorgezonden na ommekeer van de in artikel 6:7 gestelde beroepstermijn van zes weken en derhalve te laat bij de bevoegde rechtbank ingekomen. Indien de doorzending, zoals op grond van de vaste jurisprudentie van de Raad had mogen worden verwacht, twee weken na ontvangst door de onbevoegde rechtbank had plaatsgevonden, zou het beroepschrift evenzeer te laat door de bevoegde rechtbank zijn ontvangen.

4. Ingevolge artikel VII, eerste lid, van de Eerste evaluatiewet Awb (Stb. 2002, 53) is in dit geval de oude tekst van artikel 6:15 van de Awb van toepassing. Nu gedaagde in het bestreden besluit een juiste rechtsmiddelclausule had opgenomen betekent dit dat de datum van ontvangst door de bevoegde rechtbank bepalend is. Appellant heeft derhalve de beroepstermijn overschreden.

5. Van redenen die de termijnoverschrijding verschoonbaar doen zijn, in de zin van artikel 6:11 van de Awb, is niet gebleken. Door de rechtsmiddelclausule te negeren, heeft appellant een risico genomen dat geheel voor zijn rekening komt.

6. De rechtbank heeft het beroep mitsdien terecht wegens termijnoverschrijding niet-ontvankelijk verklaard. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

7. Voor een proceskostenveroordeling met toepassing van artikel 8:75 van de Awb bestaat geen aanleiding.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. Voorgeschiedenis rechtsmacht militaire kamer van de rechtbank 's-Gravenhage

Vóór de introductie van de Algemene wet bestuursrecht (AWB) was voor de behande-

ling van rechtspositionele geschillen van militaire aard in eerste aanleg uitsluitend het Ambtenarengerecht 's-Gravenhage aangewezen. Dit gerecht kende voor militaire zaken een daartoe samengestelde kamer.

Met het in werking treden van de AWB zou zonder nadere voorziening dit uitgangspunt worden doorbroken, aangezien het tweede lid van artikel 8:7 van de AWB ging voorschrijven dat tegen besluiten van andere dan in het eerste lid van dat artikel genoemde bestuursorganen, beroep moet worden ingesteld bij de rechtbank binnen het rechtsgebied waarvan de indiener van het beroep zijn woonplaats heeft.

De wetgever wenste echter de oude situatie, waarbij de behandeling van militaire zaken bij één rechtbank was geconcentreerd, te continueren. Daarom werd bij wijze van *lex specialis* in 1992 in artikel 4 van de Militaire Ambtenarenwet 1931 en artikel W 3 van de Algemene militaire pensioenwet (verder te noemen AMP-wet) bepaald dat in afwijking van artikel 8:7 de rechtbank 's-Gravenhage bevoegd is. Ingevolge artikel Y17, tweede lid van de AMP-wet was artikel W3 van overeenkomstige toepassing ten aanzien van beslissingen krachtens een vroegere militaire pensioenwet. Op die manier bestond er geen enkele onduidelijkheid inzake de competentie ingeval van beroep tegen besluiten betreffende militaire pensioenaangelegenheden.

Per 1 juni 2001 werd de AMP-wet ingetrokken en vervangen door de Kaderwet militaire pensioenen (verder te noemen Kaderwet). Anders dan de AMP-wet voorziet de Kaderwet niet in een bepaling die de exclusieve bevoegdheid van de rechtbank 's-Gravenhage in militaire pensioenaangelegenheden voorschrijft.

Betekent dit dat per 1 juni 2001 de hoofdregel van artikel 8:7 nu wel van toepassing is en dat de gewezen militair die beroep instelt sindsdien in het eigen arrondissement terecht kan?

Zou men kunnen stellen dat de wetgever in gebreke is gebleven om duidelijk in de Kaderwet vast te leggen dat de rechtbank 's-Gravenhage bevoegd is?

2. Uitspraak Centrale Raad van Beroep nader beschouwd

In de hierboven gepubliceerde uitspraak beantwoordt de Centrale Raad de vraag of de rechtbank te 's-Gravenhage zich terecht bevoegd heeft verklaard van het in eerste aanleg daar ingestelde beroep kennis te nemen, bevestigend. Hoewel in het aangevochten besluit (beslissing op bezwaar) door de staatssecretaris ook naar deze rechtbank als bevoegde instantie was verwezen wendde appellant zich in eerste aanleg toch tot de rechtbank te 's-Hertogenbosch, binnen het rechtsgebied waarvan hij woonde.

Om te beginnen overweegt de Raad geen aanknopingspunten te hebben gevonden voor het oordeel dat de wetgever bij het tot stand brengen van de Kaderwet heeft beoogd een afwijkend stelsel van rechtsbescherming te willen introduceren. Daarbij oordeelt de Raad dat het feit dat een met artikel W3 AMP-wet vergelijkbare bepaling niet in de Kaderwet voorkomt, te verklaren valt uit het oogmerk het publiekrechtelijk karakter aan het pensioenstelsel te ontnemen door dit te privatiseren. Voor een bepaling zoals voorheen vervat in artikel W 3 AMP-wet is dan geen plaats.

Vervolgens overweegt de Raad dat de privatisering uitsluitend het ouderdoms- en het nabestaandenpensioen betreffen nadrukkelijk geen betrekking had op de aan het militair beroep verbonden extra's (in uitkering) bij invaliditeit en overlijden. Deze extra's zijn opnieuw ondergebracht in een tweetal publiekrechtelijke regelingen. Zie voor de sinds 1 juni 2001 geldende nieuwe regelgeving voor militairen en de twee Besluiten waarin de bijzondere aanspraken voor militairen zijn geregeld het artikel "Militairen onder ABP-pensioenreglement" van mr. J.G.F.M. van Kessel (MRT september 2001, blz. 307 e.v.).

Hoewel hierbij niet op kenbare wijze aandacht is besteed aan het feit dat op besluiten ingevolge deze regeling de AWB van toepassing is, vindt de Raad toch geen aanwijzingen dat het uitgangspunt om de behandeling van geschillen in militaire pensioenzaken bij één rechtbank te concentreren nu is verlaten.

Verder is na de invoering van de Kaderwet bij wet van 20 december 2001, Staatsblad 2002, 69, de Uitkeringswet gewezen militairen (UGM) gewijzigd in die zin dat uitdrukkelijk de rechtbank 's-Gravenhage als bevoegde rechter is aangewezen voor het behandelen van beroepen tegen besluiten op grond van de UGM genomen. Ook hierin ziet de Raad een ondersteuning van zijn opvatting. Tot 2001 werd in artikel 11 van deze wet namelijk het bepaalde over bezwaar en beroep in hoofdstuk W van de AMP-wet van overeenkomstige toepassing verklaard op beslissingen op grond van de UGM.

Via deze uitspraak geeft de Raad duidelijkheid aan de uitkeringsgerechtigden en de betreffende uitvoeringsinstanties. Het is in mijn ogen in het kader van de uniformiteit voor de militaire gepensioneerden en uitkeringsgerechtigden alsmede voor de continuïteit van de rechtspraak in militaire zaken wenselijk dat er centraal recht wordt gesproken.

Zoals de Raad terecht overweegt kon de wetgever deze aangelegenheid formeel niet regelen. Wel ware wenselijk geweest dat de wetgever in de toelichting op de Kaderwet of de nieuwe Besluiten een aanwijzing had gegeven voor het handhaven van de status quo op het punt van de rechtsgang. Immers, in mijn ogen heeft de wetgever niet beoogd bij de introductie van de nieuwe publiekrechtelijke regelgeving in 2001 wijziging te brengen in de rechtsmacht van de militaire kamer van de rechtbank 's-Gravenhage. De Raad continueert in deze uitspraak de al decennia lang bestaande absolute competentie van de rechtbank 's-Gravenhage.

W.J.S.

Centrale Raad van Beroep
Uitspraak van 9 oktober 2003
01/4284 MAW

Voorzitter: Mr. J.C.F. Talman; *leden:* Mr. K. Zeilemaker en Prof.mr. F.A.M. Stroink

Niet tekortgeschoten in het verlenen van nazorg

Een BBT-er raakte, na terugkeer uit het voormalig Joegoslavië, psychisch uit zijn evenwicht. Hij stichtte brand in het huis van zijn buurman en, een dag later, in zijn eigen huis. Toen hij de Staatssecretaris van Defensie verzocht om aansprakelijkheid te aanvaarden voor wat hem was overkomen en tot vergoeding van de schade over te gaan, wees de staatssecretaris dit verzoek af. De BBT-er stelde tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) afwijzing beroep in. De eerste rechter verklaarde het beroep gegrond: de staatssecretaris was in de op hem rustende verplichting tot nazorg tekortgeschoten en had (dus) ten aanzien van de BBT-er toerekenbaar onrechtmatig gehandeld. Omdat de staatssecretaris zich met dit oordeel niet kon verenigen, stelde hij hoger beroep in: zijns inziens beschikte de KL ook destijds (wel degelijk) over een adequaat nazorgprogramma. Zoals hieronder valt te lezen, deelt de Centrale Raad van Beroep het standpunt van de staatssecretaris. De Raad komt, na uitvoerige overwegingen, tot de slotsom dat van onrechtmatig handelen

aan de zijde van de staatssecretaris niet kan worden gesproken.

(Schadevergoeding; PTSS)

UITSpraak

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

I. Ontstaan en loop van het geding

Namens appelland is op de daartoe bij aanvullend beroepschrift, met bijlage, aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 15 juni 2001, nr. AWB 00/9017 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift, met bijlagen, ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 28 augustus 2003, waar appelland zich heeft laten vertegenwoordigen door mr. M. van Reigersberg Versluys. Gedaagde is in persoon verschenen, bijgestaan door mr. H.J.M.G.M. van der Meijden, advocaat te Harderwijk.

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 diende als beroepsmilitair voor bepaalde tijd bij de Koninklijke Landmacht (KL). Van 8 november 1992 tot 3 mei 1993 is hij uitgezonden geweest naar het voormalige Joegoslavië. Tijdens die uitzending heeft hij verschillende ingrijpende gebeurtenissen meegemaakt.

1.2. Na terugkomst van zijn uitzending is gedaagde psychisch uit zijn evenwicht geraakt. Op 7 augustus 1995 heeft hij brand gesticht in het huis van zijn burens; de daaropvolgende dag heeft hij zijn eigen huis in brand gestoken. Gedaagde is door de militaire kamer van de rechtbank Arnhem voor de brandstichting op 7 augustus 1995 ontoerekeningsvatbaar verklaard en ontslagen van rechtsvervolgning. Voor de brandstichting op 8 augustus 1995 is hij gestraft met een straf die gelijk was aan de duur van het voorarrest en een proeftijd van twee jaar; als bijzondere voorwaarde is hem opgelegd dat hij zich gedurende de proeftijd diende te gedragen conform de voorschriften en aanwijzingen van zijn behandelaars in het Centraal Militair Hospitaal (CMH) voorzover en zolang dat door deze noodzakelijk werd geacht.

1.3. Gedaagde heeft appelland - onder andere - verzocht om aansprakelijkheid te aanvaarden voor wat hem ten gevolge van zijn uitzending overkomen is en op grond daarvan tot vergoeding van zijn schade over te gaan. Bij besluit van 2 juni 1998 heeft appelland dat verzoek afgewezen. Bij het thans bestreden besluit van 17 juli 2000 heeft appelland, na bezwaar, zijn weigering gehandhaafd.

2.1. De rechtbank heeft het namens gedaagde tegen het bestreden besluit ingestelde beroep gegrond verklaard, dat besluit vernietigd en appelland opgedragen een nieuw besluit te nemen. Voorts zijn bepalingen gegeven inzake de proceskosten en het griffierecht.

2.2. De rechtbank heeft daartoe - voorzover hier van belang - overwogen dat appelland op grond van de ervaringen die waren opgedaan met de uitzendingen van militairen naar Libanon had behoren te weten dat bij van uitzending terugkerende militairen problemen als een posttraumatische stressstoornis (PTSS) kunnen voorkomen. Naar het oordeel van de rechtbank had appelland mitsdien voor de terugkerende militairen over een adequaat

nazorgprogramma moeten beschikken en had hij gespist moeten zijn op de door die militairen afgegeven directe of indirecte signalen die in verband zouden kunnen worden gebracht met een eventueel bij hen bestaande psychische problematiek. Aangezien appellant volgens de rechtbank in beide aspecten nalatig is gebleven, heeft appellant naar haar oordeel jegens gedaagde toerekenbaar onrechtmatig gehandeld.

3.1. Appellant heeft zich met het hierboven weergegeven oordeel van de rechtbank niet kunnen verenigen; hij is van mening dat hij niet onrechtmatig jegens gedaagde heeft gehandeld en dat het inleidend beroep ongegrond had moeten worden verklaard.

3.2. Gedaagde heeft zich geheel in het oordeel van de rechtbank kunnen vinden.

4. Naar aanleiding van hetgeen partijen in hoger beroep naar voren hebben gebracht, overweegt de Raad als volgt.

4.1. Allereerst overweegt de Raad dat de rechtbank in de aangevallen uitspraak heeft geoordeeld dat de norm zoals die door de Raad in zijn uitspraak van 22 juni 2000 (TAR 2000, 112) is neergelegd, in de onderhavige zaak niet van toepassing is. Partijen hebben ter zitting van de Raad te kennen gegeven zich in het standpunt van de rechtbank te kunnen vinden. De Raad ziet geen aanleiding hierop thans verder in te gaan.

4.2. Appellant heeft zich in hoger beroep op het standpunt gesteld dat de KL ook destijds wel degelijk over een adequaat nazorgprogramma beschikte. Vanaf het begin van de UNPROFOR uitzendingen in 1992 is de KL proactief geweest met het bieden van hulp aan de uit te zenden en uitgezonden militairen. Deze hulp houdt volgens hem onder andere in dat de militairen voorafgaand aan de uitzending worden geïnformeerd over de gezondheidsrisico's. Dat appellant inmiddels als gevolg van voortschrijdend inzicht over een (veel) uitgebreider begeleidings- en nazorgprogramma beschikt betekent niet, aldus zijn gemachtigde, dat de hulp die destijds werd geboden, zo adequaat was dat dat als onrechtmatig handelen moet worden beschouwd. In het geval van gedaagde heeft gedurende de uitzending een psycholoog, majoor Sanders, bijstand verleend aan het peloton van gedaagde. Appellant betwist voorts dat de nazorg van gedaagde slechts zou hebben bestaan uit een debriefing van één uur en een kort gesprek met een psycholoog van het CMH, waarvan de rechtbank bij haar oordeelsvorming is uitgegaan.

4.3. De Raad onderschrijft het standpunt van appellant dat het destijds bestaande nazorgprogramma, gelet op de toen aanwezige kennis omtrent het voorkomen van PTSS bij uit oorlogsgebieden terugkerende militairen, niet zodanig te kort schoot dat van onrechtmatig handelen moet worden gesproken. Dat dit programma voor verbetering vatbaar is gebleken rechtvaardigt die conclusie evenmin.

4.4. Met betrekking tot de debriefing stelt de Raad vast dat ter zitting onweersproken is gebleken dat gedaagde in een ander verband heeft verklaard dat hij voorafgaand aan het moment van de debriefing al korte gesprekken had gehad met een psychiater en een arts van het Ministerie van Defensie. Voorts is uit de gedingstukken eveneens gebleken dat gedaagde juist door zijn leidinggevend was gewezen op het belang van de debriefing. Hem was verteld dat met name die dag het moment bij uitstek was om eventuele psychische problemen te bespreken en dat men daarvoor bij een ieder die vanuit de organisatie aanwezig was, kon aankloppen. Op grond van het voorgaande is de Raad van oordeel dat appellant voor wat betreft de debriefing van gedaagde niet onzorgvuldig heeft gehandeld. In zoverre kan geen sprake zijn van een onrechtmatig handelen jegens gedaagde.

4.5. Anders dan de rechtbank is appellant van mening dat de medewerkers van de Maatschappelijke Dienst Defensie (MDD) en die van het CMH voldoende alert hebben gereageerd op de, mogelijk met een PTSS samenhangende, signalen van gedaagde. Appellant heeft daartoe voor wat betreft de MDD gewezen op het door hem ingebrachte

overzicht van de contacten met gedaagde gedurende de periode van 15 januari 1993 tot en met 7 april 1998. Ter zake van het CMH heeft appelland zich op het standpunt gesteld dat het ontbreken van een verslag van het gesprek van gedaagde met een psycholoog van het CMH niet, zoals gedaagde heeft betoogd, zonder meer betekent dat er onzorgvuldig is gehandeld. Volgens appelland waren er kennelijk geen bijzonderheden te vermelden waardoor ook geen vervolgstappen in het kader van een eventuele behandeling moesten worden genomen.

4.6. Ten aanzien van de aansprakelijkheid van appelland voor het handelen van de medewerkers van de MDD en het CMH stelt de Raad voorop dat hij conform zijn bestendige jurisprudentie (zie onder andere CRvB 3 oktober 2002, TAR 2003, 56) appelland gehouden acht tot vergoeding van de schade die een gevolg is van een aan hem toe te rekenen optreden van een ander indien - en hier zoekt de Raad aansluiting bij het in artikel 6:170 van het BW tot uitdrukking gebrachte beginsel inzake de aansprakelijkheid voor ondergeschikten - deze schade is veroorzaakt door een als een onrechtmatige gedraging aan te merken fout van een onder de verantwoordelijkheid van appelland werkzame persoon, indien de kans op de fout is vergroot door de taakopdracht aan die persoon en indien appelland zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen. De Raad dient derhalve te beoordelen of de medewerkers van de MDD en het CMH een fout in de zin van een onrechtmatige daad jegens gedaagde hebben begaan, welke heeft geleid tot de schade waarvoor gedaagde vergoeding heeft gevraagd.

4.6.1. Voor wat het handelen van de MDD betreft, stelt de Raad allereerst vast dat uit het in 4.5. genoemde overzicht van de MDD blijkt dat in de contacten van gedaagde in hoofdzaak de kwestie rond het dreigende einde van zijn dienstverband - gedaagde had een aanstelling voor bepaalde tijd - aan de orde is gesteld. Van een concrete hulpvraag inzake zijn psychische problemen samenhangend met de ondervonden ingrijpende gebeurtenissen blijkt in dat overzicht niet. In dat verband kan de Raad niet inzien dat de MDD niet adequaat op gedaagdes psychische problemen zou zijn ingegaan. Daar komt bij dat ter zitting is gebleken dat gedaagde in een ander verband heeft verklaard dat de MDD wel degelijk adequaat op de signalen van de toenmalige echtgenote van gedaagde heeft gereageerd doordat een medewerker van de MDD daarop tot tweemaal toe een huisbezoek heeft afgelegd en een telefoonnummer heeft achtergelaten dat gedaagde dag en nacht kon bellen. Gelet op het vorenstaande is de Raad van oordeel dat medewerkers van de MDD niet verweten kan worden onzorgvuldig te hebben gehandeld. Van een fout zoals in 4.6. bedoeld, kan derhalve in dit opzicht niet worden gesproken.

4.6.2. Ten aanzien van het gesprek van de psycholoog van het CMH met gedaagde gaat de Raad ervan uit dat hetgeen daarin werd besproken betrekking had op de problemen die gedaagde ondervond met betrekking tot het dreigende einde van zijn dienstverband bij de KL en zijn lichamelijke ongemakken ten gevolge van (de complicaties van) een pols-bleesure. Gedaagde heeft niet aannemelijk gemaakt dat in het hier bedoelde gesprek andere dan vorenvermelde zaken aan de orde zijn gesteld. Naar het oordeel van de Raad - nog daargelaten welke gevolgen daaraan zouden moeten worden verbonden indien deze grief doel zou treffen - kan ook hier niet worden gesproken van een, wat de zorgverlening betreft, onzorgvuldig handelen, en derhalve is van een fout als in 4.6. bedoeld geen sprake.

4.7. Met betrekking tot het verwijt dat appelland na de zelfmoord van een pelotonsgeenoot van gedaagde niet adequaat zou hebben gereageerd overweegt de Raad als volgt. Gedaagde is kort nadien gedecompenseerd. De Raad ziet niet in dat appelland bij het ontbreken van meer specifieke signalen van gedaagde in de zelfmoord van gedaagdes pelo-

tonsgenoot aanleiding had moeten zien directe actie jegens gedaagde te ondernemen, nog daargelaten of die actie gedaagdes decompenseren zou hebben kunnen voorkomen.

4.8. Uit het vorenstaande volgt derhalve dat het bestreden besluit door de rechtbank ten onrechte is vernietigd.

5. De Raad acht tot slot geen termen aanwezig om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht. Beslist wordt als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het beroep tegen het bestreden besluit van 17 juli 2000 ongegrond.

NASCHRIFT

1. Veelal zal het bestuur, indien een militair door toedoen van het bestuur schade heeft geleden, deze schade eigener beweging, binnen de ruimte die de voorschriften laten, vergoeden. Indien een vergoeding uitblijft of indien de militair niet tevreden is met de hoogte van het hem toegekende bedrag, kan hij zich tot het bestuur wenden met een verzoek om schadevergoeding. Geleden schade komt, algemeen gezegd, voor vergoeding in aanmerking indien aan twee eisen is voldaan:

- de schade moet door toedoen van het bestuur zijn ontstaan; dus tussen het handelen of nalaten van het bestuur en de schade dient een oorzakelijk verband te bestaan;

- het handelen of nalaten van het bestuur moet als onrechtmatig kunnen worden aangemerkt; het bestuur moet dus op een of meer punten zijn tekortgeschoten.

In de onderhavige zaak was niet aan de tweede eis voldaan. Voor een geval waarin niet aan de eerste eis was voldaan, wordt verwezen naar CRvB 28 maart 2002, MRT 2003, p. 24, m.nt. G.L.C. (Blootgesteld aan asbestvezels).

2. Zoals in de onderhavige uitspraak valt te lezen, acht de Raad een bestuursorgaan eveneens gehouden tot vergoeding van de schade die het gevolg is van een aan het bestuursorgaan toe te rekenen optreden van een ander indien deze schade is veroorzaakt door een als onrechtmatige gedraging aan te merken fout van een onder de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan werkzame persoon, indien de kans op de fout is vergroot door de taakopdracht aan die persoon en indien het bestuursorgaan zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen. Zie hieromtrent nader CRvB 19 september 2002, TAR 2003, nr. 26, m.nt. G.L.C. (TAR 2003, p. 314 e.v.).

G.L.C.

Auteursaanwijzingen

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

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

REDACTIECOMMISSIE:

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

VASTE MEDEWERKERS:

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, 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. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar. Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan Sdu Servicecentrum Uitgevers. Zij die het M.R.T. van rijkswege verstrekt krijgen, dienen zich voor kennisgeving van adreswijzigingen te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren.

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


Nederlands
uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven op last van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVII

Juni 2004

Aflevering

6

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

Overzicht jurisprudentie militair tuchtrecht (III); door prof. mr. G.L. Coolen.....	265
---	-----

Strafrechtspraak

Ah 21.01.03	Echtelijk drama: ziekelijke stoornis, noodweer, overmacht? Verdachte verwondt ex-echtgenote en haar partner dodelijk met broodmes. Geen ontoerekenbaarheid nu verdachte - hoewel lijdende aan persoonlijkheidsproblematiek waaruit de feiten mede voortkomen - een normaal ontwikkeld geweten heeft, en inzicht had in de wederrechtelijkheid van zijn gedragingen. Beroep op noodweer(exces) faalt omdat niet is voldaan aan de subsidiariteitseis: verdachte was in de gelegenheid een mes te halen, bij het zien waarvan de slachtoffers zich verwijderden. Geen 'psychische' overmacht: omtrent 'dissociatie' o.i.d. is niets aannemelijk geworden.....	272
Ah 26.05.03	Niet-naleving van dienstbevel: gedoogde praktijk? Verdachte vult in strijd met dienstbevel brander in zijn tent, waardoor brand ontstaat. Omstandigheid dat ter plaatse gebruikelijk was branders in de tent te vullen doet niet af aan het bevel, maar weegt wel mee in de straftoemeting...	275
Ktr Ah 16.06.03	Bloed- of ademalcoholgehalte? Uitslag van ademonderzoek vermeldt '1.92 per mil'. Wordt daarmee het ademalcoholgehalte bedoeld (1.92 µg/l alcohol per liter uitgedemde lucht) of het bloedalcoholgehalte (1.92 gram alcohol per kilogram bloed)? De kantonrechter weet het ook niet: vrijspraak. (Naschrift M.M.D.).....	278

Bestuursrechtspraak

CRvB 15.05.03	'Individueel gelijkwaardig' is niet hetzelfde als 'nominaal gelijk' Bij de omzetting van de militaire ouderdomspensioenen in ABP-pensioenen beoogde de wetgever dat de belanghebbenden er niet op achteruit zouden gaan. Toen een gepensioneerde klaagde dat dit voor hem wèl het geval was, oordeelde de Rechtbank 's-Gravenhage de 'conversieregeling' in strijd met de Kaderwet militaire pensioenen. De CRvB vernietigde die uitspraak, overwegende dat de Kaderwet 'nominale gelijkheid' slechts garandeert voor het moment van de omzetting. (Naschrift A.J.T. Dörenberg).....	282
CRvB 05.06.03	Het mijnongeval De Raad verklaart het beroep tegen de weigering tot vergoeding van alle uit het mijnongeval voortgevloeide schade ongegrond. De opdrachtgever valt geen verwijt te maken. Ook heeft de staatssecretaris genoegzaam aange- toond dat hij heeft voldaan aan de op hem rustende zorgplicht. (Naschrift G.L.C.).....	289
CRvB 04.12.03	Loopband als hulpmiddel bij toekenning van een vervoersvoorziening? Een gewezen militair vraagt een vervoersvoorziening aan in de vorm van een financiële bijdrage in de aanschafkosten van een auto. Deze bijdrage wordt alleen toegekend als iemand niet meer in staat is om een afstand van tenmin- ste 100 meter te lopen. Om dit te meten wordt in deze zaak door de gemachtigde het gebruik van een loopband ingebracht. De Centrale Raad is met de Staatssecretaris van Defensie van oordeel dat de loopband hiervoor niet het meest geëigende middel is. (Naschrift W.J.S.).....	295

Resoluties Veiligheidsraad VN

Resoluties Veiligheidsraad VN; door Majoor mr. R.H.G. Gilissen.....	300
---	-----

BIJDRAGEN**Overzicht jurisprudentie militair tuchtrecht (III)**

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

Inleiding

Deze bijdrage bevat een aanvulling op de in 1997 en 2000 in dit tijdschrift verschenen overzichten van de jurisprudentie van de militaire rechter in tuchtzaken. Van vrijwel alle uitspraken, die sedert 1999 zijn gedaan, is in het kort de kern weergegeven. Dit is zoveel mogelijk geschied in de vorm van een letterlijk, tussen aanhalingstekens geplaatst citaat. Een enkele keer is de kern van de uitspraak in eigen woorden weergegeven. Dan zijn geen aanhalingstekens gebruikt. Hier en daar zijn aan het letterlijke citaat, ter verduidelijking, enkele woorden toegevoegd. Deze woorden zijn steeds tussen haakjes geplaatst. Ook is hier en daar, ter voorkoming van misverstanden, op bepaalde woorden de nadruk gelegd, door deze te cursiveren.

In het overzicht zijn eveneens enkele oudere, niet eerder vermelde uitspraken opgenomen. De bijdrage volgt, wat indeling betreft, de Wet militair tuchtrecht.

Wet militair tuchtrecht*Hoofdstuk I, Algemene bepalingen*

Artikel 3 lid 1:

- “Artikel, eerste lid onder *a*, van de Wet militair tuchtrecht stelt dat de gedragsregels van de Wet militair tuchtrecht van toepassing zijn gedurende de tijd waarin de militair dienst doet of behoort te doen. Nu blijktens de bevindingen van de militaire controlearts de beschuldigde onterecht ziek thuis was, behoorde beschuldigde dienst te doen en waren de gedragsregels op hem van toepassing.” (Rb Arnhem 15 november 1991, MRT 1992, p. 109, m.nt. C.)

- “De rechtbank is op grond van de vermelde omstandigheden (...) van oordeel dat het dienstbelang het onvermijdelijk maakte dat de OCD (Officier van Compagniesdienst) onderhavige opdracht (om van huis naar de kazerne terug te keren teneinde in te vallen voor de wacht) gaf en dat deze (dus) werd gegeven gedurende de tijd dat de beschuldigde dienst behoorde te doen.” (Rb Arnhem 5 februari 1993, MRT 1993, p. 163, m.nt. C.)

Artikel 3 lid 3:

- “Anders dan de commandant is de rechtbank van oordeel (...) dat de plaats van het feit, vermeld in de beschuldiging, niet met code 5 doch met code 4 dient te worden aangeduid, immers de verweten gedraging is gepleegd in het bivak Oosterheide, (dus) binnen een militaire plaats.” (Rb Arnhem 3 april 1992, MRT 1992, p. 192, m.nt. C.)

Hoofdstuk II, Gedragsregels

Artikel 7:

- “Daarbij merkt de rechtbank op dat vertraging als gevolg van het staan in een file geen overmacht oplevert, behoudens zeer bijzondere omstandigheden waaromtrent in deze zaak niets gesteld of gebleken is.” (Rb Arnhem 31 mei 1991, MRT 1991, p. 260, m.nt. C.)

- Een soldaat meldt zich op donderdag ziek thuis. Bij controle door de arts blijkt hij niet aanwezig te zijn. Hij keert op maandag om 10.00 uur bij de eenheid terug. “Op dat moment waren er reeds meer dan vier dagen ongeoorloofde afwezigheid verstreken. Het aanvankelijk tuchtrechtelijke feit is daardoor overgegaan in een strafbaar feit (...)” (Rb Arnhem 10 april 1992, MRT 1992, p. 217, m.nt. G.L.C.)

- Een militair wordt door de commandant gestraft omdat hij ten onrechte ziek thuis is gebleven en dientengevolge 7 uur ongeoorloofd afwezig is geweest. Voor de rechtbank verklaart hij dat hij op de dag dat hij zich ziek meldde wel in staat was om naar zijn onderdeel terug te keren. Op grond van deze verklaring stelt de militaire kamer dat zij zich met de strafoplegging door de commandant kan verenigen, “dit los van het feit of hij (de gestrafte) als rij-instructeur zou hebben kunnen functioneren dan wel andere werkzaamheden zou hebben kunnen verrichten”. (Rb Arnhem 22 mei 1992, MRT 1992, p. 289, m.nt. G.L.C.)

- “De rechtbank is van oordeel dat de bestreden uitspraak voor wat betreft het gedeelte ‘en ongeveer 2½ uur ongeoorloofd afwezig geweest’ van de beschuldiging moet worden vernietigd, aangezien uit het onderzoek ter terechtzitting gebleken is dat beschuldigde gedurende die 2½ uur op de kazerne is geweest en zich in dat geval naar het oordeel van de rechtbank niet schuldig maakt aan ongeoorloofde afwezigheid als bedoeld in artikel 7 van de Wet militair tuchtrecht. De rechtbank is (tevens) van oordeel dat het gedeelte van de bewezen gedraging dat in stand kan blijven en door de rechtbank bewezen wordt geacht, oplevert schending van artikel 9 van de Wet militair tuchtrecht.” (Rb Arnhem van 27 april 1993, MRT 1993, p. 229, m.nt. C.)

- “Het enkele feit dat gestrafte de tenuitvoerlegging van een hem door de commandant (eerder) opgelegde straf heeft gefrustreerd - in casu: door tijdens een uitgaansverbod het kazerneterrein te verlaten - dient als een ernstige schending van (artikel 7 van) de Wet militair tuchtrecht te worden beschouwd.” (Rb Arnhem 12 december 1995, MRT 1996, p. 250, m.nt. A.M.v.G.)

Artikel 11:

- “De rechtbank is van oordeel dat op grond van het onderzoek ter terechtzitting niet bewezen is dat gestrafte - nog daargelaten of hij in een (verkeers)situatie als deze hulp in de zin van artikel 11 van de Wet militair tuchtrecht had behoren te verlenen - in dit geval de gelegenheid heeft gehad hulp te verlenen bij het achteruit rijden.” (Rb Arnhem 28 april 1997, MRT 1998, p. 64, m.nt. A.M.v.G.)

Artikel 17:

- “Op grond hiervan is de rechtbank van oordeel dat - nu beschuldigde vóór het moment waarop de eerste opdracht moest worden uitgevoerd door dezelfde opdrachtgever een tweede opdracht werd gegeven - deze laatste opdracht door beschuldigde moest worden uitgevoerd, hetgeen is geschied, zodat het verwijt (...) niet geacht kan worden te zijn bewezen en beschuldigde hiervan dient te worden vrijgesproken.” (Rb Arnhem 16 juli 1993, MRT 1993, p. 296.)

Artikel 18:

- “De rechtbank is van oordeel dat noch het Reglement verkeersregels en verkeerstekens noch de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersovertredingen een dienstvoor-

schrift is in de zin van artikel 18 van de Wet militair tuchtrecht.” (Rb Arnhem 26 april 1999, MRT 2001, p. 62, m.nt. A.M.v.G.)

Artikel 20:

- “Door voormelde bewijsmiddelen heeft de rechtbank de overtuiging gekregen dat beschuldigde de in de beschuldiging omschreven gedraging (het uitmaken van een meerdere voor ‘sukkel’) heeft begaan, met dien verstande dat, waar de commandant in zijn beschuldiging het woord ‘belediging’ gebruikt, hij kennelijk op grond van het aanhalen van artikel 20 van de Wet militair tuchtrecht ‘uitschelden’ heeft bedoeld.” (Rb Arnhem 7 augustus 1992, MRT 1993, p. 25, m.nt. C.)

- “De rechtbank is (...) van oordeel dat de door beschuldigde na afloop van de sportles in de kleedkamer in het bijzijn van collega’s in de richting van een collega uitgesproken woorden - hoewel deze klaarblijkelijk niet vriendelijk waren bedoeld en daaraan een ondertoon van sarcasme niet kan worden ontzegd - in die context en onder die omstandigheden niet een zodanige inhoud en strekking hadden dat deze zijn te kwalificeren als uitschelden of bespotten als bedoeld in artikel 20 van de Wet militair tuchtrecht.” (Rb Arnhem 13 juni 1995, MRT 1996, p. 20, m.nt. N.J.)

- Een korporaal wordt, met toepassing van artikel 20 van de Wet militair tuchtrecht, tuchtrechtelijk gestraft omdat hij, in het bijzijn van anderen, een meerdere heeft uitgescholden voor ‘klootzak’. De rechtbank is van oordeel dat de commandant op de juiste wijze heeft beslist en bevestigt de bestreden uitspraak. (Rb Arnhem 25 januari 1999, MRT 2000, p. 20, m.nt. G.L.C.)

Artikel 29:

- “Een enkele woordenwisseling kan niet worden aangemerkt als wanordelijkheid (in de zin van artikel 29 van de Wet militair tuchtrecht); daarvoor moet er sprake zijn van een duidelijke ordeverstoring van enige omvang en betekenis.” (Rb Arnhem 29 november 1999, MRT 2000, p. 248, m.nt. G.L.C.)

Artikel 39:

- Een onderofficier, die door onoplettendheid schade heeft veroorzaakt aan het door hem bestuurde militaire voertuig, wordt door de commandant gestraft met toepassing van artikel 39 van de Wet militair tuchtrecht. Bevestiging bewezenverklaring. “De rechtbank komt op grond van de voorhanden zijnde bewijsmiddelen tot het oordeel dat een tuchtrechtelijk vergrijp is gepleegd. Gestrafte heeft zich verwijtbaar gedragen. Als professioneel chauffeur had hij (...) op de weg dienen te letten.” (Rb Arnhem 29 november 1999, MRT 2001, p. 72.)

Hoofdstuk III, Straffen

Artikel 41:

- “De rechtbank is er zich van bewust dat er formeel geen rangorde tussen de straffen is vastgesteld in de Wet militair tuchtrecht, maar gaat ervan uit dat in het algemeen de berisping als de lichtste straf wordt beschouwd.” (Rb Arnhem 13 juni 1995, MRT 1995, p. 415, m.nt. A.M.v.G.)

Artikel 48 lid 1:

- “De rechtbank is van oordeel dat de commandant op de juiste wijze tot zijn beslissing is gekomen en acht de opgelegde straf (vier dagen uitgaansverbod) passend. Het enkele feit dat gestrafte de tenuitvoerlegging van een hem (eerder) door de commandant opgelegde straf heeft gefrustreerd - in casu: door tijdens een uitgaansverbod het kazerneterrein te verlaten - dient als een ernstige schending van de Wet militair tuchtrecht te worden beschouwd.” (Rb Arnhem 12 december 1995, MRT 1996, p. 250, m.nt. A.M.v.G.)

Hoofdstuk V, titel I, Het tuchtproces in eerste aanleg

Artikel 61 lid 3:

- “Op grond van het vorenstaande is de rechtbank van oordeel dat er (...) kennelijk twee getuigen zijn gehoord door de commandant terwijl die verklaringen niet schriftelijk zijn vastgelegd noch gestrafte in de gelegenheid is gesteld die getuigen vragen te doen stellen. Hierdoor is gehandeld in strijd met het bepaalde in artikel 61, derde lid, dan wel artikel 68, tweede lid, van de Wet militair tuchtrecht. De rechtbank is van oordeel dat dit vormverzuim in beginsel herstelbaar is door in beroep die getuigen alsnog te horen. Hierbij kan een afweging gemaakt worden of het horen van de getuigen afgezet tegen de gedraging, daarbij mede in aanmerking nemend het tijdsverloop, nog opportuun is. Deze afweging leidt in de onderhavige zaak tot het oordeel dat thans geen getuigen meer moeten worden gehoord. Het vormverzuim als hiervoor vermeld is dusdanig dat de bestreden beslissing dient te worden vernietigd en dat vrijspraak van gestrafte moet volgen.” (Rb Arnhem 15 februari 1999, MRT 2000, p. 370, m.nt. A.M.v.G.)

Artikel 64 lid 2:

- De rechtbank is van oordeel dat beschuldigde, die van 21 t/m 27 juni 1993 ziek thuis was, op 22 juni 1993 niet op het onderzoek is verschenen wegens een gewichtige reden als bedoeld in artikel 64, tweede lid, van de Wet militair tuchtrecht. (Rb Arnhem 8 oktober 1993, MRT 1994, p. 116, m.nt. C.)

Artikel 65 lid 2:

- “Gebleken is dat deze getuige in het geheel niet is gehoord, terwijl nergens uit blijkt dat de commandant van oordeel is geweest dat het onderzoek daardoor zou worden geschaad of het verzoek kennelijk onredelijk is geweest. Hierdoor is de in artikel 65, tweede lid, van de Wet militair tuchtrecht voorgeschreven vorm verzuimd. Deze inbreuk vormt voldoende reden om de beschuldigde vrij te spreken, aangezien hij door deze inbreuk in zijn verdediging is geschaad.” (Rb Arnhem 14 februari 1992, MRT 1992, p. 155, m.nt. C.)

- “Het niet horen door de commandant van de door gestrafte opgegeven getuigen heeft gestrafte in dit geval niet geschaad omdat die getuigen niet concreet relevant zouden hebben kunnen verklaren met betrekking tot het aan gestrafte gemaakte verwijt (...).” (Rb Arnhem 21 januari 2002, MRT 2002, p. 357, m.nt. J.R.G.J.)

Artikel 67:

- “De rechtbank is van oordeel dat door de opdracht aan de beschuldigde om zich schriftelijk te verantwoorden alvorens een beschuldiging aan hem uit te reiken, in dit geval en onder deze omstandigheden een fundamentele inbreuk is gemaakt op de waarde die de cautie ook in de Wet militair tuchtrecht behoort te hebben. (...). Door dit vormverzuim is beschuldigde zodanig in zijn verdediging geschaad dat de bestreden uitspraak moet worden vernietigd en beschuldigde van de in de beschuldiging omschreven gedraging dient te worden vrijgesproken.” (Rb Arnhem 13 juni 1995, MRT 1996, p. 19, m.nt. N.J.)

- “De vraag of de commandant al dan niet de cautie heeft gegeven aan gestrafte en welke gevolgen eventueel aan dit vormverzuim zouden moeten worden verbonden kan buiten beschouwing blijven, nu gebleken is dat de commandant beschikte over een door gestrafte bij de Koninklijke Marechaussee na gegeven cautie afgelegde verklaring en derhalve voor het bewijs geen gebruik hoefde te maken van de door gestrafte tijdens het rapport afgelegde verklaring.” (Rb Arnhem 21 januari 2002, MRT 2002, p. 357, m.nt. J.R.G.J.)

Artikel 74 lid 2:

- “De rechtbank vindt wel aanleiding de opgelegde geldboete te verlagen tot een bedrag van f 25, omdat niet gebleken is dat gestrafte eerder tuchtrechtelijk is gestraft en zonder

nadere motivering door de commandant oplegging van de maximumboete niet passend wordt geoordeeld.” (Rb Arnhem 29 november 1999, MRT 2001, p. 72.)

- “De rechtbank komt tot het oordeel dat de gedraging is bewezen. Gestrafte verdient daarvoor straf. Gezien alle omstandigheden vindt de rechtbank aanleiding gestrafte een berisping op te leggen (in plaats van de opgelegde geldboete van *f* 50), ook omdat niet gebleken is dat gestrafte eerder tuchtrechtelijk is gestraft.” (Rb Arnhem 3 juli 2000, MRT 2001, p. 149, m.nt. J.R.G.J.)

- “De rechtbank vindt gelet op de bewezen gedragingen en op grond van het feit dat de commandant zonder enige motivering op het straffenformulier het strafmaximum heeft opgelegd, aanleiding de opgelegde geldboete te verlagen tot een bedrag van *f* 25, ook omdat niet gebleken is dat gestrafte eerder tuchtrechtelijk is gestraft.” (Rb Arnhem 3 juli 2000, MRT 2001, p. 189, m.nt. J.R.G.J.)

- “De militaire kamer acht oplegging van een andere straf passend, omdat de commandant (en, door de bevestiging van de uitspraak in eerste aanleg, ook de beklagmeerdere) geen motivering heeft vermeld op het straffenformulier waarom gestrafte de maximumstraf is opgelegd.” (Rb Arnhem 21 januari 2002, MRT 2002, p. 357, m.nt. J.R.G.J.)

Artikel 76 lid 1:

- “(Gebleken is) dat het onderzoek in eerste aanleg op 22 augustus 2002 was gesloten. Tevens is komen vast te staan dat luitenant-kolonel B. eerst op 4 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. (de gestrafte) 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.” (Rb Arnhem 10 februari 2003, MRT 2003, p. 166, m.nt. J.R.G.J.)

Artikel 77:

- “De rechtbank is van oordeel dat het toevoegen van tekst aan het straffenformulier nadat de uitspraak aan gestrafte is uitgereikt, fundamenteel in strijd is met een goede procesorde. Reeds op die grond dient de uitspraak te worden vernietigd en gestrafte te worden vrijgesproken.” (Rb Arnhem 15 november 1999, MRT 2001, p. 67, m.nt. A.M.v.G.)

Titel IA, De beklagprocedure

Artikel 80o lid 1:

- “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 van de Wet militair tuchtrecht te beraden of hij de overtuiging heeft gekregen dat een in de beschuldiging omschreven gedraging van de gestrafte heeft plaatsgevonden en of zulks een schending van een gedragsregel - en dus niet noodzakelijk: van *de* in de beschuldiging aangeduide gedragsregel - oplevert.” (Gerecht in Eerste Aanleg Aruba 16 januari 2003, MRT 2003, p. 253, m.nt. J.R.G.J.)

Titel II, Het beroep

Artikel 82 lid 2:

- “Uit het onderzoek te terechtzitting in beroep is gebleken dat tussen het indienen van het beroepschrift op 15 september 2000 en de ontvangst van het beroepschrift en de bij-

behorende stukken door de militaire kamer op 9 juli 2001 een zodanige termijn is verstrekken, dat zonder meer niet gesproken kan worden van een onverwijld toezending als bedoeld in artikel 82 lid 2 van de Wet militair tuchtrecht. Op grond van het vorenstaande komt de militaire kamer tot het oordeel dat de uitspraak in beklag behoort te worden vernietigd met vrijspraak van gestrafte.” (Rb Arnhem 21 januari 2002, MRT 2002, p. 388, m.nt. J.R.G.J.)

Artikel 84:

- “Beschuldigde heeft door deze wijze van indienen van het beroepschrift - versturen via de PTT op de laatste dag van de beroepstermijn - het risico genomen dat het beroepschrift niet binnen de in artikel 81, eerste lid, van de Wet militair tuchtrecht gestelde termijn zou zijn ontvangen door de commandant. Nu geen feiten of omstandigheden aannemelijk zijn geworden bij het onderzoek ter terechtzitting op grond waarvan geoordeeld zou moeten worden dat beschuldigde redelijkerwijs niet geacht kan worden in verzuim te zijn geweest, is beschuldigde niet-ontvankelijk in zijn beroep.” (Rb Arnhem 5 februari 1993, MRT 1993, p. 162, m.nt. C.)

- “De militaire kamer is (...) van oordeel dat het beroepschrift te laat is ingediend. De militaire kamer heeft ter terechtzitting onderzocht of gestrafte redelijkerwijs geacht kan worden niet in verzuim te zijn geweest. Gestrafte beroept zich op het feit dat hij door de beklagmeerdere niet is geïnformeerd over de duur van de beroepstermijn. Gestrafte is ondubbelzinnig in de gelegenheid geweest kennis te nemen van de beroepstermijn. Deze staat op niet mis te verstane wijze vermeld op de achterzijde van het uitspraak/beklagformulier. Verder waren de geografische omstandigheden waaronder gestrafte zich bevond niet van een dusdanige aard dat hij werd beperkt in zijn communicatiemogelijkheden. Er is ook overigens geen omstandigheid aannemelijk geworden de het oordeel rechtvaardigt dat gestrafte redelijkerwijs geacht kan worden niet in verzuim te zijn geweest.” Volgt: Niet-ontvankelijkverklaring. (Rb Arnhem 7 januari 2002, MRT 2002, p. 331, m.nt. J.R.G.J.)

Artikel 87 lid 1:

- “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.” (Rb Arnhem 10 februari 2003, MRT 2003, p. 166, m.nt. J.R.G.J.)

Artikel 93 lid 1:

- “De rechtbank constateert dat de Wet militair tuchtrecht niet voorziet in intrekking van het ingestelde beroep nadat de behandeling van de zaak reeds ter zitting is aangevangen. Desondanks ligt het voor de hand dat het *in principe* mogelijk moet zijn om het beroep nadien in te trekken, indien betrokkene besluit zich alsnog bij de bestreden uitspraak neer te leggen. De rechtbank ziet daarin aanleiding gestrafte niet-ontvankelijk te verklaren in zijn beroep.” (Rb Arnhem 6 april 1998, MRT 1998, p. 414, m.nt. G.L.C.)

Artikel 94 lid 1:

- “De zaak is behandeld ter openbare terechtzitting op 29 november 1991, waarbij beschuldigde is gehoord, waarna, bij beslissing van 13 december 1991, de stukken in handen zijn gesteld van het militaire lid, luitenant-kolonel (...), voor het instellen van een onderzoek in de volle omvang (...).” (Rb Arnhem 3 april 1992, MRT 1992, p. 249, m.nt. C.)

Hoofdstuk VI, Dwangmiddelen

Artikel 102:

- Naar het oordeel van de Hoge Raad heeft het Hoog Militair Gerechtshof “zonder miskenning van het recht kunnen oordelen dat het onderhavige slaapvertrek (in het legeringsgebouw van het Marinevliegveld De Kooy) geen woning is in de zin van de artikelen 120 e.v. van het Wetboek van Strafvordering (lees thans: van de Algemene wet op het binnentreden)”. (HR 26 februari 1991, MRT 1991, p. 153.)

- Een soldaat verzet zich opzettelijk met geweld tegen een meerdere “in de uitoefening van zijn functie op grond van artikel 102 van de Wet militair tuchtrecht”. Volgt: Veroordeling wegens feitelijke insubordinatie (artikel 118 van het Wetboek van Militair Strafrecht). (Hof Arnhem 17 juni 1992, MRT 1992, p. 318, m.nt. C.)

STRAFRECHTSPRAAK

Rechtbank Arnhem

Vonnis van 21 januari 2003

Voorzitter: mr. A.T.M. Vrijhoeven, Leden: mr. J.H.M. Westenbroek, Mr. I.D. Jacobs

Echtelijk drama: ziekelijke stoornis, noodweer, overmacht?

Verdachte verwondt ex-echtgenote en haar partner dodelijk met broodmes. Geen ontoerekenbaarheid nu verdachte - hoewel lijdende aan persoonlijkheidsproblematiek waaruit de feiten mede voortkomen - een normaal ontwikkeld geweten heeft, en inzicht had in de wederrechtelijkheid van zijn gedragingen. Beroep op noodweer(exces) faalt omdat niet is voldaan aan de subsidiariteitseis: verdachte was in de gelegenheid een mes te halen, bij het zien waarvan de slachtoffers zich verwijderden. Geen 'psychische' overmacht: omtrent 'dissociatie' o.i.d. is niets aannemelijk geworden.

(Sr artt. 39, 40, 41)

VONNIS

in de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen: D., A.S., geboren op: [...] te R.A.A, [wonende te] W., thans gedetineerd in P.I. Arnhem - HvB Arnhem Zuid, Ir. Molsweg 5 Arnhem, raadsman: mr. L. de Leon, advocaat te Utrecht.

1. De inhoud van de tenlastelegging

De in de dagvaarding opgenomen omschrijving van de feiten is bij de door de officier van justitie ter terechtzitting van 7 januari 2003 ingediende vordering nadere omschrijving tenlastelegging nader vastgesteld. Deze vordering is ter terechtzitting van 7 januari 2003 door de rechtbank toegelaten.

Aan verdachte is ten laste gelegd dat:

hij op of omstreeks 8 juli 2002 te W. opzettelijk F.J.L. en/of E.A.N. (laatst gewoonde hebbende te E. [...], onder de naam E.A.D.) van het leven heeft beroofd, hierin bestaande dat verdachte opzettelijk die F.J.L. en/of E.A.N. met een (brood-)mes een of meer malen in hun lichaam/lichamen heeft gestoken, ten gevolge waarvan die F.J.L. en/of E.A.N. is/zijn overleden;

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

hij op of omstreeks 8 juli 2002 te W. aan F.J.L. en/of E.A.N. (laatst gewoonde hebbende te E. [...], onder de naam E.A.D.) opzettelijk zwaar lichamelijk letsel heeft toegebracht, door opzettelijk die F.J.L. en/of E.A.N. met een (brood-)mes een of meer malen in hun lichaam/lichamen te steken, terwijl het feit de dood van die F.J.L. en/of E.A.N. ten gevolge heeft gehad.

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 7 januari 2003 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr. L. de Leon, advocaat te Utrecht.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het onder 1 primair ten laste gelegde zal worden veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 10 jaren

met aftrek van de tijd in verzekering en voorlopige hechtenis doorgebracht.

Verdachte en zijn raadsman hebben het woord ter verdediging gevoerd.

3. De beslissing inzake het bewijs

De rechtbank acht wettig en overtuigend bewezen dat verdachte het primair ten laste gelegde heeft begaan, met dien verstande dat bewezen wordt geacht dat:

hij op 8 juli 2002 te W. opzettelijk F.J.L. en E.A.N. (laatst gewoond hebbende te E. [...], onder de naam E.A.D.) van het leven heeft beroofd, hierin bestaande dat verdachte opzettelijk die F.J.L. en E.A.N. met een broodmes meermalen in hun lichamen heeft gestoken, ten gevolge waarvan die F.J.L. en E.A.N. zijn overleden.

Hetgeen verdachte meer of anders is ten laste gelegd is niet bewezen. Verdachte zal daarvan worden vrijgesproken.

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

De bewijsmiddelen zullen worden uitgewerkt in 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 bewezen verklaarde

Het bewezen verklaarde levert op: 'doodslag, meermalen gepleegd'.

De feiten zijn strafbaar.

5. De strafbaarheid van verdachte

Over verdachte is een multidisciplinaire rapportage uitgebracht, door psychiater dr. L.H.W.M. Kaiser in samenwerking met drs. P.K. Kristensen, psycholoog, gedateerd respectievelijk 20 december 2002 en 27 december 2002, waarin wordt geconcludeerd dat verdachte lijdt aan narcistische persoonlijkheidsproblematiek. Gezien deze persoonlijkheidsproblematiek is verdachte beperkt onderzoekbaar. Het mede cultureel bepaalde narcistische zelfbeeld wordt bedreigd als verdachte niet in staat is alles te controleren, te domineren en als hij niet kan beschikken over zogenaamde verlengstukken om zijn narcisme in stand te houden.

Verdachte werd ten tijde van het ten laste gelegde gehinderd door zijn persoonlijkheidsproblematiek, zoals omschreven. In die zin kan gesteld worden dat er een direct verband bestond tussen de stoornis van verdachte en de ten laste gelegde feiten. Verdachte heeft echter een relatief gezonde gewetensontwikkeling en heeft weet van sociaal wenselijke maatschappelijke waarden en normen. Verdachte heeft ook voldoende inzicht in de wederrechtelijkheid van de begane feiten. Deze afwegingen leiden tot de conclusie dat verdachte tijdens het plegen van de hem ten laste gelegde feiten in enigszins verminderde mate toerekeningsvatbaar geacht kan worden, aldus de deskundigen.

De rechtbank verenigt zich met die conclusie en maakt die tot de hare.

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

Verdachte heeft evenwel een beroep gedaan op noodweer.

Noodweer veronderstelt een noodzakelijke verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed tegen een ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding.

Volgens verdachte heeft het slachtoffer L. door een voet tussen de deur te zetten verhinderd dat verdachte de voordeur van zijn woning kon sluiten. Bovendien zou L. verdachte hebben mishandeld. Uitgaande van juistheid van deze lezing van verdachte, waarvoor in enkele getuigenverklaringen steun kan worden gevonden, zouden genoemde

gedragingen kunnen worden aangemerkt als een ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding als vorenbedoeld.

In dit verband dient overigens te worden opgemerkt dat volgens verdachte door L. het bellen van de politie ter sprake is gebracht, hetgeen er op duidt dat de situatie bepaaldelijk minder dreigend was dan verdachte wil doen voorkomen. Wat daarvan zij, allerm minst is gebleken dat verdachte zich tegen een eventuele aanranding uitsluitend kon verdedigen door op de beide slachtoffers in te steken. Het feit dat verdachte kans heeft gezien een mes uit de keuken te halen, impliceert dat hij in staat is geweest zich aan een eventuele mishandeling door L. te onttrekken. Voorts bevatten de bewijsmiddelen duidelijke aanwijzingen dat aan de gestelde aanranding in ieder geval een einde is gekomen nadat verdachte de slachtoffers met het mes had genaderd, doordat de slachtoffers zich toen uit de voeten maakten. Zonder enige noodzaak is verdachte hen nadien gevolgd en heeft hij hen buiten zijn woning vele messteken toegebracht. Onder deze omstandigheden kan niet worden aangenomen dat verdachte heeft gehandeld uit noodweer.

Het beroep op noodweer wordt derhalve verworpen.

Evenmin kan worden aangenomen dat er sprake is geweest van een overschrijding door verdachte van de grenzen van een noodzakelijke verdediging als gevolg van een hevige gemoedsbeweging door de aanranding veroorzaakt.

Door verdachte is tevens aangevoerd dat hij heeft gehandeld in psychische overmacht en dientengevolge dient te worden ontslagen van alle rechtsvervolg ing. Verdachte kon geen weerstand bieden tegen druk voortkomend uit de ongewone psychische toestand, waarin hij verkeerde. Verdachte was zich niet bewust van zijn handelingen, ten tijde van het steken. Deze ongewone psychische toestand zou veroorzaakt kunnen zijn door een zogenaamde acute dissociatie, aldus de raadsman.

De rechtbank overweegt hieromtrent het volgende.

De conclusie van dr. L.H.W.M. Kaiser, psychiater en drs. P.K. Kristensen, psycholoog, neergelegd in de multidisciplinaire rapportage, gedateerd respectievelijk 20 december 2002 en 27 december 2002, waarmee de rechtbank zich heeft verenigd en welke zij tot de hare heeft gemaakt, laat geen ruimte voor het aannemen van de juistheid van de bewering dat verdachte ten tijde van het plegen van het ten laste gelegde geen weerstand heeft kunnen bieden tegen druk voortkomend uit een ongewone psychische toestand, veroorzaakt door een acute dissociatie. Voornoemde psychiater heeft gemotiveerd aangegeven dat uitgesloten dient te worden geacht dat er sprake was van een psychiatrisch fenomeen zoals dissociatie ten tijde van het plegen van het ten laste gelegde.

De rechtbank verwerpt derhalve ook het beroep op psychische overmacht.

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

Verdachte is dus strafbaar.

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

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

- de aard en de ernst van het bewezen verklaarde en de omstandigheden waaronder dit is begaan;

- de persoon en de persoonlijke omstandigheden van verdachte, waarbij onder meer is gelet op:

- de eerder genoemde multidisciplinaire rapportage opgemaakt door psychiater dr. L.H.W.M. Kaiser in samenwerking met drs. P.K. Kristensen, psycholoog, gedateerd respectievelijk 20 december 2002 en 27 december 2002;

- een voorlichtingsrapportage van Reclassering Nederland, Unit Arnhem, gedateerd 9 oktober 2002, betreffende verdachte.

De rechtbank overweegt verder nog als volgt.

Verdachte heeft twee mensen van het leven beroofd. Dit is een zeer ernstig delict dat oplegging van een langdurige gevangenisstraf vereist. Bovendien heeft verdachte de nabestaanden van de slachtoffers een onherstelbaar verlies en blijvend leed toegebracht en is de rechtsorde ernstig geschokt. Aan de vergeldingscomponent mag in de straf dan ook een forse plaats worden toegekend.

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen oordeelt de rechtbank dat voor de afdoening van de onderhavige zaak geen andere straf in aanmerking komt dan een langdurige, onvoorwaardelijke gevangenisstraf.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is, behalve op de hiervoor genoemde wettelijke voorschriften, gegrond op de artikelen 10, 27, 57, 287 van het Wetboek van Strafrecht.

[Volgt: Veroordeling tot gevangenisstraf voor de duur van tien jaar, met aftrek van de tijd in verzekering en in voorlopige hechtenis doorgebracht - *Red.*]

Rechtbank Arnhem
Militaire kamer
Vonnis van 26 mei 2003

Voorzitter: Mr. B.N. Crol, *Lid:* Mr. R.J.J. van Acht, *Militair lid:* Kapitein ter zee van administratie Mr. P.J. Schreuder

Niet-naleving van dienstbevel: gedoogde praktijk?

Verdachte vult in strijd met dienstbevel brander in zijn tent, waardoor brand ontstaat. Omstandigheid dat ter plaatse gebruikelijk was branders in de tent te vullen doet niet af aan het bevel, maar weegt wel mee in de straftoemeting.

(WMSr art. 126, aanhef en onder 1° en 2°)

VONNIS

in de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen K., H.F., geboren op [...] te B., [wonende te] W. [...]. Officier-raadsman majoor E.G.B. Wieffer.

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is ten laste gelegd dat:

“hij als militair, in de rang/stand van korporaal, op of omstreeks 16 april 2002, te of nabij Kabul, in elk geval in Afghanistan, nadat verdachtes meerdere, 1e luitenant B. (als pelotonscommandant), verdachte (tijdens een bespreking voorafgaande aan het feit) het bevel had gegeven dat het vullen van branders (met brandstof) te allen tijde buiten de tent dient te geschieden, opzettelijk, dat dienstbevel niet heeft opgevolgd, hierin bestaande dat hij, verdachte, in strijd met vorenstaand bevel, zich bevindende in een (legerings)tent, met een vijfliter jerrycan een ‘brander’ met brandstof (Nafta) (bij)vulde, terwijl die brander

stond op een in die tent staande tafel, op welke tafel op korte afstand (ongeveer 55 cm) op hetzelfde moment een andere militair op een brandende brander eten aan het koken was, ten gevolge waarvan, nadat enige door hem, verdachte, gemorste brandstof in aanraking was gekomen met vuur (van de brandende brander) en vlam had gevat, brand in die tent is ontstaan, terwijl daardoor gemeen gevaar voor goederen, te weten voor de in de tent aanwezige goederen, en/of levensgevaar voor (een) ander(en), te weten de in die tent aanwezige personen (R. en/of H. en/of S. en/of R.), te duchten was, aangezien in genoemde tent enkele scherpe handgranaten en/of een hoeveelheid scherpe munitie aanwezig was/waren;

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

hij op of omstreeks 16 april 2002 te Kabul, althans in Afghanistan, grovelijk, althans aanmerkelijk onvoorzichtig en/of onoplettend en/of onachtzaam, zich bevindende in een (legerings)tent, met een vijf-liter jerrycan een 'brander' heeft (bij)gevuld met brandstof (Nafta), terwijl die brander stond op een in die tent aanwezige tafel, op welke tafel op korte afstand (ongeveer 55 cm) op hetzelfde moment een andere militair op een brandende 'brander' eten aan het koken was, ten gevolge waarvan, nadat enige door hem, verdachte, gemorste brandstof in aanraking was gekomen met vuur (van de brandende brander) en vlam had gevat, brand in die tent is ontstaan, waardoor het aan zijn schuld te wijten is geweest, dat:

1. levensgevaar of gevaar voor zwaar lichamelijk letsel voor de in die tent aanwezige personen, te weten R. en/of H. en/of S. en/of R. en/of voor de zich in de directe nabijheid geleverde andere personen is ontstaan, en/of

2. gemeen gevaar voor de zich in de tent bevindende goederen is ontstaan, aangezien in genoemde tent enkele scherpe handgranaten en/of een hoeveelheid munitie aanwezig was/waren”.

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 12 mei 2003 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door zijn officier-raadsman majoor E.G.B. Wieffer.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het subsidiair ten laste gelegde zal worden veroordeeld tot: militaire detentie voor de duur van twee maanden, geheel voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren en voorts tot het verrichten van 100 uren werkstraf bij niet verrichten te vervangen door 50 dagen hechtenis.

Verdachte en zijn raadsman hebben het woord ter verdediging gevoerd.

3. De beslissing inzake het bewijs

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

“hij als militair, in de rang van korporaal, op 16 april 2002, te Kabul, nadat verdachtes meerdere, 1e luitenant B. (als pelotonscommandant), verdachte (tijdens een bespreking voorafgaande aan het feit) het bevel had gegeven dat het vullen van branders met brandstof te allen tijde buiten de tent dient te geschieden, opzettelijk, dat dienstbevel niet heeft opgevolgd, hierin bestaande dat hij, verdachte, in strijd met vorenstaand bevel, zich bevindende in een (legerings)tent, met een vijf-liter jerrycan een 'brander' met brandstof (Nafta) vulde, terwijl die brander stond op een in die tent staande tafel, op welke tafel op korte afstand (ongeveer 55 cm) op hetzelfde moment een andere militair op een brandende bran-

der eten aan het koken was, ten gevolge waarvan, nadat enige door hem, verdachte, gemorste brandstof vlam had gevat, brand in die tent is ontstaan, terwijl daardoor gemeen gevaar voor goederen, te weten voor de in de tent aanwezige goederen, en levensgevaar voor anderen, te weten de in die tent aanwezige personen (R. en/of H. en/of S. en/of R.), te duchten was, aangezien in genoemde tent enkele scherpe handgranaten en/of een hoeveelheid scherpe munitie aanwezig waren”.

Hetgeen verdachte primair meer of anders is ten laste gelegd is niet bewezen. Verdachte moet daarvan worden vrijgesproken.

De beslissing dat verdachte het bewezenverklarde heeft begaan, is gegrond op de feiten en omstandigheden die in de bewijsmiddelen zijn vervat. De bewijsmiddelen zullen worden uitgewerkt in die gevallen waarin de wet aanvulling van het vonnis vereist en zullen dan in een aan dit vonnis te hechten bijlage worden opgenomen.

3.a. Nadere bewijsoverweging

De militaire kamer acht het primair ten laste gelegde feit wettig en overtuigend bewezen nu is gebleken dat het bevel dat het vullen van de branders met brandstof te allen tijde buiten de tent diende te geschieden tijdens een bespreking voorafgaand aan het feit door de pelotonscommandant (1e luitenant B.) was gegeven. Verdachte heeft ter terechtzitting verklaard dat hij bij deze bijeenkomst aanwezig is geweest en tevens heeft verdachte verklaard dat hij op de hoogte was van de inhoud van dit bevel. Desondanks heeft de verdachte ervoor gekozen om in strijd met dit bevel in de legeringstent een brander met brandstof te vullen. Het feit dat er destijds in het uitzendgebied sprake was van een algemene praktijk om de branders vanuit een jerrycan in de tent te vullen en dat deze praktijk als het ware werd gedoogd doet niets af aan het eerder door de 1e luitenant B. aan verdachte gegeven bevel.

4. De strafbaarheid van het bewezenverklarde

Het bewezenverklarde levert op:

Als militair opzettelijk een dienstbevel niet opvolgen, terwijl daarvan levensgevaar voor een ander en gemeen gevaar voor goederen te duchten is, voorzien en strafbaar gesteld bij artikel 126, aanhef en onder 1^o en 2^o van het Wetboek van Militair Strafrecht.

Het feit is strafbaar.

5. De strafbaarheid van verdachte

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

6. De motivering van de sanctie(s)

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

- de aard en de ernst van het bewezenverklarde en de omstandigheden waaronder dit is begaan;
- de persoon en de persoonlijke omstandigheden van verdachte, waarbij onder meer is gelet op het uittreksel uit het algemeen documentatieregister betreffende verdachte, gedateerd 20 juli 2002.

De militaire kamer overweegt verder nog als volgt. Verdachte heeft zich gedurende een uitzending naar Afghanistan schuldig gemaakt aan het opzettelijk niet opvolgen van een dienstbevel. Verdachte heeft willens en wetens in strijd met een dienstbevel een brander gevuld met brandstof terwijl hij zich bevond in een legeringstent. Voorts bevond verdach-

te zich tijdens het vullen van de brander op zeer korte afstand van open vuur. Ten gevolge hiervan is brand ontstaan in de legeringstent waardoor levensgevaar voor anderen en gevaar voor goederen is veroorzaakt. Gelet op het feit dat zich in de legeringstent scherpe munitie bevond, hadden de gevolgen van deze brand ook buiten de legeringstent zeer ernstig kunnen zijn. De militaire kamer houdt bij de bepaling van de strafmaat rekening met het feit dat uit het onderzoek ter terechtzitting is gebleken dat er destijds in het uitzendgebied sprake was van een in de praktijk ontwikkelde algemene gewoonte om de branders in de tent te vullen.

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen zal de militaire kamer voor de afdoening van de onderhavige zaak een militaire detentie opleggen die geheel voorwaardelijk zal zijn.

De militaire kamer ziet voorts, gelet op verdachtes persoonlijke omstandigheden en het feit dat zij een werkstraf een passende sanctie acht omdat zij daarmee de verdachte confronteert met zijn verantwoordelijkheden jegens de maatschappij, aanleiding om het verichten van werkstraf ten algemenen nutte op te leggen voor een duur van 100 uren.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

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

[Volgt: Veroordeling tot twee maanden militaire detentie, voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar en tot honderd uur werkstraf, subsidiair vijftig dagen hechtenis - *Red.*]

Rechtbank Arnhem
Militaire kantonrechter
Vonnis van 16 juni 2003

Militaire kantonrechter: Mr. R.S. Croll

Bloed- of ademalcoholgehalte?

Uitslag van ademonderzoek vermeldt '1.92 per mil'. Wordt daarmee het ademalcoholgehalte bedoeld (1.92 µgl alcohol per liter uitgeademde lucht) of het bloedalcoholgehalte (1.92 gram alcohol per kilogram bloed)? De kantonrechter weet het ook niet: vrijspraak.

(Akkoord van Dayton, bijlage 1-A, appendix A, eerste deel [Bosnië],
art. 7; Sv art. 338; WVV 1994 art. 8; WMSr art. 169)

VONNIS

in de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen v.L., S.G.J., geboren op [...] te K., [wonende te] A. [...]. Raadsman mr. P. Reitsma, advocaat te Harderwijk

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is, na wijziging van de tenlastelegging ter terechtzitting van 2 juni 2003, ten laste gelegd dat:

“hij als militair op of omstreeks 02 november 2001 te of nabij Sarajevo, in elk geval in

Bosnië-Herzegovina, opzettelijk, althans nalatig, als bestuurder van een motorrijtuig (Mercedes Benz type 209 GD), daarmee in strijd met het bepaalde in artikel 183 van de Bosnische Federale Wetgeving, heeft gereden over de voor het openbaar verkeer openstaande weg, kruising Zmaja od Bosne met Hamdije Cemerlica, terwijl hij, verdachte, onder zodanige invloed van alcohol was dat bij een (adem)onderzoek is gebleken dat de hoeveelheid alcohol in verdachtes bloed 1,92 gram alcohol per kilogram bloed, althans meer dan 0,5 gram alcohol per kilogram bloed, betrof”.

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 2 juni 2003 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr. P. Reitsma, advocaat te Harderwijk.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een geldboete ten bedrage van 500 euro, subsidiair 10 dagen hechtenis en 4 maanden ontzegging van de bevoegdheid motorrijtuigen te besturen onvoorwaardelijk.

Verdachte en zijn raadsman hebben het woord ter verdediging gevoerd.

3. De motivering van de beslissing

De raadsman heeft aangevoerd dat de Bosnische politie niet bevoegd was tot het toepassen van dwangmiddelen ten opzichte van verdachte. Daarom is de uitdraai van het ademanalyseapparaat onrechtmatig verkregen en derhalve onbruikbaar voor het bewijs.

Bij de stukken bevindt zich een proces-verbaal van opperwachtmeester W. Blaauwbroek van de Koninklijke Marechaussee, brigade SFOR te Bugojno, waarin vermeld staat dat het “de Bosnische politie en justitie verboden is om SFOR militairen aan dwangmiddelen te onderwerpen” en voorts “Het was derhalve ook niet gebruikelijk dat aan verdachte Van Langen een blaastest is afgenomen”. Onderbouwing van dit ‘verbod’ is niet uit de processtukken gebleken. De militaire kantonrechter gaat ervan uit dat een en ander berust op een afspraak die gemaakt is bij het afgeven van het mandaat aan de SFOR-troepen.

Wat er verder ook zij van dit eventuele ‘verbod’, en van de vraag of medewerking eisen/vragen aan een ademtest de uitoefening van een dwangmiddel is, is uit het onderzoek ter terechtzitting komen vast te staan dat verdachte op vrijwillige basis aan de desbetreffende ademtest heeft meegewerkt. Uit de stukken blijkt dat twee minuten vóór de medewerking van de verdachte (te 22.19 uur) de automobilist met wie hij in aanrijding was gekomen (te 22.17 uur) ook aan een ademtest medewerking heeft verleend.

Het beroep komt verdachte in die omstandigheden niet toe en dit beroep wordt verworpen.

In de onderhavige zaak dient bewezen te worden dat ‘de hoeveelheid alcohol in verdachtes bloed 1,92 gram alcohol per kilogram bloed, althans meer dan 0,5 gram alcohol per kilogram bloed bedroeg’. Uit de processtukken blijkt het navolgende:

- De Dräger Alcotest printer geeft een uitdraai waarop vermeld staat dat het resultaat van de analyse 1.92 per mil is;

- Het proces-verbaal van bevindingen opgemaakt door M.J. Maatman, opperwachtmeester en C.A.F.M. Verstraten, wachtmeester der eerste klasse, beiden van de Koninklijke Marechaussee, brigade SFOR Bugojno, houdt in dat ‘1.92 per mil’ staat voor ‘1.92 µg/l alcohol per liter uitgeademde lucht’.

- Voorts staat in een door de hiervoor genoemde verbalisanten nader opgemaakt proces-verbaal van bevindingen: Op de vraag waar de afkorting 1.92 per mil voor staat werd door het plaatsvervangend hoofd afdeling verkeerszaken van de politie te Sarajevo geantwoord:

“als het analyseapparaat op de printer gelegd wordt ter verwerking van het testresultaat wordt dit uitgedrukt in per mil (promille) ondanks dat het gaat om microgram alcohol per liter uitgeademde lucht”.

- De van toepassing zijnde Bosnische federale wetgeving stelt in artikel 183 (Wetgeving over veiligheid op de weg) onder meer strafbaar, voor zover hier van belang, het als bestuurder van een aan het verkeer deelnemend voertuig onder invloed zijn van alcohol. Een persoon wordt, volgens datzelfde artikel, geacht onder invloed van alcohol te zijn indien uit onderzoek van zijn bloed of urinemonsters of door een andere meetmethode naar alcoholgehalte gebleken is dat het alcoholgehalte in zijn bloed hoger is dan 0,5 g/kg.

Naar het oordeel van de militaire kantonrechter kan uit de uitslag van de uitgevoerde ademtest ‘1.92 per mil’ en waar dit voor staat, zoals hiervoor vermeld, niet zonder meer worden afgeleid dat deze 1.92 gelijk is aan 1,92 gram alcohol per kilogram bloed, noch dat dit gelijk is aan meer dan 0,5 gram alcohol per kilogram bloed. Ook uit de overigens aanwezige processtukken blijkt niet van dit verband.

De militaire kantonrechter heeft op grond van het vorenstaande niet de overtuiging verkregen en acht niet wettig bewezen dat verdachte het hem tenlastegelegde heeft begaan en zal hem daarvan vrijspreken.

[Volgt: Vrijspraak. - Red.]

NASCHRIFT

Het zal maar zelden voorkomen dat bij berechting van een bagatel het akkoord van Dayton, dat in een vredesregeling voor het voormalige Joegoslavië voorziet, te pas komt. Toch gebeurde dat in dit geval. De aanleiding is triviaal: verdachte, die tot het Nederlandse SFOR-contingent behoorde, raakte betrokken bij een verkeersongeval. De Bosnische politie nam hem en de andere bij het ongeval betrokken bestuurder mee naar het bureau, waar ten aanzien van beiden een onderzoek van uitgeademde lucht plaatsvond. Verdachte verleende daartoe vrijwillig zijn medewerking. Inmiddels was de Marechaussee van het geval op de hoogte gesteld.

Verdachte staat niet terecht ter zake van het delict omschreven in art. 8 WvW 1994, maar ter zake van het delict omschreven in art. 169 WvSr: als bestuurder van een motorrijtuig bij de krijgsmacht in gebruik de door het bevoegd gezag gegeven regels met betrekking tot het verkeer niet in acht nemen. Aan die keuze zal niet ten grondslag gelegen hebben dat art. 8 WvW 1994 ten aanzien van feiten in het buitenland begaan geen toepassing kan vinden. Volgens art. 4 WvSr is de Nederlandse strafwet van toepassing op de militair die zich buiten Nederland aan enig strafbaar feit schuldig maakt en de delictomschrijving verzet zich niet tegen zodanige toepassing.¹⁾ Wat het bewijs betreft worden echter hoge eisen gesteld, die zijn neergelegd in het Besluit alcoholonderzoeken²⁾ en de Regeling ademanalyse³⁾. Als niet is voldaan aan de strikte waarborgen waarmee ademanalyseomgeven is, kan het resultaat daarvan niet tot het bewijs meewerken.⁴⁾ In casu kon daar-

¹⁾ Vgl. HR 15 april 1975, NJ 1975, 290 m.nt. ThWvV, MRT 1975, p. 580: met de term ‘weg’ wordt in de wegenverkeerswetgeving bedoeld op een weg in Nederland. Daaruit volgt a contrario dat art. 8 WvW 1994 - dat niet het bestanddeel ‘weg’ bevat - ook toepassing kan vinden ten aanzien van feiten die buiten Nederland begaan zijn; Van den Bosch c.s., Militair straf- en tuchtrecht (losbl.), Deventer: Kluwer z.j., aant. 4 op art. 4 WvSr (N. Keijzer).

²⁾ KB van 5 juli 1997, Stb. 1997, 293, laatstelijk gewijzigd bij KB van 24 maart 1999, Stb. 1999, 147.

³⁾ Besluit van 4 juli 1997, Stcrt. 1997, 129, laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 11 februari 1998, Stcrt. 1998, 66.

⁴⁾ HR 22 december 1992, NJ 1993, 386; HR 30 januari 1996, NJ 1996, 454.

omtrent echter geen uitsluitel worden verkregen, nu het onderzoek was verricht door Bosnische politieambtenaren.

Op de namens verdachte opgeworpen vraag of de Bosnische politie bevoegd was van verdachte te vorderen dat hij zijn medewerking aan ademanalyse verleende blijft de kantonrechter het antwoord schuldig, overwegende dat uit de stukken niet blijkt waarom het de Bosnische politie verboden zou zijn SFOR-personeel aan een ademanalyse te onderwerpen; hij veronderstelt dat dit 'verbod' - waarvan hij de status in het midden laat - berust op een 'afpraak' die gemaakt is bij het afgeven van het mandaat aan de SFOR-troepen. Die afspraak is neergelegd in de 'status of forces agreements' behorende bij het akkoord van Dayton. Art. 7 van het eerste deel (Bosnië) van appendix A bij bijlage I-A houdt in dat NAVO-personeel onderworpen is aan de uitsluitende strafrechtsmacht van zijn nationale autoriteiten, en dat de NAVO en de Bosnische autoriteiten elkaar over en weer bijstand verlenen in de uitoefening daarvan.⁵⁾ Daarom werd de Marechaussee gewaarschuwd.

De overwegingen van de kantonrechter moeten echter als obiter dicta worden opgevat. Het ontbreken van de bevoegdheid om een dwangmiddel toe te passen brengt - aangenomen dat het vragen, c.q. vorderen van medewerking aan ademanalyse als toepassing van een dwangmiddel heeft te gelden - in dit geval niet met zich mee dat de resultaten van ademanalyse niet tot het bewijs kunnen meewerken. Verdachte heeft nl. vrijwillig meegewerkt, dus was van dwang geen sprake. Derhalve kan de kantonrechter van de resultaten van ademanalyse kennis nemen.

Die blijken in het licht van de tenlastelegging voor meer dan één uitleg vatbaar. Verdachte zou een Bosnisch voorschrift hebben overtreden, inhoudende dat het verboden is aan het verkeer deel te nemen terwijl de hoeveelheid alcohol in zijn bloed meer dan 0,5 gram per kilo bedraagt.⁶⁾ Maar hoe kan dat door middel van ademanalyse worden vastgesteld? De Bosnische politie heeft uitsluitel verschaft: op de afdruk van de analyseresultaten is het ademalcoholgehalte omgerekend naar bloedalcoholgehalte; met '1,92 per mil' wordt een bloedalcoholgehalte van 1,92 gram per kilo bloed bedoeld. Aan de Marechaussee waren dergelijke subtiliteiten echter niet besteed. In een proces-verbaal wordt gerelateerd dat het resultaat 1,92 microgram alcohol per liter uitgeademde lucht bedroeg. Maar als dat zo was, rijst de vraag waarom verdachte vervolgd is: naar Nederlands recht - en het Bosnische recht verschilt daar niet zo veel van - is een bestuurder eerst strafbaar als het ademalcoholgehalte meer dan 220 microgram bedraagt. Het analyseapparaat moet wel buitengewoon gevoelig geweest zijn, als men geen kennelijke misslag - bedoeld was: 192 microgram - aanneemt. Het komt mij voor dat de verbalisanten zich vergist hebben. De kantonrechter kan echter niet aan het proces-verbaal voorbijgaan: als de Bosnische politie en de Marechaussee elkaar tegenspreken, hoe moet hij het dan weten? Daarom volgt vrijspraak: de kantonrechter is niet van verdachtes schuld overtuigd.

M.M.D.

⁵⁾ De bepaling luidt: NATO military personnel under all circumstances and at all times shall be subject to the exclusive jurisdiction of their respective national elements in respect of any criminal or disciplinary offenses which may be committed by them in the Republic of Bosnia and Herzegovina. NATO and the authorities of the Republic of Bosnia and Herzegovina shall assist each other in the exercise of their respective jurisdictions.

⁶⁾ Vgl. art. 8 lid 2, aanhef en onder b WVV 1994: een halve milligram per milliliter bloed. Of de criteria identiek zijn, hangt af van het soortelijk gewicht van menselijk bloed: als dit 1 bedraagt - dus een liter bloed 1 kilogram weegt - is het Bosnische criterium identiek aan het Nederlandse.

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 15 mei 2003

02/3346 + 02/3819 MPW

Voorzitter: Mr. C.G. Kasdorp; *leden:* Mr. H.R. Geerling-Brouwer en Mr. G.J.H. Doornewaard

‘Individueel gelijkwaardig’ is niet hetzelfde als ‘nominaal gelijk’

Per 1 juni 2001 is de Algemene militaire pensioenwet ingetrokken en zijn de militaire ouderdomspensioenen omgezet in ABP-pensioenen. Artikel 3, lid 3, van de Kaderwet militaire pensioenen garandeert dat de belanghebbenden daarvan geen nadeel zullen onderkennen. Een gepensioneerd marineofficier maakt bezwaar tegen de ‘conversiebeschikking’ van de Staatssecretaris van Defensie omdat zijn uitzichten op pensioen in nadelige zin zijn gewijzigd. Wanneer de belanghebbende tegen de afwijzende beslissing van de staatssecretaris bij de Rechtbank ‘s-Gravenhage beroep instelt, verklaart deze het beroep gegrond omdat zij het vijfde en zesde lid van de bijlage bij de ministeriële ‘conversieregeling’ in strijd acht met (de strekking van) de Kaderwet, omdat bij de omzetting de bestaande pensioenaanspraak is aangetast.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt in het kader van het door de staatssecretaris ingestelde hoger beroep echter dat de onderhavige pensioenaanspraken door de overdracht aan het ABP niet zijn aangetast, omdat het geheel van de nieuwe aanspraken op ouderdoms- en nabestaandenpensioen gelijkwaardig is aan de overeenkomstige oude aanspraken. De Raad vernietigt dan ook de aangevallen uitspraak.

(Kaderwet militaire pensioenen, artikel 3)

UITSpraak

in de gedingen tussen: de Staatssecretaris van Defensie, appellant tevens gedaagde (hierna: de staatssecretaris), en [A], wonende te [B], gedaagde tevens appellant (hierna: betrokkene).

I. Ontstaan en loop van de gedingen

Op bij (aanvullende) beroepschriften uiteengezette gronden hebben partijen bij de Raad hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank ‘s-Gravenhage van 23 mei 2002, nr. AWB 01/3416 MPW, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Partijen hebben over en weer verweerschriften ingediend. Betrokkene heeft voorts nadere stukken ingezonden.

Het geding is behandeld ter zitting van 17 april 2003, waar namens de staatssecretaris zijn verschenen P.J. Consten en W.A.M.C. Rouwet, werkzaam bij de Stichting Pensioenfonds ABP, en waar betrokkene in persoon is verschenen.

II. Motivering

In dit geding is de Kaderwet militaire pensioenen, wet van 13 december 2000 (Stb. 2001, nr. 37) (hierna: de Kaderwet) aan de orde. Ingevolge het bij deze wet gegeven koninklijk besluit van 29 mei 2001 (Stb. 2001, nr. 260) is de Raad bevoegd om van de onderhavige gedingen kennis te nemen voorzover deze handelen over het door de staats-

secretaris ten aanzien van betrokkene genomen conversiebesluit van 30 augustus 2001.

De Raad neemt bij zijn oordeelsvorming het volgende in aanmerking.

Betrokkene ontving tot 1 juni 2001 een ouderdomspensioen ingevolge de Algemene militaire pensioenwet. Per deze datum is deze wet komen te vervallen. Bij de Kaderwet is de overgang naar een nieuw militair pensioenstelsel op privaatrechtelijke basis geregeld.

Bij besluit van 6 juni 2001 heeft de staatssecretaris aan betrokkene een overzicht verschafte van de voor omzetting van zijn pensioen op 1 juni 2001 geldende basisgegevens, te weten: diensttijd en pensioengrondslag. Daarbij is aangekondigd dat, indien het pensioenbedrag als gevolg van de veranderde berekening lager wordt, betrokkene een toeslag zal ontvangen waardoor zijn bruto pensioen tenminste gelijk blijft.

Nadat daartegen door betrokkene bewaar was gemaakt, heeft de staatssecretaris onder ongegrond verklaring van betrokkene bezwaar, bij het besluit van 30 augustus 2001 een uitgebreider overzicht verstrekt van de oude en de nieuwe pensioensituatie op het omzettingsmoment.

Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het beroep van betrokkene tegen het besluit van 30 augustus 2001 gegrond verklaard en dit besluit vernietigd voor zover daarbij toepassing is gegeven aan het vijfde en zesde lid van artikel 9 van de bijlage bij de Conversieregeling militaire pensioenen (hierna: de Conversieregeling). De rechtbank heeft daartoe overwogen dat de toetreding per 1 juni 2001 van de gepensioneerde militairen tot het ABP niet alleen gepaard diende te gaan met een nominale gelijkheid van pensioen op het toetredingsmoment, maar dat artikel 3, derde lid, van de Kaderwet, gelet op de bedoeling van de formele wetgever, tevens meebrengt dat er bij de omzetting van het pensioen ook geen nadelige gevolgen in de toekomst voor hen mogen zijn. Het bepaalde in het vijfde en zesde lid van artikel 9 van de bijlage bij de Conversieregeling verdraagt zich naar het oordeel van de rechtbank niet met deze door de wetgever beoogde gelijkwaardigheid, nu de garantietoeslag ingevolge deze bepalingen niet welvaartsvast is en geleidelijk wordt afgebouwd. De rechtbank heeft geoordeeld dat deze beide bepalingen daarom onverbindend zijn.

In hoger beroep betwist de staatssecretaris dit oordeel. Daartoe heeft hij aangevoerd dat het ouderdomspensioen van betrokkene onder het oude stelsel werd berekend naar dezelfde welvaartsvast pensioengrondslag voor het ouderdomspensioen waarnaar zijn pensioen ook onder het nieuwe stelsel wordt berekend maar dat, als gevolg van de omzetting van de diverse bij Defensie bestaande pensioensystemen naar één nieuw systeem, er per 1 juni 2001 voor sommige aanspraakgerechtigden kleine verschuivingen zijn opgetreden in de verhouding tussen het ouderdomspensioen en het nabestaandenpensioen, hetgeen ook is geschied in de situatie van betrokkene. Omdat de aanspraak op nabestaandenpensioen onder de nieuwe regels voor hem wat gunstiger uitpakte dan in de oude situatie, is zijn (reeds toegekende) ouderdomspensioen op een iets lager niveau vastgesteld, aldus de staatssecretaris, en wel op een zodanige wijze dat de waarde van het totale pakket aan pensioenaanspraken (op ouderdoms- en nabestaandenpensioen tezamen) op 1 juni 2001 gelijkwaardig is gebleven.

Teneinde te voldoen aan de in artikel 3, derde lid, van de Kaderwet opgenomen voorwaarde dat betrokkene op het omzettingsmoment recht kon doen gelden op hetzelfde nominale bruto ouderdomspensioen is aan hem een tijdelijke garantietoeslag toegekend van f 98,79 bruto per jaar. De staatssecretaris heeft voorts aangegeven dat de wetgever de tijdelijkheid van de garantietoeslag uitdrukkelijk heeft beoogd en dat hierover met de centrales van overheidspersoneel overeenstemming is bereikt.

Betrokkene kan zich met deze uitwerking niet verenigen en stelt dat de in de Kaderwet

vastgelegde nominale gelijkheid weliswaar is bereikt op 1 juni 2001, maar dat niet is volstaan aan de voorwaarde voor de daarop volgende periode voor wat betreft de individuele gelijkheid van uitzichten op pensioen.

De kern van het door hem ingestelde hoger beroep is echter gelegen in het meer algemene standpunt dat, met het onderbrengen van de militaire pensioenen bij de Stichting Pensioenfonds ABP, op ontoelaatbare wijze inbreuk is gemaakt op zijn rechtspositie als gepensioneerd militair. Hij meent dat de staatssecretaris in de vastgestelde regelgeving geen rechtsgeldige basis voor de omzetting heeft kunnen vinden. Betrokkene acht het voorts onjuist dat de rechtbank aan zijn principiële stellingnames dienaangaande is voorbijgegaan.

De Raad overweegt het volgende.

De grieven die betrokkene heeft aangevoerd hebben betrekking op (diverse aspecten van) de wetgeving waarop de invoering van het nieuwe militaire pensioenstelsel is gebaseerd. De Raad merkt allereerst op dat de staatssecretaris zich aan die wetgeving dient te houden. Voorts staat het, gegeven het bepaalde in artikel 120 van de Grondwet, ook de rechter niet vrij de desbetreffende wetgeving te toetsen. Voorzover de grieven van betrokkene zijn gericht tegen de rechtmatigheid van de wetgeving in formele zin bieden zij geen aanknopingspunt voor het in rechte kunnen beoordelen van het besluit van 30 augustus 2001.

Voor het overige laten de grieven van betrokkene zich lezen als rechtstreeks te zijn gericht tegen de regelgeving van lagere orde. De Raad kan ook die grieven, evenals de rechtbank, niet in behandeling nemen nu uit artikel 8:2, aanhef en onder a, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) voortvloeit dat geen (hoger) beroep kan worden ingesteld tegen een besluit inhoudende een algemeen verbindend voorschrift.

Met betrekking tot het door de staatssecretaris ingestelde hoger beroep overweegt de Raad het volgende.

Het geschil spitst zich toe op de toepassing van de in artikel 3, derde lid, van de Kaderwet opgenomen voorwaarden dat “individuele gelijkwaardigheid van uitzichten op pensioen en, voor het totaal van de aan dezelfde dienstverhouding te ontleen nieuwe aanspraken, nominale gelijkheid van de op het omzettingmoment al ingegane pensioenen” moet worden bereikt.

Anders dan de rechtbank oordeelt de Raad dat de woorden ‘uitzichten op pensioen’ en de wetsgeschiedenis van artikel 3 van de Kaderwet erop duiden dat gekeken moet worden naar het totaal aan uitzichten op pensioen dat op het moment van de omzetting bestaat.

Hierbij geldt als basis dat de onder het oude recht opgebouwde tijd en het daarbij geldende pensioengevend inkomen uitgangspunt zijn voor de volgens de in de Conversieregeling neergelegde systematiek uit te voeren omzetting naar een waarde onder het nieuwe recht van het totaal van het verzekerde pakket, bestaande uit ouderdomspensioen als gehuwde en ongehuwde en nabestaandenpensioen, waarbij als gevolg van de overgang kleine verschuivingen kunnen optreden tussen ouderdomspensioen en nabestaandenpensioen. Dit laatste doet zich voor in het geval van betrokkene.

Naar het oordeel van de Raad laat dit evenwel onverlet dat de waarde van het totale pakket gelijk blijft aan de waarde onder de oude situatie, omdat het nabestaandenpensioen onder de nieuwe regels door de genoemde verschuivingen wat hoger uitpakt en het iets lagere ouderdomspensioen door de tijdelijke garantietoeslag wordt gecompenseerd en wordt opgetrokken door de welvaartvaste verhogingen van dat ouderdomspensioen.

Het totaal van de voor betrokkene geldende aanspraken in aanmerking genomen is deze gelijkwaardigheid voor hem bereikt. Derhalve heeft de staatssecretaris ten aanzien van

betrokkene aan deze wettelijke voorwaarde voldaan.

Dit betekent dat de aangevallen uitspraak niet in stand kan worden gelaten. Het inleidende beroep dient alsnog ongegrond te worden verklaard.

De Raad acht gezien het vorenstaande geen termen aanwezig om toepassing te geven aan het bepaalde in artikel 8:75 van de Awb inzake een vergoeding van proceskosten.

Beslist wordt als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het inleidend beroep van betrokkene alsnog ongegrond.

NASCHRIFT

1. Toedracht van de overgang naar het ABP

Per 1 juni 2001 zijn de militaire ouderdomspensioenen krachtens de Algemene militaire pensioenwet van 1966 (AMP) omgezet in overeenkomstige ABP-pensioenen. Daarmee kwam een einde aan de financiering van die pensioenen via de jaarlijkse begroting van het ministerie van Defensie en de uitvoering van de desbetreffende werkzaamheden door de Dienst Militaire Pensioenen van dat ministerie. Sindsdien worden de militaire ouderdomspensioenen niet langer toegekend door de minister van Defensie, maar op grond van het ABP-pensioenreglement door de directie van dat fonds. (De reguliere militaire nabestaandenpensioenen werden voor rekening van Defensie al langer door het ABP uitgevoerd.)

Voor deze mega-operatie bestonden verschillende goede redenen: de Defensiebegroting zou worden ontdaan van de vertekening die de grote last van de pensioenen daarop - anders dan bij de andere departementen - veroorzaakte; door afstoting van de onderhavige niet-kerntaken konden de apparaatskosten aanzienlijk worden gereduceerd; en de militaire ouderdomspensioenen zouden net als die van het overig overheidspersoneel 'kapitaalgedekt' worden, hetgeen als financieringsmethodiek verreweg de voorkeur verdient boven een omslagstelsel. (De reguliere nabestaandenpensioenen waren al lang kapitaalgedekt.) Wettelijke basis voor de omzettingsoperatie werd de Kaderwet militaire pensioenen (Stb.2001, 37; hierna: Kaderwet).

De grote vraag was natuurlijk hoe de onder vigueur van de AMP bestaande aanspraken op ouderdomspensioen correct konden worden omgezet in gelijkwaardige ABP-aanspraken, zowel de al ingegane pensioenen als de zgn. 'uitzichten' (de opgebouwde rechten van de nog actief dienenden, de UKW'ers en de wachtgelders, en ook die van de zogenoemde 'slapers', degenen die tussentijds de militaire dienst hebben verlaten). Daarbij moet worden beseft dat de AMP nog werkte met drie categorieën van aanspraken, afhankelijk van het tijdvak waarin deze waren opgebouwd, terwijl deze situatie voor de ABP-deelnemers al bij de privatisering van het ABP per 1 januari 1996 was beëindigd, en wel door middel van een operatie die om een aantal technische redenen niet zonder meer voor het defensiepersoneel kon worden herhaald.

Defensie liet daarom een specifieke methode ontwikkelen voor de 'conversie' van de oude naar nieuwe aanspraken. Artikel 3 van de Kaderwet, op het vierde lid waarvan de ministeriële Conversieregeling militaire pensioenen (Stcrt. 2001, 162; hierna: conversieregeling) stoelt, bepaalt daarover in het derde lid:

"De te volgen methode van omzetting garandeert individuele gelijkwaardigheid van uit-

zichten op pensioen en, voor het totaal van de aan dezelfde dienstverhouding te ontleen nieuwe aanspraken, nominale gelijkheid van de op het omzettingmoment al ingegane pensioenen.”

De gebruikte bewoording en hetgeen bij de parlementaire behandeling hierover nader werd gezegd en geschreven hadden duidelijk als strekking dat niemand er door de omzetting op achteruit zou gaan in vergelijking tot de aanspraken krachtens de AMP. Maar hoe viel dat te controleren, zowel de ‘nominale gelijkheid’ van het oude en het nieuwe pensioenbedrag als de ‘uitzichten’ op langere termijn, niet alleen van de al gepensioneerden maar ook die van de later te pensioneren belanghebbenden?

Ter effectuering van de overdracht aan het ABP ontvingen de gepensioneerden een ministerieel besluit (de conversiebeschikking), die een mededeling bevatte van de voor pensioen tellende diensttijd en de pensioengrondslag, dus geen volledig beeld van de oude en de nieuwe pensioensituatie, noch op het moment van omzetting, noch voor de toekomst, maar dat laatste werd door de Kaderwet (art. 3, lid 5) ook niet geëist. Het daarop aansluitende ‘pensioenbericht’ van het ABP bevatte dergelijke gedetailleerde informatie evenmin, maar maakte het wel mogelijk de beloofde ‘nominale gelijkheid’ op het moment van omzetting te controleren. Voor het overige moesten de belanghebbenden er dus maar op vertrouwen dat een en ander ook voor de toekomst wel in orde zou komen.

Voor een volledige controle zouden zij hebben moeten beschikken over de conversieregeling en de bij de conversie gehanteerde ‘actuariële rekenregels’ Maar als zij daarover - en over hun volledige pensioengegevens - de beschikking zouden hebben gekregen (hetgeen wat de rekenregels betreft ook in de gerechtelijke procedures niet is gebeurd), dan zou het hun vanwege de ingewikkeldheid van die regels waarschijnlijk toch niet zijn gelukt de juistheid van de te hunnen aanzien genomen beslissing te verifiëren. (De nog niet gepensioneerden ontvingen van Defensie en het ABP uitgebreidere informatie over de omzetting van hun oude in de nieuwe rechten respectievelijk over het bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd te verwachten ouderdoms- en nabestaandenpensioen.)

Bij de toepassing van de vorenbedoelde rekenregels kon het voorkomen dat het nieuwe pensioenbedrag voor reeds gepensioneerden niet nominaal gelijk kon zijn aan het oude pensioenbedrag. Welnu, dan werd aan de betrokkene een ‘garantietoeslag’ toegekend gelijk aan het verschil. Deze overbruggingsuitkering zou op korte termijn worden ingelopen door wèl het nieuw berekende pensioenbedrag volgens vast beleid te indexeren (=jaarlijks te verhogen met het gewogen gemiddelde van de salarisverhogingen in de gezamenlijke sectoren van overheid en onderwijs), maar de toeslag niet te indexeren.

In het Georganiseerd Overleg werd door de personeelsvertegenwoordigers met deze oplossing ingestemd op grond van de verzekering door Defensie dat het om kleine aantallen, kleine bedragen en korte inlooptijden zou gaan. De praktijk wees echter anders uit. Het aantal gevallen waarin een toeslag moest worden toegekend bleek vele malen groter dan was ingeschat. Ook waren de met de toeslagen gemoeide bedragen vaak veel hoger dan ooit voor mogelijk was gehouden. Dat zou betekenen dat de betrokkenen jarenlang bezig zouden zijn de toeslag in te lopen en al die tijd op de ‘nullijn’ zouden blijven staan. Dit werd door de vakorganisaties van het militair personeel maatschappelijk onacceptabel genoemd. Uiteindelijk werd over de kwestie overeenstemming met Defensie bereikt met de afspraak dat de per 31 december 2002 resterende bedragen van de garantietoeslagen met ingang van 1 januari 2003 voor alle ‘genieters’ daarvan onderdeel van de pensioengrondslag zouden worden en dat het aldus verhoogde pensioen verder op de gebruikelijke wijze zou worden geïndexeerd. Duidelijk is dat door het tijdelijk missen van de indexatie over de garantietoeslag hun nominaal pensioen altijd lager zou blijven dan het bedrag van

het ouderdomspensioen dat zij zouden hebben genoten als de omzetting niet had plaats gevonden. Was nu wel of niet voldaan aan wat uit artikel 3, lid 3, Kaderwet kon worden gelezen, namelijk dat geen gepensioneerde door de overgang naar het ABP erop achteruit zou gaan?

2. De onderhavige procedure

In het geval van de hierboven gepubliceerde uitspraak had de belanghebbende kort na de overgang van de militaire pensioenen naar het ABP (dus lang voordat in het GO een min of meer bevredigende oplossing werd bereikt voor het boven beschreven probleem van de garantietoeslagen) tevergeefs bezwaar gemaakt tegen de conversiebeschikking en na afwijzing van dat bezwaar door de Staatssecretaris van Defensie tegen diens beslissing beroep ingesteld bij de Rechtbank, Sectie Bestuursrecht, te 's-Gravenhage. Zijn bezwaren waren velerlei, maar het geschil spitste zich toe op de uitleg van de in artikel 3, lid 3, opgenomen garantie van 'individuele gelijkwaardigheid van uitzichten op pensioen en, voor het totaal van de aan dezelfde dienstverhouding te ontleen nieuwe aanspraken, nominale gelijkheid van de op het omzettingmoment al ingegane pensioenen'.

De rechtbank verklaarde het beroep gegrond en overwoog daartoe het volgende.

In de memorie van toelichting bij de Kaderwet valt te lezen dat met het vorengenoemd artikellid wordt beoogd te garanderen dat de oude en de nieuwe rechten in tijd op elkaar zullen aansluiten en dat die oude en nieuwe rechten ook gelijkwaardig van omvang zullen zijn. Verder wees de rechtbank op de nota naar aanleiding van het verslag, waarin de staatssecretaris had gesteld:

“Met artikel 3, derde lid, wordt gegarandeerd dat de conversie van de oude rechten en uitzichten naar het nieuwe stelsel niet in het nadeel van de rechthebbenden zal uitpakken. De regels zelf (de op de toetreding van de militairen gerichte wijziging van het pensioenreglement van het fonds en de aanvullende maatregelen van algemeen bestuur) zijn onderwerp van overleg geweest en bevestigen dat uitgangspunt. Zij doen dat niet alleen voor het conversiemoment maar ook voor de toekomst.”

Ook uit de toelichting bij de conversieregeling meende de rechtbank te moeten afleiden dat de omzetting geen nadelige gevolgen zou mogen hebben voor het toekomstig niveau van de onder het oude stelsel opgebouwde pensioenaanspraken.

Gelet op deze wetsgeschiedenis stelde de rechtbank het niet eens te zijn met de opvatting van de staatssecretaris dat de nominale gelijkheid alleen was gegarandeerd voor het moment van omzetting. Volgens haar zienswijze mocht de conversieregeling ook voor de toekomst geen nadelige gevolgen hebben voor de belanghebbende. Zodanig nadeel was er echter wèl doordat - eenvoudig gezegd - een stukje van het oude, onvervreembare, te indexerende pensioen werd afgepakt en werd vervangen door een tijdelijk, in de loop van de tijd afnemende toeslag zonder indexatie. Zij concludeerde dat het vijfde en zesde lid van artikel 9 van de bijlage bij de conversieregeling (waarin de garantietoeslag is geregeld) in strijd zijn met (de strekking van) artikel 3 van de Kaderwet en derhalve onverbindend zijn. Het bestreden besluit werd door de rechtbank vernietigd wegens strijd met de wet.

De staatssecretaris bestreed in hoger beroep de onverbindendheid van de regeling van de garantietoeslag met de stelling dat de door artikel 3 van de Kaderwet geëiste 'individuele gelijkwaardigheid', ook voor de toekomst, wèl bij de conversie werd geëffectueerd. Immers, de actuariële waarde van het totale nieuwe pakket van aanspraken (op ouderdoms- en nabestaandenpensioen tezamen) was gelijk gebleven aan die van de overeenkomstige oude aanspraken, zoals in de Kaderwet beoogd. Toegelicht werd dat het bij toepassing van de gekozen rekenregels - onvermijdelijkerwijs - kon gebeuren dat zich in de

verhouding tussen het ouderdomspensioen en het nabestaandenpensioen bij de omzetting verschuivingen voordeden. In casu werd het nabestaandenpensioen hoger dan in de oude situatie, het ouderdomspensioen juist overeenkomstig lager - vandaar de garantietoeslag - maar het totaal van de beide aanspraken bleef gelijk. En daarmee was volgens de staatssecretaris voldaan aan wat was gegarandeerd door de Kaderwet.

De Centrale Raad van Beroep deelt deze opvatting. Gekeken moet worden naar 'het totaal van uitzichten op pensioen dat op het moment van de omzetting bestaat'. Nu de waarde van het totale pakket gelijk blijft, is de wettelijk vereiste gelijkwaardigheid van aanspraken bereikt. Van het lagere ouderdomspensioen zegt de Raad dat dit 'door de tijdelijke garantietoeslag wordt gecompenseerd en wordt opgetrokken door de welvaarts-vaste verhogingen van dat ouderdomspensioen'. Vervolgens vernietigt de Raad de aangevallen uitspraak en verklaart het inleidende beroep alsnog ongegrond.

Tegen de overweging dat het lagere ouderdomspensioen wordt gecompenseerd door de tijdelijke toeslag valt in te brengen dat desondanks de betrokkenen over de periode tussen 1 juni 2001 en 1 januari 2003 over de garantietoeslag de indexatie hebben misgelopen die hun collegae (zonder garantietoeslag) over het daarmee corresponderend deel van hun ouderdomspensioen wél hebben genoten. Daardoor is voor de garantietoeslag-genietters een nadeel ontstaan dat zich niet zou hebben voorgedaan als de AMP op hen van toepassing zou zijn gebleven en dat tot het eind van hun dagen nadelig blijft doorwerken in hun ouderdomspensioen. Geconcludeerd zou dus kunnen worden dat ten aanzien van hen niet is voldaan aan de garantie van artikel 3, lid 3, Kaderwet. Daartegen kan dan weer worden ingebracht dat die bepaling spreekt over 'nominale gelijkheid op het omzettingsmoment' en over 'individuele gelijkwaardigheid van uitzichten op pensioen'. Dat de laatstgenoemde term een andere inhoud heeft dan de eerstgenoemde, volgt al uit het naast elkaar gebruiken van beide. De actuariële gelijkwaardigheid betreft de gesommeerde waarde van het totale pakket van aanspraken op zowel ouderdoms- als nabestaandenpensioen. Zelfs zou gezegd kunnen worden dat in casu niet alleen - onzichtbaar voor de belanghebbende - die gelijkwaardigheid is geëffectueerd maar dat boven de waarde daarvan aan de betrokkene nog een - vanuit actuariel standpunt bezien onverplichte - tijdelijke toeslag is toegekend die, voor zover na 31 december 2002 resterend, aan het actuariel berekende ouderdomspensioen is toegevoegd en die verder tezamen met dat pensioen wordt geïndexeerd.

Actuariel-technisch zal zulk een redenering wel te verdedigen zijn, maar of de belanghebbenden er door overtuigd raken, is zeer de vraag. Zeker zal degene die geen levenspartner heeft en dus geen belang heeft bij een nabestaandenpensioen er niet van gecharmeerd zijn dat -zonder zijn instemming vooraf- zijn ouderdomspensioen werd verkleind en het 'virtuele' nabestaandenpensioen verhoogd. Ook kan het zijn dat een nabestaandenpensioen nooit tot uitkering komt, omdat de potentiële nabestaande voor-overlijdt. De achterblijvende ouderdomsgepensioneerde heeft dan 'nodeloos' een verlaagd ouderdomspensioen (gehad). Erkend moet echter worden dat dit type 'teleurstelling' inherent is aan elk collectief pensioenstelsel met solidariteitskenmerken, en dat dit ook zo was toen de AMP nog van kracht was.

Twijfel mag er echter zijn over de vraag of het wezenlijke verschil tussen 'gelijkwaardig in actuariële zin' en 'gelijk(waardig) in de ogen van de belanghebbenden' bij de parlementaire behandeling voldoende duidelijk over het voetlicht is gekomen. Zo blijven we dus zitten met de vraag of het Parlement als medewetgever wel bewust heeft ingestemd met de opvatting die daarover achteraf in het kader van de gerechtelijke procedure(s) namens de staatssecretaris uitdrukkelijk naar voren is gebracht en die door de Centrale Raad van

Beroep zonder op de technische details in te gaan kort maar krachtig is bevestigd.

3. Slotopmerking

Inmiddels heeft de Rechtbank 's-Gravenhage in een latere uitspraak in een geval waar de garantietoeslag geen rol speelde, maar wèl de te verifiëren 'individuele gelijkwaardigheid' (28 oktober 2003, AWB 02/3547 MPW) de CRvB gevolgd in het als verbindend aannemen van de conversieregeling en de daarbij behorende bijlagen. De rechtbank beperkte zich dus tot de vraag of de omzetting van het pensioen op basis van de juiste gegevens en met inachtneming van die regeling was uitgevoerd, welke vraag bevestigend werd beantwoord.

A.J.T. Dörenberg

Centrale Raad van Beroep

5 juni 2003

00/24 + 03/453 MAW

Voorzitter: Mr. J.C.F. Talman; leden: Mr. K. Zeilemaker en Mr. A.W.M. Bijloos.

Het mijnongeval

Een onderofficier, appellant, in het kader van een IFOR-operatie werkzaam in Bosnië, ontving van de commandant van het detachement waartoe hij behoorde, kapitein V., de opdracht om samen met een andere onderofficier, adjudant A., in een nader aangegeven gebied mijnen te ruimen. Op weg naar het gebied stapte adjudant A. op een mijn, die vervolgens tot ontploffing kwam. Tengevolge hiervan raakte niet alleen adjudant A., maar ook appellant gewond. Toen appellant de Staatssecretaris van Defensie verzocht de aansprakelijkheid voor het ongeval te erkennen en hem alle uit het ongeval voortvloeiende schade vergoeden, wees de staatssecretaris dit verzoek af. De onderofficier stelde tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) afwijzing beroep in. De eerste rechter verklaarde het beroep ongegrond. Zoals in onderstaande uitspraak valt te lezen, komt de Centrale Raad van Beroep tot dezelfde slotsom. Tegenover het standpunt van appellant dat kapitein V. niet gerechtigd was voor het betrokken gebied een ruimopdracht te geven, stelt de Raad van oordeel te zijn dat, gelet op alle aanwezige omstandigheden, kapitein V. in dezen geen verwijt valt te maken en dat hij derhalve niet onrechtmatig heeft gehandeld. Ook deelt de Raad niet het standpunt van appellant dat de staatssecretaris tekort is geschoten in de op hem, als werkgever, rustende zorgplicht. Deze zorgplicht ziet op het op veilige wijze inrichten van de door appellant en zijn collega te verrichten concrete ruimwerkzaamheden, aldus de Raad, en strekt zich niet uit tot de beleidsmatige vraag of een operationele noodzaak bestond om ter plaatse ruimwerkzaamheden te verrichten.

(Mijnongeval en 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 aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 30 november 1999, nr. AWB 99/3669 MAWKLU, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Ter zitting van 11 juli 2002, waar voor appellant is verschenen zijn gemachtigde mr. P. Reitsma, advocaat te Harderwijk, en waar gedaagde zich heeft doen vertegenwoordigen door mr. J.B.J. Driessen, werkzaam bij het Ministerie van Defensie, is de behandeling van het geding geschorst.

Gedaagde heeft desgevraagd nog nadere stukken ingezonden en partijen hebben hun standpunten nader schriftelijk toegelicht.

Het geding is opnieuw behandeld ter zitting van 13 maart 2003, waar partijen zich door hun hiervoor vermelde gemachtigden hebben laten vertegenwoordigen.

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-majoor bij de Koninklijke Luchtmacht, was in april 1996 in het kader van een IFOR-operatie in Bosnië werkzaam bij het detachement [naam detachement] van de Koninklijke Luchtmacht. Op 23 april 1996 heeft kapitein V, commandant van dat detachement, appelland en diens collega A opgedragen om gezamenlijk mijnen te ruimen in de buurt van [naam buurt]. Daarbij werd appelland aangewezen als ruimcommandant en A als ruimer. Dat aldaar mijnen lagen was door lokale bewoners gemeld aan A. Toen appelland en A, op weg naar het te ruimen gebied, liepen op een plek waar de dag daarvoor door A reeds was geruimd, is A op een mijn gestapt, die is geëxplodeerd, waardoor ook appelland gewond is geraakt.

1.2. Bij beslissing op bezwaar van 19 maart 1999 heeft gedaagde zijn weigering om aansprakelijkheid voor het ongeval te erkennen en appellands schade te vergoeden, gehandhaafd.

1.3. De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak het beroep van appelland tegen voormelde beslissing op bezwaar ongegrond verklaard.

2. De Raad constateert dat gedaagde bij zijn beslissing op bezwaar ten onrechte niet is ingegaan op de door appelland in zijn aanvraag en in bezwaar aan de orde gestelde schuld-aansprakelijkheid als grondslag voor de gevraagde schadevergoeding. Dit verzuim heeft gedaagde hersteld bij zijn besluit van 22 maart 1999, zodat dit laatste besluit gezien moet worden als een wijziging van de beslissing op bezwaar van 19 maart 1999 als bedoeld in artikel 6:18, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht. Dit betekent dat de rechtbank in de aangevallen uitspraak ten onrechte het besluit van 22 maart 1999 buiten beschouwing heeft gelaten. De Raad ziet hierin aanleiding de aangevallen uitspraak te vernietigen.

3. Doende wat de rechtbank had behoren te doen, zal de Raad een inhoudelijk oordeel geven over het besluit van 19 maart 1999, zoals aangevuld bij besluit van 22 maart 1999, voorzover in hoger beroep door appelland aangevochten.

4. Appellant stelt allereerst dat gedaagde de hem, appelland, overkomen schade dient te vergoeden omdat gedaagde verantwoordelijk moet worden gehouden voor de onrechtmatig te achten opdracht van kapitein V. Volgens appelland was V niet gerechtigd om in het betrokken gebied een ruimopdracht te geven.

5. Gedaagde heeft gesteld dat kapitein V gerechtigd was te achten om de betrokken opdracht te geven. Volgens gedaagde bestond ter plaatse een oorlogssituatie en moet in die

bijzondere omstandigheden niet te snel aangenomen worden dat een bevelvoerende een onrechtmatig te achten opdracht geeft. Gedaagde heeft daarbij gewezen op het vonnis van 15 december 1997 van de militaire kamer van de rechtbank Arnhem in een militaire strafzaak tegen V. Deze is daarbij vrijgesproken van het overtreden van dienstvoorschriften althans het handelen in strijd met voor hem geldende voorschriften dan wel, kort gezegd, van onrechtmatig handelen waardoor het ongeval had plaatsgevonden.

5.1. Met betrekking tot de algemene situatie is de Raad gebleken dat zowel de Britse kolonel, onder wiens gezag V was geplaatst, als de commandant van het Nederlands bataljon van de landmacht dat ter plaatse sociale patrouilles uitvoerde, van oordeel was dat voor de door V gegeven opdracht geen operationele noodzaak bestond en dat deze opdracht dan ook niet gegeven had moeten worden. Volgens de Britse kolonel was die noodzaak er niet, omdat de betrokken mijnen zich niet bevonden binnen de ingevolge de door hem opgestelde richtlijnen geldende afstand van 25 meter van de te bewaken IFOR-routes, maar ver daarbuiten op een afstand van 1400 meter. Volgens de Nederlandse landmachtcommandant, die zijn eigen opruimingsdienst had, bestond die noodzaak ook niet, en had hij voorts aan V geen toestemming gegeven om ter plaatse te ruimen. Ook V heeft verklaard dat, indien hij had geweten dat de Britse kolonel er anders over dacht, hij de betrokken opdracht niet gegeven zou hebben.

5.2. Bij het oordeel van de militaire kamer van de rechtbank dat het V desondanks niet te verwijten is dat hij de betrokken opdracht heeft gegeven hebben blijktens het hiervoor onder 5. genoemde vonnis van 15 december 1997 een viertal omstandigheden een rol van betekenis gespeeld, te weten:

1. het beleid van de Britse kolonel;
2. het beleid van de Nederlandse commandant terzake van sociale patrouilles;
3. onduidelijkheden in de Nederlands/Britse gezagsverhoudingen;
4. communicatieproblemen.

5.3. De onduidelijkheid van het beleid van de Britse kolonel bestond volgens de militaire kamer van de rechtbank daaruit dat weliswaar strikte richtlijnen waren gegeven om alleen op of nabij de IFOR-routes te ruimen, maar dat in de loop van de tijd tevens was verzocht te reageren op meldingen van "locals", omdat zij door hen aangetroffen mijnen naar of nabij de IFOR-routes plachten te verplaatsen, in de veronderstelling dat die mijnen dan wel weggehaald zouden worden. V verkeerde, volgens zijn verklaring, in de veronderstelling dat de door hem gegeven opdracht nog wel viel binnen dat verruimde beleid.

5.4. Het ter plaatse aanwezige Nederlandse bataljon van de landmacht had in de eerste helft van 1996 een beleid ontwikkeld waarin ten behoeve van sociale patrouilles die werden verricht met het oog op de terugkeer van de bevolking, op ruime schaal routes en gebieden mijnenvrij werden gemaakt. De situatie waarin V zijn detachement liet optreden paste volgens voormeld vonnis binnen dit beleid. Gedaagde heeft dit in zijn verweerschrift ook nadrukkelijk bevestigd alsook opgemerkt dat V geacht werd dit Nederlandse beleid tot richtsnoer te nemen.

5.5. Verder is de Raad uit het vonnis waarop gedaagde zich beroept gebleken dat er onduidelijkheden in de Nederlands/Britse gezagsverhoudingen waren met betrekking tot het beleid op het gebied van het ruimen van mijnen. Het beleid van de Britse kolonel, onder wiens gezag V was geplaatst, was strikter dan het beleid van het Nederlandse bataljon van de landmacht, hetgeen voor V tot onduidelijkheid leidde.

5.6. Voorts was sprake van gebrekkige communicatiemiddelen, waardoor V en de Britse kolonel verder van elkaar af kwamen te staan dan in een operationele bevelsverhouding wenselijk is.

5.7. Gelet op vorenvermelde omstandigheden, in onderling verband bezien, is de Raad van oordeel dat V niet verweten kan worden dat hij de betrokken ruimopdracht heeft verstrekt, en dat V daarom niet onrechtmatig heeft gehandeld.

6. Appellant heeft voorts aangevoerd dat, indien niet gezegd kan worden dat V onrechtmatig heeft gehandeld, gesproken moet worden van onrechtmatig handelen van gedaagde ten opzichte van appellant. Appellant heeft hierbij het oog op het niet voldoen door gedaagde aan zijn zorgplicht als werkgever ten opzichte van appellant, althans op onrechtmatig handelen, omdat voor de opdracht geen operationele noodzaak bestond.

7. Partijen zijn het erover eens, en ook de Raad neemt als uitgangspunt, dat het besluit van gedaagde allereerst getoetst dient te worden aan de norm van diens zorgplicht, zoals onder meer overwogen in 's Raads uitspraak van 22 juni 2000 (TAR 2000, 112), en nadien herhaald voor militaire ambtenaren (zie onder meer CRvB 8 mei 2002, TAR 2002, 140). Voorts staat tussen partijen vast dat de schade die appellant is overkomen niet het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van appellant. Het geschil spitst zich daarmee toe op de vraag of gedaagde zijn verplichtingen is nagekomen de werkzaamheden op zodanige wijze in te richten alsmede voor het verrichten van de werkzaamheden zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.

7.1. Gedaagde heeft dienaangaande gesteld dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Hij heeft erop gewezen dat bij het ruimen van mijnen gebruik van de mijnendetector en van zogeheten prikstokken is voorgeschreven en dat dit tijdens de opleiding ook wordt aangeleerd. Appellant en A hebben deze hulpmiddelen echter, omdat de bewuste strook grond de dag ervoor was geruimd, niet gebruikt, welke omstandigheid niet aan gedaagde kan worden toegerekend.

7.2. Appellant heeft niet betwist dat het ongeval bij gebruik van bedoelde hulpmiddelen voorkomen had kunnen worden. Hij is evenwel van mening dat gedaagde desondanks niet aan zijn zorgplicht heeft voldaan althans onrechtmatig heeft gehandeld, omdat voor het geven van de betrokken opdracht geen enkele operationele noodzaak bestond.

7.3. De Raad overweegt dienaangaande dat de hier aan de orde zijnde zorgplicht ziet op, kort gezegd, het op veilige wijze inrichten van de door appellant en zijn collega te verrichten concrete mijnopruiwingswerkzaamheden. Gedaagde heeft, gelet op hetgeen in 7.1. is aangevoerd, genoegzaam aangetoond dat aan deze zorgplicht is voldaan. De hier bedoelde zorgplicht strekt zich, naar het oordeel van de Raad, niet uit tot de beleidsmatige vraag of een operationele noodzaak bestond om ter plaatse ruimwerkzaamheden te verrichten. Dat appellant een opdracht om mijnen te ruimen ontving kan, in aanmerking genomen hetgeen hiervoor in 5.7. is geconcludeerd, op zichzelf niet onrechtmatig worden geacht, aangezien hij met het oog op het verrichten van die werkzaamheden was uitgezonden.

8. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen houdt het bestreden besluit van 19 maart 1999, zoals nader gewijzigd, in rechte stand.

9. De Raad acht termen aanwezig om gedaagde op grond van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht te veroordelen in de proceskosten van appellant in hoger beroep. Deze kosten worden begroot op € 966,- wegens rechtsbijstand. Beslist wordt derhalve als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het inleidend beroep tegen het bestreden besluit van 19 maart 1999, zoals aangevuld bij het besluit van 22 maart 1999, ongegrond;

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appellant tot een bedrag van € 966,-, te betalen door de Staat der Nederlanden;

Bepaalt dat de Staat der Nederlanden aan appellant het door hem in hoger beroep betaalde griffierecht ten bedrage van € 154,29 (voorheen: f 340,-) vergoedt.

NASCHRIFT

1. De door kapitein V. aan appellant en adjudant A. gegeven opdracht tot het ruimen van mijnen in het aangewezen gebied voldeed geheel aan de eisen die de wet aan een dienstbevel stelt: (1) het ging om een bevel, (2) het bevel betrof een dienstbelang (lees: dienstaan gelegenheid) en (3) het bevel was gegeven door een meerdere aan een mindere. Ook was kapitein V., als commandant van het detachement, alleszins bevoegd dienstbevelen (als het onderhavige) aan beide onderofficieren te geven. Appellant stelde zich echter op het standpunt dat het door kapitein V. gegeven dienstbevel, gelet op de inhoud (op het onderwerp), als een onrechtmatig bevel moest worden beschouwd. Volgens de ter plaatse geldende voorschriften, aldus appellant, mocht een bevel tot het ruimen van mijnen in het aangewezen gebied niet worden gegeven.

2. Eerder, in 1996, had het OM, naar aanleiding van het gebeuren (en naar aanleiding van een tweede, soortgelijk feit), tegen kapitein V. een strafzaak aangespannen. Hem werd toen primair ten laste gelegd dat hij, door het geven van de opdracht tot ruimen, in strijd had gehandeld met het ter plaatse geldende "dienstvoorschrift" MND SW ENGINEER FRAGO 1/96, dan wel met het "dienstvoorschrift" MND SW ENGINEER FRAGO 3/96. Beide voorschriften waren vastgesteld door de Britse kolonel J.S. Field, Chief Engineer van de Multinational Division South West (MND SW) en bezaten dus niet de hoedanigheid van dienstvoorschrift in de zin van artikel 135 van het Wetboek van Militair Strafrecht. Dit artikel bepaalt immers dat een voorschrift, om dienstvoorschrift te kunnen heten, moet zijn vastgesteld "bij of krachtens algemene maatregel van Rijksbestuur of van bestuur, dan wel een bij of krachtens landsverordening onderscheidenlijk landsbesluit". De (militaire kamer van de) rechtbank te Arnhem sprak kapitein V. dan ook van het hem primair ten laste gelegde vrij; bij vonnis van 15 december 1997, nr. 05/085221-96 (niet gepubliceerd).

3. De voorschriften, waarmee kapitein V. naar het oordeel van het OM in strijd had gehandeld, waren, zoals gezegd, vastgesteld door de Britse kolonel Field. Kapitein V. was onder het gezag van deze kolonel geplaatst. Dit hield in dat kapitein V. verplicht was de door kolonel Field (bevoegd) vastgestelde voorschriften na te leven; en ook de door kolonel Field (bevoegd) gegeven bevelen op te volgen. Deze (onmiskienbaar bestaande) plicht is in zeer algemene bewoordingen neergelegd in artikel 137 van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR). 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 dien hoofde voor hem geldende voorschriften en orders te kennen." Zie in dit verband bijvoorbeeld het Verslag van de vaste commissie voor Defensie naar aanleiding van het wetsvoorstel Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten (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 (...)."

4. In de hiervóór genoemde strafzaak had het OM subsidiair ten laste gelegd dat kapitein V., door niet-naleving van het voorschrift MND SW ENGINEER FRAGO 1/96, dan wel het voorschrift MND SW ENGINEER FRAGO 3/96, in strijd had gehandeld met arti-

kel 137 AMAR. Ook op dit punt kwam de rechtbank echter, na uitvoerige overwegingen, tot een vrijspraak. Naar het oordeel van de rechtbank kon, gelet op alle aanwezige (en in de uitspraak nader aangeduide) omstandigheden, niet worden gezegd dat kapitein V. de hem opgedragen werkzaamheden niet naar beste vermogen had vervuld en/of de voor hem geldende voorschriften niet voldoende had gekend.

5. Tegenover het standpunt van appelland dat het hem door kapitein V. gegeven dienstbevel als onrechtmatig moest worden beschouwd, stelde de staatssecretaris, met een beroep op het (hiervóór genoemde) vrijsprekende vonnis van de rechtbank, dat van enig onrechtmatig handelen door kapitein V. niet kon worden gesproken. Ook de Centrale Raad van Beroep hecht, zoals in de onderhavige uitspraak valt te lezen, doorslaggevende betekenis aan de vrijspraak door de rechtbank. De Raad begint met op te merken dat is gebleken dat zowel de Britse kolonel Field als de commandant van het Nederlandse bataljon dat ter plaatse sociale patrouilles uitvoerde, van oordeel was dat de door kapitein V. gegeven opdracht niet gegeven had moeten worden. Vervolgens komt de Raad echter tot de slotsom dat, gelet op dezelfde omstandigheden als die in de strafzaak een rol speelden, kapitein V. “niet verweten kan worden dat hij de betrokken ruimopdracht heeft verstrekt, en dat V. daarom niet onrechtmatig heeft gehandeld”.

6. Door appelland was eveneens gesteld dat de staatssecretaris te kort was geschoten in de op hem, als werkgever, rustende zorgplicht. Ook op dit punt deelt de Raad het standpunt van appelland niet. Wat de zorgplicht (precies) inhoudt, valt onder meer te lezen in CRvB 18 april 2002, MRT 2003, p. 90 en CRvB 31 mei 2001, MRT 2002, p. 25, beide m.nt. G.L.C. In de onderhavige zaak strekte de zorgplicht zich in elke geval niet uit tot de beleidsmatige vraag of een operationele noodzaak bestond om ter plaatse ruimwerkzaamheden te verrichten, aldus de Raad.

7. Vermeldenswaard in dit verband is artikel 8 van de Militaire Ambtenarenwet 1931. Dit artikel bepaalt dat een uitspraak van de strafrechter, in kracht van gewijsde gegaan of ingevolge de Wet militair tuchtrecht in beroep geweest, waarbij de militair aan enig feit is schuldig verklaard, voor de administratieve rechter als bewijs van dat feit geldt. Het artikel noemt niet uitspraken van de strafrechter waarbij een militair is vrijgesproken. Aan vrijspraken is de administratieve rechter dus niet gebonden. Dit spreekt vanzelf. Een vrijspraak houdt immers in de regel slechts in dat niet wettig en overtuigend is bewezen dat de verdachte het hem ten laste gelegde feit heeft begaan. Zie hieromtrent bijvoorbeeld CRvB 17 december 1992, TAR 1993, nr. 40: “Van de zijde van gedaagde is aangevoerd dat hij, blijkens het vonnis d.d. 18 oktober 1990 van de arrondissementsrechtbank te ‘s-Gravenhage, is vrijgesproken van het hem tenlastegelegde betreffende het aannemen van giften in zijn functie van ambtenaar met het oog op bevoordeling van derden. Hij is van mening dat het college (van B & W) ten onrechte ontslag wegens ongeschiktheid heeft verleend en dat, hoewel dit ontslagbesluit in rechte onaantastbaar geworden is, een en ander dient te leiden tot de conclusie dat het ontslag niet in overwegende mate aan zijn schuld of toedoen is te wijten. De Raad kan dit niet onderschrijven. Uit het zeer uitvoerige, door de FIOD opgemaakte, proces-verbaal blijkt een gedurende vele jaren veel te ver gaande verstrengeling van gedaagdes functioneren als chef afdeling plantsoenen en zijn bemoeienissen met name op financieel gebied met twee voor de gemeente werkende aannemersbedrijven (...), met welke bedrijven hij in verband met zijn functie nu juist een zakelijke afstand had moeten bewaren.”

De onderhavige uitspraak leert dat vrijspraken in bepaalde gevallen in ambtenarenzaken wel een (belangrijke) rol kunnen spelen.

G.L.C.

Centrale Raad van Beroep
Uitspraak van 4 december 2003
01/5113 MPW

Voorzitter: Mr. C.G. Kasdorp; *leden:* Mr. H.R. Geerling-Brouwer en Mr. C.P.J. Goorden

Loopband als hulpmiddel bij toekenning van een vervoersvoorziening?

Een gewezen dienstplichtig soldaat der Koninklijke Landmacht heeft op 25 maart 1999 bij de Staatssecretaris van Defensie een verzoek ingediend om hem in aanmerking te brengen voor een vervoersvoorziening in de vorm van een financiële bijdrage ten behoeve van de aanschaf van een auto. Naar aanleiding van een gehouden medisch onderzoek is het verzoek afgewezen. Betrokkene is volgens de staatssecretaris niet voor alle vervoer afhankelijk van een auto. Een kilometervergoeding wordt in dit geval als adequate voorziening aangemerkt.

Het geschil spitst zich toe op de vraag of betrokkene in staat moet worden geacht een afstand van tenminste 100 meter lopend af te leggen. Slechts in dat geval kan door de staatssecretaris financiële hulp voor de aanschaf van een auto worden verleend. Om te meten of iemand in staat is die 100 meter lopend af te leggen is op verzoek van de gemachtigde van betrokkene gebruik gemaakt van een loopband. De test op de loopband is verricht door een revalidatiearts van het Militair Revalidatiecentrum. Betrokkene is na 90 meter van de loopband afgestapt. De gemachtigde is van mening dat daarmee is aangetoond dat betrokkene niet meer dan 100 meter kan lopen en dat aan hem financiële hulp moet worden toegekend.

De Centrale Raad is met de rechtbank van oordeel dat aan de looptest niet de waarde kan worden toegekend die de gemachtigde van betrokken militair hieraan wil toekennen. Immers bij de looptest kan de onderzochte persoon, al dan niet bewust, enigermate invloed uitoefenen op het onderzoek, zodat niet voorkomen kan worden dat de resultaten van het onderzoek mede afhankelijk zijn van de medewerking van de betreffende persoon tijdens het onderzoek.

Het door de militair ingestelde beroep tegen de afwijzende beslissing wordt in eerste aanleg door de rechtbank afgewezen; de Centrale Raad bevestigt de aangevallen uitspraak.

(Voorzieningenregeling voor militaire oorlogs- en dienstslachtoffers, artikel 4)

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 aanvullend beroepschrift (met bijlagen) aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 23 juli 2001, nr. AWB 00/09150 MAW, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend, nadien aangevuld met een medisch commentaar van de verzekeringsarts H. Idzerda van 11 februari 2002 (met bijlagen).

Bij schrijven van 29 augustus 2002 heeft mr. M. Smid, verbonden aan de Bond van Nederlandse Militaire Oorlogs- en Dienstslachtoffers (BNMO), als gemachtigde van appellant de gronden van het hoger beroep nog aangevuld onder overlegging van een rap-

port d.d. 18 juni 2002 van de cardioloog drs. G. Jambroes alsmede van de daaraan ten grondslag liggende vraagstelling van dr. W. Op den Velde, medisch adviseur BNMO.

Van de zijde van gedaagde is bij brief van 27 september 2002 het commentaar op voormeld rapport van de verzekeringsarts J.T.G.H. Jaeqx aan de Raad toegezonden.

Het geding is behandeld ter zitting van de Raad op 24 oktober 2003, waar namens appelland is verschenen mr. M. Smid voornoemd. Gedaagde heeft zich doen vertegenwoordigen door P.J. Consten, werkzaam bij de Stichting Pensioenfonds ABP.

II. Motivering

De Raad gaat bij zijn oordeelsvorming uit van de feiten en omstandigheden die de rechtbank bij de aangevallen uitspraak als vaststaand heeft aangenomen.

Gelet op hetgeen namens appelland in hoger beroep is aangevoerd, staat ook thans ter beantwoording de vraag of gedaagde bij het bestreden besluit van 5 juli 2000 in redelijkheid heeft kunnen beslissen om appelland op zijn aanvraag van 25 maart 1999 een vervoersvoorziening toe te kennen in de vorm van een kilometervergoeding in plaats van de door hem gewenste financiële bijdrage in de aanschafkosten van een auto.

In aanmerking genomen het door gedaagde in deze gevoerde beleid, dat door de Raad in vaste jurisprudentie als niet onredelijk is aanvaard, spitst het geschil zich toe op de vraag of appelland rekening houdend met de gebreken waarvoor dienstverband is aanvaard ten tijde hier in geding nog in staat kon worden geacht om een afstand van tenminste 100 meter lopend af te leggen.

De rechtbank heeft die vraag bij de aangevallen uitspraak bevestigend beantwoord op basis van de aan haar beschikbare medische gegevens, waaronder een in mei 1998 in een eerdere procedure tussen partijen op verzoek van de rechtbank door de cardioloog dr. J.J.R.M. Bonnier uitgebracht rapport, waarin appelland in staat werd geacht nog 800 meter lopend te overbruggen, en een op verzoek van appelland opgemaakt rapport van de revalidatiearts drs. E.P.F. Janssen van 5 januari 2000, waaruit naar voren kwam dat appelland bij een looptest na een afstand van 90 meter moest stoppen.

De rechtbank heeft willen aannemen dat sedert mei 1998 de conditie en het vermogen tot inspanning van appelland nog verder zijn verslechterd, maar heeft in die medische gegevens geen aanleiding gezien om een zo drastische teruggang van appellands conditie aannemelijk te achten als door appelland gesteld. Daarbij heeft de rechtbank aan het resultaat van de bij revalidatiearts Janssen gehouden looptest geen doorslaggevende betekenis toegekend, aangezien zij, in navolging van de medisch adviseur van gedaagde, niet aannemelijk achtte dat de oorzaak voor het stoppen na 90 meter door appelland van de looptest gelegen was in het hartgebrek van appelland, nu zijn hartfrequentie aan het eind van deze test onveranderd was.

Ter ondersteuning van zijn beroep heeft appelland in hoger beroep een rapport doen overleggen van de cardioloog G. Jambroes, die appelland niet zelf heeft onderzocht maar op basis van de hem ter beschikking gestelde medische gegevens betreffende appelland, afkomstig van zowel behandelend als keuringsartsen, en aan de hand van wetenschappelijke kennis omtrent reumatisch hartlijden onder meer het door revalidatiearts Janssen en cardioloog Bonnier verrichte onderzoek van commentaar heeft voorzien.

Zijn slotsom luidt - kort samengevat - dat de door Janssen beschreven kortademigheid en transpireren bij het lopen op de loopband geheel bij de bestaande hartafwijking past en ook de duizeligheid daar heel goed bij zou kunnen passen, dat voorts geen uitspraak kan worden gedaan over de betekenis van het al of niet veranderen van de hartfrequentie tijdens de beschreven looptest en dat, afhankelijk van vele factoren de validiteit van een pati-

ënt als appellant snel kan veranderen.

Appellant houdt dan ook staande dat hij ten tijde van de looptest op 5 januari 2000 slechts met veel moeite, althans met een uiterst geringe loopsnelheid, 90 meter kon overbruggen.

De verzekeringsarts Jaecx heeft in zijn reactie op het rapport van Jambroes opgemerkt dat het in feite gaat om de vraag of de betrokkene voor zijn verplaatsing al dan niet afhankelijk is van een eigen auto en dat het criterium van een loopafstand van 100 meter daarbij een hulpmiddel is. Waar, aldus deze arts, appelland zonder enige verhoging van de hartfrequentie en zonder objectieve tekenen van uitputting of vermoeidheid bij de looptest na 90 meter van de band afstapte, concludeert hij dat appelland niet voor alle vervoer van een eigen auto afhankelijk is en een kilometervergoeding als adequaat moet worden aange-merkt.

Al eerder was door collega-verzekeringsarts Idzerda erop gewezen dat appelland blijkens de op hem betrekking hebbende “aanmelding voor hartchirurgie” in maart 2001 aan zijn cardioloog te kennen heeft gegeven nauwelijks nog 500 meter te kunnen wandelen.

De Raad merkt op dat hij, evenals de rechtbank, aan de looptest niet die waarde kan toe-kennen die de betrokkene zelf daaraan toegekend wil zien.

Immers, bij een looptest kan de onderzochte persoon zelf, al dan niet bewust, eniger-mate invloed uitoefenen op het onderzoek, zodat niet voorkomen kan worden dat de resul-taten daarvan mede afhankelijk zijn van de medewerking van de betreffende persoon tij-dens het onderzoek.

Hetgeen hierboven is overwogen in aanmerking nemend, gevoegd bij appellands mede-deling ruim een jaar later dat hij toen geen 500 meter meer lopend kon afleggen, heeft de Raad in het rapport van de cardioloog Jambroers, mede gelet op de omstandigheid dat zijn rapport, nu hij appelland zelf niet heeft onderzocht, vooral een theoretisch karakter draagt, waaruit slechts kan worden afgeleid dat het door appelland gestelde realiter mogelijk zou kunnen zijn, onvoldoende grond gezien om appelland het voordeel van de twijfel te geven.

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

De Raad acht ten slotte geen termen aanwezig om toepassing te geven aan het bepaal-de in artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht inzake een vergoeding van proces-kosten.

Beslist wordt derhalve als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. Voorzieningenregeling voor militaire oorlogs- en dienstslachtoffers.

Per 1 januari 1997 is in werking getreden de Voorzieningenregeling voor militaire oorlogs- en dienstslachtoffers (Regeling van 11 december 1996, Stcrt. nr. 244, MP-bundel 32-1700). Zie voor een uiteenzetting van de inhoud van de regeling de bijdrage van mw. mr. M.E.J.C. Diepstraten aan het Themanummer Pensioenen en Sociale Zekerheid voor mili-tairen (MRT juli/augustus 1998, pag. 281-289). In deze regeling heeft de Minister van Defensie een eigen voorzieningenpakket opgenomen, hetgeen wordt ingegeven door de bijzondere verantwoordelijkheid van de Minister voor oorlogs- of dienstslachtoffers. Dat

beleid beoogt de beperkingen van (gewezen) militairen tengevolge van invaliditeit met dienstverband in bepaalde situaties zoveel mogelijk op te heffen dan wel te compenseren.

Hoofdstuk 3 van de regeling betreft de zgn. leefvoorzieningen. In artikel 4 van dat hoofdstuk is een aantal specifieke vervoersvoorzieningen opgenomen. Voor deze voorzieningen kan de militair in aanmerking komen indien zijn mobiliteitsproblemen hem belemmeren aan het leven van alle dag deel te nemen. De (gewezen) militair ontvangt een dergelijke voorziening indien hij slechts met behulp van deze voorziening in staat moet worden geacht zich te verplaatsen. Welke voorziening wordt toegekend is afhankelijk van het door een verzekeringsgeneeskundige opgemaakte medisch advies en / of het rapport van een arbeidsdeskundige.

Artikel 4 van de regeling kent een aantal leefvoorzieningen die betrekking hebben op verplaatsing per auto of taxi, n.l. een tegemoetkoming in de kosten van het gebruik van een (rolstoel)taxi, een kilometervergoeding, een financiële vergoeding van de kosten van een standaard of aangepaste auto, dan wel de toekenning van een al dan niet aangepaste auto in bruikleen.

2. Uitspraak Centrale Raad van Beroep nader bekeken.

In dit geding moet de Raad de vraag beantwoorden of de Staatssecretaris van Defensie in redelijkheid heeft kunnen beslissen om aan appellant een vervoersvoorziening toe te kennen in de vorm van een kilometervergoeding in plaats van de door hem gewenste financiële vergoeding in de aanschafkosten van een eigen auto.

Zoals hierboven al gezegd wordt een verzoek om een vervoersvoorziening door de uitvoerende dienst (namens de staatssecretaris sinds 1 januari 2002 in mandaat door ABP, Bijzondere Regelingen Defensie) voor een advies voorgelegd aan een verzekeringsgeneeskundige.

Het al lang bestaande beleid bij de beoordeling van een vervoersvoorziening houdt in dat:

- financiële hulp bij de aankoop van een auto wordt verleend indien iemand niet in staat wordt geacht een afstand van tenminste 100 meter lopend af te leggen,
- een kilometer- of taxivergoeding wordt toegekend als iemand een afstand van 100 tot 800 meter kan afleggen,
- geen recht op een vervoersvoorziening bestaat als iemand een afstand van meer dan 800 meter lopend kan overbruggen.

Partijen verschillen van mening over het antwoord op de vraag of de gewezen militair nog in staat is een afstand van 100 meter lopend te overbruggen. Door de gemachtigde van betrokkene is in de procedure een rapport van een revalidatiearts ingebracht, waaruit naar voren kwam dat de gewezen militair bij een looptest na een afstand van 90 meter moest stoppen.

Vraag is of een looptest een adequaat middel is om in dit soort zaken de afstand te meten.

De Centrale Raad is het met de adviserend geneeskundige van de staatssecretaris eens dat het middel niet adequaat is. Immers, aldus de Raad, bij een looptest kan de onderzochte persoon zelf, al dan niet bewust, enigermate invloed uitoefenen op het onderzoek, zodat niet voorkomen kan worden dat de resultaten daarvan mede afhankelijk zijn van de medewerking van de betreffende persoon tijdens het onderzoek.

Ik kan de Raad in zijn redenering goed volgen. Weliswaar is het een goed streven om te komen tot de invoering van een objectief meetcriterium ter vaststelling van de loopafstand. Ik acht de looptest zeker geschikt als onderzoek om de progressie bij ernstige invalide-

rende aandoeningen vast te leggen; patiënten zullen dan ook gemotiveerd zijn om zo lang mogelijk op de loopband te blijven lopen. In het kader van een vervoersvoorziening is de looptest echter geen betrouwbaar meetinstrument, aangezien het aanzienlijk financieel belang ervoor kan zorgen, dat mensen de loopband eerder verlaten dan op grond van hun klachten en beperkingen valt te rechtvaardigen. Daarnaast is via een looptest ook moeilijk onderscheid te maken tussen de gebreken waarvoor wel en die waarvoor geen verband met de uitoefening van de militaire dienst is aanvaard. In feite mogen slechts de dienstverbandgebreken worden meegenomen.

Met haar uitspraak sluit de Raad aan bij haar eerdere uitspraken van 13 december 1994 en 21 juni 1996, gepubliceerd in RSV 1995/129 en RSV 1996/219. In deze procedures werd met een werksimulator de beperking in de belastbaarheid gemeten. In dat verband vond de Raad dat in het kader van de mate van arbeidsongeschiktheid ingevolge de WAO de uitkomsten van arbeids-exploratieonderzoeken terughoudend dienen te worden gehanteerd.

W.J.S.

RESOLUTIES VEILIGHEIDSRAAD VN

door

MAJOOR MR R.H.G. GILISSEN

Inleiding

In deze bijdrage zal ik eerst die Veiligheidsraadresoluties behandelen, die gaan over de operaties waar de Nederlandse deelname het grootst is (Irak, Bosnië en Afghanistan). Vervolgens ga ik in op de meest recente resoluties over de situatie in het Midden-Oosten, waar al tientallen jaren Nederlandse militairen actief zijn. Daarna schrijf ik over resoluties met betrekking tot de internationale strijd tegen het terrorisme (Operation Enduring Freedom, Al-Qaida, Taliban en Osama Bin Laden). Deze bijdrage sluit ik af met een korte behandeling van twee resoluties over operaties waar Nederlandse militairen nog recent aan hebben deelgenomen: UNMEE (United Nations Mission in Ethiopia and Eritrea) en UNMIL (United Nations Mission In Liberia).

Irak: SFIR (Stabilization Force Iraq)

In Irak bevinden zich op dit moment 1261 NL-militairen¹⁾. UNSCR 1518 d.d. 24 november is de meest recente resolutie over Irak²⁾. De afgelopen maanden en zeker de afgelopen weken valt een geweldstoename te constateren en daardoor is de toekomst van en in Irak onduidelijker geworden. Toch is deze resolutie de afgelopen vijf maanden niet aangevuld met verdere resoluties. In deze summiere resolutie worden de leden van de VN opgeroepen hun verplichtingen, zoals aangegaan in paragraaf 10 van UNSCR 1483, na te komen. Deze verplichtingen bestaan hierin dat eerder in resoluties vastgestelde verboden ten aanzien van handel met Irak niet meer van kracht zijn. Slechts niet door de Autoriteit goedgekeurde handel in wapens en gerelateerd materiaal blijft verboden. Verder bepaalt de Veiligheidsraad in UNSCR 1518 dat een commissie wordt samengesteld uit alle leden van de Veiligheidsraad ('a Committee of the Security Council'). De taak van deze commissie is eerder aangegeven in paragraaf 19 (die verwijst naar UNSCR 661 uit 1990) en 23 van UNSCR 1483 (2003). Zij bestaat eruit dat de commissie individuen en entiteiten (m.n. rechtspersonen), waarnaar de hiervoor aangehaalde paragraaf 23 van UNSCR 1483 verwijst, identificeert. Dit betekent, eenvoudig weergegeven, dat verder uitgezocht moet worden waar de fondsen van de vorige regering van Irak, haar bedrijven en haar instellingen, binnen en buiten Irak zich bevinden, kortom waar de miljarden van Saddam en zijn familie zijn. Deze gelden dienen getransfereerd te worden naar het 'Development Fund for Irak' en zo ten goede te komen aan het Iraakse volk.

¹⁾ Alle in deze bijdrage genoemde aantallen NL-militairen gaan, indien niet anders genoemd, uit van de situatie d.d. 16 april 2004. Voor een compleet overzicht van door Nederland uitgezonden militairen en de locaties waar zij zich bevinden verwijs ik naar: http://www.mindef.nl/missies/20040308_huidigeoperaties.html

²⁾ 27 april 2004 geldt als de laatste datum waarop informatie ten grondslag liggende aan dit stuk, is geactualiseerd. Vermeldenswaard in relatie tot Irak is nog UNSCR 1538 d.d. 21 april 2004. Hierin verwelkomt de Veiligheidsraad het besluit van de SGVN een onafhankelijk, op hoog niveau uitgevoerd onderzoek in te stellen naar de gang van zaken rond het 'Oil-for-food Programme'. De resolutie verwijst expliciet naar perspublicaties over misstanden in de uitvoering, administratie en management van dit plan. De Coalition Provisional Authority, Irak en alle andere VN-lidstaten worden opgeroepen mee te werken aan dit onderzoek.

Bosnie-Herzegovina: SFOR (Stabilization Force)

Voor Nederland zijn 788 militairen in Bosnië actief. In Kroatië zijn geen Nederlandse militairen meer structureel actief. Ook SFOR als geheel is in Kroatië steeds minder aanwezig. In dit licht dient te worden opgemerkt dat UNSCR 1534 d.d. 26 maart 2004 Kroatië nog wel degelijk expliciet oproept betere medewerking aan het ICTY te verlenen. UNSCR handelt over zowel het ICTY (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia) als het ICTR (International Criminal Tribunal for Rwanda). Dit laatste tribunaal behandelt ik niet verder. In eerdere resoluties heeft de Veiligheidsraad reeds geconstateerd dat de medewerking van de ondertekenaars van Dayton niet optimaal is. Mede als gevolg daarvan wordt in UNSCR 1534 opgemerkt dat de termijnen genoemd in de afrondingsstrategie ('*Completion Strategies*') zoals vastgesteld in UNSCR 1503 (2003) mogelijk niet kunnen worden gehaald. De insteek bij deze strategie was om de onderzoeken bij de tribunaal eind 2004 af te ronden. Alle procesactiviteiten zouden dan eind 2008 kunnen worden afgerond, waarna de tribunaal hun werkzaamheden beëindigen in 2010. Ongetwijfeld ontevreden met bovenstaande en met hetgeen de '*Presidents*' en de '*Prosecutors*' van het ICTY verder hebben gerapporteerd aan de Veiligheidsraad, roept de Veiligheidsraad nogmaals alle staten en speciaal Servië en Montenegro, Kroatië en Bosnië-Herzegovina op hun medewerking aan het ICTY te intensiveren. In het bijzonder wordt opgeroepen te assisteren bij de arrestatie en uitlevering aan het ICTY van Radovan Karadzic, Ratko Mladic en Ante Gotovina. Met in gedachten de hierboven aangehaalde afrondingsstrategie vraagt de Veiligheidsraad het ICTY zaken die betrekking hebben op minder belangrijke figuren ('*cases involving intermediate and lower rank accused*') over te dragen aan daartoe bevoegde, nationale autoriteiten ('*competent national jurisdictions*').

Afghanistan: ISAF (International Security Assistance Force)

167 NL-militairen maken nu deel uit van ISAF. De Apachegevechtshelikopters, waarvan Nederland er nu zes in Afghanistan inzet, zijn inmiddels bij hun eerste echte gevechtsacties betrokken. UNSCR 1536 d.d. 26 maart 2004 handelt over Afghanistan in het algemeen, over UNAMA (United Nations Assistance Mission in Afghanistan) en refereert in slechts twee van de in totaal vijftien bepalingen in deze resolutie aan ISAF. Belangrijk is de verwelcoming van de Grondwet die op 4 januari 2004 door de Loya Jirga is aangenomen. Tot de in die grondwet genoemde verkiezingen is de Transitional Administration³⁾ de enige legitieme regering van Afghanistan, zo benadrukt de Veiligheidsraad. Het belang van uitbreiding van (de effectiviteit van) de centrale regering naar alle gedeeltes van Afghanistan, een uitgebreide ontwapening, demobilisatie en reïntegratie van alle gewapende fracties in heel Afghanistan en de reconstructie van het nieuwe Afghan National Army en Afghan National Police wordt tevens benadrukt. Het mandaat van UNAMA is met deze resolutie voor twaalf maanden verlengd. Tevens is Jean Arnault benoemd als nieuwe SRSG (Special Representative of the Secretary-General), de hoogste vertegenwoordiger van de VN in Afghanistan. Deze functionaris is daarmee het hoogste gezag van de VN en heeft dus bijvoorbeeld ook autoriteit over ISAF. In datzelfde land geven de Amerikanen leiding aan Operation Enduring Freedom (OEF). Of, gelet op de huidige relatie tussen de VS en Frankrijk de aanstelling van een Franstalige als "sparringpartner" voor de VS in Afghanistan een verstandig idee is zal blijken. De taak van OEF kan namelijk wel eens conflicteren met de rust en stabiliteit die ISAF nastreeft. De VS hebben hierover bij herhaling benadrukt dat het voornaamste doel van de Amerikaanse aanwezigheid in

³⁾ Hoewel hij in deze resolutie niet met name wordt genoemd is dat toch vooral President Karzaï.

Afghanistan is: de vernietiging van Al Qaeda, hun Taliban-schild en de ondersteunende structuren, en de voorkoming van het gebruik van het gebied als toevluchtsoord voor de voortdurende Al Qaeda operaties⁴). UNSCR 1536 verwelkomt ten slotte de voortgang zoals die is gemaakt door ISAF in de uitbreiding van haar aanwezigheid buiten Kabul. Daarbij verzoekt de Veiligheidsraad ISAF nauwe ruggespraak met de SGVN en zijn SRSO te houden. Dat ISAF voor de VN door de NAVO (een door de VS gedomineerde organisatie) wordt uitgevoerd levert, gelet op het hiervoor weergegeven doel van de VS in Afghanistan, een interessant gegeven op.

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

Al sinds 1948 bestaat UNTSO (United Nations Truce Supervision Organisation). Deze VN-missie ziet toe op het handhaven van de bestandlijnen tussen Israël en haar buurstaten⁵). Sinds 1956 neemt Nederland deel aan UNTSO. Het bekendst is wellicht de deelname van NL-militairen aan UNIFIL (United Nations Interim Force in Lebanon) in de jaren tachtig. Maar ook nu heeft Nederland 28 militairen actief in het Midden-Oosten, waarvan er 11 werkzaam zijn voor UNTSO. De laatste resolutie van het afgelopen jaar over dit onderwerp was **UNSCR 1515** d.d. 19 november 2003. De Veiligheidsraad herinnert in deze resolutie nogmaals aan eerder aangenomen resoluties. Daarbij wordt zelfs verwezen naar een resolutie uit 1967. Zonder in dit complexe vraagstuk in te gaan op de schuldvraag, kunnen we stellen dat een resolutie van de Veiligheidsraad waar nu, na bijna 40 jaar, nog steeds geen gevolg aan is gegeven, vrij uniek is. UNSCR 1515 refereert aan de afspraken die vóór de start van de tweede intifada zijn gemaakt in Madrid, waarna de Veiligheidsraad haar grote verontrusting uitspreekt over de voortzetting van de tragische en gewelddadige gebeurtenissen in het Midden-Oosten en oproept deze te stoppen. De Veiligheidsraad bevestigt in deze resolutie haar visie van een regio, waar twee staten, Israël en Palestina, naast elkaar bestaan binnen veilige en erkende grenzen. Benadrukt wordt ook de noodzaak tot een veelomvattende en blijvende vrede tussen Israël en Syrië en Israël en Libanon. De resolutie wordt afgesloten met de oproep aan partijen om hun verplichtingen na te komen aangaande de 'Roadmap to a Permanent Two-State Solution to the Israeli-Palestinian Conflict', het plan dat in de media meestal wordt aangehaald als de 'Roadmap to peace'⁶). **UNSCR 1525** d.d. 30 januari 2004 handelt specifiek over Libanon. Omdat heel veel Nederlandse militairen als deel van UNIFIL hebben gediend in Libanon, is deze resolutie interessant. Nadat zij refereert aan meerdere resoluties uit 1978 en 2003 komt de Veiligheidsraad met een opvallende constatering. De Veiligheidsraad memoreert aan het feit dat het de conclusie van de Secretaris-Generaal van de VN (SGVN) is dat Israël sinds 16 juni 2000 haar troepen uit Libanon heeft teruggetrokken, in lijn met UNSCR 425 uit 1978. Israël heeft voldaan aan de vereisten, zoals die gedefinieerd zijn in het rapport van de SGVN d.d. 22 mei 2000⁷). De SGVN concludeert dientengevolge dat UNIFIL twee van de drie taken van haar mandaat vervuld heeft. UNIFIL kan zich nu focussen op de overblijvende taak: de internationale vrede en veiligheid te herstellen. De Nederlandse ex-UNIFIL-ers moet het goed doen te lezen dat twee van de drie taken uiteindelijk toch zijn volbracht. Dat de resterende taak niet de minste is doet daar niet aan af. De resolutie benadrukt verder het interim-karakter van UNIFIL; de VN-missie die nu al

⁴) Zie bijvoorbeeld: Sean M. Malone, 'Afghanistan: from Here to Eternity?', in *Parameters*, US Army War College Quarterly, spring 2004, vol.XXXIV, no.1, p.15.

⁵) Zie: <http://www.mindef.nl/missies/midden-oosten.html>.

⁶) Zie voor meer hierover het rapport van de Secretaris-Generaal van de VN: S/2003/529.

⁷) S/2000/460.

bijna 30 jaar loopt. De Veiligheidsraad benadrukt vervolgens de principes zoals die zijn opgenomen in de ‘Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel’ van 9 december 1994. Algemeen wordt deze (eerste) verwijzing gezien, na het doodschieten van VN-personeel door Israëliische militairen, als veroordeling van Israël. Echter verderop in de resolutie veroordeelt de Veiligheidsraad alle geweld, refereert aan overschrijdingen van de lijnen waar partijen zich achter dienen terug te trekken, en roept duidelijk alle partijen op zich te weerhouden van dergelijke acties en dringt aan, bij alle partijen, zich nauwgezet te houden aan hun verplichting de veiligheid te respecteren van UNIFIL en ander VN-personeel. In de resolutie zien we verder dat partijen worden opgeroepen UNIFIL volledige vrijheid van bewegen (‘Freedom of movement’) te garanderen. Tevens verlengt de Veiligheidsraad het mandaat van UNIFIL voor een periode van zes maanden. Waarom, gelet op de duur en reële verwachting van UNIFIL, is dit niet een jaar of langer? In bijvoorbeeld UNSCR 1536 (over Afghanistan) zien we dat de Veiligheidsraad wel een termijn van verlenging van een jaar hanteert. De ratio achter deze verschillen in termijnen is niet juridisch.

De internationale strijd tegen het terrorisme: OEF (Operation Enduring Freedom)

Mr. Fink schreef eerder dit jaar in dit tijdschrift⁸⁾, dat op 1 juli 2003 een eind kwam aan de Nederlandse deelname aan OEF. Heden zijn vijf NL-militairen werkzaam bij Central Command in Tampa. Ook is een jurist van de Koninklijke Luchtmacht, organisatorisch als onderdeel van de grotendeels door de VS uitgevoerde operatie OEF, werkzaam in de opbouw van een Afghaans, militair juridisch systeem. Daarnaast is Hr. Ms Van Speijk met 156 opvarenden in het oostelijk deel van de Middellandse Zee, als onderdeel van STANAVFORMED, ten behoeve van operatie Active Endeavour, onderdeel van OEF. In UNSCR 1526 van 30 januari 2004 gaat de Veiligheidsraad uitgebreid in op de maatregelen die de VN nemen in het kader van de internationale strijd tegen het terrorisme. Daarbij worden de Taliban, Al Qaeda en Osama bin Laden expliciet genoemd. In relatie tot individuen, groepen, ondernemingen en andere entiteiten die gelieerd zijn aan de Taliban en Al-Qaida worden VN-lidstaten gewezen op de verplichtingen die op hen rusten (‘*counter-terrorism obligations*’) als gevolg van eerdere resoluties. Om de voortdurende dreiging van deze groepen tegen te gaan worden alle staten, internationale en regionale organisaties in een separate bepaling opgeroepen middelen ter beschikking te stellen. De Veiligheidsraad bepaalt met UNSCR 1526 dat de uitvoering van in eerdere resoluties aangekondigde maatregelen dient te worden verbeterd. Na aan te geven dat de Veiligheidsraad met deze resolutie handelt onder hoofdstuk VII van het VN-Handvest: ‘*Action with respect to threats to peace, breaches of the peace, and acts of aggression*’ volgt een uitgebreide uitwerking van deze maatregelen. Enkele voorbeelden van deze maatregelen zijn: het bevriezen van fondsen, het voorkomen dat individuen gelieerd aan deze groepen landen binnenreizen of als transit gebruiken, het voorkomen van enige handel aangaande wapens met deze groepen (of daaraan gelieerde individuen) en het instellen van een ‘*Analytical Support and Sanctions Monitoring Team*’ met als taak de ‘*Committee*’ te assisteren in de in deze resolutie weergegeven taken en volgens een strak voorgeschreven procedure⁹⁾. Hoewel de Veiligheidsraad het formuleert met: ‘...*in order to assist the Committee in fulfilment of its mandate...*’ volgt uit de inhoud van de opdracht aan dit team dat aangesteld wordt ter “assistentie” dat het hier een eufemistisch gebruik van de term ‘*assist*’ betreft. Lezing van

⁸⁾ Mr. M.D. Fink, ‘zeeoorlogsrecht en het internationaal recht van de zee tijdens Operatie Enduring Freedom’, in MRT 2004 afl.3, p.96 e.v.

⁹⁾ Voor het mandaat en de taak van dit ‘*Committee*’ verwijs ik naar UNSCR 1267 d.d. 15 oktober 1999.

de resolutie leidt tot de conclusie dat dit team wordt aangesteld om te verzekeren dat ‘*the Committee*’ haar taak naar behoren gaat uitvoeren. Het ‘*Analytical Support and Sanctions Monitoring Team*’ dient samengesteld te worden uit experts [in plaats van politici?], de wijze en tijdstippen van rapportering, inspectiebezoeken; alles is tot in detail geregeld en wijst erop dat de Veiligheidsraad een “controleur” heeft aangesteld. De Veiligheidsraad, of in ieder geval sommige leden van de Veiligheidsraad, is niet tevreden met het eerdere werk en de resultaten van het sinds 1999 tegen terrorisme werkzame ‘*Committee*’. UNSCR 1530 d.d. 11 maart 2004 is de volgende resolutie over de internationale strijd tegen het terrorisme. 11 maart 2004 is de dag waarop moslimextremisten in Madrid bommen in meerdere treinen lieten ontploffen en vele mensen daarbij het leven lieten. UNSCR 1530 memoreert daaraan en vermeldt, op aandringen van de Spaanse regering, dat de Baskische afscheidingsbeweging ETA de daders zijn: ‘...*perpetrated by the terrorist group ETA...*’. In een Veiligheidsraadresolutie heb ik die klaarblijkelijke fout nog niet hersteld gezien. Na de inwoners en de regering van Spanje te condoleren, plaatst de Veiligheidsraad deze aanslag in het ruimere kader van de internationale strijd tegen het terrorisme en roept alle staten op ook ten aanzien van de plegers, organisatoren en financiers van deze aanval het recht te laten zegevieren¹⁰⁾. UNSCR 1535 d.d. 26 maart 2004 is de volgende resolutie over terrorisme. De resolutie behelst een vervolg op eerdere resoluties en m.n. UNSCR 1373 (van 28 september 2001). Met deze laatste resolutie is een commissie¹¹⁾ opgericht met een vergelijkbaar takenpakket als het hiervoor in UNSCR 1526 aangehaalde ‘*Committee*’. Gebleken is dat ook deze commissie (van UNSCR 1373) problemen heeft ondervonden in de implementatie van de resolutie. Met UNSCR 1535 is daarom nu besloten een wijziging in de samenstelling en werkwijze van de commissie aan te brengen. De commissie zal voortaan bestaan uit een plenaire vergadering (bestaand uit de staten die zitting hebben in de Veiligheidsraad) ‘*the Plenary*’ en ‘*the Bureau*’ bestaande uit de voorzitter en vice-voorzitters van de Veiligheidsraad geassisteerd door ‘*the Counter-Terrorism Committee Executive Directorate*’ (CTED). Dit CTED staat onder leiding van een Executive Director die met deze resolutie tot taak krijgt een plan op te stellen ter vorming van dit CTED. Daarbij krijgt hij expliciet de opdracht dit te doen binnen de bestaande VN-regelgeving. Bij de personele samenstelling dient de Executive Director te zorgen voor gekwalificeerd en ervaren personeel, waarbij de hoogste standaard van efficiency, competentie en integriteit dient te worden gegarandeerd. Dit personeel, zo gaat UNSCR 1535 verder, dient te worden gerekruteerd vanuit een zo breed mogelijk geografische basis. Het opnemen van dergelijke teksten in een resolutie van de Veiligheidsraad, te zien als het hoogste bestuursorgaan ter wereld, zou vanwege de vanzelfsprekendheid hiervan overbodig moeten zijn en kan leiden tot speculatie en cynisme. Opvallend is dat de resoluties 1530 tot en met 1536 (d.d. 26 maart 2004) alle de internationale strijd tegen het terrorisme tot onderwerp hebben. Zeker is dat aandacht van de Veiligheidsraad gedurende die weken ook andere zaken in de wereld goed had kunnen doen.

UNMEE (United Nations Mission in Ethiopia and Eritrea)

UNSCR 1531 d.d. 12 maart 2004 is de meest recente resolutie die over UNMEE is vastgesteld. Voor deze operatie zijn van november 2000 tot juni 2001 meer dan 1000 NL-militairen, komende uit alle krijgsmacht delen, ingezet in Eritrea en Ethiopië. Op dit moment maken NL-militairen geen deel uit van UNMEE. Daar kan één uitzondering op worden

¹⁰⁾ ‘...*to find and bring to justice...*’ betekent tenslotte wat anders dan ‘voor de rechter te brengen’.

¹¹⁾ De ‘*Counter-Terrorism Committee*’ opgericht door de Veiligheidsraad in paragraaf 6 van UNSCR 1373.

bepleit: de toenmalige Nederlandse commandant van UNMEE is de huidige hoogste militair adviseur van de SGVN¹²⁾. Een korte update ten aanzien van UNMEE in deze bijdrage is met het oog op de inzet van deze NL-militairen op z'n plaats. Zelf heb ik tijdens mijn inzet als jurist in Eritrea gedurende een maand, ervaren dat de juridische werkelijkheid aldaar weinig overeenkomsten met het westers juridisch denken heeft. Van 'Rule of Law' is geen sprake. Dit komt ook (weer) naar voren in UNSCR 1531. De resolutie opent met aan te geven dat een voortdurende impasse blijft bestaan. Dit komt voornamelijk door het gebrek aan voortgang in het proces dat de demarcatie van de grenzen regelt. Vastgesteld is dat het de VN, onder de huidige omstandigheden, onmogelijk wordt gemaakt om voortgang op dit gebied te maken. Verwezen wordt daarbij naar Ethiopië's afwijzing van besluiten van de VN-commissie die over de demarcatie gaat en Ethiopië's weigering met de commissie samen te werken. Eritrea wordt zelfs verweten ('*expressing disappointment*') om überhaupt een gesprek aan te gaan met de speciale afgevaardigde van de SGVN. Deze twee landen hebben dus in 2000 een vredesverdrag gesloten en hebben de VN gevraagd UNMEE op te starten! Partijen worden ten strengste opgeroepen met UNMEE samen te werken aan de implementatie van haar mandaat. Daarbij roept de Veiligheidsraad partijen op hun inspanningen te vergroten om de veiligheid van UNMEE-staf te garanderen. De Veiligheidsraad herhaalt in de sterkste bewoordingen haar eis dat partijen UNMEE '*freedom of movement*' toestaan. Dit is een in juridische documenten, o.a. in status of forces agreements, gebruikte formele term met betrekking tot een ruim omschreven bewegingsvrijheid. Klaarblijkelijk is hier bewust gekozen voor de term 'toestaan' ('*allow*') in plaats van garanderen. Dit wijst erop dat partijen dus openlijk de '*freedom of movement*' ontkennen. Juridisch een vreemde gewaarwording, wanneer de status of forces agreements die ook voor UNMEE zijn gemaakt, worden gezien en daar met Ethiopië en Eritrea '*freedom of movement*' in is afgesproken. Ook aan de bij de toenmalige Nederlandse UNMEE-commandant al bekende kwestie omtrent de opening van een vluchtroute op grote hoogte tussen Asmara en Addis Ababa is nog geen eind gekomen. Het is dus nog steeds niet mogelijk om van de hoofdstad van Eritrea rechtstreeks naar de hoofdstad van Ethiopië te vliegen. Dit levert voor de VN en dus haar lidstaten enorme meerkosten op, aangezien UNMEE in beide steden haar missie uitvoert. Aardig om te weten hierbij is dat Ethiopië in het begin van de operatie herhaaldelijk er op heeft aangedrongen niet het zwaartepunt van de werkzaamheden van UNMEE in Eritrea te leggen, maar ook UNMEE-bases in Ethiopië op te zetten.

UNMIL (United Nations Mission In Liberia)

De meest recente resolutie die de Veiligheidsraad ten aanzien van Liberia heeft aangenomen is UNSCR 1532 d.d. 12 maart 2004. Na een constatering hiervoor van een negatieve situatie voor UNMEE kan ik deze bijdrage positief afsluiten. 8 februari dit jaar is het schip de Rotterdam teruggekeerd uit Liberia. Zij is daar sinds begin november 2003 ingezet. In UNSCR 1532 is te lezen dat, weliswaar onder uitgebreide voorbehouden, de Veiligheidsraad besluit dat alle landen waar zich fondsen bevinden van de voormalige president van Liberia, Charles Taylor, zijn familie, vrienden en andere aan hem gelieerde personen, deze fondsen dienen te bevriezen. UNSCR 1532 sluit af met een bepaling waarin de Veiligheidsraad aangeeft dat gezien moet worden of en hoe, na ontwikkeling van '*transparent accounting and mechanisms*', deze fondsen aan de regering van Liberia ter beschikking kunnen worden gesteld om direct ten goede te komen aan de inwoners van Liberia.

¹²⁾ Generaal-majoor der mariniers Patrick Cammaert.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Gebruik van geweld in strijd met de regels

Tegen een militair, die tijdens een vredesoperatie in de rechtmatige uitoefening van zijn functie geweld heeft gebruikt en zich hierbij niet aan de voor hem geldende geweldsinstructie heeft gehouden, dient strafrechtelijk - of in de lichte gevallen tuchtrechtelijk - te kunnen worden opgetreden. Indien door het Openbaar Ministerie tot strafrechtelijk optreden wordt besloten, staan in de regel twee wegen open. In de eerste plaats heeft een militair, die zich niet aan de regels heeft gehouden, zich schuldig gemaakt aan niet-naleving van een dienstvoorschrift. In welke gevallen niet-naleving van een dienstvoorschrift een strafbaar feit oplevert, is bepaald in het Wetboek van Militair Strafrecht. In de tweede plaats zal een militair zich, in een geval als bedoeld, in de regel tevens hebben schuldig gemaakt aan een geweldsdelict.

De vraag kan worden gesteld voor welke weg het OM, indien beide wegen openstaan, moet kiezen: voor vervolging wegens handelen in strijd met 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. Hiervan uitgaande zal vervolging wegens handelen in strijd met het dienstvoorschrift in de regel het meest in de rede liggen. Tijdens het op 22 mei 2003 in Vredespaleis te 's-Gravenhage gehouden symposium *Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties* pleitte ik ervoor in voorkomende gevallen *in beginsel* voor deze weg te kiezen; en niet, althans niet *primair*, voor vervolging ter zake van het geweldsdelict. Zie hieromtrent MRT 2003, p. 384.

Naar aanleiding van dit pleidooi wees prof. mr. F.H. van der Burg mij op de conclusie van de advocaat-fiscaal, prof. G.E. Langemeijer, bij de sententie van de Bijzondere Raad van Cassatie in de zaak *Ahlbrecht* (BRvC 17 februari 1947, NJ 1947, nr. 87). De zaak betrof een Duitse politieambtenaar die in 1946 door het Bijzonder Gerechtshof te Arnhem schuldig was verklaard aan 'doodslag, terwijl de schuldige gebruik heeft gemaakt van een middel hem door de vijand geboden'. Hij had in de nacht van 13 op 14 februari 1944 een door hem gearresteerde Nederlander '*auf der Flucht erschossen*'. In de conclusie van de advocaat-fiscaal komt de volgende passage voor: 'Objectief was hoogst waarschijnlijk geen poging om te vluchten aanwezig. Anderzijds blijkt niet van eenige reden voor requirant om te schieten dan de, zij het wel zeer lichtvaardige, wensch om zich tegen zulk gevaar te dekken. Wij hebben hier een verrichting van zijn dienst met monsterachtige overschatting van dienstbelang tegenover het leven van het slachtoffer. Dit echter is toch altijd nog een andere gezindheid dan die bij doodslag past, vooral bij iemand, die geroepen is de belangen van zijn land te midden van een - terecht - vijandige bevolking te verdedigen.'

Prof. mr. G.L. Coolen

BOEKEN EN TIJDSCHRIFTEN

Boekaankondiging

Prof. mr. G.L. Coolen, Militair straf- en strafprocesrecht, vierde druk, studiepocket nr. 8 in de serie Studiepockets strafrecht; Kluwer Deventer 2004, ISBN 90 13 01304 X, verkoopprijs € 35.

Onlangs is verschenen de vierde herziene druk van de door prof. mr. G.L. Coolen geschreven studiepocket Militair straf- en strafprocesrecht. Het boek, dat veel jurisprudentie bevat, behandelt het materiële militaire strafrecht, geregeld in het Wetboek van Militair Strafrecht, en het militaire strafprocesrecht, geregeld in de Wet militaire strafrechtspraak. Ook het oorlogsstrafrecht komt in het boek aan de orde. Sedert het verschijnen van de derde druk, in de zomer van 2000, zijn twee, voor het militaire strafrecht belangrijke wetten in werking getreden: de Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten en de Wet internationale misdrijven. Aan de eerstgenoemde wet is in deze vierde druk een geheel nieuw hoofdstuk gewijd. De tweede wet is in het bestaande hoofdstuk Oorlogsstrafrecht verwerkt. Ook is, omdat hieraan in de praktijk behoefte bleek te bestaan, een nieuw hoofdstuk toegevoegd waarin aandacht wordt besteed aan het militaire delict niet-naleving van het dienstvoorschrift.

De tekst is bijgewerkt tot 1 februari 2004.

The Military Law and the Law of War Review

Sneller nog dan verwacht zijn de delen 1-2 en 3-4 van de jaargang 2003 verschenen. Het moet dus lukken om ook de delen van de jaargang 2004 nog dit jaar te publiceren.

De ‘vulling’ van de jaargang 2003 was in zoverre gemakkelijk dat deze niet afhankelijk was van de levering van nieuwe artikelen. De beschikbare ruimte is besteed aan het integraal publiceren van de documenten van het van 1 - 5 april 2003 te Rome gehouden congres van de International Society for Military Law and the Law of War. Dit congres was gewijd aan het onderwerp ‘Compatibility of National Legal Systems with the Statute of the Permanent International Criminal Court’. In het MRT van verleden jaar (pp. 213 - 224) is een uitgebreid verslag van dit congres verschenen.

In de delen 1-2 (232 pp.) zijn opgenomen: de questionnaire, het rapport van de rapporteurs-generaal, de door het congres aangenomen aanbevelingen en de interventies tijdens de plenaire zittingen, alsmede het rapport van de jury van de Ciardi-prijs, die zoals bekend werd toegekend aan mevr. dr. M. Boot-Matthijssen, vaste medewerker van dit tijdschrift.

De delen 3-4 (pp. 263-482) bevatten de documenten betreffende het werk van de ‘Specialized Committees’, en voorts een drietal interessante ‘capita selecta’, namelijk ‘The Legal and Policy Predicates for Use of Force Against Iraq (Colonel (ret) USM Guy B. Roberts), ‘The War against Iraq and the “Ius ad Bellum”’ (Prof. Dr. Torsten Stein, Universiteit Saarland) en ‘Terrorism’ (Colonel (Ret) US Army James A. Burger).

Mr. A.J.T. Dörenberg

Personalia

Bij beschikking van de Minister van Defensie d.d. 28 april 2004 is per 1 mei 2004, onder dankzegging voor bewezen diensten, ontslag verleend aan mr. A.J.T. Dörenberg als voorzitter van de redactie van het Militair Rechtelijk Tijdschrift. Mr. Dörenberg was sedert 15 februari 1994 voorzitter.

Bij beschikking van de Minister van Defensie d.d. 28 april 2004 is per 1 mei 2004, onder dankzegging voor bewezen diensten, ontslag verleend aan prof. mr. N. Keijzer als vaste medewerker van het Militair Rechtelijk Tijdschrift. Mr. Keijzer was sedert 1 mei 1976 aan het tijdschrift verbonden.

Bij beschikking van de Minister van Defensie d.d. 28 april 2004 is per 1 mei 2004, onder dankzegging voor bewezen diensten, ontslag verleend aan prof. mr. G.L. Coolen als lid van de redactie van het Militair Rechtelijk Tijdschrift. Prof. Coolen was sedert 1 januari 1981 redactielid. Met ingang van 1 mei 2004 is prof. Coolen benoemd tot vaste medewerker van het tijdschrift.

Bij beschikking van de Minister van Defensie d.d. 28 april 2004 is per 1 mei 2004 mr. A.C. Zuidema benoemd tot voorzitter van de redactie van het Militair Rechtelijk Tijdschrift. Mr. R. in het Veld volgt Mr. Zuidema op als lid van de redactie voor de Koninklijke Landmacht.

Opmerkingen en mededelingen

Gebruik van geweld in strijd met de regels..... 306

Boeken en tijdschriften

- Boekaankondiging..... 307
- The Military Law and the Law of War Review..... 307

Personalia

- mr. A.J.T. Dörenberg..... 308
- prof. mr. N. Keijzer 308
- prof. mr. G.L. Coolen..... 308
- mr. A.C. Zuidema..... 308
- mr. R. in het Veld 308

Annotatoren:

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

Auteursaanwijzingen

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

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

REDACTIECOMMISSIE:

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

VASTE MEDEWERKERS:

- Prof. Mr G.L. Coolen, Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
- 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, 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. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar. Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan Sdu Servicecentrum Uitgevers. Zij die het M.R.T. van rijkswege verstrekt krijgen, dienen zich voor kennisgeving van adreswijzigingen te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren.

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

Nederlands
uitgeversverbond
Groep uitgevers voor vak en wetenschap

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven onder auspici van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVII

Juli/Augustus 2004

Aflevering

7

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

Militairen na 'rake zaken': de strafrechtelijke positie van militairen na functioneel geweldgebruik; door mr. drs. P.A.L. Ducheine en mr. G.F. Walgemoed.....	309
---	-----

Tuchtrechtspraak

Ah 01.12.03	Ontvankelijkheid; termijnschending; 'goederen van de krijgsmacht'	
	a. Ontvankelijkheid. In beklag kunnen slechts tuchtrechtelijke beslissingen worden aangevochten. Klachten over al dan niet uitzenden of over ambtsberichten vallen daar niet onder.	
	b. Termijn tussen oproeping voor en aanvang van de behandeling op beklag. Termijnschending in de beklagfase hoeft niet te leiden tot een vrijspraak.	
	c. 'Goederen van de krijgsmacht' is ruimer dan rijkseigendommen. (Naschrift J.R.G.J.).....	325

Bestuursrechtspraak

CRvB 21.08.03	Drie maanden tekort voor reservistenpensioen	
	Een gewezen reserve-officier apotheker van de Koninklijke Landmacht verzoekt om een pensioen vanaf 65 jaar. Het verzoek wordt afgewezen; betrokkene voldoet niet aan de in de Algemene militaire pensioenwet (Amp) gestelde minimum diensttijdeis van tenminste 28 jaren pensioengeldige diensttijd. De reserve-officier kan een diensttijd aanwijzen van 27 jaren, 8 maanden en 14 dagen. De rechtbank verklaart het ingestelde beroep ongegrond. De Centrale Raad van Beroep is het hiermee eens. Artikel E3, lid 1, onder a van de Amp schrijft dwingend voor dat de reservist op het tijdstip van ontslag ten minste 28 voor pensioen geldige dienstjaren moet kunnen aanwijzen. (Naschrift W.J.S.).....	330

Wetgeving

Overzicht tot stand gekomen en aanhangige wetgeving; door mr. J.B. Miete.....	334
---	-----

Opmerkingen en mededelingen

Boeken en tijdschriften	
- boekbespreking.....	337

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

BIJDRAGEN

Militairen na ‘rake zaken’: de strafrechtelijke positie van militairen na functioneel geweldgebruik

door

MR. DRS. P.A.L. DUCHEINE EN MR. G.F. WALGEMOED¹⁾

1. Inleiding

De Nederlandse krijgsmacht is in een breed spectrum belast met taken waarbij het geweldsmonopolie van de overheid aan de orde is. Ter illustratie: de politietaken van de Koninklijke marechaussee, bijzondere bijstandseenheden, *sky marshalls*, de bewaking en beveiliging van objecten en het optreden tegen *renegades*. Over geweldgebruik in de uitoefening van opgedragen taken dient uiteraard verantwoording te worden afgelegd. In voorkomend geval kan dat ten overstaan van de strafrechter zijn. Interessant is de vraag welke strafrechtelijke positie na “rake zaken” (als personen door kogels getroffen worden)²⁾ wordt toegekend aan ambtenaren die zijn uitgerust met de geweldsbevoegdheid. Sinds 2000 wordt aan politiefunctionarissen primair de positie van getuige toegekend: gelegitimeerd geweldgebruik geldt als uitgangspunt.³⁾

In deze bijdrage gaan we in op functioneel geweldgebruik van militairen in veel voorkomende binnenlandse én buitenlandse situaties. Ons doel is de strafrechtelijke positie van militairen na ‘rake zaken’ te bepalen.⁴⁾

Als ijkpunt nemen we de politie als geweldsorganisatie. We bezien kort de taken, geweldsbevoegdheid, geweldsinstructie en de afdoening van ‘rake zaken’. Daarna nemen we vier situaties in beschouwing waarin militairen geweld mogen aanwenden in de uitoefening van hun opgedragen taken (hierna: functioneel geweld). Ook hier bezien we de taken, (de grondslag voor) de geweldsbevoegdheid, de toepasselijke geweldsinstructie, de afdoening van ‘rake zaken’ alsmede de omstandigheden waaronder wordt opgetreden. Aan de hand van de Instructie positie politiefunctionaris bij geweldsaanwending⁵⁾ beschouwen we tenslotte de strafrechtelijke positie van de ambtenaar die geweld heeft aangewend.

In deze analyse hanteren we het begrip geweldsinstructie in brede zin als een “instructie met betrekking tot het gebruiken van geweld <door de politie, e.d.>”.⁶⁾ Met militairen

¹⁾ Paul Ducheine verricht promotieonderzoek aan de UvA, Gert Walgemoed is docent aldaar.

²⁾ Naar J. Timmer, J. Naeyé & M. van der Steeg, *Onder schot, vuurwapengebruik van de politie in Nederland (1978-1995)*, 1996, pp. 17 en 279.

³⁾ Niet langer automatisch verdachte na geweldsincident: Instructie positie politiefunctionaris bij geweldsaanwending aangepast, *Algemeen Politieblad*, 2000, nr. 15, p. 6.

⁴⁾ Deze analyse is in april 2004 afgerond. Nadien zijn diverse signalen afgegeven die erop wijzen dat het Openbaar Ministerie werkt aan richtlijnen voor (een deel van) de geschetste situaties. Zie met name de brief van de minister van Justitie d.d. 9 juni 2004 aan de voorzitter van de Tweede Kamer: TK, 2003-2004, 29 200 X, nr. 84.

⁵⁾ Instructie van College van procureurs-generaal, vastgesteld 16-5-2000, hierna: de Instructie.

⁶⁾ Van Dale's Groot woordenboek hedendaags Nederlands, 1996.

bedoelen we zowel de militairen van de Koninklijke marechaussee als militairen van de andere krijgsmacht delen.

2. Politie

De politietaak is omschreven in artikel 2 van de Politiewet 1993⁷⁾: “[...] zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven.”⁸⁾

2.1 Geweldsbevoegdheid

De politieke geweldsbevoegdheid is vastgelegd in artikel 8 Politiewet en uitgewerkt in de Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke Marechaussee en de buitengewoon opsporingsambtenaar.⁹⁾ De bevoegdheid geldt in de “rechtmatige uitoefening van [de] bediening”.¹⁰⁾ Met andere woorden: niet alleen in de justitiële taak, maar ook bij openbare ordehandhaving en zelfs bij hulpverlening kan geweld worden gebruikt.¹¹⁾

2.2 Inhoud geweldsinstructie op hoofdlijnen

De Ambtsinstructie betreft een typische geweldsinstructie.¹²⁾ “De ambtenaar van politie die is aangesteld voor de uitvoering van de politietaak 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 kan worden bereikt”.¹³⁾ Aldus zijn de algemene rechtsbeginselen van proportionaliteit en subsidiariteit verwoord voor het gebruik van geweld.¹⁴⁾

Uitgangspunt is de *ultimum remedium*-gedachte: gebruik van geweld dient zo veel mogelijk te worden voorkomen. Andere dan de hierboven reeds genoemde randvoorwaarden zijn de eis van rechtmatige uitoefening van bediening,¹⁵⁾ geoefendheid,¹⁶⁾ matiging,¹⁷⁾ voorafgaande waarschuwing (indien mogelijk)¹⁸⁾ en richtlijnen voor het optreden in gesloten verband.¹⁹⁾

Voor het gebruik van vuurwapens zijn specifieke regels gegeven. Kort samengevat is het gebruik van het dienstpistool slechts toegestaan bij:²⁰⁾ de aanhouding van vuurwapengevaarlijke personen, vluchtende personen (mits ...),²¹⁾ alsmede het beteugelen van ernsti-

⁷⁾ Hierna: Politiewet.

⁸⁾ Hoewel de politietaak meer aandacht verdient, laten wij het hier korthedshalve bij deze zeer summiere taakaanduiding. Velen hierna te citeren gaan dieper op deze taak in.

⁹⁾ Hierna: Ambtsinstructie.

¹⁰⁾ Art. 8, lid 1 Politiewet.

¹¹⁾ Y. Buruma, Formele bevoegdheden, in: C.J.C.F. Fijnaut, E.R. Muller & U. Rosenthal, Politie: studies over haar werking en organisatie, 1999, p. 322.

¹²⁾ Timmer, Naeyé & Van der Steeg, supra noot 2, pp. 30-33.

¹³⁾ Art. 8 Politiewet.

¹⁴⁾ Zie ook art. 8, lid 5 Politiewet.

¹⁵⁾ Art. 8, lid 1 Politiewet en art. 4 Ambtsinstructie.

¹⁶⁾ Art. 4 Ambtsinstructie en Regeling toetsing geweldsbeheersing politie, besluit van 17-12-2001, Stert. 2001, 247.

¹⁷⁾ Art. 8, lid 5 Politiewet.

¹⁸⁾ Art. 8, lid 1 Politiewet en art. 12 Ambtsinstructie.

¹⁹⁾ Art. 5 Ambtsinstructie.

²⁰⁾ Art. 7 Ambtsinstructie.

²¹⁾ Tenzij de identiteit bekend is en uitstel van de aanhouding geen onaanvaardbaar bezwaar voor de rechtsorde met zich mee brengt (art. 7, lid 3 Ambtsinstructie).

ge wanordelijkheden.

Voor het gebruik van automatische wapens en lange afstandprecisiewapens gelden aanvullende bepalingen.²²⁾ De Nota van Toelichting bij de Ambtsinstructie geeft aan dat los van de Ambtsinstructie het gebruik van het vuurwapen ook toegestaan kan zijn in noodweersituaties.²³⁾

Functioneel geweld dient te worden gemeld.²⁴⁾ De meerdere aan wie de melding wordt gedaan, legt deze vast in een voorgeschreven meldingsformulier.²⁵⁾ De korpschef brengt de melding ter kennis van de Hoofdofficier wanneer: de gevolgen van de geweldsaanwending daar naar zijn oordeel aanleiding toe geven, er een schot is gelost, of als door het geweld lichamelijk letsel van meer dan geringe betekenis (inclusief de dood) is veroorzaakt. Het laatste (enigszins vage) criterium is ter beoordeling van degene die de melding invult, maar “in ieder geval als bijstand van een arts noodzakelijk is, bijvoorbeeld bij zware kneuzingen, botbreuken of aanzienlijk bloedverlies”.²⁶⁾ ‘Rake zaken’ moeten dus in ieder geval aan de Hoofdofficier gemeld worden.

2.3 Afdoening geweldgebruik

Conform de Aanwijzing taken en inzet rijksrecherche vallen politieële ‘rake zaken’ onder de typische competentie van de rijksrecherche.²⁷⁾ Deze kan, op grond van de Aanwijzing taken en inzet rijksrecherche, pas aan het werk na verkregen instemming van de coördinatiecommissie rijksrecherche.

De Hoofdofficier is bij de beoordeling van “politieel vuurwapengebruik, waarbij daadwerkelijk geschoten is en waarnaar door de rijksrecherche onderzoek is verricht”, gebonden aan een door het College van PG’en voorgeschreven consultatieprocedure. Deze procedure is de implementatie van een aanbeveling uit “Onder Schot”,²⁸⁾ een onderzoek naar vuurwapengebruik van politie en Marechaussee.²⁹⁾ De Hoofdofficier moet zijn voorlopige oordeel voorleggen aan een landelijke centrale adviescommissie voor vuurwapenincidenten (hierna: centrale beoordelingscommissie vuurwapenincidenten).³⁰⁾ Deze “zwarte interne commissie”,³¹⁾ bestaande uit drie (hoofd)officiëren, geeft een collegiaal advies.³²⁾ Als de Hoofdofficier afwijkt van het collegiale advies, dient hij dit te motiveren. Indien geen rijksrechercheonderzoek heeft plaatsgevonden, is facultatieve consultatie mogelijk.

Enkele resultaten: in 22% van de 275 voorvallen waarin burgers door een politiekogel werden getroffen waren bij het OM geen afdoeningstukken te vinden; 68% is door het OM

²²⁾ Artt. 8 en 9 Ambtsinstructie.

²³⁾ Stb. 1994, 275, p. 12; Zie ook F.C.M.A. Michiels, J. Naeyé, A.B. Blomberg & J.L.M. Boek, *Artikelsgewijs commentaar Politiewet 1993, 1997*, p. 71; Elzinga, e.a., p. 100.

²⁴⁾ Art. 17 Ambtsinstructie.

²⁵⁾ Regeling melding geweldaanwending, Stcrt. 2001, 168, p. 8.

²⁶⁾ Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksaangelegenheden: TK, 2001-2002, 26 345, nr. 76, p. 3.

²⁷⁾ Art. 130, lid 4 Wet RO juncto Aanwijzing taken en inzet rijksrecherche, College van procureurs-generaal, 8-1-2002, nr. 2002A001.

²⁸⁾ *Supra* noot 2, p. 393: “29. Het verdient aanbeveling dat het OM meer aandacht besteedt aan deskundigheidsbevordering met betrekking tot de beoordeling en afdoening van politieel vuurwapengebruik”. Zie ook TK, 1996-1997, 25 016, nr. 27, *Beleidsvoornemens politie 1997*, p. 11, waarin het OM de aanbeveling onderschrijft en overneemt.

²⁹⁾ *Supra* noot 2, p. 17.

³⁰⁾ *Aanwijzing Beoordeling vuurwapenincidenten van College van procureurs-generaal*, 20-2-1998, nr. 1998021298.

³¹⁾ J. Timmer & P. van Reenen, *Geweldsmiddelen en politieel geweldgebruik*, in: Fijnaut, e.a., p. 439.

³²⁾ *Procedure beoordeling vuurwapenincidenten, Arrondissement Zutphen*, 13-3-1998, ongenummerd.

geseponneerd, 8,7% leidde tot een vervolgingsbeslissing, 6% tot een rechtszaak, 2,5% tot strafoplegging.³³⁾

3. Krijgsmacht

De krijgsmacht kent een grondwettelijke taakomschrijving: “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”.³⁴⁾ Defensie gebruikt een verdeling in drie hoofdtaken:³⁵⁾

- bescherming van de integriteit van het eigen grondgebied (de militaire defensie-taak);³⁶⁾
- bevordering van de internationale rechtsorde en stabiliteit;³⁷⁾
- ondersteuning van de civiele autoriteiten bij rechtshandhaving, rampenbestrijding en humanitaire hulp, zowel nationaal als internationaal (de militaire bijstandstaak in brede zin).³⁸⁾

In deze bijdrage stellen we vier veel voorkomende situaties centraal waarin militairen gelegitimeerd geweld toe kunnen passen. Het betreft voor de krijgsmacht gangbare situaties in binnen- en buitenland. We laten situaties die bestreken worden door het humanitair oorlogsrecht en het optreden in buitengewone omstandigheden onder de Oorlogswet voor Nederland buiten beschouwing.

De eerste twee situaties maken deel uit van de militaire bijstandstaak in brede zin. De eerste betreft de politietaken (inclusief bijstand aan de politie) van de Marechaussee zoals vastgelegd in de Politiewet. De tweede situatie betreft bijstand aan de politie door de overige krijgsmachtdelen. De derde situatie, bewaking- en beveiliging van militaire objecten, past binnen de militaire defensie-taak. De vierde situatie, deelname aan vredesoperaties, past binnen de tweede hoofdtak van defensie.

4. Situatie 1: de Koninklijke marechaussee

De Koninklijke marechaussee (hierna: de Marechaussee) maakt geen onderdeel uit van de reguliere politie. Ze vervult wel politietaken.³⁹⁾ De politietaken van de Marechaussee vinden we limitatief terug in artikel 6 Politiewet. Zonder compleet te willen zijn noemen

³³⁾ Periode 1978-1995, Timmer & Van Reenen, supra noot 31, p. 433.

³⁴⁾ Art. 97 Grondwet.

³⁵⁾ Zie Defensienota 2000, TK, 1999-2000, 26 900, nr. 2, p. 41; zie ook Defensiebegroting 2004, TK, 2003-2004, 29 200 X, nr. 2, p. 24.

³⁶⁾ Inclusief dat van de Koninkrijkspartners en van het bondgenootschappelijk gebied (NATO, EU), zie Handelingen TK, 1998-1999, 40, p. 3268.

³⁷⁾ Hiertoe behoort de deelname aan operaties onder mandaat van de Veiligheidsraad (Korea, Libanon, Angola, Cambodja, Voormalig Joegoslavië, Eritrea/Ethiopië, Afghanistan, Liberia of Irak)

³⁸⁾ Hierbij gaat het o.a. om de civiele taken van de Marechaussee en de militaire bijstandstaak in enge-re zin, zoals: bijstand op grond van de Politiewet; bijstand op basis van de Wet rampen en zware ongevallen; bijstand ter handhaving van de inwendige veiligheid en de openbare orde op de Nederlandse Antillen resp. Aruba; en om steunverlening in het openbaar belang. Zie Handelingen TK, 1997-1998, 40, pp. 3268-3269.

³⁹⁾ C.J.C.F. Fijnaut & N.H.E. van Helten, De bovenbouw van het reguliere politieapparaat: het KLPD, de Kmar en de BVD, in: Fijnaut, e.a., p. 107.

we: militaire politietaken ten behoeve van de strijdkrachten; politietaken op burgerluchtvaartterreinen (o.a. Schiphol); en bijstand aan en samenwerking met de politie.⁴⁰⁾ De Marechaussee staat – net als de politie – bij het optreden ter handhaving van de openbare orde onder gezag van de burgemeester, bij de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde rust het gezag bij de OvJ.⁴¹⁾

Naast de eigen taken kan de Marechaussee om bijstand aan de politie worden verzocht op basis van artikel 58 Politiewet: “In bijzondere gevallen kan bijstand worden verleend”. Dit kan vanwege kwalitatieve of kwantitatieve, personele of materiële tekorten in de reguliere politieorganisatie. Afhankelijk van de doelstelling treedt de Marechaussee op onder gezag van de burgemeester – handhaving openbare orde – dan wel de Officier van Justitie – strafrechtelijke handhaving rechtsorde of taken ten dienste van justitie.

Twee voorbeelden: de Marechaussee op Schiphol is een duidelijk herkenbaar element in de samenleving, terwijl *sky marshalls* minder in het oog springende bijstand verlenen bij de beveiliging van de burgerluchtvaart.⁴²⁾

4.1 Geweldsbevoegdheid en geweldsinstructie

Op basis van artikel 8, zesde lid Politiewet is aan een ambtenaar van de Marechaussee (hierna: een marechaussee) geweldsbevoegdheid toegekend “indien hij optreedt in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening”. Dit kan zijn in een civiele dan wel een militaire politietaak, maar ook in bijstand.⁴³⁾ De Ambtsinstructie is ook op de Marechaussee van toepassing.⁴⁴⁾ De Ambtsinstructie bevat de geldende geweldsinstructie. Alleen de meldingsprocedure wijkt af: de Commandant Koninklijke marechaussee verricht – conform dezelfde criteria als bij de politie (paragraaf 0) - de melding aan de Hoofdofficier te Arnhem die immers belast is met militaire zaken en daardoor ook met ‘marechausseezaken’.⁴⁵⁾

4.2 Afdoening

In ‘rake zaken’ van marechaussees met opsporingsbevoegdheid is de rijksrecherche bevoegd.⁴⁶⁾ Alhoewel rijksrechercheonderzoek zich primair richt op ‘rake zaken’ waarbij opsporingsambtenaren betrokken zijn, kan de coördinatiecommissie rijksrecherche ook een onderzoek gelasten naar ‘rake zaken’ van marechaussees zonder opsporingsbevoegdheid.⁴⁷⁾

De Hoofdofficier te Arnhem is, zoals gezegd, bevoegd in ‘marechausseezaken’.⁴⁸⁾ Indien ‘rake zaken’ van marechaussees als politieel vuurwapengebruik gezien worden - hetgeen het uitgangspunt in vuurwapenonderzoek⁴⁹⁾ én doctrine⁵⁰⁾ lijkt - én de rijksrecherche

⁴⁰⁾ O.m. bij de bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit.

⁴¹⁾ Art. 15, lid 1 Politiewet.

⁴²⁾ Aanhangsel TK, 2003-2004, nr. 1261, pp. 2669-2670.

⁴³⁾ Zie art. 1, lid 1, sub d Ambtsinstructie dat verwijst naar de politietaken van de Marechaussee in art. 6, lid 1 Politiewet.

⁴⁴⁾ Art. 8, lid 5 juncto artikel 9 lid 1 Politiewet.

⁴⁵⁾ Art. 8, lid 3 Ambtsinstructie.

⁴⁶⁾ Aanwijzing taken en inzet rijksrecherche, supra noot 27.

⁴⁷⁾ Zie paragraaf 0.

⁴⁸⁾ Art. 148 Sv juncto artt. 2 en 3 Wet militaire strafrechtspraak.

⁴⁹⁾ Timmer, Naeyé & Van der Steeg, supra noot 2, p. 17; J. Naeyé, J. Timmer & G. Beijers, *Politiële geweldrapportage 1998-2000, vuurwapengebruik en letselzaken gerapporteerd door de Nederlandse politie in de periode 1998-2000*, 2001, p. 7; Fijnaut & Van Helten supra noot 39, pp. 89 en 106.

⁵⁰⁾ “Door de wetgever is kennelijk uit het oog verloren dat de militairen van de Koninklijke marechaussee ook gerekend moeten worden tot ‘ambtenaren belast met de politietaak’.” in Michiels e.a., supra noot 23, p. 91.

onderzoek heeft verricht, dient ook hier bij de beoordeling van de zaak het advies van de centrale beoordelingscommissie vuurwapenincidenten te worden ingewonnen. In andere gevallen kan de Hoofdofficier via de facultatieve procedure dit collegiaal advies inwinnen.

4.3 Omstandigheden

Als er al sprake is van afwijkende omstandigheden ten opzichte van de politie, dan voorzien wij die in een bijstandssituatie of tijdens de uitoefening van militaire politietaken (tijdens vredesoperaties) in het buitenland.

5. Situatie 2: bijstand aan de politie door overige delen van de krijgsmacht

Als ook de kwaliteiten of capaciteiten van Marechaussee ontoereikend zijn, kan, gebaseerd op artikel 59 Politiewet, op *ad hoc* basis “bijstand worden verleend door andere onderdelen [dan de Marechaussee] van de krijgsmacht”. De gezagsverhoudingen worden bepaald door de doelstelling van de bijstand: de burgemeester (handhaving openbare orde) respectievelijk de OvJ (strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en taken ten dienst van justitie) treedt op als bevoegd gezag.

Een spraakmakend voorbeeld betreft een F-16 gevechtsvlieger die in bijstand voorziet in het kader van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, en die - in opdracht van de minister van Justitie – een *renegade* (een door terroristen gekaapt civiel vliegtuig) neerschiet.⁵¹⁾

Een permanente bijstandsvoorziening ligt besloten in artikel 60 Politiewet voor “aan te wijzen bijzondere onderdelen van de politietaak”. Het gaat dan om Bijzondere Bijstandseenheden,⁵²⁾ waarvan de krijgsmacht er twee levert: de Bijzondere Bijstandseenheid (BBE-)Mariniers⁵³⁾ en de BBE-Krijgsmacht⁵⁴⁾. Met de derde eenheid, BBE-Politie, verlenen zij bijstand aan de politie bij het voorkomen dan wel het daadwerkelijke bestrijden van zeer ernstige misdrijven, waarbij sprake is van (in potentie) direct levensbedreigende omstandigheden.⁵⁵⁾ De inzet van de BBE’en is achtereenvolgens gericht op “het beschermen en bevrijden van gegijzelde of ontvoerde personen, het voorkomen dat de daders het met dit soort actie beoogde doel bereiken en het aanhouden van die daders.”⁵⁶⁾

De meest recente publieke inzet van de BBE’en was op 27 september 2001. Na een bommelding werden de BBE-Mariniers en BBE-Politie⁵⁷⁾ (en pantserwagenpelotons van de Marechaussee⁵⁸⁾ ingezet ter ondersteuning van de politie bij het voorkomen van aangekondigde bomaanslagen op tunnels in Amsterdam en Rotterdam.⁵⁹⁾

⁵¹⁾ Aanhangsel TK, 2003-2004, nr. 465, p. 995.

⁵²⁾ Over de onderlinge werkverdeling tussen de drie BBE’en: B. Visser, Regelingen bijzondere bijstandseenheden geactualiseerd, in: Algemeen Politieblad, 2001, nr. 3, pp. 11-15.

⁵³⁾ Close combat eenheid, belast met het nabijgevecht.

⁵⁴⁾ Scherpschuttereenheid (net als de BBE-Politie), voornamelijk bestaande uit personeel van de Marechaussee (zie art. 2. Instellingsregeling BBE Defensie).

⁵⁵⁾ Regeling Bijzondere Bijstandseenheden, 13 december 2000, Stcrt. 2000, 252, p. 6, Toelichting.

⁵⁶⁾ Instellingsregeling bijzondere bijstandseenheden Defensie, 29-3-1994, Stcrt. 1994, 70, Toelichting.

⁵⁷⁾ Ex art. 60 Politiewet.

⁵⁸⁾ Ex art. 58 Politiewet.

⁵⁹⁾ Aanhangsel TK, 2001-2002, 910, p. 1913; Zie ook TK, 2001-2002, 27 925, nr. 34, bijlage 2.

5.1 Geweldsbevoegdheid en gewelddinstructie

De geweldsbevoegdheid van artikel 8 Politiewet komt – net als bij de Marechaussee – de bijstandverlenende militair van de krijgsmacht toe “in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening”.⁶⁰⁾ Expliciet is bepaald dat de Ambtsinstructie van toepassing is “indien de militair van enig ander onderdeel van de krijgsmacht optreedt bij de uitvoering van de in artikelen 59 en 60 [Politiewet] omstreven taken”.⁶¹⁾ Nadere instructies voor de inzet van de bijstandseenheden liggen vast in de Regeling BBE.⁶²⁾ Het bevel te ‘schieten om te doden’ geldt daarbij overigens als een prerogatief van de minister van Justitie.⁶³⁾ De meldingsprocedure is conform de procedure bij de Marechaussee (paragraaf 0).

5.2 Afdoening

In ‘rake zaken’ van bijstandverlenende militairen is in ieder geval de Marechaussee bevoegd. Indien de schutter tevens opsporingsambtenaar is (bijvoorbeeld een marechaussee van de BBE-Krijgsmacht) betreft het een typisch rijksrechercheonderzoek. Alhoewel de Aanwijzing taken en inzet rijksrecherche daar niet letterlijk in voorziet, lijkt het – mede gelet op de uitgangspunten van de Aanwijzing – in de rede te liggen dat in alle ‘rake zaken’ van leden van bijstandseenheden de rijksrecherche onderzoek verricht.

Of ook ‘rake zaken’ van overige militairen, bijvoorbeeld de eerdergenoemde F-16 vlieger, door de rijksrecherche onderzocht worden is uiteindelijk ter competentie van de coördinatiecommissie rijksrecherche.

Indien ‘rake zaken’ van bijstandverlenende militairen als politieel geweld worden opgevat én de rijksrecherche onderzoek heeft verricht, is de Hoofdofficier te Arnhem gehouden het advies van de centrale beoordelingscommissie vuurwapenincidenten in te roepen. Anderszins is collegiale consultatie facultatief.

5.3 Omstandigheden

Slechts in bijzondere omstandigheden is bijstand van andere onderdelen van de krijgsmacht aan de orde. Met name voor de inzet van de BBE ligt dat voor de hand. In die gevallen kan er gesproken worden van voor Nederlandse begrippen extreme omstandigheden, bijvoorbeeld een gijzeling/kaping als in 1977.⁶⁴⁾

6. Situatie 3: bewaking en beveiliging van militaire objecten

De derde – en laatste – binnenlandse situatie betreft de taak tot het bewaken en beveiligen van militaire objecten. In tegenstelling tot de taken uit de Politiewet betreft het een specifieke en beperkte taak. De bevoegdheden ten behoeve van deze taak zijn neergelegd in de Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten.⁶⁵⁾ De minister van Defensie is bevoegd objecten aan te wijzen.⁶⁶⁾ Dit is geregeld in het Rijkswet houdende aanwijzing van te bewaken en te beveiligen objecten.⁶⁷⁾ Het besluit onderscheidt permanente objecten

⁶⁰⁾ Art. 8, lid 6 Politiewet.

⁶¹⁾ Art. 9, lid 2 Politiewet en ook artikel 1 lid 1 sub e Ambtsinstructie.

⁶²⁾ Artt. 3 en 5 Regeling BBE.

⁶³⁾ J.L.M. Boek, *Organisatie, functie en bevoegdheden van politie in Nederland*, 1995, p. 224.

⁶⁴⁾ Zie E.R. Muller, *Terrorisme en politieke verantwoordelijkheid*, 1994, p. 253 e.v..

⁶⁵⁾ Stb. 2003, 134.

⁶⁶⁾ Art. 2 Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten.

⁶⁷⁾ Stcrt. 2000, 185, p. 16.

in de vorm van vaste (o.a. kazernes, vliegbases, zenderparken) en mobiele installaties (o.a. tactische voertuigen, munitie- en wapentransporten). Daarnaast kunnen de bevelhebbers voor ten hoogste 12 weken tijdelijke objecten aanwijzen:⁶⁸⁾ “bijvoorbeeld [...]tijdelijke opslag van munitie [en/of militaire uitrusting] in een haventerrein”.⁶⁹⁾

Een voorbeeld hiervan: ten tijde van de stationering van het Nederlandse Patriot-detachment in Turkije (voorjaar 2003)⁷⁰⁾ werd Haven 1054 (Vlissingen) als te bewaken en beveiligen militair object aangewezen.⁷¹⁾

We zouden de omstandigheden in algemene zin als normaal willen typeren.

6.1 Geweldsbevoegdheid

De geweldsbevoegdheid is als volgt geformuleerd: “De militair, behorend tot de krijgsmacht van het Koninkrijk, in de rechtmatige uitoefening van de militaire bewakings- en beveiligingstaak is bevoegd tot gebruik van geweld 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 kan worden bereikt”.⁷²⁾ De geweldsinstructie is vervat in het Besluit geweldgebruik defensiepersoneel in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak.⁷³⁾

6.2 Geweldsinstructie

De wetgever beoogde de geweldsinstructie voor de bewakings- en beveiligingstaak “nauw aan te laten sluiten bij de Ambtsinstructie”.⁷⁴⁾ Daarmee wordt de rechtszekerheid in twee richtingen vergroot: enerzijds voor de ambtenaar die geweld toe moet passen en anderzijds voor de burger die aanspraak kan maken op een door een geweldsinstructie gereguleerd militair optreden.⁷⁵⁾

De kernelementen van de geweldsinstructie zijn net als bij de Ambtsinstructie: proportionaliteit en subsidiariteit,⁷⁶⁾ rechtmatigheid,⁷⁷⁾ geoefendheid,⁷⁸⁾ matiging,⁷⁹⁾ en waarschuwing.⁸⁰⁾ Het gebruik van een vuurwapen is slechts toegestaan in gevallen van: levensbedreigend geweld tegen personen en misdrijven tegen vitale defensie objecten.⁸¹⁾ Daarnaast kan – net als bij de politie – het gebruik van het vuurwapen in noodweersituaties zijn toegestaan.⁸²⁾

Elke geweldsaanwending dient gemeld te worden. De meerdere legt dit vast in een rap-

⁶⁸⁾ Art. 2 lid 1 Rijksbesluit houdende aanwijzing van te bewaken en beveiligen objecten.

⁶⁹⁾ Toelichting bij Rijksbesluit, Stcrt. 2000, 185, p. 16.

⁷⁰⁾ TK, 2002-2003, 23 432, nr. 75.

⁷¹⁾ Besluit houdende tijdelijke aanwijzing van Haven 1054 (liggende in de gemeente Vlissingen) als te bewaken en te beveiligen object, Stcrt. 2003, 33, p.8.

⁷²⁾ Art. 1, lid 1 Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten, hierna Rijkswet geweldgebruik.

⁷³⁾ Stb. 2000, 237 en Stb. 2003, 282.

⁷⁴⁾ TK, 1993-1994, 23 787 (R 1506), nr. 3, p. 2.

⁷⁵⁾ TK, 1993-1994, 23 787 (R 1506), nr. 3, p. 2. Zie ook Michiels e.a., p. 72.

⁷⁶⁾ Art. 7 Besluit geweldgebruik defensiepersoneel in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak: hierna Besluit geweldgebruik.

⁷⁷⁾ Art. 3 Besluit geweldgebruik.

⁷⁸⁾ Art. 3 Besluit geweldgebruik.

⁷⁹⁾ Art. 3, lid 1 Rijkswet en art. 10 Besluit geweldgebruik

⁸⁰⁾ Art. 3, lid 2 Rijkswet en art. 5 Besluit geweldgebruik.

⁸¹⁾ Art. 7, lid 1 Besluit geweldsgebruik.

⁸²⁾ Nota van toelichting, Stb. 1997, 354.

port dat ter kennis van de brigadecommandant van de Marechaussee wordt gebracht. In ieder geval ‘rake zaken’ zullen aan de Hoofdofficier te Arnhem (belast met militaire zaken) gemeld worden.

6.3 Afdoening

In deze zijn de Marechaussee en de Hoofdofficier te Arnhem competent. Verplichte consultatie van de centrale beoordelingscommissie vuurwapenincidenten is niet aan de orde.

Facultatieve consultatie is een optie. Gelet op de toenemende praktijk van procedures op basis van artikel 12 Wetboek van Strafvordering, zou dit uit zorgvuldigheidsoverwegingen een idee kunnen zijn.

7. Situatie 4: vredesoperaties

Onder vredesoperaties verstaan wij – voor deze bijdrage – internationale operaties die politieke, militaire en civiele activiteiten omvatten en met een mandaat van de Veiligheidsraad⁸³) ter handhaving of herstel van de internationale vrede en veiligheid worden uitgevoerd. Zoals gezegd sluiten wij gevechtsoperaties in deze beschouwing uit.⁸⁴)

Nederland kent een lange traditie in grote en kleine vredesoperaties. Een paar aantallen:⁸⁵) UNTSO en MFO (1.900 deelnemers);⁸⁶) UNIFIL (8.000)⁸⁷); UNTAC (2.600)⁸⁸); UNPROFOR (9.750)⁸⁹); UNMIBH (336) IFOR (5.070) en SFOR (15.000)⁹⁰); KFOR (2.026)⁹¹). Thans zijn ruim 2.400 militairen uitgezonden⁹²), waarvan zo’n 1.000 ten behoeve van aan de NAVO gemandateerde operaties op de Balkan (o.a. SFOR) en Afghanistan (ISAF) en 1.261 bij de Stabilisatiemacht SFIR in Irak.

7.1 Taken

Per operatie liggen in de betreffende resolutie van de Veiligheidsraad een aantal politieke, militaire en civiele taken besloten. Tot de meest voorkomende militaire taken horen:

- herstel en handhaving van veiligheid en stabiliteit (SFOR⁹³) en SFIR⁹⁴);
- handhaven van de openbare orde (SFIR);
- mogelijk maken van activiteiten van humanitaire en VN-organisaties (SFOR en SFIR);

⁸³) of van een regionale veiligheidsorganisatie, hetgeen hier in voorbeelden en analyse verder buiten beschouwing blijft.

⁸⁴) Deze worden beheerst door het ius in bello. Zie ook M.C. Zwanenburg, *Accountability under International Humanitarian Law for United Nations and North Atlantic Treaty Organization Peace Support Operations*, diss. Leiden, 2004.

⁸⁵) C. Klep & R. van Gils, *Van Korea tot Kosovo. De Nederlandse militaire deelname aan vredesoperaties sinds 1945, 1999*.

⁸⁶) Midden-Oosten 1956-heden respectievelijk Sinai 1982-1995.

⁸⁷) Libanon 1979-1985.

⁸⁸) Cambodja 1992-1993.

⁸⁹) Voormalig Joegoslavië 1992-1995.

⁹⁰) Voormalig Joegoslavië, 1992-heden, het getal van 15.000 berust op een schatting op basis van 8.815 personen tot 1999 vermeerderd met jaarlijkse bijdrage van 2000 [PD].

⁹¹) Kosovo 1999-heden.

⁹²) Stand 24-3-2004., zie <http://mindef.nl/missies/20040308_huidigeoperaties.html> (benaderd 21-4-2004).

⁹³) General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina, Annex 1A Agreement on the military aspects of the Peace Settlement, art. VI. Zie <<http://www.nato.int/ifor/gfa/gfan1a.htm>>.

⁹⁴) Zie bijvoorbeeld TK, 2002-2003 23 432, nr. 116 herdruk, p. 10.

- beveiliging van en de opslag van militaire uitrusting (SFIR), VN-personeel, gebieden objecten en routes (ISAF),⁹⁵⁾
- adviseren en, waar mogelijk binnen de beschikbare middelen en capaciteiten, ondersteunen van de wederopbouw (ISAF);
- zorgdragen voor de eigen veiligheid.

Het overzicht bevat niet slechts klassiek militaire taken. Dikwijls worden deels humanitaire taken uitgevoerd. De praktijk sinds 1992 wijst ook uit dat militairen taken vervullen die tot de klassieke politietaken gerekend kunnen worden. Rosenthal: “Voor een deel gaat de ontwikkeling [van de krijgsmacht] in de richting van een *constabulary force* – een militaire organisatie die op vreemd grondgebied politietaken uitvoert.”⁹⁶⁾

Daarbij geldt doorgaans dat politietaken primair door de daartoe bevoegde lokale autoriteiten worden uitgevoerd. Dikwijls lukt dat echter niet omdat die er niet meer of nog niet zijn. In die gevallen fungeren de militairen – net als in Nederland – als “vangnet”.

Een voorbeeld betreft de ondersteuning bij het aanhouden van oorlogsmisdadigers. In de nacht van 17 op 18 december 1997 werden twee verdachten van oorlogsmisdaden aangehouden in Ahmici (omgeving Vitez, Bosnië-Herzegovina). “[E]en van de verdachten, Vlatko Kupreskic, opende het vuur op de SFOR-militairen. Daarop is uit zelfverdediging teruggeschoten, waarbij Kupreskic in borst, arm en been is geraakt.”⁹⁷⁾ Een speciaal opgeleide eenheid van Nederlandse mariniers en commando’s, die tijdelijk voor dit doel aan SFOR was toegevoegd, speelde een sleutelrol bij de aanhouding.⁹⁸⁾

7.2 Geweldsbevoegdheden

De Veiligheidsraad autoriseert het gebruik van *all necessary means* opdat de lidstaten het mandaat kunnen uitvoeren. Daarmee is in algemene zin toestemming tot het gebruik van geweld met militaire middelen verleend.

7.3 Geweldsinstructie (*Rules of Engagement*)⁹⁹⁾

Conform het Toetsingskader 2001, hanteren we hier de term *Rules of Engagement* (ROE) als aanduiding voor de geweldsinstructie binnen vredesoperaties.¹⁰⁰⁾ De term geweldsinstructie wordt ook wel gebruikt voor het instructiekaartje op zakformaat dat iedere individuele Nederlandse militair bij zich draagt.¹⁰¹⁾ Deze praktijk lijkt ons onvolledig en verwarrend.¹⁰²⁾ De Britse aanduiding voor dit kaartje is duidelijker: *Soldier’s Card*.

⁹⁵⁾ Zie TK, 2002-2003, 27925, nr. 71.

⁹⁶⁾ U. Rosenthal, Politie en staat, in: Fijnaut, e.a., p. 21.

⁹⁷⁾ TK, 1997-1998, 22 181, nr. 193. Zie ook NRC Handelsblad, 18-12-1997, Nederlands team arresteert Kroaten; Zie ook Press Conference SFOR 1-12-1997 <<http://www.nato.int/sfor/trans/t971218a.htm>>;

⁹⁸⁾ Minister van Defensie in zijn brief van 18-12-1997, zie supra noot 97. Zie ook de verklaringen van de minister van Defensie die dit voorval aanhaalt als een voorbeeld van een bijdrage aan de tweede hoofdtaak: de bevordering en handhaving van de internationale rechtsorde (Handelingen TK, 1997-1998, 40, pp. 3272-3273).

⁹⁹⁾ Zie W. B. Kroon & M. Jacobs, Rules of Engagement: Een verkenning, in: Militaire Spectator, 1997, nr. 3, pp. 124-130; R.M. Eiting & J.S. van Duurling, De aangeliijnde waakhond: conceptuele gedachten over Rules of Engagement, in: Militaire Spectator, 1998, nr. 4, pp. 168-179; J.F.R. Boddens Hosang, Rules of Engagement in vredesoperaties, in: Militair Rechtelijk Tijdschrift, 2003, nr. 9, pp. 354-371.

¹⁰⁰⁾ TK, 2000-2001, 23 591 en 26 454, nr. 7. Toegepast o.m. in TK, 2002-2003, 27 925, nr. 71 (ISAF)

¹⁰¹⁾ O.m. Instructiekaart geweldsinstructie SFOR.

¹⁰²⁾ Zie berichtgeving over het schietincident in Irak: Aanhangsel TK 2003-2004, 761, p. 1612 en <<http://www.om.nl/info/nieuws.php?p+pg&id=2230>>.

Die *Soldier's Card* bevat slechts ROE met betrekking tot zelfverdediging en de bescherming van de troepenmacht, inclusief de regels voor proportionaliteit, subsidiariteit, waarschuwing en matiging.

De algemene geweldsbevoegdheid die door de Veiligheidsraad is toegekend, wordt door de uitvoerende organisatie – de VN, een regionale veiligheidsorganisatie, of een coalitie van staten – uitgewerkt in ROE.¹⁰³⁾ Voor aan de NAVO gemandateerde operaties, bijvoorbeeld SFOR, KFOR of ISAF, stelt de Noord-Atlantische Raad deze ROE vast. De ROE worden opgenomen in een geclassificeerde bijlage van het militaire operatiebevel onder de aanduiding *Use of Force*.¹⁰⁴⁾

De ROE staan in het algemeen het gebruik van geweld toe voor de volgende doeleinden: zelfverdediging, het beschermen van (de goederen van) de troepenmacht en het uitvoeren van opgedragen taken. Tot de laatste behoort ook het beschermen van aangewezen personen en goederen. Naast het centrale element van minimaal dan wel beperkt gebruik van geweld dat kenmerkend is voor vredesoperaties,¹⁰⁵⁾ nemen ook beginselen als proportionaliteit, subsidiariteit en waarschuwing een prominente plaats in. Met de langdurige en intensieve Nederlandse deelname aan vredesoperaties staat voor militairen niet alleen “geweldsmaximalisatie” centraal. In aansluiting op de observatie van Rosenthal beschikt de krijgsmacht thans ook over het vermogen – conform de politie – “geweldsminimalisatie” als uitgangspunt te hanteren.¹⁰⁶⁾

Geweldgebruik is voorts slechts toegestaan binnen de grenzen van zowel het internationale recht als het Nederlandse recht. Nederlandse militairen mogen bijvoorbeeld geen anti-personeelsmijnen gebruiken. Het is voorts niet ongebruikelijk dat staten nationale voorbehouden maken voor de toepassing van ROE. ROE met betrekking tot zelfverdediging worden mede bepaald door het nationale noodweerbegrip.

7.4 Melding en afdoening

Iedere geweldsaanwending wordt in ieder geval via een commandantenmelding in nationale lijn gerapporteerd. Een afschrift hiervan is bestemd voor de Marechaussee. De Marechaussee treedt in een strafrechtelijk onderzoek op onder gezag van de Hoofdofficier te Arnhem, belast met militaire zaken.

Zoals in de bewakings- en beveiligingstaak, is het de Marechaussee die ‘rake zaken’ onderzoekt. Consultatie van de centrale beoordelingscommissie vuurwapenincidenten is niet aan de orde.

7.5 Omstandigheden

De omstandigheden waaronder militairen in vredesoperaties hun taken uitvoeren zijn zeer divers. De BBC-serie *Warriors*¹⁰⁷⁾ geeft een realistisch beeld van de omstandigheden tussen 1992-1995 in voormalig Joegoslavië. Militairen opereren op de nog smeulende puinhopen van door (burger)oorlog of etnische zuiveringen getroffen gebieden, op de

¹⁰³⁾ Definitie ROE: regels voor de toepassing en gebruik van geweld met militaire middelen, vastgesteld voor een specifieke operatie, in: Landmacht Doctrinepublicatie III: Vredesoperaties, 1999, p. 371.

¹⁰⁴⁾ Voorbeelden: zie Rules of Engagement Handbook for Judge Advocates (US Army), 1 May 2000, <<http://www.jagcnet.army.mil/clamo>> onder Public Documents, ROE Handbook 2000.

¹⁰⁵⁾ Zwanenburg, supra noot 84, pp. 17-19.

¹⁰⁶⁾ Supra noot 96. Zie ook Landmacht doctrine publicatie III: Vredesoperaties, 1999, p. 104.

¹⁰⁷⁾ In Nederland uitgezonden door IKON onder de titel “Oorlog”.

restanten van een ‘falende staat’ waar regulier overheidsgezag vaak zoek is en waar zij zelf (als een van de weinigen) orde trachten te scheppen. Dikwijls ook binnen een andere cultuur wat betreft geweldopvattingen, waar wraak en (het voorhanden hebben van) vuurwapens belangrijke aspecten zijn. Militairen moeten beslissingen nemen in snel wisselende situaties en onder grote tijdsdruk, stress, zij kunnen worden geconfronteerd met onzekerheid, onvolledige of foute informatie (de *fog of war*), hoge afbreukrisico’s, fysieke ongemakken, angst, gevaar, dood, chaos en geweld. Kortom: extreme omstandigheden.

8. Positie na geweldgebruik

Als laatste onderdeel van de analyse bekijken we de strafrechtelijk positie van de politie en militairen na ‘rake zaken’.

8.1 De politie

Het uitgangspunt voor de positie van politiefunctionarissen na ‘rake zaken’ is vastgelegd in de Instructie positie politiefunctionaris bij geweldsaanwending van het College van PG’en.¹⁰⁸⁾ In tegenstelling tot daarvoor wordt sinds 2000 een politiefunctionaris die geweld heeft gebruikt, niet meteen als verdachte, maar primair als getuige aangemerkt.

*“Er moet worden uitgegaan van gelegitimeerd gebruik van de geweldbevoegdheid. Pas als daar twijfel over bestaat moet hij als verdachte worden aangemerkt. De achterliggende gedachte is dat bij een geweldsaanwending waarbij conform de Politiewet 1993 c.q. de Ambtsinstructie is gehandeld, weliswaar formeel een delictsomschrijving is vervuld, maar tegelijkertijd sprake is van een strafuitsluitingsgrond (handelen volgens wettelijk voorschrift of bevoegd gegeven ambtelijk bevel). In zo’n geval is het **ongewenst en ook niet noodzakelijk** [accentuering toegevoegd] de ambtenaar als verdachte ex artikel 27 [Wetbek van strafvordering] te beschouwen.”¹⁰⁹⁾*

De ratio voor de beleidswijziging werd door het College aldus verwoord:

“Het kan immers niet de bedoeling zijn dat de ambtenaar die is uitgerust met de bevoegdheid geweld te mogen aanwenden en die daarvan gebruik heeft gemaakt, zich bij voorbaat in termen van het strafrecht dient te verantwoorden indien de ambtsinstructie van toepassing is. Dit geldt ook voor de situatie waarin niet conform de ambtsinstructie is gehandeld maar het wel zonneklaar is dat een beroep kan worden gedaan op een (andere) strafuitsluitingsgrond.”¹¹⁰⁾

Bij een “andere strafuitsluitingsgrond” moet dan vooral aan noodweer of noodweereces wordt gedacht, dat in de Ambtsinstructie niet specifiek genoemd is als grond voor vuurwapengebruik.¹¹¹⁾

8.2 De Marechaussee

Gelet op het identieke wettelijke kader (taken, bevoegdheden, geweldsinstructie en

¹⁰⁸⁾ Supra noot 5.

¹⁰⁹⁾ Instructie.

¹¹⁰⁾ Instructie.

¹¹¹⁾ Hierover Michiels, e.a., p. 71, Elzinga, e.a., p. 100.

afdoening) ligt het antwoord op de vraag of de Marechaussee onder de werking van de Instructie valt besloten in het beoogde toepassingsbereik van de Instructie.

Aangezien de Instructie echter drie verschillende termen hanteert om het toepassingsbereik aan te duiden (“politiefunctionaris” in de titel en de samenvatting, “politieambtenaar” en “de ambtenaar die is uitgerust met de bevoegdheid geweld te mogen aanwenden” in de eigenlijke instructie), is het op voorhand onduidelijk of de Marechaussee onder de Instructie valt.

De meest logisch benadering lijkt te zijn de marechaussee als politiefunctionaris en als ambtenaar belast met de politietaak te zien. Alhoewel de Koninklijke Marechaussee geen onderdeel is van de politie, maar zij wel politietaken uitvoert,¹¹²⁾ kunnen marechaussees – naast civiele politieambtenaren (artikel 3 Politiewet) – worden aangemerkt als politiefunctionarissen. Ze zijn bovendien “ambtenaren belast met de politietaak”.¹¹³⁾ Daarnaast is – identiek aan de politie – de marechaussee een ambtenaar die, ter uitvoering van opgedragen [politie]taken, uitgerust is met de geweldsbevoegdheid en gehouden aan de Ambtsinstructie. Onder de vigeur van de Instructie worden zij na ‘rake zaken’ – net als de politie – als getuige aangemerkt.

Als deze interpretatie onjuist zou zijn, dan kan een merkwaardige ongelijkheid ontstaan. Stel bijvoorbeeld dat een politieagent en een marechaussee tijdens een veiligheidsfouillering samen in een situatie belanden waarbij ze op identieke wijze correct conform de Ambtsinstructie geweld aanwenden en er een ‘rake zaak’ ontstaat. Dan zou de agent op grond van de Instructie als getuige worden aangemerkt. De marechaussee zou echter als verdachte bejegend worden.

8.3 Overige militairen in bijstand aan de politie

Overige militairen die bijstand aan de politie verlenen vallen onder hetzelfde wettelijke kader als de Marechaussee en de politie. Of de Instructie eveneens op hen van toepassing is, hangt ook hier af van het begrip politiefunctionaris. Tijdens bijstand zou men deze categorie – immers (tijdelijk) belast met een deel van de politietaak – kunnen aanmerken als politiefunctionaris. In ieder geval gaat het – binnen hetzelfde wettelijke kader – om ambtenaren die, ter uitvoering van specifiek opgedragen delen van de politietaak, zijn uitgerust met de geweldsbevoegdheid en gehouden aan de ambtsinstructie. Voor de BBE lijkt dit des te meer voor de hand te liggen. Onder de vigeur van de Instructie worden bijstandverlenende militairen na ‘rake zaken’ primair als getuige bejegend.

Zou een andere interpretatie gekozen worden dan kan ook hier een vreemde tegenstelling ontstaan. Stel dat een precisieschutter van de BBE-Politie en een precisieschutter van de BBE-Krijgsmacht (een commando) zich in een identieke situatie bevinden. En stel dat beiden conform de opdracht van de minister van Justitie ‘schieten om te doden’, dan zal de agent als getuige, de commando daarentegen als verdachte worden aangemerkt.

8.4 Militairen in de bewakings- en beveiligingstaak

De Instructie is niet op militairen in de bewakings- en beveiligingstaak van toepassing. Zij treden niet op als politiefunctionaris, en vallen niet onder de Ambtsinstructie. Na ‘rake zaken’ worden de militaire bewakers dus als verdachte aangeduid.

¹¹²⁾ Fijnaut & Van Helten, supra noot 39.

¹¹³⁾ Zie citaat Michiels e.a. supra noot 50; zie ook de Vaststelling samenwerkingsregeling bestrijding terroristische misdrijven, 25 juli 1994, Stcr. 1994, 143, p.7, Toelichting: “De formulering ‘ambtenaren belast met de politietaak’ is ontleend aan art. 10 Politiewet, dat eveneens mede op de Koninklijke marechaussee betrekking heeft.”

Wel kan gezegd worden dat de geweldsbevoegdheid, -instructie, meldingsprocedure en omstandigheden overeenkomsten vertonen met de politie. In beide situaties is er sprake van een “ambtenaar die is uitgerust met de bevoegdheid geweld te mogen aanwenden”. Bovendien heeft de wetgever bewust beoogd het Besluit geweldgebruik defensiepersoneel aan te laten sluiten bij de Ambtsinstructie.¹¹⁴⁾ Gelet op de ratio voor de Instructie zou het te overwegen zijn voor deze militairen een soortgelijke beleidsregel toe te passen.

8.5 Militairen tijdens vredesoperaties

Met de minister van Justitie zijn wij van mening dat de Instructie “[u]iteraard [...] niet van toepassing is op militairen [in vredesoperaties]”.¹¹⁵⁾ De militair in vredesoperaties zal dus na ‘rake zaken’ als verdachte worden aangemerkt. Deze conclusie stemt evenwel tot nadenken.

In de eerste plaats lijkt namelijk de ratio voor de Instructie – zoals zo treffend door het College van PG'en verwoord - ook op vredesoperaties van toepassing. In onze woorden:

het kan immers niet de bedoeling zijn dat de militair die is uitgerust met de bevoegdheid geweld te mogen aanwenden, en die daarvan gebruik heeft gemaakt, zich bij voorbaat in termen van het strafrecht dient te verantwoorden indien zijn ROE van toepassing zijn. Dit geldt ook voor de situatie waarin niet conform de ROE is gehandeld maar het wel zonneklaar is dat een beroep kan worden gedaan op een (andere) strafuitsluitingsgrond.

Alleen al op basis van deze ratio ligt een analogie met de Instructie voor de hand.

Daarnaast zijn er op hoofdlijnen belangrijke overeenkomsten tussen de krijgsmacht en politie. Ook de militair is een ambtenaar “die is uitgerust met de bevoegdheid geweld te mogen aanwenden”. Militairen hanteren ook een geweldsinstructie: de *Rules of Engagement*. Deze bevatten net als de Ambtsinstructie beginselen als proportionaliteit, subsidia-riteit, waarschuwing, matiging. ROE blijven binnen de grenzen van het internationale en nationale recht. In ieder geval wordt zelfverdediging nationaal ingekleurd. Die geweldsinstructie (de ROE) zal veelal als strafuitsluitingsgrond (ambtelijk bevel) worden opgevat.¹¹⁶⁾ Daarnaast kan ook een militair in voorkomend geval een beroep op noodweer (exces) doen.

Deze overeenkomsten ondersteunen een analoge benadering in ‘rake zaken’.

Verschillen zijn er ook. Het juridische kader in vredesoperaties – het geheel van mandaat, taken, operatiebevelen inclusief ROE en nationale voorbehouden – is minder overzichtelijk dan de Politiewet met de Ambtsinstructie. Maar vooral de toepassing van de geweldsinstructie in de praktijk is complexer. Dat komt niet in de laatste plaats door de extreme omstandigheden waaronder de taken moeten worden uitgevoerd.

Deze factoren maken dat de achteraf beoordeling van de rechtmatigheid van de geweldsaanwending gecompliceerder is dan in de Nederlandse situatie. Die beoordeling vergt van de opsporingsorganen specifieke kennis van, inzicht in en ervaring met militaire operaties

¹¹⁴⁾ Zie paragraaf 0.

¹¹⁵⁾ Aanhangsel TK, 2003-2004, 774, p. 1638.

¹¹⁶⁾ Zie Militair Rechtelijk Tijdschrift, 2003, nr. 9: G.L. Coolen, Geweldsinstructies vanuit strafrechtelijk perspectief gezien (p. 379), N. Jörg, idem (p. 392) en P.A.L. Ducheine, Geweldgebruik, bevoegdheidsgrondslagen en verantwoordelijkheid: een nabeschuiving op het symposium geweldgebruik in het kader van vredesoperaties (p. 394).

in het algemeen en het juridische kader van vredesoperaties in het bijzonder.¹¹⁷⁾ Bovendien kost die beoordeling – gelet op de nog geldende extreme omstandigheden – waarschijnlijk meer tijd.

Juist vanwege de verschillen met de Nederlandse politiesituatie hoort bij de *ex post* beoordeling van functioneel geweld in vredesoperaties de nodige zorgvuldigheid en reserve. Daarbij past ook dat de opsporingsorganen uitgaan van gelegitimeerd geweldgebruik. Ondertussen kan in alle ‘rust’ onderzoek verricht worden. Zodra twijfel ontstaat over de rechtmatigheid van het toegepaste geweld, komt de militair als verdachte in beeld. Dat doet – gelet op de moeilijke taken – ook recht aan de integriteit van de militaire professe.

Met name juristen zullen overigens wijzen op de voordelen van de bejegening als verdachte: die positie is duidelijk en voorkomt dat de militair zichzelf belast. De vraag is echter of dit onder militairen ook zo ervaren wordt. Gelet op de discussie bij de politie en het enkele feit dat de Instructie in 2000 is doorgevoerd, doet vermoeden dat de juridisch-technische voordelen het moesten afleggen tegen de meer gevoelsmatig getinte overwegingen uit de beroepsgroep.

Op basis van de ratio van de Instructie en de overige bovenstaande overwegingen zou het te overwegen zijn voor militairen in vredesoperaties een soortgelijke beleidsregel te ontwikkelen en toe te passen.

9. Conclusies

Waar het gaat om het bepalen van de strafrechtelijke positie van militairen na ‘rake zaken’ komen we tot de volgende conclusies.

De ratio die het College van PG’en aangeeft voor de vaststelling van de Instructie geldt eveneens voor alle hier geschetste militaire situaties. Verschillen in bejegening (tussen politie en militairen) laten zich niet goed verklaren.

Militairen van de Koninklijke Marechaussee lijken onder de werking van de Instructie te vallen en zullen na ‘rake zaken’ dan primair als getuige worden bejegend.

Voor overige militairen die bijstand aan de politie verlenen ligt het in de rede hen ook onder de werking van de Instructie te laten vallen en na ‘rake zaken’ primair als getuige aan te merken.

Militairen in de bewakings- en beveiligingstaak en militairen in vredesoperaties worden na ‘rake zaken’ primair als verdachte bejegend.

Met name gelet op de ratio van de Instructie ware het te overwegen – naar analogie van de Instructie – soortgelijke beleidsregels voor militairen in de bewakings- en beveiligingstaak én in vredesoperaties te ontwikkelen en toe te passen.

¹¹⁷⁾ In dit kader is het interessant te melden dat in theorie geen specifieke eisen aan de officieren van Justitie, belast met militaire zaken wordt gesteld. De minister van Justitie: “In theorie is het denkbaar dat een voormalig totaalweigeraar als OvJ in [militaire zaken] wordt aangewezen” (Handelingen EK, 1989-1990, 27, p. 1086). In zijn brief van 30-3-2004 gaat de minister uitgebreid in op de relevante militaire expertise bij het OM te Arnhem (TK, 2003-2004, 29 200 VI, nr. 130).

Bijlage: schematische weergave analyseresultaten

Situatie			Positie ¹¹⁸⁾	Onderzoek	Centrale beoordeling commissie vuurwapen incidenten ¹¹⁹⁾
Politie			Getuige	Rijksrecherche	Verplicht
Kmar	Opsporings-ambtenaar Overig		Getuige	Rijksrecherche	Verplicht
			Getuige	Kmar of Rijksrecherche	Facultatief respectievelijk verplicht
Bijstand	BBE-K	Kmar Overig	Getuige	Rijksrecherche	Verplicht
			Getuige	Rijksrecherche	Verplicht
	BBE-M Overig	Getuige	Rijksrecherche	Verplicht	
		Getuige	Kmar of Rijksrecherche	Facultatief respectievelijk verplicht	
Bewaking & beveiliging			Verdachte	Kmar	-
Vredesoperaties	Militair		Verdachte	Kmar	-

¹¹⁸⁾ Op basis van de huidige regeling (Instructie positie politiefunctionaris bij geweldsaanwending).

¹¹⁹⁾ Conform procedure: verplicht indien (1) politieel vuurwapengebruik en (2) onderzoek door Rijksrecherche.

TUCHTRECHTSPRAAK

Rechtbank Arnhem

Sector Strafrecht

Militaire kamer

Uitspraak in beroep van 1 december 2003

T.Z. nr. 002/03

Voorzitter: Mr. M.C.G.J. van Well; *lid:* Mr. B.N. Crol; *militair lid:* Luitenant-kolonel Mr. A.M. van Gorp

Ontvankelijkheid; termijnschending; ‘goederen van de krijgsmacht’

a. Ontvankelijkheid. In beklag kunnen slechts tuchtrechtelijke beslissingen worden aangevochten. Klachten over al dan niet uitzenden of over ambtsberichten vallen daar niet onder.

b. Termijn tussen oproeping voor en aanvang van de behandeling op beklag. Termijnschending in de beklagfase hoeft niet te leiden tot een vrijspraak.

c. ‘Goederen van de krijgsmacht’ is ruimer dan rijkeigendommen.

(art. 36, 80a, 80b, derde lid, 80h, 80p, vierde lid, WMT)

UITSPRAAK

van de meervoudige militaire kamer van de rechtbank Arnhem, op het beroep van: A, opperwachtmeester der Koninklijke Marechaussee, rnr., geplaatst bij brigade Koninklijke Marechaussee X, wonende ..., - hierna aangeduid als gestrafte - waarbij de hierna te noemen uitspraak wordt bestreden.

Verloop van de procedure

Aan gestrafte werden op 18 mei 2003 twee beschuldigingen uitgereikt, luidend:

volgnr. 03001:

“Zonder toestemming en zonder daartoe gerechtigd een tot de brigade Koninklijke Marechaussee X behorend en in gebruik zijnd goed, een steekwagentje, meegenomen voor privé-gebruik: een verhuizing. Genoemd steekwagentje werd op 17 maart 2003 omstreeks 08.15 uur weer aangetroffen in de brigade Koninklijke Marechaussee X (bureau wachtmeester inwendige dienst),” met vermelding van artikel 36 van de Wet militair tuchtrecht,

en volgnr. 03002:

“Niet opvolgen van een door zijn directe commandant gegeven dienstopdracht om een bij de brigade Koninklijke Marechaussee X in gebruik zijnd steekwagentje terug te brengen. Betrokkene had dit steekwagentje voor privé doeleinden meegenomen”,

met vermelding van artikel 15 van de Wet militair tuchtrecht.

Het onderzoek in eerste aanleg vond plaats op 21 maart 2003 en toen zijn de beide beschuldigingen gevoegd in één tuchtproces.

Op 21 maart 2003 werd gestrafte door de commandant van de brigade Koninklijke Marechaussee X wegens schending van de gedragsregel van de artikelen 15 en 36 lid 1 van de Wet militair tuchtrecht gestraft met een geldboete van veertig euro, op grond van de bewezen gedragingen welke gelijklopend zijn aan de hiervoor vermelde beschuldigingen.

De uitspraak is op 21 maart 2003 aan gestrafte uitgereikt.

Gestrafte heeft tijdig, namelijk op 21 maart 2003, een beklagschrift ingediend, welk beklagschrift blijkt het beklagformulier op 24 maart 2003 door de beklagmeerdere is

ontvangen.

Het beklag is op 8 april 2003 behandeld. De beklagmeerdere heeft op 9 april 2003 de beslissing op beklag genomen. Deze beslissing houdt het volgende in:

Het beklag richt zich tegen een drietal punten:

1. *de uitspraak: een geldboete van € 40*
2. *het besluit door de strafoplegger dat gestrafte niet mee kon op missie, waarvoor hij is aangewezen op 30 januari 2003;*
3. *het besluit door strafoplegger een zogenaamd ambtsbericht te verzenden naar Staf Koninklijke Marechaussee.*

Ten aanzien van de punten 2 en 3 werd klager niet-ontvankelijk verklaard (zie artikel 80j, eerste lid, Wet militair tuchtrecht).

Door de beklagmeerdere werd een geldboete opgelegd van € 20,-, waarbij als bewezen gedraging is opgenomen de bewezen gedraging op straffenformulier met volgnummer 03001 en met vermelding van artikel 36 lid 1 Wet militair tuchtrecht.

De uitspraak op beklag is op 9 april 2003 te 10.25 uur aan gestrafte uitgereikt.

Gestrafte is in beroep gegaan tegen deze uitspraak op beklag door indiening van een beroepschrift op 11 april 2003. Gestrafte is ontvankelijk in zijn beroep.

Het beroepschrift en de daarbij gevoegde stukken betreffende de behandeling in eerste aanleg en op beklag zijn door de militaire kamer ontvangen op 23 mei 2003, nadat deze op 29 april 2003 reeds door het arrondissementsparket te Arnhem waren ontvangen.

Gestrafte stelt in zijn beroepschrift onder andere kort samengevat:

- *Er kan geen sprake zijn van privé gebruik van rijkseigendom omdat dit wagentje simpelweg geen rijkseigendom is. Het simpele gegeven dat dit wagentje in het voorraadhoek van de brigade staat en in gebruik is bij de wachtmeester der inwendige dienst maakt het wagentje geen rijkseigendom.*

- *In de tuchtzaak met straffenformulier onder nummer 03002 is door de beklagmeerdere vrijspraak verleend.*

De zaak is in beroep onderzocht ter terechtzitting van 17 november 2003.

Gestrafte is ter terechtzitting van 17 november 2003 gehoord. De gestrafte is ter terechtzitting bijgestaan door zijn vertrouwensman, mr. B. Damen, advocaat te Amersfoort.

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

• **24-uurs termijn beklag conform art. 80h lid 1 Wet militair tuchtrecht**

Is door de beklagmeerdere niet in acht genomen. Uitreiking oproeping op 8 april 2003, 11.30 uur. Aanvang onderzoek op 8 april 2003, 12.00 uur. Uit het beklagformulier blijkt niet dat het onderzoek op beklag eerder is gehouden op verzoek van de gestrafte (zie rubriek 19). Dit is een vormfout die in de lijn van de vaste jurisprudentie van de militaire kamer tot vernietiging / vrijspraak dient te leiden, indien blijkt dat de gestrafte hierdoor in zijn belangen / verdediging is geschaad. Daarvan is ter zitting niet gebleken.

• **Status steekwagen conform art. 36 Wet militair tuchtrecht**

Is de betreffende steekwagen een goed van de krijgsmacht in de zin van art. 36 Wet militair tuchtrecht? Mijn inziens, enigszins ruim geïnterpreteerd, wel degelijk. Het personeel van de brigade tankt met overheidsgeld bij Shell. De zegels die hierbij worden verzameld door het personeel wordt t.b. v. de brigade te gelde gemaakt. Met dit geld wordt een beter steekwagentje aangekocht t. b. v. gebruik door de brigade voor allerlei werkzaamheden en het staat in het opberghok van de inwendige dienst van de brigade. Voor het gebruik van de goederen in het magazijn van de inwendige dienst is tevens een sleutelregeling opgesteld.

De omstandigheid dat het voor personeel van de brigade, onder bepaalde voorwaarden, toegestaan is het steekwagentje tevens voor privé doeleinden te gebruiken doet niet af aan

de status van het goed. Niet doorslaggevend is mijn inziens dat het steekwagentje volgens gestrafte geen "Rijkseigendom" is.

• **‘Wederrechtelijk’ gebruik van het steekwagentje**

Mijn inziens is duidelijk vast te stellen dat gestrafte zonder daartoe gerechtigd te zijn gebruik heeft gemaakt van het steekwagentje voor privé doeleinden. Hij gaf zelf aan de "brutaliteit" te hebben genomen om het steekwagentje mee te nemen. Vervolgens heeft hij van zijn commandant begrepen dat het wagentje nodig was voor de brigade en dat hij het daarom terug moest brengen. Zonder daartoe gerechtigd te zijn heeft hij het steekwagentje vervolgens een periode onder zich gehouden.

Oordeel

Indien kan worden beoordeeld dat de gestrafte door het vormverzuim niet in zijn verdediging is geschaad: bevestiging van de uitspraak en strafbeklagmeerdere.

Verdachte en zijn vertrouwensman hebben het woord ter verdediging gevoerd.

De vertrouwensman van gestrafte heeft samengevat onder meer het navolgende aangevoerd:

Wie het beklagformulier bekijkt, ziet onder punt 11 dat gestrafte op 8 april 2003 om 11.30 uur schriftelijk is opgeroepen voor het onderzoek op het beklag. De procedure is gelet op kolom 15 aangevangen ongeveer een halfuur later. Dit acht ik in strijd met het artikel 80h van de Wet militair tuchtrecht. Uit de stukken blijkt niet, dat gestrafte mondeling of schriftelijk om een eerdere behandeling verzoekt. Ergo: op grond van het imperatief gestelde in artikel 97 Wet militair tuchtrecht dient u de bestreden beslissing te vernietigen en gestrafte vrij te spreken. Daaraan doet naar mijn mening niet af dat gestrafte een dag eerder, te weten op 7 april 2003, telefonisch is gebeld met het verzoek om de volgende dag in Apeldoorn langs te komen. Appellant is toen verschenen op de staf van het district samen met zijn vertrouwensman, waar hem om 11.30 uur de schriftelijke uitnodiging is uitgereikt. Daarbij is hem niet gevraagd om te verzoeken om een eerdere behandeling. Gestrafte en vertrouwensman wisten toen niet, dat op grond van artikel 80h het onderzoek niet eerder dan op de tweede dag na de dag waarop de oproeping aan de gestrafte is uitgereikt kon beginnen, laat staan dat dit ook subsidiair zou gelden voor een mondelinge gedane oproep. Immers was deze mondelinge oproep gedaan op 7 april 2003. Gelet op het imperatieve karakter van artikel 97 betekent dit dat naar mijn mening u het beklag dient te vernietigen en gestrafte dient vrij te spreken.

Primair is gestrafte van mening dat het steekwagentje toebehoorde aan het personeel van de brigade en niet aan de brigade zelf. In wezen was sprake van een bruikleenovereenkomst jegens de brigade en niet van een bruikleen door de brigade jegens het personeel.

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

De motivering van de beslissing

Uit het onderzoek ter zitting is gebleken dat gestrafte op 7 april 2003 telefonisch is opgeroepen om te verschijnen op het District der Koninklijke Marechaussee voor de behandeling van het beklag op 08 april 2003. Gestrafte, die geplaatst is op de Brigade der Koninklijke Marechaussee te X, diende hiervoor een reis te maken naar Apeldoorn. Gestrafte en diens vertrouwensman wisten derhalve dat het beklag op 8 april 2003 zou worden behandeld en zijn met dat doel ook verschenen. Noch door gestrafte, noch door diens vertrouwensman is toen gesteld dat door de eerdere behandeling gestrafte in zijn verdediging is geschaad. De bovennoemde omstandigheden impliceren naar het oordeel van de militaire kamer dat werd ingestemd met de eerdere behandeling. Hieraan doet niet af

dat gestrafte en diens vertrouwensman - achteraf - hebben aangegeven niet op de hoogte te zijn geweest van het bepaalde in artikel 80h Wet militair tuchtrecht.

De militaire kamer is van oordeel dat het bezit van het steekwagentje door de Brigade Koninklijke Marechaussee X met zich brengt dat het steekwagentje dient te worden aangemerkt als een goed van de krijgsmacht als bedoeld in artikel 36 van de Wet militair tuchtrecht.

De militaire kamer acht de omschrijving van de bewezen gedraging niet geheel juist en is van oordeel dat deze moet luiden als hierna in het dictum te vermelden.

Voor het overige kan de bestreden uitspraak worden bevestigd.

Beslissing:

De militaire kamer, rechtdoende in beroep:

Wijzigt de omschrijving van de bewezen gedraging, zodat deze komt te luiden:

“Zonder toestemming en zonder daartoe gerechtigd een tot de brigade Koninklijke Marechaussee X behorend en in gebruik zijnd goed, een steekwagentje, meegenomen voor privé-gebruik, op 10 maart 2003, gepleegd binnen een militaire plaats: het magazijn inwendige dienst van de Brigade Koninklijke Marechaussee X.”

Bevestigt de bestreden uitspraak voor het overige.

NASCHRIFT

a. Ontvankelijkheid.

In beklag kunnen slechts tuchtrechtelijke beslissingen worden aangevochten. In art. 80a, eerst en tweede lid, WMT is bepaald dat een beklag mogelijk is tegen een uitspraak in eerste aanleg, ook als dat een schuldigverklaring zonder strafoplegging is, en het derde lid van art. 80a WMT breidt dat uit met een beklag tegen de wijze van tenuitvoerleggen van de straf van strafdienst of van uitgaansverbod.

In deze zaak was ook geklaagd over een tweetal andere beslissingen, en wel om gestrafte niet uit te zenden en om over hem een ambtsbericht in te zenden. Een klacht over het nemen van deze beslissingen kan in een tuchtprocedure niet behandeld worden en de beklagmeerdere heeft het beklag voor zover het hierop ziet dan ook niet ontvankelijk verklaard.

b. Termijn tussen oproeping voor en aanvang van de behandeling op beklag.

Het onderzoek op beklag kan niet eerder aanvangen dan op de tweede dag na de uitreiking van de oproeping daarvoor (art. 80h, eerste lid, WMT) tenzij de gestrafte om een eerdere behandeling verzoekt. Uit de tekst van de wet valt duidelijk op te maken dat die termijn moet worden berekend vanaf de uitreiking van de oproep. In deze zaak is er sprake van de uitreiking van de oproeping op 8 april en van een telefonische mededeling op 7 april. Het onderzoek op beklag ving aan op 8 april en er was geen verzoek gedaan door de gestrafte om een eerdere behandeling.

In art. 97 WMT is aangegeven wanneer vormfouten tot vernietiging van de uitspraak moeten leiden. Onder a worden daar de termijnschendingen genoemd tijdens het tuchtproces in eerste aanleg (dat is geregeld in Titel I) of bij de beklagfase (dat is geregeld in Titel IA). Onder b staat wat er moet gebeuren bij de overige vormfouten. Vernietiging is dan alleen voorgeschreven als de verdediging van de gestrafte daardoor werd geschaad.

De militaire kamer is van oordeel dat de schending (inkorting) van de termijn in dit geval niet de verdediging heeft geschaad nu al een dag voor de uitreiking de gestrafte telefonisch op de hoogte was gesteld van de datum van aanvang van de behandeling en noch

gestrafte noch zijn vertrouwensman toen hebben laten weten met die inkorting niet in te stemmen. Dat gestrafte en zijn vertrouwensman stellen niet van de bepaling op de hoogte te zijn geweest doet daaraan niets af volgens de militaire kamer. Het wordt niet duidelijk of de militaire kamer hier doelt op het adagium 'ieder wordt geacht de wet te kennen'. Mogelijk dat hier meegespeeld heeft dat niet een collega-militair maar een jurist / advocaat als vertrouwensman optreedt en dan mag toch zeker verwacht worden dat de wet wel bekend is.

Vernietiging van een uitspraak zoals voorgeschreven in art. 97 WMT staat overigens niet gelijk aan een vrijspraak. Art. 96 WMT bepaalt dat het gerecht (onder andere) de zaak kan afdoen 'met gehele of gedeeltelijke vernietiging van die beslissing' op beklag. De memorie van toelichting¹⁾ bij dat artikel stelt: 'Dit artikel houdt in dat de rechtbank, naast de mogelijkheid om een beslissing in eerste aanleg te bevestiging met eventuele verbetering of aanvulling daarvan, ook de mogelijkheid heeft die beslissing geheel of gedeeltelijk te vernietigen en de zaak in zijn geheel opnieuw te behandelen en af te doen.'

c. Wat wordt verstaan onder 'goederen van de krijgsmacht' ?

Het steekwagentje was aangeschaft met behulp van zegels die werden ontvangen bij het tanken. Uit de conclusie van de officier van justitie valt op te maken dat het gaat om tanken met de dienstvoertuigen en niet met de privévoertuigen. Art. 36 WMT spreekt niet over rijkseigendommen maar neutraal over 'goederen van de krijgsmacht'. De militaire kamer is van oordeel dat het zo aangeschafte en ter beschikking van de brigade gestelde wagentje ook feitelijk 'goed van de krijgsmacht' is geworden. Met goederen van de krijgsmacht worden dus niet alleen de spullen bedoeld die via logistieke kanalen kunnen worden aangevraagd of die op de inventaris- of detaillijsten zijn terug te vinden, maar alle goederen die feitelijk in gebruik zijn bij de krijgsmacht.

J.R.G.J.

¹⁾ Kamerstukken II, 1980-1981, 16 813 (R 1165), nr. 5, blz. 42.

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep
 Uitspraak van 4 december 2003
 02/3399 MPW

Voorzitter: Mr. C.G. Kasdorp; *leden:* Mr. H.R. Geerling-Brouwer en Mr. C.P.J. Goorden

Drie maanden tekort voor reservistenpensioen

Met ingang van 1 juli 1991 is appellant eervol ontslag uit de militaire dienst verleend als reserve-officier apotheker van de Koninklijke Landmacht. Bij besluit van 1 augustus 2001 heeft de Minister van Defensie desgevraagd het verzoek van de reserve-officier om een pensioen vanaf 65 jaar afgewezen; betrokkene voldoet namelijk niet aan de in de Algemene militaire pensioenwet gestelde minimum diensttijdeis van tenminste 28 jaren pensioengeldige diensttijd. Uit de registratie blijkt dat de reserve-officier een diensttijd kan aanwijzen van 27 jaren, 8 maanden en 14 dagen. De rechtbank verklaart het ingestelde beroep ongegrond. De Centrale Raad van Beroep is het hier mee eens. Kernpunt is dat in artikel E3, lid 1, onder a van de Algemene militaire pensioenwet dwingend is voorgeschreven dat de reservist op het tijdstip van ontslag ten minste 28 voor pensioen geldige dienstjaren moet kunnen aanwijzen. Appellant voldoet niet aan die eis.

(Algemene militaire pensioenwet, artikel E3, lid, onderdeel a)

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 aanvullend beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 3 mei 2002, nr. AWB 01/03026 MPW, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is bij wijze van verweer meegedeeld dat hij zich geheel kan vinden in de motivering en de uitspraak van de rechtbank.

Het geding is behandeld ter zitting van de Raad op 24 oktober 2003, waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. G.F. Hovestad, advocaat te Veenendaal. Gedaagde heeft zich daar doen vertegenwoordigen door P.J. Consten, werkzaam bij de Stichting Pensioenfonds ABP.

II. Motivering

In dit geding is aan de orde de toepassing van de Algemene militaire pensioenwet (hierna: de Wet). De Wet is bij het ingevolge de Kaderwet militaire pensioenen gegeven Koninklijk Besluit van 29 mei 2001, Stb. 260, met ingang van 1 juni 2001 ingetrokken. De Raad is evenwel ingevolge overgangsrecht bevoegd van het geding kennis te nemen.

De Raad gaat bij zijn oordeelsvorming uit van de feiten en omstandigheden die de rechtbank bij de aangevallen uitspraak als vaststaand heeft aangenomen.

Ook in hoger beroep staat ter beantwoording de vraag of gedaagde bij het bestreden besluit van 1 augustus 2001 terecht heeft geoordeeld dat appellant niet in aanmerking komt voor pensioen op grond van de Wet aangezien niet is voldaan aan het vereiste van

artikel E3, eerste lid, onderdeel a, van de Wet dat hij ten tijde van het ontslag als reservist ten minste 28 voor pensioen geldige dienstjaren kan doen gelden.

Evenals de rechtbank bij de aangevallen uitspraak beantwoordt de Raad die vraag bevestigend. De Raad kan de ter zake door de rechtbank gehanteerde overwegingen geheel onderschrijven en maakt deze tot de zijne.

Kernpunt daarbij is dat in artikel E3, eerste lid, onderdeel a, van de Wet dwingend is voorgeschreven dat de reservist op het tijdstip van zijn ontslag als zodanig ten minste 28 voor pensioen geldige dienstjaren moet kunnen doen gelden om recht te hebben op pensioen, waarbij ingevolge artikel D1 van de Wet voor pensioen geldige diensttijd is: diensttijd doorgebracht in werkelijk dienst.

Appellant voldoet niet aan dit vereiste.

Ook de Raad heeft niet kunnen vaststellen dat de berekening van de voor pensioengeldige diensttijd niet correct zou hebben plaats gevonden. Uit de zich onder de stukken bevindende staat van dienst blijkt de door appellant in werkelijke dienst doorgebrachte tijd te zijn zoals in het bestreden besluit is aangegeven, te weten in totaal 27 jaren, 8 maanden en 14 dagen.

Met betrekking tot de verwijzing van appellant naar de hierboven bedoelde "Staat van Dienst van het Ministerie van Defensie" waarin staat vermeld:

"-weddeverhoging.tellende.diensttijd.geacht.aangevangen.191257-" merkt de Raad op dat overeenkomstig het destijds geldende "Besluit herziening bezoldiging militairen land- en luchtmacht 1954", zoals van de zijde van gedaagde blijkt de stukken reeds was aangegeven, die aantekening slechts betrekking heeft op de voor de vaststelling van de wedde in aanmerking te nemen anciënniteit en geen betekenis heeft voor de berekening van de voor pensioen geldige diensttijd.

Ook in hoger beroep stelt appellant zich op het standpunt dat, aangezien hij aan de generaal-majoor Couzy bij de ontvangst van diens dankbetuiging eind juli 1991 en naar aanleiding van diens mededeling dat hij separaat zou worden geïnformeerd over eventuele rechten op een militair pensioen, een overzicht heeft gezonden van zijn 35-jarige militaire staat van dienst, hij toen daarop geen reactie kwam ervan mocht uitgaan dat alles in orde was op dit punt. Anders, aldus appellant, zou hij zeker verzocht hebben om verlenging van de periode van vrijwillig aanblijven als reserve-officier.

Hoewel de door appellant genoemde mogelijkheid van verlenging van die periode ook in zijn geval inderdaad niet denkbeeldig moet worden geacht, heeft de rechtbank er naar het oordeel van de Raad terecht op gewezen dat in een bijlage van het door de inspecteur der reserve-officieren KL aan appellant gerichte schrijven van 1 juni 1981 uitdrukkelijk staat vermeld dat appellant eerst per 17 oktober 1991 voldoende diensttijd zou kunnen aanwijzen voor een pensioen als reservist en dat hem ook uitdrukkelijk geen garantie is gegeven dat hij tot die datum zou kunnen blijven dienen.

Noch van een ambtelijke fout, noch van gewekte verwachtingen die ten onrechte niet gehonoreerd zijn kan in dit geval worden gesproken. Appellant had, toen hem met ingang van 1 juli 1991 ontslag uit militaire dienst werd verleend, eventueel zelf actie kunnen ondernemen.

Dat, ten slotte, appellant het als onbillijk ervaart dat hij voor een militair pensioen drie en een halve maand tekort komt, is niet een omstandigheid die tot terzijde stelling van de in geding zijnde wettelijke bepalingen kan leiden.

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

De Raad acht ten slotte geen termen aanwezig om toepassing te geven aan het bepaal-

de in artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht inzake een vergoeding van proceskosten.

Beslist wordt derhalve als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. Historie pensioenrecht reservisten

In Hoofdstuk A van de Algemene militaire pensioenwet (Stb. 1966, 445) zijn voor het reserve-personeel van de krijgsmacht een drietal categorieën te onderscheiden voor wat betreft recht op pensioen:

- *de reserve-militair, die zich heeft verbonden om voor onbepaalde tijd doorlopende werkelijke dienst te verrichten (reservist-onbepaalde tijd),*
- *de reserve-militair, die zich heeft verbonden om voor bepaalde tijd doorlopende werkelijke dienst te verrichten (reservist-kort verband),*
- *de overige reserve-militairen, enerzijds de dienstplichtigen die na hun eerste oefening te hebben vervuld in werkelijke dienst worden geroepen, anderzijds de beroepsmilitairen die na ontslag of beëindiging bepaalde tijd komen te behoren tot het dienstplichtig reservepersoneel.*

Bij de hierna volgende beschrijving komt alleen de laatstgenoemde groep aan bod.

Het merendeel van deze reserve-militairen vervulde als zodanig de verplichtingen, welke de Dienstplichtwet in beginsel aan iedere mannelijke Nederlander oplegt. Die verplichtingen eindigen op grond van artikel 41 van de Dienstplichtwet voor een reserve-militair met de rang van officier op 1 oktober van het jaar, waarin hij 45 jaar wordt. Bij het bereiken van dat tijdstip wordt deze categorie wegens diensteindiging uit de militaire dienst ontslagen.

Aan een betrekkelijk kleine groep reserve-militairen is echter verzocht, of zij bereid zijn ook ná het tijdstip, waarop hun verplichtingen op grond van de Dienstplichtwet zijn geëindigd, tot het reserve-personeel te blijven behoren. Indien zij daartoe bereid zijn, sluiten zij een vrijwillige verbintenis om zich voor een bepaalde periode – destijds meestal drie jaar – ter beschikking te stellen van het reserve-personeel der krijgsmacht.

Duidelijk zal zijn dat alleen die personen tot het sluiten van een zodanige verbintenis worden toegelaten, op wier behoud in het belang van de krijgsmacht prijs wordt gesteld.

Artikel E3 van de Algemene militaire pensioenwet (verder te noemen Amp-wet) biedt de hier bedoelde categorie vrijwillig reservisten onder een aantal voorwaarden enerzijds een uitzicht op militair pensioen op basis van de door hem bewezen diensten, anderzijds een recht op pensioen, indien hij invalide is geworden ten gevolge van de uitoefening van de militaire dienst. Er bestaat bij overlijden geen recht op nabestaandenpensioen, anders dan ten gevolge van een invaliditeitspensioen.

2. Reservistenpensioen “oude stijl”

Zoals gezegd geeft artikel E3, eerste lid, onder a, Amp-wet de vrijwillig reservist uitzicht op pensioen, ingaande op 65-jarige leeftijd, wanneer aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

- a. de reservist moet zijn ontslagen,*

- b. hij moet bij ontslag tenminste 28 voor pensioengeldige dienstjaren hebben,
- c. hij moet tenminste 16 jaren tot het reserve-personeel der krijgsmacht hebben behoord,
- d. hij moet bij dat reserve-personeel gemiddeld 10 etmalen per jaar in werkelijke dienst zijn geweest.

Het doet wellicht wat vreemd aan dat de Amp-wet voor het verkrijgen van dit pensioenrecht een zo op het oog vrij zware diensttijdeis stelt, temeer waar in andere gevallen sinds 1 januari 1966 voor het verkrijgen van militair pensioen juist alle diensttijdeisen zijn afgeschaft.

Toch is dit niet zo verwonderlijk als het lijkt. Het pensioenrecht voor de vrijwillig reservist neemt nu eenmaal in de militaire pensioenwetgeving, zelfs in de gehele overheidspensioenwetgeving een bijzondere plaats in. Het was en is een uniek pensioenrecht, waarvan het karakter sterk verschilt van de overige rechten op pensioen.

De oorsprong van dat recht ligt in het verre verleden. Bij de krijgsmacht heeft altijd de behoefte bestaan om naast het beroeps- en dienstplichtig personeel te kunnen beschikken over de diensten van personen, die, hoewel zij de militaire dienst niet als beroep uitoefenen, toch zodanig geoefend zijn in en vertrouwd zijn met de militaire dienstverrichtingen in al zijn facetten, dat zij een waardevolle bijdrage aan de krijgsmacht kunnen leveren. Met het scheppen van een pensioenrecht wilde de regering toentertijd twee dingen bereiken, ten eerste de werving van reserve-militairen bevorderen, omdat zoals een oude toelichting zegt, een zodanig pensioenrecht "de begeerte zou aanwakkeren" om zich langdurig ter beschikking van de krijgsmacht te stellen. In de tweede plaats kon het pensioenrecht worden gezien als een gebaar van de overheid ten opzichte van die personen, die zich vrijwillig ter beschikking hebben gesteld.

Het pensioen van de daarvoor in aanmerking komende reserve-officier bedraagt een bepaald percentage van de pensioengrondslag per jaar. Dit percentage wordt vastgesteld aan de hand van:

- de dienstdtijd onder de wapenen doorgebracht, welke tijd met 1,75% per jaar van die grondslag wordt vergolden,
- de niet in werkelijke dienst bij het reserve-personeel doorgebrachte tijd, welke tijd met 0,4% per jaar van die grondslag wordt vergolden.

Onder de pensioengrondslag wordt in dit geval verstaan het bedrag aan geldelijke inkomsten waarop de reserve-officier recht zou kunnen doen gelden over het jaar voorafgaande aan de datum van zijn ontslag, indien hij dat jaar in werkelijke dienst zou zijn geweest.

In verband met de invoering van de opkomsttoelage per 1 januari 1999 (wijziging van de Wet voor het reservepersoneel) voor grosso modo alle reservisten verdween het reservistenpensioen "oude stijl".

Alle in het verleden opgebouwde aanspraken en uitzichten op reservistenpensioen "oude stijl" (tot 1999), inclusief het overgangsrecht voor oudere reservisten, zijn via de conversieregeling omgezet en keren voor betrokkenen terug in het ABP-pensioenreglement.

3. Reservistenpensioen "nieuwe stijl"

De hiervoor genoemde opkomsttoelage diende als compensatie voor de afschaffing van het beperkte reservistenpensioen "oude stijl" en bood de mogelijkheid voor vrijwillige particuliere pensioenfinanciering.

Met ingang van 1 juni 2001 is bij koninklijk besluit van 29 mei 2001, Stb. 260 de

Algemene militaire pensioenwet ingetrokken. Per gelijke datum is de Kaderwet militaire pensioenen ingevoerd en zijn de militaire pensioenen ondergebracht bij de Stichting Pensioenfonds ABP. (zie voor het nieuwe pensioenstelsel ook het artikel van mr. J.G.F.M. van Kessel, "Militairen onder ABP-pensioenreglement", MRT 2001, pag. 307 tot 313). Tevens is op 1 juni 2001 voor reservisten dezelfde vorm van ouderdoms- en nabestaandenpensioen ingevoerd als voor beroepsmilitairen. Voorwaarde is dat men als reservist als overheidswerknemer moet zijn aangesteld of in dienst genomen en door Defensie wordt bezoldigd conform een beroepsmilitair. Tevens is voor de reservist een vorm van bovenwettelijk arbeidsongeschiktheidspensioen ingevoerd. Tegenover pensioenrechten conform een beroepsmilitair bestaat een overeenkomstige premie- en inhoudingverplichting. Een en ander wordt aangeduid als reservistenpensioen "nieuwe stijl".

Bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd wordt ouderdomspensioen toegekend. Bij overlijden hebben de nabestaanden recht op nabestaandenpensioen.

4. Uitspraak van de Centrale Raad van Beroep nader bekeken.

In deze zaak gaat het om een reserve-officier apotheker aan wie met ingang van 1 juli 1991 eervol ontslag uit de militaire dienst is verleend. Op hem is op grond van het overgangsrecht nog de inmiddels vervallen Amp-wet van toepassing. Zoals hierboven in punt 1 beschreven, gelden voor het recht op pensioen op grond van artikel E3 van die wet een aantal voorwaarden. Een van de belangrijkste voorwaarden is dat de reservist op datum ontslag tenminste 28 voor pensioengeldige dienstjaren moet kunnen aanwijzen. Zoals de Centrale Raad al eerder heeft uitgesproken is artikel E3 een bepaling van dwingend recht waaraan de Raad zich heeft te houden (zie ook uitspraak CRvB 23 april 1998, nr. 96/3569 MPWKLA, MRT 1999, pag. 23, m.nt. W.J.S.).

Opmerkelijk is dat appellant in het geding een aan hem gerichte brief van de inspecteur der reserve-officieren KL overlegt waarin expliciet is opgenomen dat hij eerst per 17 oktober 1991 voldoende dienstdtijd zou kunnen aanwijzen voor een pensioen als reservist. Aangezien het ontslag reeds met ingang van 1 juli 1991 werd verleend kan appellant niet aan die eis van 28 dienstjaren voldoen. Om die reden kan volgens de Raad in deze zaak ook niet worden gesproken van een ambtelijke fout noch gewekte verwachtingen. De Raad bevestigt de aangevallen uitspraak.

W.J.S.

WETGEVING

door

MR. J.B. MIETE

Wijziging Regeling VFR-nachtvluchten en minimum vlieghoogten voor militaire luchtvaartuigen

Deze regeling van de Staatssecretaris van Defensie van 2 september 2003 trekt voor wat betreft het ongecontroleerde luchtruim (waar dus geen luchtverkeersdienstverlening plaatsvindt) de bestaande minimumvlieghoogte van 300 meter voor militaire straalvliegtuigen op naar 365 meter. Hiermee wordt formeel uitvoering gegeven aan één van de aan-

bevelingen van de Raad voor de Transportveiligheid, in eenstemmigheid met de (toen nog bestaande) Raad van Advies inzake Luchtvaartongevallen bij Defensie, naar aanleiding van de vliegtuigbotsing tussen een militair jachtvliegtuig en een civiel sportvliegtuig bij Etten-Leur in 1999. Met de wijziging wordt beoogd in het ongecontroleerde luchtruim een scheiding aan te brengen tussen snel militair luchtverkeer en langzamer luchtverkeer. In de praktijk werd deze scheiding reeds materieel toegepast via een zogenaamde Notice To Airmen.

(Stcrt. 2003, 177; inwerkingtreding m.i.v. 17 september 2003)

Besluit militair luchthavenluchtverkeer Schiphol

Ter uitvoering van artikel 8.25, derde lid, van de Wet luchtvaart is door de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat in zeer nauw overleg met Defensie op 14 januari 2004 een besluit tot stand gebracht dat bepaalt in welke gevallen de exploitant van Schiphol militair luchtverkeer tot Schiphol moet toelaten. Het besluit vervangt een eerdere (uit 1985) ontheffing met vergelijkbare strekking. Aanleiding tot het nieuwe besluit vormt de gewijzigde juridische grondslag, de "Schipholwet". Het militaire luchtverkeer wordt onderscheiden in een viertal groepen. In de eerste plaats regeringsvluchten. Deze vluchten plegen in het algemeen met militair geregistreerde luchtvaartuigen plaats te vinden (zij het dat het Nederlandse regeringsvliegtuig een civiele registratie draagt en als gevolg daarvan onder het burgerluchtverkeer valt). De tweede groep betreft de humanitaire noodzakelijke vluchten. Daarmee wordt bedoeld op vluchten ter leniging van humanitaire nood, zoals vluchten ten behoeve van noodhulp bij rampen. De operationeel noodzakelijke vluchten en vluchten in bondgenootschappelijk verband vormen de derde groep. Hierbij moet worden gedacht aan het bijtanken van een militair luchtvaartuig en faciliterend optreden door Nederland ten behoeve van vluchten van een buitenlandse krijgsmacht (al zal dergelijk faciliterend optreden primair op militaire luchthavens plaatsvinden). De vierde groep ten slotte betreft de vluchten uit algemeen maatschappelijk belang, bijvoorbeeld in het kader van militaire bijstand op basis van de Politiewet 1993 of de Wet rampen en zware ongevallen.

Het besluit is bekendgemaakt in Staatscourant 2004, nr.14, en is met ingang van 24 januari 2004 in werking getreden.

Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke marechaussee en de buitengewoon opsporingsambtenaar

Bij koninklijk besluit van 7 mei 2004 is een wijziging van de Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke marechaussee en de buitengewoon opsporingsambtenaar tot stand gebracht met als strekking het toevoegen van voorschriften op het gebied van hulpmiddelen ten behoeve van het uitzetten van vreemdelingen. Het gaat hierbij om de toepassing van vrijheidsbeperkende middelen ten behoeve van een goed verloop van de uitzetting van vreemdelingen per luchtvaartuig. Aanleiding voor deze wijziging vormt het feit dat ambtenaren van de Koninklijke marechaussee bij de feitelijke uitzetting van vreemdelingen regelmatig worden geconfronteerd met vreemdelingen die zich o.a. met hevig fysiek geweld tegen uitzetting verzetten. Spuwen, bijten slaan of zelfverwonding zijn daarbij geen uitzondering. Met gebruik van een aantal hulpmiddelen wordt beoogd te voorkomen dat de uitzetting wordt gefrustreerd en wordt tevens de veiligheid beschermd van zowel de vreemdeling en zijn begeleiders als de overige passagiers van het luchtvaartuig waarmee de uitzetting plaatsvindt. Bij de toe te passen hulpmiddelen gaat het om handboeien (met een mogelijkheid om de polsen aan de voorzijde van het lichaam te fixeren), klittenband

(ter fixatie van handen en voeten) en kunststof bindstrips, de zgn tie-raps. Voorts is een schuimcap ontwikkeld die ertoe strekt zelfverwonding en bijten te voorkomen.

De toepassing van bedoelde hulpmiddelen ten behoeve van de uitzetting van vreemdelingen vormt een beperking van het in artikel 11 van de Grondwet verankerde recht op onaantastbaarheid van het lichaam. Inbreuk op een dergelijk grondrecht is slechts geoorloofd indien daarvoor een wettelijke grondslag aanwezig is. In dit geval bieden de Politiewet 1993 en de Vreemdelingenwet 2000 die grondslag. Kort samengevat komt het erop neer dat de Vreemdelingenwet regelt wie er mogen worden uitgezet, welke uitzetting kan geschieden met de sterke arm. Dit laatste impliceert dat zonodig dwang kan worden toegepast en dat dwangmiddelen kunnen worden gehanteerd. Als beperkende voorwaarden gelden dat toepassing van het dwangmiddel redelijkerwijs geen gevaar kan opleveren voor de gezondheid van de vreemdeling, en dat de feiten en omstandigheden toepassing redelijkerwijs vereisen met het oog op o.a. gevaar voor ontvluchting of ernstige verstoring van de openbare orde. Voorts gelden uiteraard de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Toepassing van dwangmiddelen zonder noodzaak daartoe, of toepassing indien minder ingrijpende maatregelen mogelijk zijn, is derhalve niet toegestaan. Naast deze waarborgen geldt dat een dwangmiddel alleen mag worden toegepast indien de toepassende ambtenaar in het gebruik van dat hulpmiddel geoefend is, en dat toepassing van het dwangmiddel wordt gemeld aan de meerdere van de betrokken ambtenaar, zodat die meerdere de juiste toepassing kan beoordelen. Deze melding wordt geregistreerd teneinde inzicht te verschaffen in de toepassing van de hier bedoelde dwangmiddelen.

Het besluit is bekendgemaakt in Staatsblad 2004, 218, en is met ingang van 28 mei 2004 in werking getreden.

Onderzoeksraad voor veiligheid

Over het voorstel van Rijkswet onderzoeksraad voor veiligheid is in het MRT van september 2003 (blz. 310 – 313) als laatste stand van zaken bericht dat tijdens de plenaire behandeling in de Tweede Kamer de standpunten van kamer en Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties op het punt van de bescherming van vertrouwelijke gegevens haaks op elkaar stonden. De Minister stelde zich op het standpunt dat de verantwoordelijkheid voor dergelijke gegevens onder de ministeriële verantwoordelijkheid moest blijven berusten, terwijl een aantal fracties van mening was dat die verantwoordelijkheid ook bij de Onderzoeksraad voor veiligheid kon komen te liggen. Aanleiding tot dit alles was de in het wetsvoorstel voorziene mogelijkheid van verantwoordelijke ministers om het concepteindrapport van de Onderzoeksraad op vertrouwelijke informatie te screenen, welke bevoegdheid door die fracties werd gezien als een “interventiemogelijkheid” die de onafhankelijkheid van het ongevalsonderzoek in gevaar zou brengen.

Uiteindelijk werd door de Tweede Kamer een motie aanvaard met als strekking dat over de kwestie van de bescherming van vertrouwelijke gegevens advies van de Raad van State in zou worden gewonnen. Invoering van het nieuwe ongevalsonderzoek per 1 januari 2004 was daarmee van de baan.

Op 10 november 2003 verscheen het advies van de Raad van State van het Koninkrijk, op 30 januari 2004 gevolgd door het nader rapport van de Minister van BZK (kamerstukken II, 2003-2004, 28 634 (R 1727), nr. 32).

De Raad van State overweegt dat de ministeriële verantwoordelijkheid ook tot gelding kan komen door de totstandkoming te bevorderen van een wettelijke regeling die andere overheidsorganen – zoals de Onderzoeksraad voor veiligheid – verplicht zich aan bepaalde regels te houden. Voorts wijst de raad erop dat ook de voor bepaalde gegevens verant-

woordelijke minister zelf een beroep kan doen op het reeds in het wetsvoorstel (artikel 34) voorziene verschoningsrecht, en dat het eveneens mogelijk is dat een minister gegevens aan de onderzoeksraad verstrekt onder het beding dat deze niet openbaar worden gemaakt. De door de Tweede Kamer gewraakte “interventiebepalingen” kunnen dan komen te vervallen. De Minister van BZK laat zich overtuigen en bij vierde nota van wijziging, gedateerd 10 februari 2004 (kamerstukken II, 2003-2004, 28 634 (R 1727), nr. 33), wordt het hiervoor geschetste systeem in het voorstel van rijkswet opgenomen. De diverse bepalingen op grond waarvan de verantwoordelijke minister achteraf de (concept)onderzoeksrapporten op vertrouwelijke gegevens screent, komen te vervallen en worden vervangen door een systeem waarbij de minister vooraf beoordeelt of de gegevens mogelijk onder beding van geheimhouding worden verstrekt, of in het geheel niet worden verstrekt.

Het duurde tot 27 mei 2004 voordat de kamer het voorstel van rijkswet weer op de agenda plaatste. De heropende plenaire behandeling vergde niet veel tijd meer. Een aantal woordvoerders incasseerde de winst; de Raad van State kreeg nog een veeg uit de pan van de VVD omdat de raad niet in het eerste advies over het voorstel van rijkswet nader op de kwestie van de ministeriële verantwoordelijkheid voor vertrouwelijke gegevens was ingegaan.

Interessant was nog wel de vraag van de VVD wat de handelswijze zal zijn indien de Onderzoeksraad de vertrouwelijke gegevens toch in de openbaarheid zou brengen. De Minister van BZK antwoordde hierop dat er dan toch een goed gesprek met de voorzitter van de raad zou volgen (de beoogd voorzitter van de raad was bij de parlementaire behandeling in de grote zaal van de Tweede Kamer aanwezig). Even later voegde de Minister hier nog aan toe dat dan de positie van de voorzitter van de onderzoeksraad ter discussie zou staan.

Tijdens de stemming op 2 juni 2004 werd het voorstel van rijkswet met algemene stemmen aanvaard. Voorts werden enige nog openstaande amendementen aanvaard, waaronder het amendement dat voorziet in rechtspersoonlijkheid van de onderzoeksraad (amendement nr. 35) en amendement nr. 8 dat erin voorziet dat het eindrapport in het geheel (dus ook voorzover het niet op verklaringen van getuigen e.d. berust) als bewijs in o.a. strafrechtelijke zaken kan worden gebruikt.

De behandeling door de Tweede Kamer werd daarmee na een kleine twee jaar afgerond. Bij voortvarende behandeling in de Eerste Kamer zou de Onderzoeksraad voor veiligheid 1 januari 2005 operationeel kunnen zijn.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Boekbespreking

L. Zegveld, The accountability of armed opposition groups in international law, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, 260p.

Door de zich steeds sneller opvolgende evoluties in het ruime gebied van het internationaal (straf)recht en internationaal humanitair recht wordt de missie een onderzoek uit te voeren dat een langere levensduur beschoren is dan haar centraal onderwerp, alsmat problematischer. Desalniettemin loopt de geïnteresseerde lezer af en toe een exemplaar tegen

het lijf dat even moeiteloos met haar tijd meegaat als het aangelegenheden aanraakt die vooraan in de actualiteit blijven. Het proefschrift van Liesbeth Zegveld is duidelijk één van deze uitzonderingen. Ofschoon gepubliceerd in 2002, nu in het voorjaar van 2004 het Iraakse verzet tegen de Amerikaanse troepen dagelijks op de voorpagina van de internationale pers voorkomt met vaak erg gewelddadige acties tegen onschuldige burgers en het Internationaal Tribunaal voor Ex-Joegoslavië met regelmaat van de klok de *'command responsibility'* van bekende en minder bekende leidinggevende figuren tijdens de verschrikkingen van o.a. Srebrenica inroept, heeft dit boek nog niets van zijn actualiteit verloren.

De auteur selecteerde vijftien interne of nationale gewapende conflicten als referentiekader voor het onderzoek naar de verantwoordelijkheid van gewapende verzetsbewegingen in het internationaal recht. De selectie werd gemaakt op basis van de kwalificatie van deze conflicten als interne gewapende conflicten door hetzij het internationaal humanitair recht, hetzij door één of meerdere internationale organen, door (gespecialiseerde) niet-gouvernementele organisaties of door gezaghebbende commentatoren (op de precieze betekenis van deze laatste term werd echter niet dieper ingegaan). De referentie-conflicten zijn deze die zich afspelen, respectievelijk afspeelden, in Afghanistan, Algerije, Cambodja, Tsjetsjenië (Russische Federatie), Colombia, El Salvador, Libanon, Nicaragua, Rwanda, Somalië, Sri Lanka, Soedan, Turkije, Noord-Ierland en het Verenigd Koninkrijk en ex-Joegoslavië.

De aandachtige lezer zal hier opmerken dat de vraag naar het verschil tussen nationale en internationale gewapende conflicten zich opdringt. Een miniem punt van kritiek, dat geen enkele afbreuk doet aan de kwaliteit van dit onderzoek, is dat de betekenis van deze aangelegenheid pas van naderbij wordt bekeken wanneer het reducerende belang van het onderscheid in het toepasselijke recht wordt belicht. M.i. maakt dit, gezien hoger vermelde selectie, deel uit van de methodologie die eerder werd aangegeven. De centrale onderzoeksvraag is echter duidelijk: wie is verantwoordelijk voor de schade veroorzaakt door gewapende verzetsgroepen? De term *'armed opposition groups'* – hier vrij vertaald als 'verzetsgroepen' of 'verzetsbewegingen' – in tegenstelling tot 'rebellen' of 'terroristen', verwijst naar de neutraliteit van de uitdrukking en de irrelevantie van enige regeringsdeelname aan de vermelde gewapende conflicten. Hierdoor worden ook de conflicten inbegrepen welke zich afspelen tussen gewapende verzetsgroepen onderling.

Het antwoord op de vraag wordt door middel van een heldere structuur benaderd en uit de doeken gedaan. Hierbij mag het duidelijk zijn dat niet alle goede dingen uit drie bestaan, aangezien de auteur het in dit geval bij twee hoofdstukken houdt, de zogenaamde *'gaps'*. In een notendop, heeft de normatieve *gap* als kernonderwerp de 'rechten en plichten' van gewapende verzetsbewegingen. De *'accountability gap'* stilt de honger van de lezer die zich liet verleiden door de aantrekkelijke titel. Door deze twee kloven te benadrukken, maakt de auteur duidelijk welk spoor zij verder wenst te berijden, namelijk het spoor van de drie cruciale actoren in het fenomeen van de gewapende conflicten ofwel de individuele leiders van de verzetsgroepen, de gewapende verzetsbeweging op zich (als groep), en tenslotte de betrokken overheid. Net als in het traditionele internationaal recht vertonen zich hier drie niveaus van verantwoordelijkheid. Individuen kunnen eerst en vooral aansprakelijk gesteld worden voor hun daden. Wanneer zij ondergeschikt waren aan een bevelhebber kan via de *'command responsibility'* deze leider de verantwoordelijkheid dragen. Of, op het hoogste niveau, kan de staat aansprakelijk worden gesteld voor

de handelingen van haar afgevaardigden. De verantwoordelijkheid van deze drie hoofdrolspelers vormt het dankbare onderwerp van dit tweede deel.

Voornamelijk de grijze zone waarin de verantwoordelijkheid van individuen en deze van de groep *as such* zich bevinden, geeft belangrijke stof ter discussie. De auteur detecteert een internationale trend (verwijzende o.a. naar substantiële case law van het ICTY en het ICTR en naar artikel 25(3)(b) van het Statuut van Rome) die zich beweegt naar het verantwoordelijk stellen van individuen, zoals de leidinggevende figuren binnen gewapende verzetsbewegingen, toe. Dit, uiteraard, ten nadele van de verantwoordelijkheid van de bewegingen of groepen zelf, welke zelfs niet aangeraakt wordt in de vermelde bronnen. De auteur pleit hier voor een sterkere integratie van de verantwoordelijkheid van individuele leiders van verzetsgroepen en van de groepen zelf.

Het boek draagt in de titel het concept '*international law*'. De auteur koos deze term niet zonder grondige redenen. Doorheen de tekst wordt immers duidelijk dat met dit concept wordt verwezen naar de drie kern-rechtstakken op internationaal vlak: internationaal humanitair recht, internationaal strafrecht en de internationale mensenrechten-instrumenten. Uiteraard bekijkt iedere lezer het gehele boek vanuit de invalshoek van zijn of haar eigen discipline, doch mag in dit verhaal geen enkele van deze drievuldigheid over het hoofd gezien worden. De reden hiervoor ligt in de aanwezigheid van de drie actoren in gewapende conflicten die als een rode draad doorheen het verhaal wandelen. De auteur komt tot de conclusie dat de overheid, de gewapende verzetsgroepen op zich en hun individuele leiders elk een eigen link hebben met de drie vernoemde rechtstakken.

Het internationaal humanitair recht bindt partijen aan een gewapend conflict, zijnde de overheid en/of (gezien de irrelevantie van regeringsdeelname, cfr. supra) de gewapende verzetsgroepen *as such*. Deze laatste zijn enkel verantwoordelijk te stellen voor de slachtoffers die zij maken en de schade die zij aanrichten tijdens het conflict wanneer zij op georganiseerde wijze opereren en betrokken zijn in militaire manoeuvres. Wanneer zij echter regeringstaken op zich gaan nemen, gaat uiteraard het principe van de verantwoordelijkheid van de staat op de voorgrond treden. Meteen wordt in het kader van het internationaal humanitair recht opnieuw gewezen op het vervagen van de grens tussen internationale en nationale of interne conflicten. Er dient over gewaakt dat het gebrek aan regelgeving voor interne conflicten niet ten koste van de (burger)slachtoffers mag blijven bestaan.

Het internationaal strafrecht heeft als doelstelling het strafbaarstellen en vervolgen van de handelingen van individuen. Dit verwijst naar de verantwoordelijkheid van de leidinggevende figuren binnen de gewapende verzetsbewegingen voor daden gepleegd door hun ondergeschikten. Ook hier zijn enkele internationale ontwikkelingen aan te duiden die het concept van de '*command responsibility*' steeds verder uitbreiden zodat de effectieve macht die wordt uitgeoefend over de ondergeschikten het primair criterium wordt. De vage grens tussen interne en internationale conflicten doet hier zelfs niet ter zake.

De derde actor die een niet-noodzakelijke maar niet mis te verstane rol speelt in gewapende conflicten, is de desbetreffende overheid. Zij is het eerste voorwerp waarop de internationale mensenrechtenverdragen en aanvullende instrumenten betrekking hebben. In die zin zijn deze bepalingen niet van toepassing op gewapende verzetsbewegingen. De auteur concludeert dat de toepassing van voorschriften betreffende mensenrechten op gewapende verzetsgroepen wel enige voorkeur kan wegdragen op voorwaarde dat zij regerings-

functies uitoefenen over het gehele of gedeeltelijke territorium van een staat.

Op deze goed gestructureerde manier slaagt de auteur erin een meer helder licht te laten schijnen op de bijzonder complexe materie van verantwoordelijkheid van gewapende verzetsgroepen in een gewapend conflict. Zij verrichtte met dit onderzoek een waardevolle studie van de relevante case law, verdragsteksten en –verklaringen, en andere betekenisvolle documentatie.

De sterkte van dit boek ligt niet alleen in de scherpe analyses, maar ook in het ruime publiek dat zich zal kunnen vinden in de conclusies van de auteur. Zowel academici, als professionelen op het werkveld in disciplines als het internationaal recht, internationaal humanitair recht, internationale mensenrechten en internationaal strafrecht zullen dit boek ongetwijfeld waarderen.

Els De Busser
Assistent Strafrecht, Universiteit Gent

Auteursaanwijzingen

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

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

REDACTIECOMMISSIE:

Voorzitter	Mr A.C. Zuidema, Brigade-generaal b.d. van de Militair Juridische dienst;
Secretaris/penningmeester	Mr J.F. Stinissen, Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst;
Leden:	
voor de Koninklijke Landmacht:	Mr R. in het Veld, Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke Luchtmacht:	Mr J.P. de Jong, Hoofd Stafgroep Juridische Zaken HK Klu;
voor de Koninklijke Marine:	Mr W.E. Louwerse, Kapitein ter zee;
voor de Koninklijke Marechaussee:	Mr C.P.C. Kuijs, Kolonel der Koninklijke Marechaussee;
voor de Centrale Organisatie:	Mr J.J. Buirma, Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Dr. T.D. Gill	Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht en bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Mr N. Jörg,	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden;
Prof. Mr Th. A. de Roos,	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden;
Mr W.J. Schmitz,	Hoofd Procesondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van het ABP;
Mr G.F. Walgemoed,	Kolonel b.d. van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	Koningin Wilhelminalaan 50, 2264 BN Leidschendam

VASTE MEDEWERKERS:

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

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

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

WIJZE VAN UITGAVE:

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

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1-2003 € 36,75. Men abonneert zich bij Sdu Servicecentrum Uitgevers, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. tel.: 070-378 9880, fax: 070-378 9783, e-mail: sdu@sdu.nl, of bij zijn boekhandelaar. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 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. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar. Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan Sdu Servicecentrum Uitgevers. Zij die het M.R.T. van rijkswege verstrekt krijgen, dienen zich voor kennisgeving van adreswijzigingen te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren.

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


Nederlands
uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVII

September 2004

Aflevering

8

Sdu Uitgevers

INHOUD

Strafrechtspraak

- Hof Ah 10.09.03 **Rechtbank of hof?**
De wetgever heeft verzuimd art. 8 WMSv aan te passen aan de Wet organisatie en bestuur gerechten (Stb. 2001, 582), waarbij de kanton-gerechten werden vervangen door de sectoren kanton bij de rechtbank-en. Nu uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever intern appel onwenselijk acht, verklaart het hof zich bevoegd kennis te nemen van hoger beroep tegen vonnissen van de militaire kantonrechter..... 341
- Ah 15.09.03 **Echtelijk drama: verdachte toerekeningsvatbaar?**
Poging tot doodslag en bedreiging met een misdrijf tegen het leven gericht. Hoewel verdachte escalatie van het conflict met zijn echtgeno-te kon voorkomen, kan die hem – in het licht van de bij hem bestaande persoonlijkheidsstoornis – niet volledig worden toegerekend. Deels voorwaardelijke veroordeling met reclasseringscontact als bijzondere voorwaarde..... 342
- Ah 15.09.03 **Voorwaardelijk opzet?**
Sergeant-wapenhersteller – geoefend schutter – schiet bij donker door de ruit van een auto, voor de beide inzittenden langs. Voorwaardelijk opzet is aanwezig als de dader een naar algemene ervaringsregels aan merkelijke kans aanvaardt. In de uiterlijke verschijningsvorm van een gedraging kan besloten liggen dat de dader de gevolgen ervan moet heb-ben aanvaard. Daaraan doet in dit geval niet af dat verdachte er van overtuigd was dat hij de inzittenden van de auto niet zou raken..... 346
- Ah 27.10.03 **Echte mannen?**
Marinier wordt onderworpen aan vernederingen, ten einde hem zijn ‘nichterige’ gedrag af te leren: een ander door een andere feitelijkheid dan geweld wederrechtelijk dwingen iets te doen en te dulden..... 350

Tuchtrechtspraak

- *Ah 01.12.03 **Beklagschrift; ‘dossier’; niet openbaarheid; tussentijdse gesprekken; doorzending van stukken; dubbele bestraffing; cautie**
a. Een beklagschrift hoort te worden ingediend bij de commandant en niet bij de beklagmeerdere.
b. Welke stukken maken deel uit van een tuchtprocedure? Is een stuk eenmaal deel gaan uitmaken van het ‘dossier’ dan dient dat er ook in te blijven in de volgende instanties (beklag en beroep).
c. De niet openbaarheid van het tuchtproces in eerste aanleg en bij beklag. De commandant of de beklagmeerdere kan bepalen wie er bij mogen zijn, maar moet daar wel een reden voor (kunnen) geven.
d. Voorzichtigheid met tussentijdse gesprekken bij een lopende tucht-procedure.
e. De doorzending van stukken. Wiens belangen kunnen worden geschaad als de commandant een beklag niet onverwijld opstuurt naar de beklagmeerdere?
f. Was er sprake van dubbele bestraffing?
g. Omzeilen van de cautie leidt tot een vrijspraak.
(Naschrift J.R.G.J.)..... 353

STRAFRECHTSPRAAK**Gerechtshof te Arnhem**

Militaire kamer

Arrest van 10 september 2003

Voorzitter: Mr. Van den Heuvel, *lid:* Mr. Ruys, *militair lid:* Commandeur (A) (tit.) Mr. Van Seventer

Rechtbank of hof?

De wetgever heeft verzuimd art. 8 WMSv aan te passen aan de Wet organisatie en bestuur gerechten (Stb .2001, 582J), waarbij de kantongerechten werden vervangen door de sectoren kanton bij de rechtbanken. Nu uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever intern appel onwenselijk acht, verklaart het hof zich bevoegd kennis te nemen van hoger beroep tegen vonnissen van de militaire kantonrechter.

(WMSv art. 8)

ARREST

gewezen op het hoger beroep, ingesteld tegen het vonnis van de militaire kantonrechter in de rechtbank te Arnhem, zittinghoudende te Zeven (Duitsland) van 29 januari 2003 in de strafzaak tegen F.v.d.S., geboren te M. op [...], wonende te [...].

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 27 augustus 2003 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.

Bevoegdheid van de militaire kamer van het gerechtshof

Met de inwerkingtreding van de Wet organisatie en bestuur gerechten op 1 januari 2002 zijn de kantongerechten opgeheven en vervangen door een sector kanton bij de rechtbanken. Artikel 49 van de Wet op de rechterlijke organisatie bepaalt sindsdien dat door het bestuur van de rechtbank te Arnhem binnen de sector kanton een enkelvoudige kamer voor het behandelen en beslissen van militaire kantonzaken wordt gevormd en dat degene die zitting heeft in deze kamer de titel van militaire kantonrechter draagt. De onderhavige strafzaak is op 29 januari 2003 behandeld door de militaire kantonrechter in de rechtbank te Arnhem. Artikel 8 van de Wet militaire strafrechtspraak (WMS) bepaalt dat de militaire kamer van de rechtbank te Arnhem bij uitsluiting in hoger beroep kennis neemt van daarvoor vatbare vonnissen door de militaire kantonrechter in eerste aanleg gewezen. Deze bepaling is met de inwerkingtreding van de Wet organisatie en bestuur gerechten niet gewijzigd zodat, nu ingevolge die wet de militaire kantonrechter deel is gaan uitmaken van de rechtbank te Arnhem, het hoger beroep van vonnissen van de militaire kantonrechter behandeld zou moeten worden door de militaire kamer van hetzelfde rechterlijke

college, het zogenaamde interne appèl.

Blijkens de Memorie van Toelichting bij de Wet organisatie en bestuur gerechten (TK 27 181, nr. 3, par. 3.2) heeft de wetgever, mede om strijdigheid met het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden te voorkomen, bij het hoger beroep van vonnissen van de kantonrechter uitdrukkelijk niet gekozen voor het interne appèl binnen de rechtbank, maar voor het onderbrengen van het hoger beroep bij de gerechtshoven. Nu blijkt de Wet organisatie en bestuur gerechten de wetgever de organisatie van de militaire strafrechtspraak overigens op gelijke wijze heeft aangepast als de organisatie van de commune strafrechtspraak is het hof van oordeel dat het ervoor moet worden gehouden dat de wetgever bij de totstandkoming van die wet per abuis heeft verzuimd gelijktijdig – bij Rijkswet – de Wet militaire strafrechtspraak dienovereenkomstig te wijzigen. Het is het hof bovendien ambtshalve bekend dat de wetgever inmiddels doende is om de Wet militaire strafrechtspraak te wijzigen in die zin, dat het hoger beroep van daarvoor vatbare vonnissen van de militaire kantonrechter inderdaad voor de militaire kamer van het gerechtshof zal dienen ('Rijksbrede reparatierijkswet').

Het hof zal zich daarom, ondanks het bepaalde in artikel 8 WMS, bevoegd achten om kennis te nemen van het hoger beroep van de daarvoor vatbare vonnissen van de militaire kantonrechter.

Ontvankelijkheid van het hoger beroep

De kantonrechter heeft aan verdachte ter zake van een overtreding een geldboete opgelegd van € 40,-. Ingevolge artikel 404 van het Wetboek van Strafvordering juncto artikel 1, tweede lid WMS staat voor de verdachte tegen vonnissen betreffende overtredingen bij een geldboete tot en met € 50,- geen hoger beroep of, behoudens een hier niet terzake doende uitzondering, beroep in cassatie open. Dat betekent dat verdachte niet-ontvankelijk is in zijn hoger beroep terwijl het hoger beroep ook niet kan worden verstaan als een beroep in cassatie. Het hof zal verdachte derhalve niet-ontvankelijk verklaren in zijn hoger beroep.

[Volgt: Niet-ontvankelijkverklaring van verdachte in het door hem ingestelde hoger beroep. - *Red.*]

Arrondissementsrechtbank te Arnhem

Militaire kamer

Vonnissen van 15 september 2003

Voorzitter: mr. B.N. Crol, *lid:* Mr. M. Keppels, *militair lid:* Kapitein ter zee van administratie Mr. P.J. Schreuder

Echtelijk drama: verdachte toerekeningsvatbaar?

Poging tot doodslag en bedreiging met een misdrijf tegen het leven gericht. Hoewel verdachte escalatie van het conflict met zijn echtgenote kon voorkomen, kan die hem – in het licht van de bij hem bestaande persoonlijkheidsstoornis – niet volledig worden toegerekend. Deels voorwaardelijke veroordeling met reclasseringscontact als bijzondere voorwaarde.

(Sr art. 39)

VONNIS

in de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen V.d.K., P.C., geboren op [...] te B., [wonende te] H., [...], thans gedetineerd in MPC Stroe, Wolweg 76 te Stroe. Raadsman: mr. M.P. Nan, advocaat te Arnhem.

1. De inhoud van de tenlastelegging

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

1. hij als militair op of omstreeks 15 juni 2003 te Den Helder, ter uitvoering van het voornemen en het misdrijf om opzettelijk G.A.M. van het leven te beroven, meermalen, althans eenmaal, opzettelijk – gedurende enige tijd – met kracht de keel en/of luchtpijp van die M. met beide handen heeft dichtgeknepen, waardoor die M. – gedurende enige tijd – (telkens) geen lucht en/of adem heeft gekregen en/of (telkens) in ademnood is gekomen en/of (telkens) bewusteloos is geraakt en hij, verdachte, daarbij heeft gezegd en/of geroepen “I’m gonna kill you” en/of dat hij die M. zou vermoorden, althans woorden van gelijke aard en/of strekking, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

2. hij als militair op of omstreeks 15 juni 2003 te Den Helder H.H. heeft bedreigd met enig misdrijf tegen het leven gericht, althans met zware mishandeling, door opzettelijk dreigend een mes, in ieder geval een op een mes gelijkend voorwerp, aan die H. te tonen en/of door met dat mes, in ieder geval met dat op een mes gelijkend voorwerp, op die H. af te lopen;

3. hij als militair op of omstreeks 29 mei 2003 te Den Helder opzettelijk mishandelend een persoon (te weten G.A.M.), bij haar keel heeft vastgepakt en/of haar keel heeft dichtgeknepen, waardoor deze letsel heeft bekomen en/of pijn heeft ondervonden.

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 01 september 2003 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr. M.P. Nan, advocaat te Arnhem.

Als benadeelde partijen zijn ter terechtzitting verschenen:

– ten aanzien van feit 1 en 3: G.A.M., wonende te H. [...], die vordert dat verdachte wordt veroordeeld aan haar te betalen een bedrag van € 5.000, – aan immateriële schadevergoeding;

– ten aanzien van feit 2: H.H., wonende te H. [...], die vordert dat verdachte wordt veroordeeld aan hem te betalen een bedrag van € 330, – aan materiële schadevergoeding en een bedrag van € 1.000, – aan immateriële schadevergoeding.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het onder 1, 2 en 3 ten laste gelegde zal worden veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 36 maanden, waarvan 6 maanden voorwaardelijk met als bijzondere voorwaarde op te leggen reclasseringscontact, en voorts met aftrek van de tijd in verzekering en voorlopige hechtenis doorgebracht.

De officier van justitie heeft voorts geëist dat:

– de vordering van de benadeelde partij G.A.M. tot een bedrag van € 3.000, – wordt toegewezen en dat er een schadevergoedingsmaatregel ex artikel 36f van het Wetboek van

Strafrecht wordt opgelegd tot dit bedrag, bij gebreke van betaling en verhaal te vervangen door 60 dagen hechtenis, en

– de vordering van de benadeelde partij H.H. tot een bedrag van € 400, – wordt toegevoegd voor immateriële schade en dat er een schadevergoedingsmaatregel ex artikel 36f van het Wetboek van Strafrecht wordt opgelegd tot dit bedrag, bij gebreke van betaling en verhaal te vervangen door 8 dagen hechtenis.

Voor het overige heeft de officier van justitie gevorderd dat de benadeelde partijen niet-ontvankelijk worden verklaard in hun vorderingen.

Voorts heeft de officier van justitie gevorderd dat het onder verdachte in beslag genomen steekwapen, vermeld op de lijst van in beslag genomen voorwerpen [...], wordt onttrokken aan het verkeer.

Verdachte en zijn raadsman hebben het woord ter verdediging gevoerd.

3. De beslissing inzake het bewijs

De militaire kamer acht niet wettig en overtuigend bewezen hetgeen verdachte onder 3 is ten laste gelegd en zal hem daarvan vrijspreken.

De militaire kamer acht wettig en overtuigend bewezen dat verdachte het onder 1 en 2 ten laste gelegde heeft begaan, met dien verstande dat bewezen wordt geacht dat:

1. hij als militair op 15 juni 2003 te Den Helder, ter uitvoering van het voornemen en het misdrijf om opzettelijk G.A.M. van het leven te beroven, meermalen, opzettelijk – gedurende enige tijd – met kracht de keel van die M. met beide handen heeft dichtgeknepen, waardoor die M. – gedurende enige tijd telkens geen lucht heeft gekregen en telkens in ademnood is gekomen, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

2. hij als militair op 15 juni 2003 te Den Helder H.H. heeft bedreigd met enig misdrijf tegen het leven gericht, door opzettelijk dreigend een mes, aan die H. te tonen en door met dat mes op die H. af te lopen.

Hetgeen verdachte onder 1 en 2 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. Voor zover meer feiten bewezen zijn verklaard, worden de bewijsmiddelen alleen gebruikt voor het feit of de feiten waarop deze betrekking hebben.

De bewijsmiddelen zullen worden uitgewerkt in die gevallen waarin de wet aanvulling van het vonnis vereist en zullen dan in een aan dit vonnis te hechten bijlage worden opgenomen.

4. De strafbaarheid van het bewezenverklaarde

Het bewezenverklaarde levert op:

Feit 1:

Poging tot doodslag, voorzien en strafbaar gesteld bij artikel 287, juncto artikel 45 van het Wetboek van Strafrecht.

Feit 2:

Bedreiging met enig misdrijf tegen het leven gericht, voorzien en strafbaar gesteld bij artikel 285, eerste lid van het Wetboek van Strafrecht.

De feiten zijn strafbaar.

5. De strafbaarheid van verdachte

Over verdachte is een multidisciplinair rapport opgemaakt door drs. H.M.J. Vandenboom, psycholoog, gedateerd 27 augustus 2003 en drs. I. Hazemeijer, arts, en drs. B.J. Berendsen, psychiater, gedateerd 23 augustus 2003.

Drs. H.M.J. Vandenboom overweegt in zijn rapportage met betrekking tot de toerekeningsvatbaarheid van verdachte het volgende: “Indien men het ten laste gelegde in zeer enge zin beziet, kan men beargumenteren dat betrokkene vergeleken met de gemiddelde normale volwassene als niet relevant verminderd toerekeningsvatbaar moet worden beschouwd. Immers, betrokkene mag geacht worden op de hoogte te zijn van de mogelijke effecten van overmatig alcoholgebruik, van relationele spanningen, van zijn eigen reactiewijzen en impulsiviteit in het verleden en in het bijzonder van de verwickelingen in de weken direct voorafgaand aan het ten laste gelegde. Redenerend volgens deze lijn kan men stellen dat betrokkene escalatie had kunnen voorkomen.

Inderdaad meent onderzoeker dat betrokkene gelet op het bovenstaande niet verminderd, sterk verminderd of ontoerekeningsvatbaar geacht kan worden. Echter, gelet op het hardnekkige, duidelijk inadequate, stabiele patroon van dysfunctioneren i.c. de bij betrokkene bestaande persoonlijkheidsstoornis, meent onderzoeker dat het betrokkene vergeleken met een gemiddelde persoon, die niet te kampen heeft met persoonlijkheidsproblematiek, niet volledig is toe te rekenen dat de gehele constellatie als zodanig, waar het ten laste gelegde, indien bewezen, een uitvloeisel van was, zich in de loop van de tijd ontwikkeld heeft, zodat betrokkene concluderend in de visie van onderzoeker als licht verminderd toerekeningsvatbaar beschouwd dient te worden”.

Nu uit het vorenstaande volgt dat genoemde deskundigen allen concluderen dat verdachte het ten laste gelegde, indien bewezen, in ieder geval in overwegende mate toegekend kan worden, verenigt de militaire kamer zich met die conclusie en maakt die tot de hare. Overeenkomstig deze conclusie kan niet worden gezegd dat verdachte niet strafbaar is. Er is voorts ook geen andere omstandigheid aannemelijk geworden die de strafbaarheid van verdachte geheel uitsluit. Verdachte is dus strafbaar.

6. De motivering van de sanctie(s)

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

- de aard en de ernst van het bewezenverklarde en
- de omstandigheden waaronder dit is begaan;

de persoon en de persoonlijke omstandigheden van verdachte, waarbij onder meer is gelet op:

- het uittreksel uit het algemeen documentatieregister betreffende verdachte, gedateerd 19 juni 2003, waaruit blijkt dat verdachte niet eerder is veroordeeld;
- het onder 5 genoemde multi-disciplinaire rapport.

De militaire kamer overweegt verder nog als volgt. Verdachte heeft, onder invloed van alcohol, geprobeerd zijn vrouw te wurgen en heeft vervolgens zijn buurman met een mes bedreigd. Dit zijn ernstige feiten die ingrijpende gevolgen voor de slachtoffers hebben gehad. Uit de eerder genoemde multidisciplinaire rapportage blijkt voorts dat er bij verdachte sprake is van alcoholafhankelijkheid.

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen oordeelt de militaire kamer dat voor de afdoening van de onderhavige zaak geen andere straf in aanmerking komt dan een deels onvoorwaardelijke gevangenisstraf.

Daarnaast zal een voorwaardelijke gevangenisstraf van 6 maanden worden opgelegd. De voorwaardelijke straf die zal worden opgelegd, dient als waarschuwing voor verdach-

te om zich voortaan van het plegen van delicten te onthouden. De militaire kamer ziet, gelet op verdachtes persoonlijke omstandigheden, aanleiding aan de voorwaardelijke gevangenisstraf de bijzondere voorwaarde te verbinden dat verdachte zich zal houden aan de aanwijzingen van de reclassering.

Het na te melden in beslag genomen en nog niet teruggegeven voorwerp, te weten:

– een steekwapen, kleur zilver,

dient te worden onttrokken aan het verkeer, aangezien het een voorwerp betreft met behulp van welke het onder 2 ten laste gelegde en bewezenverklaarde feit is begaan.

6.a. De beoordeling van de civiele vorderingen, alsmede de gevorderde oplegging van de schadevergoedingsmaatregel

[...]

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is, behalve de hiervoor genoemde wettelijke voorschriften, gegrond op de artikelen 10, 14a, 14b, 14c, 14d, 27, 36b, 36c, 36f en 57 van het Wetboek van Strafrecht.

[Volgt: Veroordeling tot dertig maanden gevangenisstraf met aftrek van de tijd in verzekering en in voorlopige hechtenis doorgebracht, waarvan zes maanden voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar en met de bijzondere voorwaarde van verplicht reclasseringscontact; onttrekking aan het verkeer van een steekwapen (t.a.v. feit 1:) toewijzing van de vordering van de benadeelde partij G.A.M. ad € 3.000,-, met niet-ontvankelijkverklaring voor het meerdere, c.q. verplichting € 3.000, - t.b.v. G.A.M. aan de Staat te betalen, subsidiair zestig dagen hechtenis; (t.a.v. feit 2:) toewijzing van de vordering van de benadeelde partij H.H. ad € 400,-, met niet-ontvankelijkverklaring voor het meerdere, c.q. verplichting € 400, - t.b.v. H.H. aan de Staat te betalen, subsidiair acht dagen hechtenis - *Red.*]

Arrondissementsrechtbank te Arnhem

Militaire kamer

Vonnis van 15 september 2003

Voorzitter: Mr. B.N. Crol, *lid:* Mr. M. Keppels, *militair lid:* Kapitein ter zee van administratie Mr. P.J. Schreuder

Voorwaardelijk opzet?

Sergeant-wapenhersteller – geoefend schutter – schiet bij donker door de ruit van een auto, voor de beide inzittenden langs. Voorwaardelijk opzet is aanwezig als de dader een naar algemene ervaringsregels aanmerkelijke kans aanvaardt. In de uiterlijke verschijningsvorm van een gedraging kan besloten liggen dat de dader de gevolgen ervan moet hebben aanvaard. Daaraan doet in dit geval niet af dat verdachte er van overtuigd was dat hij de inzittenden van de auto niet zou raken.

(Sr art. 289)

VONNIS

in de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen W., S.N.,

geboren op [...] te G, [wonende te] S. [...], thans gedetineerd in P.I. Noord – De Grittenborgh, Kinholtsweg 7 te Hoogeveen. Raadsman: mr. I. de Vos, advocaat te Amsterdam.

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is ten laste gelegd dat:

1. hij op of omstreeks 21 juni 2003 te S., ter uitvoering van het voornemen en het misdrijf om opzettelijk en met voorbedachten rade A.O. en/of M.I. van het leven te beroven, opzettelijk na kalm beraad en rustig overleg, althans na een (kort) tevoren genomen besluit, een pistool, (merk Walther, type GSP), althans een vuurwapen, op, althans in de richting van die O. en/of I. heeft gericht en/of gericht heeft gehouden en vervolgens – terwijl hij, verdachte, zich op korte afstand van die O. en/of I. bevond – tweemaal, in ieder geval eenmaal, dat pistool, althans vuurwapen, op die O. en/of I. heeft afgevuurd, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

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

hij op of omstreeks 21 juni 2003 te S., ter uitvoering van het voornemen en het misdrijf om opzettelijk A.O. en/of M.I. van het leven te beroven, opzettelijk een pistool, (merk Walther, type GSP), althans een vuurwapen, op, althans in de richting van, die O. en/of I. heeft gericht en/of gericht heeft gehouden en vervolgens – terwijl hij, verdachte, zich op korte afstand van die O. en/of I. bevond – tweemaal, in ieder geval eenmaal, dat pistool, althans vuurwapen, op die O. en/of I. heeft afgevuurd, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

2. hij op of omstreeks 21 juni 2003 te Soest A.O. en/of M.I. en/of O.I. en/of M.I. meermalen, althans eenmaal, (telkens) heeft bedreigd met enig misdrijf tegen het leven gericht, althans met zware mishandeling, door (telkens) opzettelijk dreigend een pistool, (merk Walther, type GSP), althans een vuurwapen, op, althans in de richting van die O. en/of I. en/of O.I. en/of M.I. richten en/of gericht te houden en/of (daarbij) te zeggen “Dit is mijn buurt”, althans woorden van gelijke aard en/of strekking.

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 1 september 2003 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr. I. de Vos, advocaat te Amsterdam.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het onder 1 primair en 2 ten laste gelegde zal worden veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 4 jaren met aftrek van de tijd in verzekering en voorlopige hechtenis doorgebracht. Voorts heeft de officier van justitie gevorderd dat de onder verdachte in beslag genomen voorwerpen vermeld onder nummer 1, 2, 3, 4 en 15 op de lijst van in beslag genomen voorwerpen [...] worden teruggegeven aan verdachte en de in beslag genomen voorwerpen vermeld onder nummer 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 en 14 op de lijst van in beslag genomen voorwerpen worden onttrokken aan het verkeer.

Verdachte en zijn raadsman hebben het woord ter verdediging gevoerd.

3. De beslissing inzake het bewijs

De raadsman van verdachte heeft ter terechtzitting het verweer gevoerd dat er ten aanzien van feit 1 primair en subsidiair geen sprake is van voorwaardelijk opzet en dat verdachte derhalve van deze feiten dient te worden vrijgesproken. De raadsman van ver-

dachte heeft aangevoerd dat verdachte een getraind schutter is die bewust voor de personen in de auto langs heeft geschoten en dat verdachte er om die reden op mocht vertrouwen dat hij de personen in de auto niet zou verwonden of zelfs doden.

De militaire kamer verwerpt dit verweer. Voor een bewezenverklaring van voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg – zoals hier de dood – dient vast te staan dat de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat dit gevolg zal intreden. De beantwoording van de vraag of de gedraging de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg in het leven roept, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij betekenis toekomt aan de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht. Het zal moeten gaan om een kans die naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk is te achten.

Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard. De militaire kamer is van oordeel dat het van een afstand bij nacht door een autoruit schieten, vlak voor twee personen langs, aangemerkt kan worden als een dergelijke gedraging waarbij verdachte de aanmerkelijke kans op de dood van deze personen heeft aanvaard. Het feit dat verdachte heeft verklaard dat hij er van overtuigd was dat hij de beide personen in de auto niet zou raken doet hieraan naar het oordeel van de militaire kamer niets af.

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

1. hij op 21 juni 2003 te S., ter uitvoering van het voornemen en het misdrijf om opzettelijk, en met voorbedachten rade A.O. en M.I. van het leven te beroven, opzettelijk na kalm beraad en rustig overleg, een pistool, (merk Walther, type GSP) in de richting van die O. en I. heeft gericht en gericht heeft gehouden en vervolgens – terwijl hij, verdachte zich op korte afstand van die O. en I. bevond – eenmaal, dat pistool op die O. en I. heeft afgevuurd, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid;

2. hij op 21 juni 2003 te S. A.O. en M.I. heeft bedreigd met enig misdrijf tegen het leven gericht, door opzettelijk dreigend een pistool, (merk Walther, type GSP), op die O. en I. te richten en gericht te houden en daarbij te zeggen “Dit is mijn buurt”.

Hetgeen verdachte onder 1 primair en onder 2 meer of anders is ten laste gelegd is niet bewezen. Verdachte moet daarvan worden vrijgesproken.

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

De bewijsmiddelen zullen worden uitgewerkt in die gevallen waarin de wet aanvulling van het vonnis vereist en zullen dan in een aan dit vonnis te hechten bijlage worden opgenomen.

4. De strafbaarheid van het bewezen verklaarde

Het bewezen verklaarde levert op:

Feit 1 primair.

Poging tot moord, meermalen gepleegd, voorzien en strafbaar gesteld bij artikel 289, juncto artikel 45 van het Wetboek van Strafrecht;

Feit 2:

Bedreiging met enig misdrijf tegen het leven gericht, meermalen gepleegd, voorzien en

strafbaar gesteld bij artikel 285, eerste lid van het Wetboek van Strafrecht.

De feiten zijn strafbaar.

5. *De strafbaarheid van verdachte*

Over verdachte is een mono-disciplinair rapport opgemaakt door drs. V. Versteeg, arts, en KTZAR J.B.C. Mertens, psychiater, gedateerd 28 augustus 2003, waarin zij concluderen dat bij verdachte ten tijde van het plegen van het ten laste gelegde feit geen sprake was van een ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens.

Zij concluderen voorts onder meer het navolgende: “Hooguit zou gesproken kunnen worden van narcistische persoonlijkheidstrekken, welke bij betrokkene leidden tot een wat altruïstische instelling en een wat optimistisch zelfbeeld. [...] Het geheel imponeert enerzijds als een narcistische overdekking van de krenking door het gedrag van de mannen gecombineerd met het overdekken van de angst door zijn overschatting dat hij het wel kan oplossen. Er is op dat moment sprake van een stoornis in het oordelend en zelfkritisch vermogen. [...] Wij verwachten dat betrokkene in staat was om het ongeoorloofde van zijn handelingen ten tijde van het ten laste gelegde in te zien. Tevens achten wij betrokkene in staat om tot een andere handelwijze te komen dan de door hem verkozen handelwijze. Wij menen dan ook dat betrokkene volledig toerekeningsvatbaar moet worden geacht voor het ten laste gelegde, voor zoverre bewezen”.

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

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

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

- de aard en de ernst van het bewezen verklaarde en de omstandigheden waaronder dit is begaan;
- de persoon en de persoonlijke omstandigheden van verdachte, waarbij onder meer is gelet op:
 - het uittreksel uit het algemeen documentatieregister betreffende verdachte, gedateerd 25 juni 2003;
 - het onder 5 genoemde mono-disciplinaire rapport.

De militaire kamer heeft bij de straftoemeting mede gelet op de navolgende door de officier van justitie – onder toezegging van afzonderlijke strafvervolgning terzake te zullen afzien – ad informandum gevoegde zaken welke door verdachte ter terechtzitting en ten overstaan van de politie zijn erkend voorzien van het parketnummer 097006-03:

- het dragen van een pistool, merk Walther, op 21 juni 2003 te Roggeveld, Soest, gemeente Soest;
- het voorhanden hebben van wapens van categorie II, onder 6°, te weten pepperspray en traangas, op 21 juni 2003 aan de Rubenslaan 16 te Soest, gemeente Soest;
- Het voorhanden hebben van een wapen van categorie I, onder 3°, te weten een boksebeugel aan de Rubenslaan 16 te Soest, gemeente Soest.

De militaire kamer overweegt verder nog als volgt. Verdachte heeft zich schuldig gemaakt aan een poging tot moord op twee personen en bedreiging van dezelfde personen met enig misdrijf tegen het leven gericht. Dit zijn ernstige feiten. Te meer daar verdachte, als lid van het schietteam van de Koninklijke Luchtmacht, beschikte over een vergunning voor onder andere het dragen, voorhanden hebben en zelfs het in de eigen woning opslaan

van een pistool en bijbehorende munitie, toebehorende aan de Koninklijke Luchtmacht. Tevens bekleedde verdachte ten tijde van het ten laste gelegde de functie van wapenhersteller in de rang van sergeant op de vliegbasis Soesterberg. Verdachte heeft op grove wijze misbruik gemaakt van het door Defensie in hem gestelde vertrouwen door het hem ter beschikking gestelde wapen en de bijbehorende munitie te gebruiken voor het plegen van de strafbare feiten. Het feit dat verdachte heeft verklaard dat hij, als militair en als scherpschutter, goed met wapens kan omgaan en wist wat hij deed, doet niets af aan de strafwaardigheid van deze feiten.

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen oordeelt de militaire kamer dat voor de afdoening van de onderhavige zaak geen andere straf in aanmerking komt dan een deels voorwaardelijke gevangenisstraf.

De voorwaardelijke straf die zal worden opgelegd, dient als waarschuwing voor verdachte om zich voortaan van het plegen van delicten te onthouden.

De in beslag genomen en nog niet teruggegeven voorwerpen, vermeld onder nummer 5 en 6 op de lijst van in beslag genomen voorwerpen, dienen te worden onttrokken aan het verkeer omdat dit voorwerpen zijn met behulp van welke het onder 1 primair en 2 ten laste gelegde en bewezen verklaarde is begaan.

De in beslag genomen en nog niet teruggegeven voorwerpen vermeld onder nummer 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 en 14 op de lijst van in beslag genomen voorwerpen dienen te worden onttrokken aan het verkeer, aangezien het ongecontroleerde bezit daarvan in strijd is met de wet en het algemeen belang.

De militaire kamer is van oordeel dat de in beslag genomen en nog niet teruggegeven voorwerpen vermeld onder nummer 1, 2, 3, 4 en 15 aan de verdachte dienen te worden teruggegeven, nu niet is komen vast te staan dat verdachte de door hem gepleegde feiten met behulp van deze voorwerpen heeft begaan en voorts omdat het bezit van deze voorwerpen niet in strijd is met de wet of het algemeen belang.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is, behalve de hiervoor genoemde wettelijke voorschriften, gegrond op de artikelen 10, 14a, 14b, 14c, 27, 36b, 36c, 36d en 57 van het Wetboek van Strafrecht.

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

Arrondissementsrechtbank te Arnhem

Militaire kamer

Vonnis van 27 oktober 2003

Voorzitter: Mr. B.N. Crol, , *lid:* Mr. T.H.P. de Roos, *militair lid:* Kolonel Mr. G.J.J.M. Pick

Echte mannen?

Marinier wordt onderworpen aan vernederingen, ten einde hem zijn 'nichterige' gedrag af te leren: een ander door een andere feitelijkheid dan geweld wederrechtelijk dwingen iets te doen en te dulden.

(Sr art. 284 lid 1, aanhef en onder 1°)

VONNIS

in de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen: H., J.H.W., geboren op [...] te D., [wonende te] R. Officier-raadsman: luitenant ter zee van administratie der tweede klasse oudste categorie S. Boeke te Doorn

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is ten laste gelegd dat:

“hij in of omstreeks de periode van 1 tot en met 15 februari 2002, althans in of omstreeks de maand februari 2002, te R. tezamen en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen, M.H.T.R., door geweld of enige andere feitelijkheid en/of door bedreiging met geweld of enige andere feitelijkheid gericht tegen voornoemde R., wederrechtelijk heeft gedwongen iets te doen, niet te doen of te duiden, hierin bestaande dat voornoemde R. toen daar door hem, verdachte en/of verdachtes mededader als meerdere van die R. werd opgedragen tussen twee in rij opgestelde personen (mariniers) door te lopen waarna die R. een (legerings)kamer werd binnengeduwde, althans is binnengegaan en/of (zich) (vervolgens) van (alle) kleding is/heeft ontdaan en/of (vervolgens) door een of meer mariniers onder een douche is geduwd/getrokken, althans meegenomen en/of tijdens het douchen meermalen, althans eenmaal is betast, althans aangeraakt en/of waarbij/waarna door een of meer mariniers (seksistische) opmerkingen zijn gemaakt en/of (ongekleed) op een bed tussen een aantal mariniers heeft gelegen en/althans – tegen de wil van die R. – op voornoemde (legerings)kamer heeft overnacht”.

2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is laatstelijk op 13 oktober 2003 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door luitenant ter zee van administratie der tweede klasse oudste categorie S. Boeke te Doorn.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het ten laste gelegde zal worden veroordeeld tot het verrichten van 100 uren werkstraf subsidiair 50 dagen hechtenis onvoorwaardelijk, met aftrek van de tijd door verdachte in verzekering doorgebracht.

Verdachte en zijn raadsman hebben het woord ter verdediging gevoerd.

3. De beslissing inzake het bewijs

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

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

“hij in de periode van 1 tot en met 15 februari 2002 te R. tezamen en in vereniging met een ander M.H.T.R., door enige feitelijkheid gericht tegen voornoemde R., wederrechtelijk heeft gedwongen iets te doen en te dulden, hierin bestaande dat voornoemde R. toen daar door hem, verdachte en verdachtes mededader als meerdere van die R. werd opgedragen tussen twee in rij opgestelde personen (mariniers) door te lopen waarna die R. een (legerings)kamer werd binnengeduwde, en vervolgens van alle kleding heeft ontdaan en vervolgens door mariniers onder een douche is meegenomen en tijdens het douchen eenmaal is betast, en waarbij door mariniers (seksistische) opmerkingen zijn gemaakt en ongekleed op een bed tussen een aantal mariniers heeft gelegen en – tegen de wil van die R. – op voornoemde (legerings)kamer heeft overnacht”.

Hetgeen verdachte meer of anders is ten laste gelegd is niet bewezen. Verdachte moet daarvan worden vrijgesproken.

De militaire kamer is van oordeel dat verdachte samen met zijn mededader welbewust een marinier en zonder dat zij daartoe enig recht hadden en derhalve wederrechtelijk, door enige feitelikheden zonder geweld, gericht tegen die marinier heeft gedwongen iets te doen en te dulden. Verdachte en zijn mededader waren de militaire meerdere van de betrokken marinier en zij wisten dat vanuit hun positie gehoorzaamd zou worden op hetgeen zij opdroegen. Zij hebben weliswaar hun meerdere sergeant Veerkamp ingelicht over de logeerpartij, maar niet aannemelijk is geworden dat deze heeft geweten dat de logeerpartij zich op zodanige wijze zou ontwikkelen als is geschied, zodat dit niet disculpeert. In casu was sprake van een volstrekt onbevoegd gegeven opdracht “om te gaan logeren” bij een andere groep mariniers in opleiding van welke groep de medeverdachte instructeur is. Een viertal leden van die groep had zich bereid verklaard om zich tegenover R. nuchterig te gedragen om hem te confronteren met diens door verdachte en zijn mededader als marinier onwaardig geachte nuchterige – homoseksueel getinte – gedrag, zowel fysiek als verbaal, en hem dat af te leren. Verdachte en zijn mededader hebben nadat zij gezien hadden dat hun opdracht werd uitgevoerd op een gegeven moment niet meer gekeken wat er gebeurde.

De militaire kamer deelt niet de mening van de verdediging dat door de bijzondere cultuur bij het Korps Mariniers het individu altijd ondergeschikt wordt aan de groep. Het kan zo zijn dat tijdens een missie het groepsbelang moet prevaleren, maar dat neemt niet weg dat de wijze waarop de groepsleden met elkaar behoren om te gaan betamelijk dient te zijn en daarvan was geen sprake.

De beslissing dat verdachte het bewezen verklaarde heeft begaan, is gegrond op de feiten en omstandigheden die in de bewijsmiddelen zijn vervat. De bewijsmiddelen zullen worden uitgewerkt in 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 bewezen verklaarde

Het bewezen verklaarde levert op: ‘medeplegen van een ander door enige andere feitelijke dan geweld, gericht tegen die ander, wederrechtelijk dwingen iets te doen en te dulden’, voorzien en strafbaar gesteld bij artikel 284 eerste lid aanhef en onder 1°, juncto artikel 47 van het Wetboek van Strafrecht.

Het feit is strafbaar.

5. De strafbaarheid van verdachte

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

6. De motivering van de sanctie(s)

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

- de aard en de ernst van het bewezen verklaarde en de omstandigheden waaronder dit is begaan;
- de persoon en de persoonlijke omstandigheden van verdachte, waarbij onder meer is gelet op:
 - het uittreksel uit het algemeen documentatieregister betreffende verdachte, gedateerd 12 september 2003.

De militaire kamer overweegt verder nog als volgt. Verdachte heeft zich samen met zijn

mededader schuldig gemaakt aan dwang van een ondergeschikte om dingen te doen en zich te laten welgevalen. Het is een buitengewoon vernederende ervaring voor betrokkene geweest. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen oordeelt de militaire kamer dat voor de afdoening van de onderhavige zaak geen andere straf in aanmerking komt dan een onvoorwaardelijke werkstraf. De militaire kamer overweegt oplegging van een werkstraf, enerzijds om de ernst van het feit aan te geven en anderzijds dat zij daarmee de verdachte confronteert met zijn verantwoordelijkheden jegens de maatschappij.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is, behalve de hiervoor genoemde wettelijke voorschriften, gegrond op de artikelen 22c, 22d en 27 van het Wetboek van Strafrecht.

[Volgt: Veroordeling tot een werkstraf voor de duur van zestig uur, subsidiair dertig dagen hechtenis, met aftrek van de tijd in verzekering doorgebracht (2 uur/1 dag) – *Red.*]

TUCHTRECHTSPRAAK

Rechtbank Arnhem

Sector Strafrecht

Militaire kamer

Uitspraak in beroep van 1 december 2003

T.Z.nr. 004/03

Voorzitter: Mr. B.N. Crol; *lid:* M. M.C.G.J. van Well; *militair lid:* Luitenant-kolonel Mr. A.M. van Gorp

Beklagschrift; ‘dossier’; niet openbaarheid; tussentijdse gesprekken; doorzending van stukken; dubbele bestraffing; cautie

a. Een beklagschrift hoort te worden ingediend bij de commandant en niet bij de beklagmeerdere.

b. Welke stukken maken deel uit van een tuchtprocedure? Is een stuk eenmaal deel gaan uitmaken van het ‘dossier’ dan dient dat er ook in te blijven in de volgende instanties (beklag en beroep).

c. De niet openbaarheid van het tuchtproces in eerste aanleg en bij beklag. De commandant of de beklagmeerdere kan bepalen wie er bij mogen zijn, maar moet daar wel een reden voor (kunnen) geven.

d. Voorzichtigheid met tussentijdse gesprekken bij een lopende tuchtprocedure.

e. De doorzending van stukken. Wiens belangen kunnen worden geschaad als de commandant een beklag niet onverwijld opstuurt naar de beklagmeerdere?

f. Was er sprake van dubbele bestraffing?

g. Omzeilen van de cautie leidt tot een vrijspraak.

(Art. 61, 67, 74, 80b en 80c, WMT)

UITSpraak

van de meervoudige militaire kamer van de rechtbank te Arnhem, op het beroep van X,

marechaussee der tweede klasse, rnr., geplaatst bij: opleidingscentrum Koninklijke Marechaussee, School Q, klas ..., wonende ..., - hierna aangeduid als gestrafte - waarbij de hierna te noemen uitspraak wordt bestreden.

Verloop van de procedure

Aan gestrafte werd op 23 mei 2003 een beschuldiging uitgereikt, luidend:

“Heeft op 8 mei 2003 de door de klassenbegeleider opgedragen werkzaamheden in de Mediatheek School Q, slechts gedeeltelijk en op slordige, onzorgvuldige wijze uitgevoerd. Vervolgens is de dienstopdracht gegeven op 12 mei 2003 alsnog de opgedragen werkzaamheden in de mediatheek uit te voeren, wederom niet opgevolgd, binnen een militaire plaats”

met vermelding van de artikelen 15 en 37 van de Wet militair tuchtrecht.

Het onderzoek in eerste aanleg vond plaats op 27 mei 2003.

Op 27 mei 2003 werd gestrafte door de commandant van OCKMAR School Q wegens schending van de gedragsregel van artikel 15 van de Wet militair tuchtrecht gestraft met zeven keer één uur strafdienst, op grond van de bewezen gedraging welke luidt als volgt:

“opgedragen werkzaamheden slechts gedeeltelijk uitgevoerd, gegeven dienstopdracht op 12 mei 2003 niet uitgevoerd”,

en werd op die dag de uitspraak aan haar uitgereikt.

Gestrafte heeft tijdig, namelijk op 2 juni 2003 een beklagschrift ingediend bij de beklagmeerdere.

Het beklag is op 27 juni 2003 behandeld. De beklagmeerdere heeft op 27 juni 2003 de beslissing op beklag genomen. Deze beslissing houdt in dat de bestreden beslissing wordt bevestigd. De uitspraak op beklag is aan gestrafte uitgereikt, doch wanneer dat plaatsvond is niet op het beklagformulier vermeld. De militaire kamer houdt het ervoor dat gestrafte tijdig haar beroepschrift heeft ingediend.

Gestrafte is in beroep gegaan tegen deze uitspraak op beklag door indiening van een beroepschrift op 7 juli 2003. Gestrafte is ontvankelijk in haar 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 juli 2003.

Gestrafte stelt in haar beroepschrift onder andere:

- De klacht die is gedaan in verband met een krenkende / onbillijke behandeling door de schooladjutant School Q had nooit als ter zake doend stuk mogen worden meegestuurd in de beklagprocedure. Ik ben hierdoor geschaad in mijn belangen.

Voorts geeft de beklagmeerdere aan dat er geen aanwijsbare schade is ontstaan door de gewraakte uitspraken van de schooladjutant. De door de schooladjutant gedane uitlatingen hebben zowel op professioneel als emotioneel vlak hun uitwerking gehad. Zelfs in mijn thuissituatie heeft het veel vragen over de ontstane situatie opgeroepen. Ik ben hierdoor in mijn belangen geschaad.

- De schooladjutant heeft voorafgaand aan het onderzoek de beschuldigende vragen gesteld over het feit waarvoor ik nog geen beschuldiging had gekregen. Het “horen” door de schooladjutant gebeurde op last van de commandant School Q. Ik ben hierdoor in mijn belangen geschaad

- De beklagmeerdere stelt dat de commandant bepaalt wie er aanwezig zijn bij het onderzoek op rapport. Volgens jurisprudentie is het slechts in bepaalde gevallen toegestaan dat derden aanwezig zijn bij het onderzoek in eerste aanleg. Rechtvaardiging voor de aanwezigheid van de schooladjutant tijdens voornoemd onderzoek is mij niet gebleken.

- De beklagmeerdere geeft aan dat het niet verstandig is geweest van de commandant

om het verslag, welke door de rapporteur als bijlage bij het rapport is gevoegd, tijdens het tuchtproces in eerste aanleg te herschrijven. Ik zie dit als een sanctie die niet voorkomt in artikel 41 Wet militair tuchtrecht.

- Mijn inziens heeft de beklagmeerdere aangegeven dat er fouten zijn gemaakt voor en tijdens het tuchtproces in eerste aanleg en dat mijn belangen geschaad zijn.

- Ik betwijfel of luitenant-kolonel A beklagmeerdere in deze zaak is. Hij is geen tot strafven bevoegde meerdere conform artikel 49 WMT en het aanwijzingsbesluit ter uitvoering van artikel 4 en 49 WMT.

Hij is wel bevelvoerende meerdere van de commandant. Mijns inziens is in de hiërarchische lijn de commandant opleidingscentrum Koninklijke Marechaussee in deze beklagmeerdere.

- Op 2 juni 2003 heb ik mijn beklag tegen het tuchtproces in eerste aanleg ingediend bij de commandant. Op 4 juni 2003 in de middag kreeg ik te horen dat ik mij op 5 juni 2003 om 08.00 uur moest melden bij de commandant. Op 5 juni 2003 om 08.00 uur heb ik mij met mijn vertrouwensman gemeld bij de commandant. Laatstgenoemde leek onaangenaam verrast door de aanwezigheid van mijn vertrouwensman. De, commandant zei: "ik wil even babbelen met de dames". Hierop vroeg mijn vertrouwensman of het gesprek betrekking had op het beklag dan wel de klacht. De commandant antwoordde hierop ontkennend. Mijn vertrouwensman werd hierna weggestuurd. Tijdens het "babbelen" vroeg de commandant wat ik met het indienen van het beklag wilde bereiken en wat mijn doel was. Ik antwoordde dat ik wilde dat er rechtgedaan werd omdat mij onrecht was aangedaan. De commandant gaf aan dat zij vond dat als wij op deze manier voor onze rechten op wilden komen, dat dit niet de juiste wijze was. Volgens artikel 80c WMT kan de gestrafte zich in ieder stadium van de beklagprocedure laten bijstaan door een vertrouwensman. Ik ben tijdens dit gesprek in mijn belangen geschaad, daar mijn vertrouwensman niet aanwezig mocht zijn bij dit gesprek. Mij en de vertrouwensman is niet duidelijk of dit gesprek in opdracht was van de beklagmeerdere. Bovenstaande is tijdens het onderzoek op beklag aan de beklagmeerdere medegedeeld.

- Conform artikel 80c WMT dient de commandant zorg te dragen voor onverwijld doorzending van de voor de zaak van belang zijnde stukken aan de beklagmeerdere. De commandant heeft op 6 juni 2003 de aanbiedingsbrief gemaakt. Navraag tijdens het onderzoek op beklag leerde dat de beklagmeerdere op 17 juni 2003 de stukken heeft ontvangen. Van onverwijld doorzending is dan geen sprake. Hierdoor zijn mijn belangen geschaad. Ten onrechte heeft de commandant de door mij ingediende klacht tegen de schooladjutant meegestuurd als zijnde relevant stuk. Ook hierdoor zijn mijn belangen geschaad.

- Op welke wettelijke bewijsmiddelen de beklagmeerdere zijn uitspraak heeft gebaseerd en geformeerd is mij niet duidelijk.

Op 23 juli 2003 heeft de militaire kamer een aanvullende brief van commandant School Q, majoor B. ontvangen.

In deze brief stelt de majoor onder andere:

- Gelet op de huidige organisatiestructuur is luitenant-kolonel A de onmiddellijk boven C-School Q gestelde bevelvoerende meerdere. Zowel bestuurlijk als feitelijk is A mijn directe chef.

- De reden waarom ik adjudant C. heb toegelaten in het tuchtproces: adjudant C. is als functionaris onder andere aanspreekpunt voor c.q. de intermediair tussen de leerlingen, kader en de commandant. De adjudant is ook waarnemend voorzitter van de leerlingenraad. De procedure te ... is dat leerlingen die op rapport moeten komen zich eerst melden

bij de adjudant.

Hij legt de procedure c.q. de gang van zaken uit en meldt ze bij mij aan. Bij het uitreiken van het straffenformulier was leerlinge X erg nerveus. Gelet op de positie van de adjudant en tevens vanwege het feit dat ik van mening was (en ben) dat de onderlinge verstandhouding tussen de adjudant en de leerling goed was, heb ik de adjudant gevraagd bij het tuchtproces aanwezig te zijn. Dit was om de leerlingen gerust te stellen dan wel een vertrouwd gevoel te geven.

Adjudant C heeft niet deelgenomen aan het gesprek tijdens de procedure.

De zaak is in beroep onderzocht ter terechtzitting van 17 november 2003. Gestrafte is ter terechtzitting van 17 november 2003 gehoord. De gestrafte is ter terechtzitting bijgestaan door haar vertrouwensman, oppermachtmeester D, geplaatst bij opleidingscentrum Koninklijke Marechaussee, School Q.

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

- Bevoegdheid beklagmeerdere

De tot straffen bevoegde meerdere (TSBM), C-School Q KMar, is in het aanwijzingsbesluit van de Minister van Defensie d.d. 11 februari 2003 als zodanig aangewezen. Navraag door het bureau Verbindingsofficier bij OCKMar heeft uitgewezen dat de luitenant-kolonel A als commandant Opleidingsbedrijf in de organisatiestructuur van OCKMar het bevel voert over o.a. School Q Kmar te Luitenant-kolonel A is dus ingevolge art. 4 lid 2 te verstaan als de onmiddellijk boven C-School Q gestelde bevelvoerende meerdere, dus beklagmeerdere in onderhavige tuchtzaken.

- 24-uurs termijn beklag conform art 80h lid 1 Wet militair tuchtrecht (WMT)

Is niet in acht genomen. Uitreiking oproeping en aanvang onderzoek op beklag op 27 juni 2003, 08.30 uur. Uit het beklagformulier blijkt niet dat het onderzoek op beklag eerder is gehouden op verzoek van de gestraften. Dit is een vormfout die blijkens de vaste jurisprudentie van de Militaire kamer tot vernietiging / vrijspraak dient te leiden, indien blijkt dat de gestraften hierdoor in hun belangen / verdediging zijn geschaad. In onderhavige tuchtzaak zal deze omstandigheid wellicht al snel kunnen worden aangenomen, omdat blijkens de toelichting bij art. 80h Wet militair tuchtrecht het recht om in de beklagprocedure alle op de zaak betrekking hebbende stukken in te zien door de gestrafte en vertrouwensman pas kan worden geëffectueerd na de uitreiking van de oproeping.

- Relevante stukken in het tuchtproces

In hun beroepschrift geven de gestraften aan dat zij wel degelijk in dit verband in hun belangen zijn geschaad, omdat de klacht die zij tegen de schooladjudant inmiddels hadden ingediend "nooit als ter zake doend stuk had mogen worden meegestuurd in de beklagprocedure".

Hebben de stukken betreffende de klacht van gestraften tegen de schooladjudant een rol gespeeld in de beklagprocedure. Mijns inziens wel. De beklagmeerdere geeft in zijn toelichting op de uitspraak in beklag aan dat hij deze klacht heeft meegewogen in zijn beoordeling / overtuiging dat gestraften niet zijn geschaad door de vermeende krenkende en onbillijke uitspraken van de schooladjudant.

Deze zijn immers onderwerp van een klacht en onderzoek in handen van C-School Q, volgens de beklagmeerdere.

Een 'aparte' redenering van de beklagmeerdere. De gestraften geven in hun beklagschrift juist aan dat ze hierdoor in hun belangen zijn geschaad. Hij is blijkens zijn toelichting uitspraak op de hoogte van de klacht en doet er een uitspraak over in die zin dat ze niet in hun belangen zijn geschaad. M.a.w. de 'klachtstukken' hebben in de beklagprocedure wel degelijk een rol gespeeld. De gestraften dienen alle op de zaak betrekking heb-

bende stukken in te kunnen zien. Volgens gestraften in hun beroepschrift is de klacht wel degelijk meegestuurd als relevant stuk en heeft hun vertrouwensman tijdens het onderzoek op beklag gevraagd om inzage in de stukken en vervolgens niet gekregen, omdat volgens de beklagmeerdere hij dezelfde stukken had als de gestraften. Gezien bovenstaande behoorden m.i. de 'klachtstukken' wel degelijk tot alle op de zaak betrekking hebbende stukken die door de tot straffen bevoegde meerdere (TSBM) voor de behandeling van de klacht moeten worden bijgevoegd conform art. 80c lid 2 WMT, omdat de beklagmeerdere zijn wetenschap daarover heeft gebruikt om te oordelen dat gestraften niet in hun belangen zijn geschaad in het tuchtproces in eerste aanleg. Dit aannemende is dus niet voldaan aan het vereiste van art. 82 lid 2 WMT. De beklagmeerdere had deze op de zaak betrekking hebbende stukken bij het beroepschrift dat naar de militaire kamer is gezonden moeten voegen.

- Aanwezigheid schooladjutant tijdens onderzoek TSBM

Het onderzoek is niet openbaar (art. 66 lid 2 WMT). De TSBM heeft om voor haar moverende redenen (beschuldigten waren nerveus, goede verstandhouding met schooladjutant, beschuldigten gerust stellen en vertrouwd gevoel geven) de schooladjutant gevraagd om aanwezig te zijn. Dit is in tegenspraak met de wijze waarop de gestraften zijn aanwezigheid hebben ervaren. Volgens hen hebben ze van de adjudant vooraf een donderspeech gekregen, waardoor zij zich door zijn aanwezigheid bij het onderzoek dusdanig onder indruk voelden, zodat zij zich ernstig in hun belangen voelen geschaad. Deze omstandigheid voeren zij ook aan in hun beroepschrift.

De wetgever heeft in de toelichting op art. 66 WMT aangegeven dat ondanks de niet-openbaarheid van het onderzoek de TSBM derden het onderzoek mag laten bijwonen als dat bijvoorbeeld nodig is i.v.m. de handhaving van de orde tijdens het onderzoek om in staat te kunnen zijn het onderzoek op behoorlijke wijze te houden. In haar uitspraak van 23-10-1992, MRT 1993, blz. 126 overwoog de militaire kamer dat het de commandant vrij staat om in verband met een mogelijke ordeverstoring derden tot het onderzoek toe te laten.

Was in onderhavige zaak nu sprake van een mogelijke ordeverstoring waardoor de TSBM had mogen besluiten de schooladjutant als derde toe te laten tot het onderzoek? M.i. is dit zeer de vraag. Hoe gebruikelijk het ook op betreffende onderdeel (School Q) is om beschuldigten voorafgaande aan het rapport eerst een gesprek te laten hebben met de schooladjutant, het blijft vreemd dat deze functionaris die fungeert als aanspreekpunt binnen de school en waarnemend voorzitter is van de leerlingenraad, die dus een bepaalde positie heeft t.o.v. de leerlingen in schoolverband, aanwezig is tijdens het tuchtproces waar de leerling zich als militair tegenover de commandant moet verantwoorden voor de schending van een gedragsregel i.h.k. van de WMT. In dit kader is het belangrijker dat de beschuldigten gebruik hebben gemaakt van hun rechten in het tuchtproces door zich door een vertrouwensman te laten vertegenwoordigen en te laten waken over hun belangen in het tuchtproces.

M.i. was het niet nodig om de schooladjutant toe te laten tot het onderzoek en zijn de gestraften hierdoor in hun belangen geschaad. Deze conclusie weegt zwaarder indien komt vast te staan dat deze adjudant zich voor en na het onderzoek heeft uitgelaten over de inhoudelijke onderwerpen tijdens de procedure.

- De gang van zaken rondom de gehele tuchtprocedure

. De schooladjutant heeft volgens de gestraften in hun beroepschrift vooraf aan het onderzoek aan de beschuldigten vragen gesteld over het feit waarvoor toen nog geen schriftelijke beschuldiging was uitgereikt. Als dat zo is zijn de gestraften in hun verdedi-

ging geschaad, omdat op dat moment het tuchtproces formeel nog niet was aangevangen. Deze omstandigheid is tijdens de behandeling van het beklag volgens de gestraften door hun vertrouwensman aangekaart, de beklagmeerdere heeft dit echter terzijde gelaten (“is onderwerp van klachtrecht”). In zijn toelichting worden de ‘uitlatingen’ van de adjudant door de beklagmeerdere in ieder geval niet ontkend. Hij had zich daarover moeten uitspreken, omdat het in de beklagprocedure door de vertrouwensman is aangevoerd. Mijns inziens zijn de gestraften hierdoor tijdens de beklagprocedure in hun belangen geschaad.

. Gestraften geven in hun beklagschrift aan dat na het onderzoek wederom een gesprek is gevoerd met de schooladjudant, waarbij hij herhaalde dat een raadsman nemen niet verstandig / niet nodig was. Als dat zo is, is deze handelwijze af te keuren.

. Na indiening van het beklag moesten gestraften zich melden bij de commandant. Ze meldden zich met hun vertrouwensman. Deze vroeg of het gesprek betrekking had op het beklag, dan wel de klacht. Volgens de commandant niet en deze stuurde de vertrouwensman weg. Vervolgens ging de commandant wel allerlei vragen stellen over het ingediende beklag. Als dat zo is, is de handelwijze van de commandant in deze af te keuren.

- “Dubbele bestraffing”

. Gestraften geven aan dat tijdens het onderzoek de TSBM de opdrachtgafom het ‘verslag’ gevoegd bij het rapport te herschrijven. Dit is inderdaad geen sanctie die mag worden gegeven in het kader van een tuchtprocedure.

. Rapporteur D had na de constatering dat latere gestraften hun opdracht niet (goed) hadden uitgevoerd hen de opdracht gegeven dat ze “een oplossing” moesten bedenken. Beiden gaven als mogelijke maatregelen aan: tot de zomervakantie niet meer stappen op donderdagavond, etc. Niet is duidelijk wat de latere rapporteur hiermee heeft gedaan. Wel dat hij uiteindelijk de betrokkenen heeft gerapporteerd aan de commandant.

Mijns inziens is het vreemd dat de meerdere constateert dat een opdracht niet of onvoldoende is uitgevoerd, vervolgens de betrokkenen de opdracht geeft om een “oplossing” aan te reiken en ze vervolgens op rapport zet. Zijn de dames nu als leerling (van de school), maar ook als militair (i.h.k. van de WMT) nu vanwege hetzelfde feit dubbel gestraft? M. i. is het zuiverden om voor één weg te kiezen: schending gedragsregel, beschuldiging en bestraffing conform WMT.

- Overige opmerkingen

. Op het beklagformulier staat bij rubriek 22 en 25 aangegeven: “conform straffenformulier”. Of dit conform de invulinstructie een vermelding in klare taal is, is zeer de vraag.

. Saillant detail is dat de rapporteur opperwachtmeester D in beklag is opgetreden als vertrouwensman van beide gestraften. Dezelfde persoon treedt tijdens de behandeling in beroep voor de Militaire kamer als vertrouwensman op.

- Oordeel

Gezien bovenstaande aspecten is de conclusie te rechtvaardigen dat de gestraften in en rondom de gehele tuchtprocedure op verscheidene elementen in hun belangen zijn geschaad. Door TSBM en beklagmeerdere zijn wezenlijke fouten gemaakt die de gestraften niet zijn aan te rekenen. M.i. dient de militaire kamer te overwegen om de uitspraak van de beklagmeerdere te vernietigen en de gestraften vrij te spreken.

Verdachte en haar vertrouwensman hebben het woord ter verdediging gevoerd.

De vertrouwensman van gestrafte heeft zich aangesloten bij de conclusie van de officier van justitie.

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

De motivering van de beslissing

De militaire kamer zal de verschillende door de gestrafte aangevoerde gronden van het beroep achtereenvolgens bespreken:

• De bevoegdheid van de beklagmeerdere

Uit het onderzoek op beroep is gebleken dat de commandant School Q Koninklijke Marechaussee aangewezen is als tot straffen bevoegde meerdere. Luitenant-kolonel A voert als commandant Opleidingsbedrijf in de organisatiestructuur bij OCKMar het bevel over onder andere School Q Koninklijke Marechaussee te ... en is ingevolge artikel 4 lid 2 van de Wet militair tuchtrecht te verstaan als beklagmeerdere in de onderhavige tuchtzaak en was derhalve bevoegd.

• Het meezenden van de door gestrafte ingediende klacht in verband met krenkende / onbillijke behandeling door de schooladjutant

Dit stuk is niet relevant voor de tuchtzaak, maar als een stuk zich eenmaal bij de processtukken bevindt, dan dient dit stuk daarvan gedurende het gehele tuchtproces, inclusief beklag en beroep, deel uit te maken. Aangezien deze klacht in de onderhavige tuchtzaak niet relevant was voor het tuchtproces is gestrafte naar het oordeel van de militaire kamer niet in haar verdediging geschaad.

• Het stellen van vragen door de schooladjutant op last van de commandant School Q voordat een beschuldiging is uitgereikt

Uit het onderzoek in beroep is niet aannemelijk geworden dat deze bevraging geschiedde op last van de tot straffen bevoegde meerderde (TSBM). Dit verweer wordt verworpen.

• De aanwezigheid van de schooladjutant bij het rapport

In beginsel heeft het tuchtproces in eerste aanleg (en overigens ook op beklag) niet in het openbaar plaats. De commandant is evenwel op grond van het bepaalde in artikel 66 van de Wet militair tuchtrecht bevoegd, indien hij zulks nodig oordeelt, te bepalen dat anderen toegang hebben tot het tuchtproces. De commandant heeft in haar aanvullend schrijven uiteengezet welke redenen voor haar aanwezig waren de schooladjutant toe te laten tot het tuchtproces. Gestrafte is naar het oordeel van de militaire kamer hierdoor niet geschaad in haar verdediging.

• Het doen herschrijven van het bij het rapport gevoegde verslag van gestrafte, waardoor de commandant een sanctie heeft opgelegd die niet in de wet staat

Uit het straffenformulier blijkt niet dat het herschrijven van het bij het rapport gevoegde verslag als sanctie is opgelegd. Er is dus geen sprake van het opleggen feit dat een niet in de Wet militair tuchtrecht toegestane straf.

• Het horen van gestrafte door de commandant na uitspraak tuchtproces in eerste aanleg en vóór aanvang van de behandeling van het beklag, waarbij de vertrouwensman niet aanwezigmocht zijn

Dat de commandant een gesprek met gestrafte heeft gevoerd over het doel van haar beklag, nadat gestrafte in beklag was gegaan en voordat de inhoudelijke behandeling van het beklag plaatsvond, is naar het oordeel van de militaire kamer onjuist geweest. De tuchtzaak is na de uitspraak in eerste aanleg voor de tot straffen bevoegde meerdere afgesloten en deze dient zich niet meer in te laten met het verdere verloop van het tuchtproces en zeker niet als dat tot doel zou hebben dat gestrafte zijn/haar beroep intrekt. Nu een en ander is voorgevallen in de periode tussen twee fases in het tuchtproces, behoefde een vertrouwensman daarbij niet aanwezig te zijn en nu gestrafte feitelijk haar beklag heeft doorgezeten kan niet gezegd worden dat gestrafte in haar verdediging is geschaad.

• De niet onverwijld toezending van de stukken betreffende het tuchtproces aan de beklagmeerdere

De aanbiedingsbrief is gedateerd 6 juni 2003 en de beklagmeerdere heeft de processtukken ontvangen op 17 juni 2003. Deze termijn, waarin zich twee weekeinden bevonden, is niet zodanig lang dat gesproken zou moeten worden van een “niet onverwijld toe-zending”. Er is naar het oordeel van de militaire kamer daarom geen termijn geschonden. Het dralen met inzending van stukken aan de beklagmeerdere is, gelet op de artikelen 80g en 80r van de Wet militair tuchtrecht, van invloed op de termijn die de beklagmeerdere heeft om het onderzoek op beklag te beginnen, en dit zal in beginsel een gestrafte niet meer schaden in de verdediging.

• ***Het niet duidelijk zijn op welke wettige benijsmiddelen de beklagmeerdere zijn uitspraak heeft gebaseerd.***

Uit het beklagformulier blijkt dat de beklagmeerdere aansluiting heeft gezocht bij de door de commandant gehanteerde bewijsmiddelen, te weten de verklaring van gestrafte en (een) geschrift(en), waaronder in ieder geval het aan de beschuldiging ten grondslag liggende rapport. Mitsdien is wel duidelijk op welke wettige bewijsmiddelen de beklagmeerdere zijn uitspraak heeft gebaseerd.

• ***De inzage in de processtukken:***

Uit het onderzoek in beroep is gebleken dat eerst bij aanvang van het onderzoek op beklag aan de beklagmeerdere om inzage is gevraagd. De beklagmeerdere constateerde dat men over dezelfde stukken beschikte gehoudens de aanbiedingsbrief van de tot straffen bevoegde meerdere. Deze heeft hij direct in afschrift verstrekt. Gestrafte is naar het oordeel van de militaire kamer hierdoor niet geschaad in haar verdediging.

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

Uit het beklagformulier blijkt dat als *datum en tijd voor het onderzoek op beklag* dezelfde datum is ingevuld als de datum waarop het onderzoek op beklag is gehouden, terwijl artikel 80h van de Wet militair tuchtrecht voorschrijft dat het onderzoek niet eerder aanvangt dan op de tweede dag na de dag waarop de oproeping aan gestrafte is uitgereikt.

Uit het onderzoek in beroep is, anders dan de officier van justitie heeft gesteld, evenwel gebleken dat gestrafte enkele dagen vóór de aanvang van het onderzoek op beklag is opgeroepen om met haar vertrouwensman op 27 juni 2003 te 08.30 uur aanwezig te zijn bij de behandeling van haar beklag.

Hieruit volgt dat de in artikel 80h van de Wet militair tuchtrecht voorgeschreven termijn niet is geschonden.

Uit het onderzoek in beroep is de militaire kamer gebleken dat gestrafte van de rapporteur een rapport heeft moeten schrijven betreffende de toedracht, dat dit rapport daarna bij het rapport van rapporteur is gevoegd en dat het rapport van gestrafte mede de basis vormde voor het uitreiken van de beschuldiging aan gestrafte. Deze handelwijze die ertoe heeft geleid dat de latere beschuldigde zich schriftelijk moest verantwoorden in een rapport waarop de beschuldiging is uitgereikt, holt naar het oordeel van de militaire kamer de waarborg die gelegen is in de cautie zodanig uit dat het toestaan van een dergelijke handelwijze artikel 67 van de Wet militair tuchtrecht vrijwel zinledig zou maken.

De militaire kamer is van oordeel dat de in artikel 67 van de Wet militair tuchtrecht voorgeschreven vorm door dit vormverzuim gestrafte zodanig in haar verdediging heeft geschaad dat de bestreden uitspraak moet worden vernietigd en gestrafte van de in de beschuldiging omschreven gedraging dient te worden vrijgesproken.

Gebleken is dat gestrafte de opgelegde straf van zeven keer één uur strafdienst heeft ondergaan. Op grond van artikel 98 van de Wet militair tuchtrecht juncto artikel 13 van het Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht zal in verband met de vrij-

spraak van gestrafte het geleden nadeel tengevolge van de reeds ondergane straf van strafdienst dienen te worden hersteld.

De militaire kamer zal, gezien alle omstandigheden bij deze tuchtzaak, deze compensatie vaststellen op vrije tijd voor de duur van zeven keer een halve werkdag.

Beslissing:

De militaire kamer, rechtdoende in beroep:

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

Bepaalt dat tot herstel van het door gestrafte geleden nadeel van tenuitvoerlegging van de straf van strafdienst compensatie zal plaatsvinden door vergoeding met vrije tijd voor de duur van **drie en een halve werkdag**.

NASCHRIFT

NB: Dat in deze zaak zo nu en dan het meervoud wordt gebruikt (gestraften, leerlingen) komt voort uit het feit dat het twee identieke tuchtprocedures betrof tegen twee verschillende militairen.

a. Een beklagschrift hoort te worden ingediend bij de commandant en niet bij de beklagmeerdere

De militaire kamer constateert dat het beklag tijdig is ingediend bij de beklagmeerdere. Dat is vreemd omdat de wet een indiening bij de commandant voorschrijft (art. 80b, eerste lid, WMT). Mogelijk dat hier van een verschrijving sprake is, want de gestrafte geeft zelf aan dat ze het beklagschrift bij de commandant heeft ingeleverd.

Indiening bij de commandant heeft een aantal voordelen boven het indienen bij de beklagmeerdere. Ten eerste is de commandant meestal voor de gestrafte¹⁾ beter bereikbaar. De commandant bevindt zich meestal op dezelfde locatie als de gestrafte, terwijl dat bij de beklagmeerdere vaak niet zo is. Ten tweede bevinden zich de stukken (het 'tuchtdossier' zie hierna onder b.) zich in het archief van de commandant en zo weet de commandant dat die moeten worden doorgestuurd naar de beklagmeerdere. Ten derde is het niet altijd duidelijk voor de gestrafte wie als beklagmeerdere moet worden aangemerkt (het is in deze zaak een van de discussiepunten) en zo blijft het de gestrafte bespaard dit eerst te moeten uitzoeken.

Bij wie moet nu een beklagschrift worden ingediend als na een uitreiking van de uitspraak de gestrafte wordt overgeplaatst? Art. 80b, eerste lid, WMT spreekt van 'bij de commandant' en niet van 'bij de strafoplegger'. De gestrafte voldoet aan deze bepaling door zijn beklagschrift in te dienen bij de nieuwe commandant. Deze zal als gevolg van de overplaatsing ook de beschikking hebben gekregen over het 'tuchtdossier' en dat moet naar de beklagmeerdere. Als dag van indiening zal gelden de dag waarop het beklagschrift is ontvangen door de nieuwe commandant. De militaire kamer heeft reeds in 1993 dit standpunt ingenomen in het geval van het indienen van een beroepsschrift.²⁾ Toen werd door de militaire kamer gesteld: "De rechtbank is van oordeel dat, nu beschuldigde reeds op 19 maart 1992 zijn beroepsschrift heeft ingediend bij de commandant van zijn nieuwe onderdeel, deze datum moet worden gezien als datum indiening en dat de nieuwe commandant er zorg voor had moeten dragen dat het beroepsschrift op de juiste plaats was terechtgekomen,

¹⁾ Voor 'gestrafte' hier en verderop te lezen 'gestrafte/schuldigverklaarde' omdat ook degene die schuldig is verklaard zonder dat er een straf is opgelegd in beklag kan gaan (zie art. 80a, tweede lid, WMT).

²⁾ ArrRb Arnhem 29 april 1993, MRT 1993, blz. 255.

zodat beschuldigde redelijkerwijs niet geacht kan worden in verzuim te zijn geweest.” Nu de beklagfase per 1 januari 2000 weer in het militair tuchtrecht is ingevoegd, waarbij de bepalingen over het indienen van het beklagschrift (art. 80c WMT) vrijwel gelijklopend zijn aan die over de indiening van een beroepsschrift (art. 82 WMT), is het niet onredelijk aan te nemen dat de militaire kamer ook zo zal oordelen als het een beklagschrift betreft.

b. Welke stukken maken deel uit van een tuchtprocedure?

In een tuchtprocedure kan men ook spreken van een ‘dossier’ dat - afhankelijk van de ingewikkeldheid van de zaak en het aantal fasen dat doorlopen wordt - heel beperkt tot vrij uitgebreid kan zijn. In de eenvoudigste vorm zal dat alleen het straffenformulier en uitspraakformulier zijn als er mondeling gerapporteerd is, maar meestal zal ook het rapport erbij zijn. Worden er vooronderzoeken gehouden dan komen ook de verklaringen die daar afgelegd zijn op schrift in dat dossier. Daarnaast komen alle stukken die aan de orde zijn geweest tot het dossier te behoren.

In deze zaak is een klacht wegens krenkende of onbillijke behandeling door de strafoplegger meegezonden naar de beklagmeerdere. Of die klacht terecht of niet in de procedure terecht is gekomen, doet er niet toe. Het stuk zit nu eenmaal in het dossier en moet volgens de militaire kamer dan ook tot en met het beroep erin blijven. Hoe kan anders in beroep getoetst worden of de beslissingen over dat stuk of met betrekking tot dat stuk in eerste aanleg of in beklag terecht zijn geweest?

c. De niet-openbaarheid van het tuchtproces in eerste aanleg en bij beklag

Zowel in eerste aanleg als in beklag is het onderzoek niet openbaar (art. 66, tweede lid en 80j, tweede lid, WMT). Bij de schriftelijke behandeling van het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet militair tuchtrecht werd in de memorie van toelichting³⁾ bij art. 66 WMT gesteld: De commandant bepaalt wie aanwezig moet zijn bij het onderzoek. Later in de memorie van antwoord⁴⁾ wordt op vragen geantwoord dat daarbij speciaal gedacht wordt aan de opvolger en de plaatsvervanger van de commandant in verband met hun eventuele latere betrokkenheid bij de zaak of uit oogpunt van het opdoen van ervaring op het terrein van het militair tuchtrecht. Bij de evaluatie waarbij het beklag weer in het tuchtrecht werd ingevoerd, is in de memorie van toelichting⁵⁾ bij art. 80j over de beklagmeerdere bij het onderzoek op beklag gezegd: Hij bepaalt wie daarbij aanwezig zijn.

De commandant bepaalt dus voor het onderzoek in eerste aanleg en de beklagmeerdere voor het onderzoek op beklag wie daarbij behalve de beschuldigde, de rapporteur, de getuigen of deskundigen aanwezig mogen zijn. Er moet dan wel een reden voor zijn zoals de training van de plaatsvervangend commandant die mogelijk als waarnemend commandant ook zelf tuchtprocessen moet gaan leiden of iemand ter handhaving van de orde⁶⁾ als er voorzien wordt dat het tuchtproces wel eens niet in kalmte zal gaan verlopen. Mogelijk zijn er nog andere redenen om iemand toe te laten - de wet of de kamerstukken zeggen er verder niets over - maar altijd zullen die redenen in een volgende fase (bklag of beroep) getoetst kunnen worden.

d. Voorzichtigheid met tussentijdse gesprekken bij een lopende tuchtprocedure

De tuchtprocedure in eerste aanleg en in de beklagfase kent veel formaliteiten en dat

³⁾ Kamerstukken II, 1980-1981, 16 813 (R 1165), nr. 5, blz. 36.

⁴⁾ Kamerstukken II, 1985-1986, 16 813 (R 1165), nr. 8, blz. 55.

⁵⁾ Kamerstukken II, 1996-1997, 25 454 (R 1595), nr. 3, blz. 28.

⁶⁾ ArrRb Arnhem, militaire kamer, 23 oktober 1992, MRT 1993, blz. 126, m.nt. C.

gaat dan vaak om waarborgen voor de beschuldigde. Gesprekken tussen de 'deelnemers' aan het tuchtproces (anders dan tussen beschuldigde en vertrouwensman) over de tuchtzaak buiten het onderzoek moeten dan ook vermeden worden om niet later het verweer te krijgen dat er is gehoord zonder cautie of zonder aanwezigheid van de vertrouwensman, of dat er geprobeerd is druk uit te oefenen, of dat getuigen zijn gehoord zonder dat de beschuldigde er bij was.

Wil de commandant of beklagmeerdere voorafgaande aan het onderzoek nog wat naders weten dan is daarvoor voorzien in de wet doordat er vooronderzoeken (art. 61 WMT voor de eerste aanleg en art. 80f WMT voor de beklagfase) mogelijk zijn (het 'doen horen') waarbij alle waarborgen geregeld zijn.

e. De doorzending van stukken

De commandant die na ontvangst van een beklagschrift talmt met de inzending van de stukken naar de beklagmeerdere zal daar eerder de beklagmeerdere dan de beschuldigde mee schaden. De beschuldigde krijgt meer tijd voor de voorbereiding van het verweer tijdens het onderzoek op beklag terwijl de tijd dat de stukken bij de commandant liggen af gaat van de tijd die de beklagmeerdere heeft voor de aanvang van het onderzoek op beklag. Art. 80g WMT bepaalt dat die beklagmeerdere uiterlijk op de dertigste dag na indiening van het beklag moet aanvangen met het onderzoek op beklag en die indiening is niet wanneer de stukken bij de beklagmeerdere aankomen, maar wanneer het beklagschrift bij de commandant wordt ingediend (art. 80b, eerste lid, WMT). Lukt het de beklagmeerdere niet om op uiterlijk de dertigste dag na indiening aan te vangen dan volgt zonder meer een vrijspraak (art. 80r, tweede lid, onder a, WMT).

f. Was er sprake van dubbele bestraffing?

De militaire kamer kijkt bij de vraag of er sprake is geweest van een dubbele bestraffing slechts naar het straffenformulier en constateert dat daarop niet het schrijven van het rapport als straf is opgelegd en dat er dus geen sprake is van een dubbele bestraffing.

Overigens kan bepaald gedrag van een militair wel degelijk verschillende reacties naast elkaar oproepen zonder dat er sprake is van dubbele bestraffing.

Als voorbeeld een militair die (te) vaak zijn spullen kwijtraakt. Het is dan heel goed mogelijk dat hij als hij weer eens wat is kwijtgeraakt daarvoor tuchtrechtelijk wordt gestraft, de schade veroorzaakt door de vermissing moet betalen en dat in zijn periodieke beoordeling zijn slordigheid wordt vermeld. Hier is dan driemaal gereageerd op hetzelfde gedrag en de militair zal dan ook vaak zeggen dat hij er drie keer voor 'gepakt' is. Toch is er geen sprake van (drie)dubbele bestraffing omdat de reacties gebaseerd zijn op verschillende wettelijke regelingen en verschillende doelen hebben.

De tuchtrechtelijke bestraffing heeft tot doel de interne orde te beschermen, betaling van het kwijtgeraakte heeft tot doel de vergoeding van de veroorzaakte schade en de vermelding in de beoordeling van slordig gedrag heeft tot doel de overheid inzicht te geven in de mogelijkheden (of onmogelijkheden) voor de carrière van betrokkene.

g. Omzeilen van de cautie leidt tot een vrijspraak

Het door de militair laten schrijven van een rapport over de toedracht van de zaak en daarna uitgaande van dat rapport de beschuldiging uitreiken, kan niet anders dan tot een vrijspraak leiden.

Een beschuldigde hoeft niet mee te werken aan de eigen veroordeling en dat wordt geconcretiseerd in de mededeling aan het begin van het onderzoek dat de beschuldigde

niet tot antwoorden verplicht is (art. 67 WMT voor het onderzoek in eerste aanleg en art. 80k WMT voor het onderzoek op beklag).

Deze mededeling (de cautie genoemd) wordt zinledig als de militair daarvoor eerst al verplicht is geweest alles op papier te zetten. De verdediging is daarmee geschaad en een vrijspraak is dan ook het gevolg.⁷⁾

J.R.G.J.

⁷⁾ Zie voor een vergelijkbaar geval: ArrRb Arnhem, militaire kamer, 13 juni 1995, MRT 1996, blz. 19, m.nt. N.J.

BESTUURSRECHTSPRAAK

Centrale Raad van Beroep

19 juni 2003

01/1157 MAW

Voorzitter: Mr. H.A.A.G. Vermeulen; leden: Mr. A. Beuker-Tilstra en Mr. K. Zeilemaker

De ingehouden buitenlandtoelage

Een in Duitsland geplaatste ongehuwde militair werd voor korte tijd uitgezonden naar het voormalig Joegoslavië. Gedurende de periode van uitzending werd de buitenlandtoelage die hij genoot, ingehouden. Toen hij verzocht deze inhouding ongedaan te maken, wees de Staatssecretaris van Defensie dit verzoek af. De militair stelde tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) afwijzing beroep in bij de rechtbank 's-Gravenhage: in twee zijns inziens vergelijkbare gevallen was inhouding (ook) achterwege gebleven. Toen de rechtbank het bestreden besluit vernietigde wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel en, met toepassing van artikel 8:72 lid 4 Awb, (zelf) bepaalde dat de militair alsnog in aanmerking werd gebracht voor de buitenlandtoelage, diende de staatssecretaris hoger beroep in: in de twee gevallen waarop de ongehuwde militair doelde, was een fout gemaakt; hieraan konden geen rechten worden ontleend. Zoals in onderstaande uitspraak valt te lezen, komt de Centrale Raad van Beroep tot de slotsom dat de staatssecretaris (alsnog) de gelegenheid moet worden geboden zijn stelling, dat in de twee bedoelde gevallen sprake is geweest van een fout, (beter) te onderbouwen. "Dat kan appellant onder meer doen door aan te tonen dat er naast gedaagde in de bewuste periode andere ongehuwde militairen zijn uitgezonden die eveneens hun buitenlandtoelage - terecht - zagen vervallen."

Vervolgens vernietigt de Raad het bestreden besluit wegens strijd met artikel 7:12 Awb (het motiveringsbeginsel); en niet wegens schending van het gelijkheidsbeginsel; een zodanige schending is nog niet vastgesteld.

(Gelijkheidsbeginsel; art. 7:12 Awb; art. 8:72 lid 4 Awb)

UITSPRAAK

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

I. Ontstaan en loop van het geding

Appellant heeft op de daartoe bij aanvullend beroepsschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 2 januari 2001, nr. AWB 00/02618 MAWKLU, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Gedaagde heeft een verweerschrift ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 15 mei 2003, waar namens appellant is verschenen mr. A.H. Beijer, werkzaam bij het Ministerie van Defensie. Gedaagde is in persoon verschenen, bijgestaan door mr. N.I. van Os.

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 is als in Duitsland geplaatste ongehuwde militair in 1997 voor enige tijd uitgezonden naar het voormalig Joegoslavië. Gedurende de periode van uitzending is zijn zogeheten buitenlandtoelage ingehouden. Bij besluit van 19 april 1999 heeft appellant het verzoek van gedaagde om alsnog in aanmerking te worden gebracht voor behoud van die toelage afgewezen, welk besluit na bezwaar is gehandhaafd bij besluit van 10 december 1999.

1.2. Het verzoek van gedaagde is ingegeven door het feit dat bij twee andere ongehuwde militairen, in Duitsland geplaatst bij een andere legerbasis dan gedaagde, bij uitzending de buitenlandtoelage in stand is gelaten. Appellant ontkent dat feit niet, maar heeft zich op het standpunt gesteld dat in die twee gevallen een fout is gemaakt, waaraan gedaagde geen rechten kan ontfen.

2. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank overwogen dat als gevolg van verschil van interpretatie van de geldende regelgeving veeleer sprake is geweest van een onjuiste toepassing in brede kring met een structureel karakter dan van een incidenteel gemaakte fout, zodat de ongelijke behandeling van gedaagde niet acceptabel werd geoordeeld. De rechtbank heeft het bestreden besluit vernietigd wegens schending van het gelijkheidsbeginsel en met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht het primaire besluit herroepen en - overwegende dat rechtens geen ander besluit mogelijk was - bepaald dat gedaagde alsnog in aanmerking wordt gebracht voor de buitenlandtoelage. De rechtbank heeft voorts bepalingen omtrent vergoeding van griffierecht en betaling van proceskosten gegeven.

3. In hoger beroep heeft appellant slechts betwist dat hij uit hoofde van het gelijkheidsbeginsel verplicht was gedaagde zijn buitenlandtoelage te laten behouden. Daartoe heeft appellant het standpunt ingenomen dat de rechtbank door te stellen dat niet is gebleken van andere in gelijke omstandigheden als gedaagde verkerende militairen aan wie in de bewuste periode de buitenlandtoelage is ingehouden, de bewijslast ten onrechte heeft omgedraaid. Appellant meent dat op gedaagde, die zich op het gelijkheidsbeginsel heeft beroepen, de plicht rust vergelijkbare gevallen aan te dragen. Gedaagde heeft geen andere vergelijkbare gevallen aangevoerd. Appellant behoeft zijns inziens niet aan te tonen dat er naast gedaagde andere militairen zijn uitgezonden in de bewuste periode bij wie de buitenlandtoelage eveneens is ingehouden. Appellant handhaaft zijn stelling dat in de genoemde twee gevallen sprake was van een fout.

4. De Raad kan zich niet met appellants stellingname omtrent de bewijslastverdeling verenigen. Hij stelt voorop dat gedaagde bij zijn beroep op het gelijkheidsbeginsel heeft voldaan aan de op hem rustende plicht concrete in essentie gelijke gevallen te noemen van

ongehuwde militairen, die anders zijn behandeld dan hij. Waar appellant niet betwist dat sprake is van twee gelijke gevallen maar stelt dat in die gevallen een - incidenteel gemaakte - fout is gemaakt, is het niet aan gedaagde om nóg meer vergelijkbare gevallen aan te dragen, doch moet appellant zijn stelling dat in de genoemde twee gevallen sprake is geweest van een fout onderbouwen. Dat kan appellant onder meer doen door aan te tonen dat er naast gedaagde in de bewuste periode andere ongehuwde militairen zijn uitgezonden die eveneens hun buitenlandtoelage - terecht - zagen vervallen. Daartoe is appellant des te meer gehouden nu de zich onder de gedingstukken bevindende brief van 27 oktober 1997 van de commandant Netherlands armed forces support agency Germany aan de commandanten van de vijf legerbases in Duitsland de indruk wekt dat er meer aan de hand is dan twee incidentele fouten en derhalve gedaagdes stelling lijkt te steunen.

5. Appellant heeft als gevolg van zijn onjuiste uitgangspunt tot nu toe geen poging gedaan een sluitende verklaring te geven voor het verschil in behandeling. Daarmee is nog niet vastgesteld dat appellant in strijd heeft gehandeld met het gelijkheidsbeginsel, zoals de rechtbank heeft geoordeeld, doch is het bestreden besluit in strijd met artikel 7:12 van de Algemene wet bestuursrecht genomen. Dit besluit komt om die reden voor vernietiging in aanmerking. Voor herroepen van het primaire besluit ziet de Raad echter geen grond, evenmin als voor het bij wijze van zelf voorzien bepalen dat gedaagde alsnog in aanmerking wordt gebracht voor de buitenlandtoelage. Gedaagde zal opnieuw op het bezwaarschrift moeten beslissen met in achtneming van hetgeen in deze - 's Raads - uitspraak is overwogen.

6. Nu een aantal onderdelen van de aangevallen uitspraak niet in stand kan blijven acht de Raad het voor de inzichtelijkheid geraden die uitspraak in haar geheel te vernietigen behoudens de daarin opgenomen bepalingen omtrent griffierecht en proceskosten. De Raad ziet voorts aanleiding appellant te veroordelen in gedaagdes proceskosten in hoger beroep ten bedrage van € 644,-, voor rechtsbijstand en € 140,40 aan reiskosten

Beslist wordt daarom als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,
RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak behoudens de daarin opgenomen bepalingen omtrent vergoeding van griffierecht en veroordeling tot betaling van proceskosten;

Verklaart het inleidend beroep van gedaagde gegrond;

Vernietigt het bestreden besluit;

Bepaalt dat appellant opnieuw op het bezwaar beslist met in achtneming van de overwegingen in deze uitspraak;

Veroordeelt appellant in de proceskosten van gedaagde in hoger beroep tot een bedrag van € 784,40, te betalen door de Staat der Nederlanden;

Bepaalt dat van de Staat der Nederlanden een griffierecht wordt geheven ten bedrage van € 348,-

NASCHRIFT

1. In deze zaak deed gedaagde (de ongehuwde militair) een beroep op het gelijkheidsbeginsel. Dit beginsel eist van bestuursorganen dat zij de evenwichtigheid bezitten om in gelijke gevallen een gelijke beslissing te nemen. Het beginsel houdt echter niet in dat ook gelijkheid moet worden betracht wanneer de beslissing in het andere geval onjuist is. Zie hieromtrent bijvoorbeeld CRvB 5 december 2002, MRT 2003, p. 233, m.nt. G.L.C.:

“Gedaagde kan immers in redelijkheid niet worden gehouden een eenmaal gemaakte fout te herhalen.”

2. Het gelijkheidsbeginsel gaat niet zo ver dat het bestuur niet van een eenmaal gekozen beleid zou mogen terugkomen. Het bestuur kan immers niet de bevoegdheid wordt ontzegd in het beleid dat het voert verandering te brengen. Dit geldt algemeen. Het geldt ook (het geldt zeker) indien het beleid, zoals in de onderhavige zaak wellicht het geval is, stoelt op een onjuiste uitleg van een bepaling van wettelijk voorschrift

G.L.C.

Rechtbank ‘s-Gravenhage
Sector bestuursrecht
Uitspraak van 3 december 2003
AWB 02/4918 MAWKLA

Tweede afdeling, enkelvoudige kamer: Mr. C.I. Blok-Bitter

De niet afgegeven verklaring van geen bezwaar

Aan een BBT-er was, toen hij als zodanig werd aangesteld, de mededeling gedaan dat het ten aanzien van hem ingestelde veiligheidsonderzoek nog niet was afgerond en dat hij, indien dit onderzoek negatief zou uitvallen, uit de dienst zou worden ontslagen. Enige tijd later berichtte de Staatssecretaris van Defensie de BBT-er dat hij, gelet op de uitkomst van het inmiddels afgeronde veiligheidsonderzoek, had besloten geen verklaring van geen bezwaar (als bedoeld in de Wet veiligheidsonderzoeken) af te geven. Kort hierna werd de BBT-er, bij besluit van de staatssecretaris van 19 april 2002, met ingang van 1 mei 2002 uit de dienst ontslagen. Toen de BBT-er tegen dit (na bezwaar gehandhaafde) besluit beroep instelde, verklaarde de rechtbank het beroep, voorzover het zag op het ontslag zelf, ongegrond. “Nu ten behoeve van eiser geen verklaring van geen bezwaar was afgegeven, diende verweerder de in strijd met artikel 5 lid 3 AMAR ontstane situatie te beëindigen”, aldus de rechtbank. De BBT-er was ontslagen met toepassing van (uiteindelijk) artikel 39 lid 2 onder j AMAR. Omtrent deze keuze overwoog de rechtbank: “Alhoewel ook een andere keuze denkbaar zou zijn geweest, acht de rechtbank het niet onjuist dat verweerder eiser, gelet op zijn strafrechtelijk verleden en zijn daaruit blijkende persoonlijkheid, een te groot risico acht om hem met een militaire functie te belasten en hem deswege ongeschikt acht.” Wel had verweerder - door het ontslag reeds per 1 mei 2002 te laten ingaan - in strijd gehandeld met artikel 47 lid 2 AMAR. “In zoverre is eisers beroep dan ook gegrond”, aldus de rechtbank.

(Art. 5 lid 3, art. 39 lid 2 onder j en art. 47 lid 2 AMAR)

UITSPRAAK

in het geding A., wonende te B. eiser, en de Staatssecretaris van Defensie, verweerder.

Ontstaan en loop van het geding

Aan eiser is op 18 juli 2001 medegedeeld dat hij met ingang van 6 augustus 2001 is aangesteld bij het beroepspersoneel voor een bepaalde tijd, in de stand van soldaat. Bij zijn

aanstelling is aan eiser tevens bericht dat het veiligheidsonderzoek nog niet is afgerond en dat hij derhalve, indien de uitslag van het veiligheidsonderzoek een beletsel vormt voor zijn aanstelling, zal worden ontslagen.

Bij brief van 20 december 2001 heeft verweerder eiser medegedeeld dat hij voornemens is de verklaring van geen bezwaar als bedoeld in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wet veiligheidsonderzoeken te weigeren.

Eiser heeft bij brief van 29 december 2001 zijn zienswijze gegeven.

Bij besluit van 20 maart 2002, door eiser zoals hij onweersproken heeft gesteld in januari 2000 ontvangen, heeft verweerder de verklaring van geen bezwaar als bedoeld in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wet veiligheidsonderzoeken geweigerd, omdat tijdens het veiligheidsonderzoek is gebleken dat eiser wegens het plegen van meerdere misdrijven waaronder inbraak en (winkel)diefstal is veroordeeld tot 200 uren onbetaalde arbeid ten algemene nutte in plaats van 6 maanden jeugd detentie onvoorwaardelijk en tot 6 maanden jeugd detentie voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaar met bijzondere voorwaarden.

Bij besluit van 19 april 2002 is aan eiser met ingang van 1 mei 2002 ontslag verleend met toepassing van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder n (misleiding bij indiensttreding), van het AMAR.

Tegen dat besluit heeft eiser bij brief van 15 mei 2002 een voorlopig bezwaarschrift ingediend, hetwelk hij op 22 mei 2002 heeft voorzien van gronden. Eiser is op 27 augustus 2002 omtrent zijn bezwaren gehoord door het Adviesorgaan Bestuursrechtelijke Geschillen Koninklijke Landmacht (ABGKL).

Bij besluit van 26 november 2002 heeft verweerder eisers bezwaarschrift van 15 mei 2002, overeenkomstig het advies van de ABGKL, ongegrond verklaard onder wijziging van de ontslaggrond. Aan eiser wordt ontslag verleend met toepassing van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder j (onbekwaamheid of ongeschiktheid), van het AMAR, met dien verstande dat in dit geval uitsluitend sprake is van ongeschiktheid.

Tegen dat besluit heeft eiser bij brief van 12 december 2002, ingekomen bij de rechtbank op 17 december 2002, beroep ingesteld.

Verweerder heeft de op de zaak betrekking hebbende stukken overgelegd en tevens bij brief van 26 maart 2003 een verweerschrift ingediend.

De zaak is op 12 november 2003 gevoegd met de zaak reg.nr AWB 03/580 MAWKLA ter zitting behandeld. Eiser is in persoon verschenen, bijgestaan door mr. N.I. van Os. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. J.S.K. Fortuin en mr. S.A. Molemans.

Motivering

Beoordeeld dient te worden of het besluit van 26 november 2002, waarbij verweerder het besluit van 19 april 2002 om eiser ontslag te verlenen onder aanpassing van de ontslaggrond heeft gehandhaafd, in rechte stand kan houden.

Toepasselijk recht

Ingevolge artikel 5, derde lid, van het Algemeen militair ambtenaren reglement (AMAR) kan de gegadigde alleen worden aangesteld als te 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.

Ingevolge artikel 39, tweede lid, aanhef en onder j, van het AMAR kan aan de militair

verder uitsluitend ontslag worden verleend wegens onbekwaamheid of ongeschiktheid voor de vervulling van zijn functie of voor de vervulling van functies binnen de groepen van functies, waarvoor hij is bestemd, wat de ongeschiktheid betreft, voor zover het bepaalde onder f of g niet toepasselijk is; een en ander onverminderd het bepaalde in artikel 43, eerste lid.

Ingevolge artikel 47, tweede lid, van het AMAR kan een ontslag op aanvraag anders dan tijdens de proeftijd en een ontslag om een van de redenen, genoemd in artikel 39, tweede lid onder c, d, e, f, g, en j, niet eerder ingaan dan nadat ten minste drie maanden zijn verstreken sedert het tijdstip waarop de aanvraag om ontslag is ingediend onderscheidenlijk de militair van de beslissing tot ontslagverlening schriftelijk in kennis is gesteld.

Standpunten van partijen

Eiser kan zich niet vinden in het bestreden besluit en voert daartoe onder andere – samengevat – aan dat verweerder naar zijn mening in deze niet heeft gehandeld zoals een zorgvuldige werkgever betaamt. Verweerder heeft naar zijn mening onder meer in strijd gehandeld met artikel 5 van het AMAR en met de algemene beginselen van behoorlijke bestuur, meer in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel alsmede het verbod van willekeur. Door eiser ten onrechte aan te stellen op grond van artikel 5, derde lid, van het AMAR heeft verweerder in strijd met het vertrouwensbeginsel gehandeld. De lange termijn tussen de aanstelling en het ontslag is in strijd met het zekerheidsbeginsel. Naar eisers mening mocht hij, doordat hij niet is ontheven van zijn opleiding nadat hij op de hoogte is gesteld van het voornemen de verklaring van geen bezwaar te weigeren, ervan uit gaan dat hij aangesteld zou blijven.

Verweerder stelt – samengevat – dat het bestreden besluit is gebaseerd op de weigering om een verklaring van geen bezwaar te verstrekken. Zonder de verklaring is het niet mogelijk om een functie als militair te vervullen aangezien het onvoldoende zeker is dat de functie onder alle omstandigheden getrouwelijk zal worden vervuld. Verweerder voert het beleid om militairen zonder een dergelijke verklaring geen functie te laten vervullen binnen zijn organisatie aangezien alle militaire functies binnen verweerders ministerie vertrouwensfuncties zijn. Dat verweerder zijn beleid strikt wenst te handhaven kan naar zijn mening niet worden gezien als strijdig met een redelijke uitoefening van zijn beleidsvrijheid. Er zijn naar verweerders oordeel in casu geen individuele omstandigheden op grond waarvan hij zich van de uitoefening van deze bevoegdheid had dienen te onthouden.

Eiser is aangesteld in strijd met de regel dat iemand alleen als militair kan worden aangesteld indien een veiligheidsverklaring is afgegeven. Hij is echter wel aangesteld onder voorbehoud van een positieve uitslag van het veiligheidsonderzoek. Hoewel een en ander niet overeenkomstig de regelgeving is, wordt deze procedure soms gevolgd, ingegeven door wervingsproblematiek en capaciteitsgebrek. Gelet op het feit dat de betrokken sollicitanten hiervan van tevoren in ondubbelzinnige bewoordingen op de hoogte worden gesteld, is er naar de mening van verweerder op dit punt geen sprake van strijd met het vertrouwensbeginsel of een ander algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Het feit dat eiser zijn justitieel verleden tijdens het aannamegesprek reeds naar voren heeft gebracht brengt niet met zich mee dat het strijdig is met het vertrouwensbeginsel om hem na verloop van tijd alsnog de verklaring van geen bezwaar te weigeren. Hoewel bij de personen belast met de werving van personeel en het uitvoeren van de keuringen het beleid ter zake van justitiele antecedenten bekend is, kunnen zij hieromtrent geen bindende uitspraken doen, aangezien er naast de feiten, altijd bijzondere omstandigheden een rol kunnen spe-

len. Deze worden beoordeeld tijdens het veiligheidsonderzoek. De verklaring van geen bezwaar is in het onderhavige geval geweigerd bij besluit van 20 maart 2002. Eiser is op 19 april 2002 ontheven uit de functie, derhalve binnen acht weken na het weigeren van de verklaring van geen bezwaar. Verweerder heeft daarmee gehandeld conform artikel 5, derde lid, van de Wvo, zodat er geen sprake is van strijd met het rechtszekerheidsbeginsel dan wel het vertrouwensbeginsel.

Oordeel

De rechtbank stelt vast dat verweerder heeft gehandeld in strijd met artikel 5, derde lid van het AMAR door eiser om pragmatische redenen aan te stellen terwijl nog geen verklaring als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder b, van de Wvo was afgegeven.

Bij uitspraak van deze rechtbank van heden is eisers beroep, gericht tegen het besluit waarbij de Minister van Defensie zijn weigering een verklaring van geen bezwaar af te geven heeft gehandhaafd, ongegrond verklaard. Nu ten behoeve van eiser geen verklaring van geen bezwaar was afgegeven, diende verweerder de in strijd met artikel 5, derde lid, van het AMAR ontstane situatie te beëindigen. Verweerder heeft hierin voorzien door eiser per 19 april 2002 uit zijn functie te ontheffen en hem bij het primaire besluit met ingang van 1 mei 2002 te ontslaan op grond van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder n, van het AMAR.

De rechtbank stelt voorop dat zij er begrip voor heeft dat eiser in bezwaar is gekomen tegen dit besluit. Deze ontslaggrond veronderstelt immers dat eiser verweerder bij zijn indienstreding zou hebben misleid door bij zijn aanmelding onjuiste gegevens te verstrekken of omstandigheden te verzwijgen, terwijl de juiste gegevens of omstandigheden de aanstelling zouden hebben belet. Verweerder heeft door eiser op deze grond te ontslaan onzorgvuldig gehandeld, nu eiser bij zijn aannamesgesprek over zijn strafrechtelijke veroordeling juist opening van zaken heeft gegeven.

Met het bestreden besluit van 26 november 2002 heeft verweerder deze onzorgvuldigheid evenwel hersteld door eisers ontslag niet meer te baseren op artikel 39, tweede lid, aanhef en onder n, van het, maar op artikel 39, tweede lid, aanhef en onder j, van het AMAR. De rechtbank overweegt in dit verband dat het, gegeven verweerders discretionaire bevoegdheid ter zake van ontslag, aan hem is om uit de diverse toepasselijke ontslaggronden een keuze te maken. Alhoewel ook een andere keuze denkbaar zou zijn geweest acht de rechtbank het niet onjuist dat verweerder eiser, gelet op zijn strafrechtelijk verleden en zijn daaruit blijkende persoonlijkheid, een te groot risico acht om hem met een militaire functie te belasten en hem deswege ongeschikt acht. Verweerder heeft hiermee een ontslaggrond gehanteerd die naar het oordeel van de rechtbank aansluit bij de onderhavige situatie. Van omstandigheden op grond waarvan verweerder ervan af had moeten zien om van zijn ontslagbevoegdheid gebruik te maken is de rechtbank niet gebleken.

In dit verband overweegt de rechtbank dat eiser naar haar oordeel geen gerechtvaardigd beroep kan doen op het vertrouwensbeginsel. In de aanstellingsbrief van 18 juli 2001 (kenmerk DWS/82.04.01.103) heeft verweerder onmiskenbaar een voorbehoud gemaakt bij eisers aanstelling. In de betreffende brief staat opgenomen: "Het veiligheidsonderzoek is nog niet afgerond. U kunt niettemin worden aangesteld, maar indien blijkt dat de uitslag een beletsel vormt voor een aanstelling, zult u worden ontslagen.". Onder deze omstandigheden kon en mocht eiser er ondanks de lange besluitvormingsduur niet op vertrouwen dat hij niet ontslagen zou kunnen worden.

Gelet op het vorenstaande dient het beroep, voor zover dat ziet op het ontslag zelfde,

ongegrond te worden verklaard. Echter, verweerder heeft bij de wijziging van de ontslaggrond het bepaalde in artikel 47, tweede lid, van het AMAR over het hoofd gezien. In dit artikellid is onder andere bepaald dat een ontslag om een van de redenen genoemd in artikel 39, tweede lid, onder c, d, e, f, g en j niet eerder ingaat dan nadat ten minste drie maanden zijn verstreken sedert het tijdstip waarop de militair van de beslissing tot ontslagverlening schriftelijk in kennis is gesteld. Dit betekent dat eiser ten onrechte met ingang van 1 mei 2002 is ontslagen. In zoverre is eisers beroep dan ook gegrond. Het bestreden besluit dient voor wat betreft de ingangsdatum van het ontslag te worden vernietigd.

De rechtbank is gebleken dat het primaire besluit van 19 april 2002 – met eisers instemming – niet conform artikel 50 van het AMAR in persoon is uitgereikt, maar naar zijn huisadres is verzonden. Onder deze omstandigheden gaat de rechtbank voor het bepalen van de door verweerder in acht te nemen opzegtermijn uit van de datum waarop eiser het besluit per post heeft ontvangen, te weten 20 april 2002. Verweerder kon eiser derhalve niet eerder ontslaan dan per 21 juli 2002. Dit betekent dat eiser door verweerder dient te worden behandeld als ware hij nog in dienst geweest tot laatstgenoemde datum.

De rechtbank ziet aanleiding toepassing te geven aan het bepaalde in artikel 8:72, vierde lid, van de Awb. Doende wat verweerder had moeten doen, verklaart de rechtbank eisers bezwaar op dit punt alsnog gegrond en bepaalt zij dat eiser recht heeft op salaris cum annexis over de periode van 1 mei 2002 tot en met 20 juli 2002. Daarnaast bepaalt zij dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het bestreden besluit.

De rechtbank acht termen aanwezig verweerder met toepassing van artikel 8:75 van de Awb te veroordelen in de door eiser in verband met de behandeling van dit beroep gemaakte kosten. Deze kosten zijn op voet van het bepaalde in het Besluit proceskosten bestuursrecht vastgesteld op € 644,-, te weten € 322,- voor het beroepschrift en € 322,- voor het verschijnen ter zitting bij een zaak van gemiddeld gewicht.

Beslissing

DE RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE,

RECHT DOENDE:

Verklaart, het beroep gegrond, voor zover bij het bestreden besluit van 26 november 2002 de ingangsdatum van het ontslag is bepaald op 1 mei 2002;

Vernietigt het bestreden besluit in zoverre;

Verklaart het beroep voor het overige ongegrond;

Herroept het primaire besluit;

Bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats van het vernietigde deel van het bestreden besluit treedt;

Bepaalt dat de Staat der Nederlanden (het Ministerie van Defensie) als rechtspersoon aan eiser het griffierecht, te weten € 109,-, vergoedt;

Veroordeelt verweerder in de proceskosten ten bedrage van € 644,-, welke kosten voormelde rechtspersoon aan eiser dient te vergoeden.

NASCHRIFT

1. 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 (als militair) 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 (hierna: Wvo) zijn aangevoerd.

2. In de onderhavige zaak was eiser aangesteld ondanks het ontbreken van een verklaring van geen bezwaar. Volgens vast beleid geschiedt in een zodanig geval aanstelling onder het voorbehoud van een positieve uitslag van het ingestelde veiligheidsonderzoek. “Hoewel een en ander niet overeenkomstig de regelgeving is, wordt deze procedure soms gevolgd, ingegeven door wervingsproblematiek en capaciteitsgebrek”, aldus verweerder. Wordt (uiteindelijk) afgifte van een verklaring van geen bezwaar geweigerd, dan volgt ontheffing uit de functie en ontslag uit de dienst. Ontheffing uit de functie is in overeenstemming met artikel 5 lid 3 Wvo. Deze bepaling luidt (voorzover in dit verband van belang): “Indien (...) ten aanzien van de betrokkene een verklaring is geweigerd, ontheft de werkgever de betrokkene zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen acht weken, uit de functie.” In aansluiting op artikel 5 lid 3 Wvo bepaalt artikel 12g lid 2 van de Militaire Ambtenarenwet 1931 (hierna: 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.” Merkwaardigerwijs wordt deze laatste bepaling in de onderhavige uitspraak in het geheel niet genoemd.

3. Aanvankelijk was eiser ontslagen met toepassing van artikel 39 lid 2 onder n AMAR, dus ter zake van misleiding bij indiensttreding. Omdat van misleiding in het onderhavige geval niet kon worden gesproken (eiser had van meet af aan open kaart gespeeld), wijzigde verweerder, op advies van het Adviesorgaan Bestuursrechtelijke Geschillen KL, de ontslaggrond in ongeschiktheid in de zin van artikel 39 lid 2 onder j AMAR. Over het hoofd werd echter gezien dat in geval van ontslag wegens ongeschiktheid - anders dan in geval van ontslag ter zake van misleiding bij indiensttreding - een opzegtermijn van drie maanden in acht dient te worden genomen. Dit is bepaald in artikel 47 lid 2 AMAR.

4. Volgens vaste jurisprudentie van de bestuursrechter is het tot ontslag bevoegde gezag, indien in een bepaald geval meer dan één ontslaggrond aanwezig is, in beginsel vrij in de keuze tussen deze gronden. Zie hieromtrent met name CRvB 16 april 1980, AB 1981, 385: “In geval van een dergelijke samenloop van ontslaggronden kan naar ‘s Raads oordeel aan een orgaan in beginsel niet de bevoegdheid worden ontzegd om de onderhavige - nu eenmaal in de ambtenarenreglementen voorkomende - bepaling te hanteren, ook indien tevens een andere grond tot ontslag voorhanden is.” In de onderhavige zaak kon de rechtbank zich in de door verweerder gemaakte keuze vinden, “alhoewel ook een andere keuze denkbaar zou zijn geweest”. In de onderhavige zaak lag onmiskenbaar het meest voor de hand eiser te ontslaan met toepassing van artikel 12g lid 2 MAW 1931. Indien voor ontslag op grond van deze bepaling zou zijn gekozen, zou geen opzegtermijn hebben gegolden.

5. Ten slotte zij vermeld dat eerder in dit tijdschrift een uitspraak is verschenen in een zaak waarbij een ten behoeve van een onderofficier verstrekte verklaring van geen bezwaar later werd ingetrokken. Zie Rechtbank Den Haag 14 mei 2002, MRT 2003, p. 102, m.nt. G.L.C.

G.L.C.

Centrale Raad van Beroep
Uitspraak van 22 januari 2004
02/471 MAW

Voorzitter: Mr. J.C.F. Talman; *leden:* Mr. T. Hoogenboom en Mr. M.S.E. Wulffraat-van Dijk.

De stap in het konijnenhol

Een dienstplichtig soldaat trapte tijdens een veldoefening in een konijnenhol. Hierbij verdraaide hij zijn knie. Toen hij de Staatssecretaris van Defensie aansprakelijk stelde voor de door hem geleden schade en een voorlopige vergoeding vorderde ten bedrage van f 10.000, wees de staatssecretaris dit verzoek af. De soldaat stelde tegen deze (na bezwaar gehandhaafde) afwijzing beroep in. De rechtbank verklaarde het beroep ongegrond. Zoals hieronder valt te lezen, bevestigt de Centrale Raad van Beroep de uitspraak van de rechtbank. De vraag of de staatssecretaris de op hem rustende zorgplicht in voldoende mate was nagekomen, beantwoordde de Raad bevestigend.

(Dienstoneval en schadevergoeding)

UITSpraak

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

I. Ontstaan en loop van het geding

Namens appellant is op de daartoe bij aanvullend beroepschrift, met bijlagen, aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 12 november 2001, nr. AWB 01/782 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift, met bijlagen, ingediend.

Het geding is behandeld ter zitting van 11 december 2003 waar appellant in persoon is verschenen, bijgestaan door mr. K. de Meij, advocaat te Eindhoven. Namens gedaagde is ter zitting verschenen mr. C.J. Gijzen, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

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

1.1. Appellant was sedert medio mei 1994 als dienstplichtig militair in militaire dienst. Op 28 oktober 1994 is appellant tijdens een veldoefening in een konijnenhol getrapt waarbij hij zijn knie heeft verdraaid. Gedaagde heeft dit ongeval aangemerkt als dienstoneval. Bij brief van 7 oktober 1999 heeft appellant gedaagde aansprakelijk gesteld voor schade door hem als gevolg van dit ongeval geleden en een voorlopig bedrag van f 10.000,- aan schadevergoeding gevorderd. Bij besluit van 27 juli 2000 heeft gedaagde het verzoek om toekenning van schadevergoeding afgewezen. Blijkens het na bezwaar genomen bestreden besluit van 18 januari 2001 heeft gedaagde geen aanleiding gezien het besluit van 27 juli 2000 te herroepen.

2. De rechtbank heeft het beroep van appellant tegen het besluit van 18 januari 2001 ongegrond verklaard.

3. De Raad overweegt als volgt.

3.1. Het bestreden besluit betreft de handhaving van een zuiver schadebesluit aangaande de schade die door de toen dienstplichtige militair beweerdelijk is geleden bij de uitoefening van de dienst. Partijen zijn het erover eens, en ook de Raad neemt als uitgangspunt, dat het besluit van gedaagde getoetst dient te worden aan de norm met betrekking tot gedaagdes zorgplicht, zoals bedoeld in de uitspraak van de Raad van 22 juni 2000, TAR 2000, 112, en voor dienstplichtige militairen in zijn uitspraak van bijvoorbeeld 3 oktober 2002, TAR 2003, 56. Tevens staat tussen partijen vast dat de schade die appelland is overkomen niet het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van appelland. Het geschil spitst zich daarmee toe op de vraag of gedaagde zijn verplichtingen is nagekomen de werkzaamheden 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 dienstplichtige militair in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.

3.2. Het onderhavige dienstongeval heeft plaatsgehad tijdens een veldoefening. Het betrof hier een normale oefening, behorend tot de gebruikelijke opleiding van dienstplichtigen. Zij vond plaats op een terrein waar natuurlijke oneffenheden zoals konijnenholen tot de normale, aan dienstplichtigen als appelland bekende, omstandigheden behoren. Het houden van een oefening waarbij de militairen zich dienen te verplaatsen op een dergelijk terrein brengt in beginsel geen verplichtingen voor gedaagde met zich mee waarvan de niet-nakoming een schending oplevert van de onder 3.1. vermelde norm. Dit zou anders kunnen zijn indien de betrokken militair uit medisch oogpunt niet zonder speciale voorzorgsmaatregelen aan een oefening als de onderhavige zou mogen meedoen.

3.3.1. Appellands standpunt dat zijn inzet bij de veldoefening reeds onverantwoord was vanwege op 25 september 1994 in het kader van zijn werkzaamheden opgelopen eerste en tweede graads brandwonden aan zijn rechteronderbeen volgt de Raad niet. De Raad wijst er daartoe op dat appelland ter zitting van de Raad heeft verklaard dat hij, nadat hij enige weken thuis was geweest om te herstellen van deze brandwonden, op 19 oktober 1994 door de bedrijfsarts daarvan hersteld is verklaard en dat hij tijdens de veldoefening in de gelegenheid is gesteld regelmatig te rusten om te voorkomen dat het been door zijn “kistje” opengeschuurd zou worden.

3.3.2. Appelland heeft voorts aangevoerd dat gedaagde onzorgvuldig heeft gehandeld door hem, appelland, zonder brace aan de veldoefening te laten deelnemen, nu van hem bekend was dat hij knieklachten had, normaal gesproken een brace droeg, terwijl hij toen niet beschikte over een brace. Die brace was namelijk stukgeknipt vanwege de brandwonden en appelland had nog niet de beschikking over een nieuwe brace.

3.3.3. De Raad overweegt hieromtrent dat gedaagde zich, met verwijzing naar zijn medisch adviseur, met recht op het standpunt heeft gesteld dat, gezien de aard van appellands knieklachten, geen medische indicatie voor het dragen van een brace bestond. De Raad neemt hierbij in aanmerking dat de orthopedisch chirurg van het Centraal Militair Hospitaal, naar wie appelland medio juli 1994 door zijn onderdeelarts vanwege knieklachten was verwezen, bij zijn onderzoek eind augustus 1994 geen objectiveerbare afwijkingen aan appellands knie heeft kunnen vaststellen. De Raad acht voorts van belang dat de chirurg, die appelland in november 1993 aan zijn knie heeft geopereerd, aan gedaagdes medisch adviseur had meegedeeld dat toen, behoudens een streng die werd gekliefd, aan de knie geen andere afwijkingen waren gevonden en dat appelland eind november weer alles met zijn knie mocht doen.

3.3.4. Gezien het vorenstaande is gedaagdes standpunt dat hij, door appelland zonder brace te laten deelnemen aan de veldoefening in oktober 1994, de op hem rustende zorg-

plicht niet heeft geschonden, genoegzaam onderbouwd.

4. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen houdt het bestreden besluit van 18 januari 2001 in rechte stand en dient de aangevallen uitspraak te worden bevestigd.

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

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. In de onderhavige zaak diende het bestreden besluit te worden getoetst aan de norm, door de Raad neergelegd in CRvB 22 juni 2000, TAR 2000, nr. 112; alsmede in bijvoorbeeld CRvB 18 april 2002, MRT 2003, p. 90, m.nt. G.L.C. Bedoelde norm luidt: 'Voorzover zulks niet reeds voortvloeit uit de op de ambtenaar van toepassing zijnde rechtspositionele voorschriften, heeft de ambtenaar recht op vergoeding van de schade die hij lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, tenzij het betrokken bestuursorgaan aantoont dat het zijn verplichtingen is nagekomen de werkzaamheden van de ambtenaar op zodanige wijze in te richten, alsmede voor het verrichten van die werkzaamheden zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de ambtenaar in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, of aantoont dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de ambtenaar.'

Bij de formulering van deze norm is door de Raad aansluiting gezocht bij het bepaalde in artikel 7:658 BW. Het eerste en tweede lid van dit artikel luiden:

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

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

2. In de onderhavige uitspraak is met name van belang de overweging dat de veldoefening, tijdens welke het dienstongeval plaatsvond, een normale oefening was, behorend tot de gebruikelijke opleiding van dienstplichtigen, plaatshebbend op een terrein waar oneffenheden als konijnenholen tot de normale omstandigheden behoren. 'Het houden van een oefening waarbij militairen zich dienen te verplaatsen op een dergelijke terrein brengt in beginsel geen verplichtingen voor gedaagde met zich mee waarvan de niet-nakoming een schending oplevert van de onder 3.1 vermelde norm', aldus de Raad.

3. Verwezen wordt in dit verband eveneens naar CRvB 18 april 2002, MRT 2003, p. 90, m.nt. G.L.C. (De sprong van de hindernisbaan).

G.L.C.

RESOLUTIES VEILIGHEIDSRaad VN

door

MAJOOR MR R.H.G. GILISSEN

Inleiding

De Veiligheidsraadresolutie die gaat over de terugkeer van Irak in de familie van onafhankelijke en soevereine staten zal in deze bijdrage begrijpelijkerwijs de meeste aandacht krijgen. Ten aanzien van Afghanistan, waar na Irak, vanaf september 2004 in het kader van ISAF (International Security Assistance Force) het aantal Nederlandse troepen het grootst zal zijn, heeft de Veiligheidsraad sinds maart 2004¹⁾ geen resolutie vastgesteld. Ook over Enduring Freedom, de internationale strijd tegen het terrorisme, waarin voor Nederland nog enkele militairen actief zijn, is recent geen resolutie uitgebracht. Over het conflict in het voormalig Joegoslavië is de afgelopen maanden wel een resolutie tot stand gekomen. Ten slotte ga ik kort in op de meest recente resoluties over de situatie in het Midden-Oosten.

Irak: SFIR (Stabilization Force Iraq)

In SFIR zijn 1418 Nederlandse militairen actief.²⁾ UNSCR 1546 d.d. 8 juni 2004 is de laatste en veruit belangrijkste resolutie die de afgelopen jaren over Irak tot stand is gekomen. Om het belang van de unaniem aangenomen UNSCR 1546 aan te tonen zal ik, voordat ik de tekst van de resolutie behandel, ingaan op enkele verklaringen van VN-ambassadeurs, zoals weergegeven in een persverklaring van de VN op die 8^{ste} juni 2004.³⁾ In de kop van die persverklaring onderschrijft de Veiligheidsraad de formatie van een soevereine interim-regering in Irak en verwelkomt zij het einde van de bezetting op 30 juni 2004 en democratische verkiezingen in januari 2005. Na algemene en samenvattende opmerkingen volgen verklaringen van verschillende VN-ambassadeurs, genoemd ‘*Explanations of Vote*’. De eerste verklaring is van John Negroponte, de VN-ambassadeur van de Verenigde Staten. Van belang daarbij is natuurlijk de speciale positie van de VS en de initiërende rol die zij ook hebben in het ontwerp van UNSCR 1546. De aanneming van de resolutie ziet de VS als een levendige demonstratie van brede internationale steun voor een federaal, democratisch, pluralistisch en verenigd Irak. Een formulering die in verband met UNSCR 1546 vaker en door meer landen wordt gebruikt. De VS stelt dat de tekst van de resolutie duidelijk maakt dat Irak’s soevereiniteit onvermengd en zuiver (‘*undiluted*’) zal zijn. En dat de Irakese regering de soevereine autoriteit zal hebben om assistentie te vragen of te weigeren, inclusief daar waar het betreft veiligheidszaken. De Irakese regering zou het laatste woord hebben ten aanzien van de aanwezigheid van de multinationale [vrede-]macht. Daarbij merkt de VS wel op dat de resolutie refereert aan de realiteit van de

¹⁾ UNSCR 1536 d.d. 26 maart 2004 is behandeld in MRT 2004 afl.6, p.301 e.v. Met betrekking tot ISAF merk ik op dat vanaf september 2004 een aanzienlijk gedeelte van de Nederlandse militairen gelegerd zal zijn in landen rondom Afghanistan.

²⁾ Hoewel het overgrote deel van de Nederlandse militairen werkzaam voor SFIR zich in Irak bevindt is een gedeelte elders werkzaam. Alle in deze bijdrage genoemde aantallen Nederlandse militairen gaan, indien niet anders genoemd, uit van de situatie d.d. 5 augustus 2004. Dit geldt tevens als de laatste datum waarop informatie ten grondslag liggende aan dit stuk, is geactualiseerd. Voor het meest actuele en complete overzicht van door Nederland uitgezonden militairen en de locaties waar zij zich bevinden verwijs ik naar: http://www.mindef.nl/missies/20040308_huidigeoperaties.html

³⁾ Press Release SC/8117 te vinden op <http://www.un.org/News/Press/docs/2004/sc8117.doc.htm>

huidige veiligheidssituatie en worden de huidige veiligheidsstructuren en mechanismen bevestigd. Ambassadeur Negroponte haalt aan dat President Bush heeft gezegd dat een vrij Irak de volledige steun verdient van de internationale gemeenschap. De VS sluit af met op te merken dat de constructieve dialoog die heeft geleid tot de unanieme aanvaarding van de Veiligheidsraadresolutie een versterkte wil tot samenwerking om tot een oplossing te komen aantoonde, leidende tot een democratisch, veilig en voortvarend Irak. Net als de VS gebruikt ook Groot-Brittannië de formulering van een federaal, democratisch, pluralistisch en verenigd Irak. Ambassadeur Jones Parry opent met de opmerking dat UNSCR 1546 *'marked a defining moment'* voor Irak. De resolutie markeert een cruciale fase in Irak's transitie naar een volwaardige democratie. Door de resolutie heeft de [interim-]regering de best mogelijke start gekregen. De [interim-]regering – zo gaat de Britse Ambassadeur verder – heeft hiermee Irak uit de bezetting geleid en zichzelf voor de Irakese bevolking bewezen door haar acties. De interim-regering, zo heeft de Secretaris-Generaal van de VN in een persverklaring⁴⁾ aangehaald, heeft namelijk geparticipeerd in de consultaties voordat over UNSCR 1546 is gestemd. De ambassadeur van Groot-Brittannië vervolgt zijn *'explanation of vote'* met de leidende rol die de VN op grond van deze resolutie krijgt in de opbouw van Irak. Anders dan de VS die stellen dat de Irakese regering het laatste woord zou hebben ten aanzien van de aanwezigheid van de multinationale [vredes-]macht, stelt GB dat *'the sovereign Government would be able to require a review of the force or its termination'*. Dit heeft mijns inziens een niet eens zo subtiel andere betekenis. De ambassadeur geeft daarop aan dat de relatie tussen de [vredes-]macht en de Irakese regering onmiskenbaar het meest complexe onderdeel van de onderhandelingen was. Waarom plaatst GB een dergelijke zin in de *'explanation of vote'*? Is dit om de Irakese [interim-]regering te beschermen tegen beschuldigingen dat zij hebben geaccepteerd dat voorlopig Irak zelf geen enkele zeggenschap heeft over de [vredes-]macht in Irak? Andere landen zien we in hun stemverklaring een andere dan bovenstaande toonzetting hanteren. Bijvoorbeeld Pakistan en Algerije prijzen veel meer de rol van de Speciale Adviseur voor de SGVN met betrekking tot het politieke transformatieproces, Lakdhar Brahimi. De ambassadeur van Algerije merkt op dat onveiligheid niet succesvol kan worden aangepakt met alleen militaire middelen. Hij steunt daarom de oproep van Brahimi aan de Irakese regering om contact te zoeken met (*'to reach out to'*) diegene die kritische geluiden hebben laten horen ten aanzien van het proces dat zich het afgelopen jaar heeft afgespeeld. Ook China, dat gelet op de enorme economische en ook militaire groei, waarschijnlijker politiek een (nog) grotere rol krijgt heeft een stemverklaring afgegeven. Deze begint met aan te geven dat *'today'* (de dag van de vaststelling van de resolutie) een belangrijke dag voor het Irakese volk en de VN was. UNSCR 1546 wordt gezien als mijlpaal en luidt een keerpunt in in het Irakese politieke proces. De Chinese ambassadeur benadrukt dat de tekst [van de resolutie] het gezag en “de heerschappij” (*'authority and rule'*) van de Veiligheidsraad versterkt. Vervolgens zegt de Chinese ambassadeur iets prachtigs. Hij zegt dat het Irakese volk ondernemend was, getalenteerd en briljante bijdragen aan de menselijke beschaving heeft geleverd, maar meer dan 10 jaar heeft het geleden onder oorlogen en onrust. De afgelopen 10 jaar is Irak het focuspunt van de Veiligheidsraad geweest, met meer dan 70 aangenomen resoluties, memoreert hij. Daarbij waren tijden van hechte samenwerking en grote verdeling. De Chinese ambassadeur was verheugd dat de Veiligheidsraad nu als één staat in antwoord op de verzoeken / noden (*'appeals'*) van het Irakese volk. De praktische insteek wordt niet vergeten met een verwijzing naar de natuurlijke hulpbronnen waar de

⁴⁾ <http://www.un.org/News/Press/docs/2004/sgsm9390.doc.htm>

Irakese bevolking zelf de volledige zeggenschap over dient te krijgen. De ambassadeur beëindigd de Chinese stemverklaring door aan te geven dat hetgeen vandaag gebeurde [de resolutie] een nieuw begin is voor zowel Irak als de Veiligheidsraad. Daarmee onderschrijft hij het bijzondere van deze resolutie nog eens. Frankrijk, het land dat in de aanloop tot UNSCR 1546 een bijzondere rol had en verscheidene eerdere versies van de resolutie heeft getorpedeerd, had een uitgebreide stemverklaring. Een brede behandeling zou hier te ver voeren. De ambassadeur van Frankrijk geeft aan dat Frankrijk, vanaf het begin van de eerste informele gesprekken in de Veiligheidsraad, het belang heeft benadrukt van het mandaat dat de Veiligheidsraad zou toevertrouwen aan de VN en het juridische kader voor acties van de multinationale [vrede-]macht. De Franse ambassadeur stelt dat de resolutie duidelijk maakt dat vanaf nu de Irakese strijdkrachten en veiligheidstroepen geen onderdeel zijn van de internationale [vrede-]macht. Zij staan uitsluitend onder gezag van de Irakese regering. De regering kan besluiten de Irakese strijdkrachten en veiligheidstroepen deel te laten nemen aan operaties van de internationale [vrede-]macht. Frankrijk heeft hierop aangedwongen om de soevereiniteit van de Irakese regering in de resolutie te laten weerspiegelen. Ten aanzien van de implementatie van het mandaat van de internationale [vrede-]macht, in het bijzonder de ‘*conditions of engagement*’ in het geval van ‘*sensitive offensive operations*’, stelt UNSCR 1546 dat de interim-regering en de [vrede-]macht tot een overeenkomst moeten komen. Maar, gaat de Franse ambassadeur verder, niet aangegeven is wat dient te gebeuren in het geval men het niet eens wordt. Daarom had Frankrijk de voorkeur voor een tekst die inhield dat de eindbeslissing in dat geval bij de Irakese regering zou liggen. Een opmerking die wellicht door sommigen wordt gezien als disloyaal. Blijft dat Frankrijk een valide punt aanhaalt. Duitsland, Rusland, Chili, Spanje, Brazilië, Roemenië, Angola, Benin en de Filippijnen geven allen een stemverklaring. Duitsland, in alle bescheidenheid, wijst daarbij op de verbeeldingsvolle en constructieve aanpak via de Frans-Duitse amendementen. Rusland memoreert aan de noodzaak voor alle partijen zich te houden aan de internationale humanitaire normen. Spanje sprak de (niet uitgekomen) wens uit dat de VN de militaire leiderschapsrol hadden gekregen gedurende de transitiefase. Roemenië merkt op dat zij geen delegatie kent die niet met ideeën en voorstellen om de tekst te verbeteren is gekomen en de Filippijnse ambassadeur gaf aan dat hij verheugd was dat hij deel heeft uitgemaakt van de onderhandelingen die hebben geleid tot de historische tekst; een gevoel dat alle landen in hun teksten hebben verwoord.

De tekst van de resolutie zelf zal ik summier behandelen; ongetwijfeld zullen anderen over deze tekst nog veelvuldig schrijven. De inleidende bepalingen van UNSCR 1546 beginnen met het verwelkomen van een nieuwe fase in Irak’s transitie naar een democratisch gekozen regering. De Veiligheidsraad kijkt vooruit naar het einde van de bezetting en de start van de totaal soevereine en onafhankelijke interim-regering van Irak op 30 juni 2004. Vervolgens bevestigt de Veiligheidsraad het recht van het Irakese volk vrij haar politieke toekomst te bepalen en controle te hebben over haar natuurlijke hulpbronnen. Om voor de hand liggende redenen wordt vaak naar deze natuurlijke hulpbronnen verwezen. In de inleidende bepalingen wijst de Veiligheidsraad op de noodzaak voor alle partijen van de bescherming van Irak’s archeologisch, historisch, cultureel en religieus erfgoed. Waarna gewezen wordt op het belang van *the rule of law* en nationale verzoening. De uitgebreide inleidende bepalingen worden afgesloten met een verwijzing naar hoofdstuk VII van het Handvest van de VN. Ondanks de juridische noodzaak van deze verwijzing komt een refereren aan hoofdstuk VII, dus peace-enforcement, het afdwingen van de vrede, na

het lezen van de mooie stemverklaringen, enigszins vreemd over. De eerste bepaling van UNSCR 1546 geeft aan dat de soevereine regering [van Irak] die op 30 juni 2004 aanvangt geen acties dient te nemen die effect hebben op de toekomst van Irak na de interim-periode die eindigt wanneer een gekozen *Transitional Government* gaat regeren. Deze overgangsregering is voorzien in de vierde bepaling van de resolutie. Daarin wordt steun uitgesproken voor het voorgestelde tijdspad voor Irak's politieke transformatie naar een democratisch regering. De eerste stap daarin is de formatie van de soevereine *Interim Government* die op 30 juni 2004 aanvangt. Daarna zal deze een '*national conference*' organiseren, waarin de diversiteit van de Irakese samenleving tot uiting komt. Vervolgens dienen op 31 december 2004 democratische verkiezingen te worden gehouden voor een '*Transitional National Assembly*'. Indien 31 december niet haalbaar is dienen de verkiezingen uiterlijk op 31 januari 2005 plaats te vinden. Dit parlement zal verantwoordelijk zijn voor de vorming van de *Transitional Government*. Tevens stelt de vierde bepaling dat dit parlement een grondwet ('*permanent constitution*') dient op te stellen leidende tot een constitutioneel gekozen regering op 31 december 2005. In de zevende bepaling van UNSCR 1546 worden de taken en de rollen aangegeven van de *Special Representative* van de SGVN en de *United Nations Assistance Mission for Iraq* (UNAMI). De negende bepaling merkt op dat de aanwezigheid in Irak van de internationale [vredes-]macht op verzoek van de startende *Interim Government* is. Daarbij autoriseert de Veiligheidsraad nogmaals deze vredesmacht en verwijst daarbij naar UNSCR 1511 en de brieven van de *Prime Minister* van de *Interim Government* Dr. Ayad Allawi en Colin Powell (*US Secretary of State*) die als annex bij UNSCR 1546 zijn gevoegd.⁵⁾ In de elfde bepaling is het punt weergegeven ten aanzien waarvan Frankrijk in haar hiervoor aangehaalde stemverklaring haar zorg heeft uitgesproken. Deze zorg betreft de verhouding tussen de interim-regering en de [vredes-]macht. Beide dienen tot een overeenkomst te komen ten aanzien van de implementatie van het mandaat van de internationale [vredes-]macht en in het bijzonder de '*conditions of engagement*' in het geval van '*sensitive offensive operations*'. Wat men onder dit laatste dient te verstaan is niet duidelijk. Zoals de Franse ambassadeur opmerkte is niet aangegeven wat dient te gebeuren in het geval men het niet eens wordt. Het mandaat van de internationale [vredes-]macht zal hernieuwd bezien worden op verzoek van '*the Government of Iraq*' of na twaalf maanden. Dit mandaat verloopt na afronding van het politieke proces dat in de vierde bepaling [zie hiervoor] is beschreven of nadat hierom gevraagd wordt door '*the Government of Iraq*'. Het programma dat regelt wat dient te gebeuren met de opbrengsten van de export van olie en gas en het '*Oil-for-Food Programme*' komen ook in UNSCR 1546 terug. Tevens wordt de SGVN gevraagd ieder kwartaal te rapporteren omtrent de voortgang van de verkiezingen en het functioneren van UNAMI. De VS worden gevraagd namens de internationale [vredes-]macht ieder kwartaal te rapporteren omtrent de inzet en de voortgang van deze vredesmacht.

In de inleiding van deze bijdrage heb ik geschreven dat deze Veiligheidsraadresolutie gaat over de terugkeer van Irak in de familie van onafhankelijke en soevereine staten. Deze formulering is een vertaling van een gedeelte van de eerder aangehaalde persverklaring van de SGVN⁶⁾. In verband met UNSCR 1546 heeft Brahimi, de reeds genoemde

⁵⁾ In brief van Dr. Allawi vraagt hij om de steun van de internationale gemeenschap en verzoekt hij, met het oog op de essentiële veiligheid en stabiliteit, een [deze] nieuwe resolutie over het mandaat van de internationale [vredes-]macht. De brief van Colin Powell heeft ook de samenwerking van deze vredesmacht met de *Interim Government* tot onderwerp. Tevens geeft Powell aan dat ook na 30 juni 2004 staten die deelnemen aan deze vredesmacht, jurisdictie over hun troepen dienen te behouden.

⁶⁾ Zie noot 4.

Speciale Adviseur voor de SGVN met betrekking tot het politieke transformatieproces, op 7 juni 2004 de Veiligheidsraad geïnformeerd. Aan het eind van zijn betoog stelt Brahimi vast dat het feit blijft dat noch de *Interim Government* noch de *National Council* die naar verwachting wordt gekozen door de *National Conference* [normaal] gekozen lichamen [van de staat] zijn. Slechts een gekozen regering en een gekozen wetgevende macht kunnen legitiem claimen Irak te vertegenwoordigen. Derhalve is een volwaardig lidmaatschap van de familie van onafhankelijke en soevereine staten nog geen realiteit. Toch, hoewel ook de recente gebeurtenissen in Irak tot scepsis en cynisme kunnen leiden, is het totstandkomingsproces van UNSCR 1546, zoals blijkt uit de persverklaring van de VN op die 8^{ste} juni, zo uniek, dat het niet anders kan dan dat UNSCR 1546 positief stemt.

Bosnie-Herzegovina: SFOR (Stabilization Force)

Voor Nederland zijn nu nog 446 militairen in Bosnië actief. Met UNSCR 1551 d.d. 9 juli 2004 stelt de Veiligheidsraad vast dat de situatie in de regio een bedreiging voor de internationale vrede en veiligheid blijft vormen. Ook nu, bijna 10 jaar na het Vredesverdrag van Dayton, en bijna 10 jaar SFOR, is dat dus nog de situatie. Toch is duidelijk dat wezenlijke voortgang tot stand is gebracht. UNSCR 1551 luidt een nieuwe fase in naar een normalisatie van de betrekkingen tussen de verschillende landen in het voormalige Joegoslavië. Refererend aan de NAVO-top te Istanbul op 28 juni 2004 neemt de Veiligheidsraad kennis van de intentie van de NAVO om SFOR eind 2004 af te ronden. Vervolgens memoreert de resolutie aan de intentie van de Europese Unie om vanaf december 2004 een EU-missie, inclusief een militaire component, in Bosnië-Herzegovina op te starten. Na hoofdstuk VII van het Handvest van de VN als legitimatie aan te halen worden de partijen opgeroepen hun verplichtingen voortvloeiend uit het Dayton-vredesverdrag strikt na te komen. De gezagsdragers ('authorities') in Bosnië-Herzegovina (en niet Kroatië) worden vervolgens gewezen op de primaire verantwoordelijkheid die bij hen ligt voor de implementatie van de Dayton-akkoorden. Net als in eerdere resoluties volgt een oproep medewerking aan het ICTY (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia) te verlenen. Opvallend is ten aanzien van dit punt dat Kroatië, in tegenstelling tot bijvoorbeeld in UNSCR 1534, niet wordt genoemd. Men richt zich voor wat betreft het ICTY uitdrukkelijk tot Bosnië-Herzegovina en niet bijvoorbeeld tot 'the parties'. Iets dat de Veiligheidsraad aangaande de (algemene) verplichtingen voortvloeiend uit het Dayton-vredesverdrag dus wel doet. In de gehele UNSCR 1551 wordt Kroatië niet één keer expliciet genoemd. Het zou reëel zijn daar positieve conclusies aan te verbinden. Wellicht om niet te optimistische verwachtingen te wekken verduidelijkt de Veiligheidsraad dat op grond van Annex 10 van het Dayton-vredesverdrag de 'High Representative' [de hoogste vertegenwoordiger van de SGVN] in 'theatre' de hoogste autoriteit is ten aanzien van de implementatie van het Dayton-vredesverdrag. En dat deze bindende besluiten kan nemen als hij dat nodig acht. Deze verduidelijking zal niet zonder reden zijn. Om voor mij onbekende redenen volgen daarna twee opvallende bepalingen. De eerste bepaling wijdt de Veiligheidsraad aan het autoriseren van (de deelnemende landen in) SFOR om alle nodige maatregelen te nemen in het afdwingen van de regels en procedures zoals Commandant SFOR deze heeft vastgesteld ten aanzien van 'command and control of airspace over Bosnia and Herzegovina with respect to all civilian and military air traffic'. Ongetwijfeld zijn er ook hier redenen waarom deze naar mijn mening al bestaande autorisatie moet worden benadrukt. In de tweede bepaling worden de gezagsdragers in Bosnië-Herzegovina opgeroepen de Commandant SFOR te helpen bij 'the effective management of the airports of Bosnia and Herzegovina'. Het lijkt erop dat het luchtverkeer in Bosnië-Herzegovina

nog niet optimaal is. Aan hetgeen in het Dayton-vredesverdrag over de ‘*status of forces*’ (de rechtspositie van de militairen die aan SFOR deelnemen) is bepaald wordt ook herinnerd. Voor de militairen die gaan deelnemen aan de hiervoor aangekondigde EU-missie zal voorlopig een zelfde status gelden. Met een verlenging van het (volledige) mandaat van SFOR voor 6 maanden benadrukt de Veiligheidsraad haar intentie het Dayton-vredesverdrag ten uitvoer te brengen.

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

In het Midden-Oosten zijn 39 Nederlandse militairen ingezet. UNSCR 1544, 1550 en 1553 gaan over de situatie in het Midden-Oosten. **UNSCR 1544** d.d. 19 mei 2004 is een beknopte en expliciete tekst. Het internetadres (meestal genoemd: ‘*de site*’) waar alle Veiligheidsresoluties te vinden zijn⁷⁾ vermeldt als onderwerp van deze resolutie: ‘*The situation in the Middle East, including the Palestinian question*’ Lezing van UNSCR 1544 levert echter een ander beeld op. Als we de inleidende bepalingen bij de daadwerkelijke vijf bepalingen waaruit de resolutie bestaat optellen, zien we dat zeven bepalingen zich tot Israël richten. Slechts één bepaling richt zich tot ‘*the Palistinian Authority and the Government of Israel*’. In deze bepaling worden beide – net als in één andere bepaling waar van ‘*both parties*’ wordt gesproken – opgeroepen hun verplichtingen na te komen aangaande de ‘Roadmap to a Permanent Two-State Solution to the Israeli-Palestinian Conflict’ (de ‘Roadmap to peace’⁸⁾). In een van de zeven bepalingen die zich tot Israël richten wordt Israël herinnerd aan de juridische verplichtingen die zij als bezettende macht heeft op grond van de Vierde Geneefse Conventie, die handelt over de bescherming van burgers in tijd van oorlog. De Veiligheidsraad veroordeelt expliciet het doden van Palestijnse burgers in Rafah. Tevens stelt de Veiligheidsraad haar grote verontrusting vast ten aanzien van de vernietiging van huizen door Israël, de bezetter, in Rafah. In de eerste echte bepaling van deze resolutie wordt dit nog eens herhaald en wordt bepaald dat dit vernietigen van huizen ingaat tegen internationaal humanitair recht. Ook wordt Israël expliciet opgeroepen bij het creëren van veiligheid binnen de grenzen van het internationale recht te blijven⁹⁾. Het op de VN-site omschrijven van het onderwerp van UNSCR 1544 met ‘*The situation in the Middle East, including the Palestinian question*’ lijkt taalkundig niet erg accuraat. **UNSCR 1550** d.d. 29 juni 2004 verlengt het mandaat voor de United Nations Disengagement Observer Force voor zes maanden. Partijen worden opgeroepen om onmiddellijk UNSCR 338 (d.d. 22 oktober 1973) uit te voeren. Tevens verzoekt de Veiligheidsraad de SGVN aan het eind van de zes maanden mandaatverlenging een rapport uit te brengen over de ontwikkelingen en de maatregelen die zijn genomen om UNSCR 338 te implementeren.

UNSCR 1553 d.d. 29 juli 2004 handelt specifiek over Libanon. De Veiligheidsraad spreekt haar zorg uit over de spanningen en het potentieel van escalatie, zoals de SGVN dat in een recent rapport¹⁰⁾ heeft aangegeven. Het mandaat van UNIFIL (United Nations Interim Force In Libanon), waar veel Nederlandse militairen in hebben gediend, wordt met deze resolutie voor een periode van 6 maanden verlengd. De Veiligheidsraad benadrukt

⁷⁾ <http://www.un.org/Docs/sc/unscreolutions04.html>

⁸⁾ Zie voor meer hierover het rapport van de Secretaris-Generaal van de VN: S/2003/529

⁹⁾ Nog explicieter is bijvoorbeeld UNSCR 337 d.d. 15 augustus 1973 over ‘...*the hijacking, by the Israeli air force, of a Lebanese civilian airliner on lease to Iraqi Airways*’. In plaats van de taal in UNSCR 1544 ‘*Calls on Israel to respect...*’ begint de eerste bepaling in UNSCR 337 met ‘*Condemns the Government of Israel for violating...*’.

¹⁰⁾ Rapport van de Secretaris-Generaal van de VN: S/2004/572 (d.d. 21 juli 2004)

haar krachtige steun voor de territoriale integriteit, soevereiniteit en politieke onafhankelijkheid van Libanon, binnen internationaal erkende grenzen. De resolutie wordt afgesloten met een verwijzing naar UNSCR 242 uit 1967 en de hierboven al aangehaalde UNSCR 338 uit 1973.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Boeken en tijdschriften

Boekbespreking

Georg Nolte (ed.), European Military Law Systems, Berlin, 2003 (De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, ISBN 3-89949-031-2)

In 2000 besloot het Duitse ministerie van Defensie een studie te laten uitvoeren naar verschillende 'European systems of military law'. Deze rechtsvergelijkende studie is uitgevoerd door prof. Georg Nolte en dr. Heike Krieger, beiden werkzaam aan de Universiteit van Göttingen, met de hulp van collega's uit een negental andere Europese landen.

De studie bevat in de eerste plaats een General Report dat een overzicht geeft van negen verschillende *military law systems*. Dit deel is overigens reeds in 2002 uitgegeven: G. Nolte und H. Krieger, *Europäische Wehrrechtssysteme*, Baden-Baden, 2002. De totale studie omvat een vergelijking van het militair recht in België, Denemarken, Duitsland, Italië, Luxemburg, Nederland, Polen, Spanje en Groot-Brittannië. De Nederlandse bijdrage is verzorgd door dr. L.F.M. Besselink van de Universiteit Utrecht.

Het is een volumineus boek geworden: het General Report 'Comparison of European Military Law Systems' telt 160 bladzijden, de nationale beschouwingen gemiddeld bijna 80 bladzijden. Met nog een bijdrage over 'Integrated Bi- and Multinational Military Units in Europe' en een samenvatting met aanbevelingen telt het boek meer dan 900 bladzijden.

De nationale bijdragen en het General Report zijn volgens een vast patroon geordend:

- Historical and Political Background of the Military Law System,
- Basic Rules Concerning the Use of Armed Forces,
- Constitutional Powers,
- Structure of the Armed Forces,
- Soldiers' Rights and Duties,
- Relationship of the Superior to Subordinate Personnel,
- Sanctions (Disciplinary Law / Military Criminal Law),
- Regulations Governing Guard Duties,
- Legal Reforms with Respect to Multinational Operations and Structures,
- Selected Bibliography.

In het General Report en in de nationale bijdragen wordt naar verhouding veel aandacht besteed aan het (grond-)wettelijk kader voor de krijgsmacht, waaronder ook de taken van de krijgsmacht en het gezag over de krijgsmacht. Daarnaast worden de parlementaire betrokkenheid bij de inzet van de strijdkrachten en de positie van het *military leadership* (*Chief of Defence*) meestal uitgebreid behandeld. Ook aan de uitoefening van grondrechten door militairen wordt de nodige aandacht gegeven.

Slechts beperkt komen juridische aspecten van internationale samenwerking en internatio-

nale operaties aan bod. Zo ontbreken ook beschouwingen over stationeringsaangelegenheden (statusovereenkomsten), *Rules of Engagement* en over het gebruik van geweld door militairen.

Hoe dat zij, deze rechtsvergelijkende studie geeft een uitgebreid overzicht van vele facetten van *military law* in tien Europese landen.

Mr. G.F. Walgemoed

Kort impressie van de tweeweekse cursus Law of Armed Conflict (LOAC) te Ankara, Turkije

Van 16 tot en met 17 februari 2004 vond de cursus *law of armed conflict* plaats in het Turkse *Partnership for Peace* training centrum in Ankara, Turkije plaats. Aangezien deze cursus weinig bekendheid geniet, hieronder een korte impressie.

Partnership for Peace (PfP)

Sinds de NAVO top in Brussel in 1994 bestaat het *Partnership for Peace* (PfP) concept, waarin een groep niet-NAVO landen uit overwegend Midden-Aziatische en Oost-Europese landen¹⁾ zich tezamen met NAVO-leden inspannen om in praktisch verband met elkaar samen te werken op het gebied van vrede en veiligheid. Een aantal PfP-landen en NAVO leden hebben daartoe trainingscentra opgericht waarin verschillende cursussen en trainingen worden aangeboden²⁾. Een van de cursussen betreft de cursus humanitair oorlogsrecht (HOR) die wordt gegeven in het Turkse PfP *trainingcenter* te Ankara dat in 1998 is opgericht en een jaar later officieel is erkend door de NAVO. De cursus, die met steun van het ICRC³⁾ is opgezet, werd ditmaal voor de vijfde keer gedraaid.

Cursusinhoud en opzet

De cursus bestaat uit twee weken en is opgedeeld in twee delen. In de eerste week wordt aandacht besteed aan de basisbeginselen en kennis van het HOR. Naast de sprekers van de juridische afdeling van de Turkse Generale Staf (TGS) worden er sprekers uit diverse landen en IO's en NGO's uitgenodigd zoals het UNHCR⁴⁾ en het ICRC om specifieke aspecten van de toepassing van het HOR aan de orde te laten komen. De tweede week bestaat uit syndicaat-sessies om diverse probleemstellingen en *case studies* bij de toepassing van het HOR te belichten. Het geheel wordt afgesloten met een dag 'veldoefening' waarbij de Turkse strijdkrachten in een aantal demonstraties laten zien hoe het HOR in veldtrainingen kan worden geïntegreerd.

Relatief veel aandacht wordt er besteed aan het HOR tijdens *non-international armed conflicts* waarbij onder meer het tweede Aanvullende Protocol bij de Conventies van Genève onder de aandacht wordt gebracht. In dit verband werd onder meer aandacht besteed aan de gehanteerde terminologie die verschilt tussen internationale en niet-internationale conflicten. Zo worden de termen *combattant* en *prisoner of war* (POW) niet gebruikt

¹⁾ (Eng. spelling) Albania, Armenia, Austria, Azerbaijan, Belarus, Bulgaria, Croatia, Czech Republic, Estonia, Finland, Georgia, Ireland, Kazakhstan, Kyrgyz, Republic Latvia, Lithuania, Moldova, Romania, Russia, Slovakia, Slovenia, Sweden, Switzerland, Tajikistan, The Former Yugoslav Republic of Macedonia, Turkmenistan, Ukraine, Uzbekistan.

²⁾ Oekraïne, Oostenrijk, Zweden, Roemenië, Zwitserland, Slovenië, Griekenland en Finland.

³⁾ International Committee of the Red Cross.

⁴⁾ United Nations High Commissioner for Refugees.

in niet-internationale conflicten, maar spreekt men eerder van bijvoorbeeld strijders in plaats van combattanten. Kolonel b.d. Charles Garraway⁵⁾ gaf zijn visie over de terminologie aangaande combattanten en meent dat in internationale conflicten niet gesproken kan worden van *unlawful combatants*, maar alleen van burgers die hun bescherming verliezen wanneer zij deelnemen aan de vijandelijkheden. Zij blijven dus onder alle omstandigheden burgers. Hij spreekt in dit verband liever van *unprivileged belligerents* dan van *unlawful combatants*. Bij de Verenigde Staten is laatste term overigens reeds langer in gebruik dan de kwestie rond *Guantanamo Bay*. Tevens ziet hij mogelijkheden om problematiek rondom deelnemende burgers, bijvoorbeeld wanneer zij deelnemen in een (vrijwillige) *human shield*, te bekijken in het licht van het leerstuk aangaande samenzwering.

De cursus is gericht op landoperaties, terwijl zee- en luchtoperaties niet of nauwelijks aan de orde komen, hetgeen door sommige deelnemers als een tekortkoming werd ervaren. De organisatoren beschouwen deze onderwerpen eerder iets voor een *advanced course*.

Deelnemers

De doelgroep voor het Turkse PfP centrum zijn de PfP landen en de deelnemers komen dan ook logischerwijs hoofdzakelijk uit eerder genoemde regio alsmede NAVO leden die recent zijn toegetreten. Deze keer betrof het 24 deelnemende landen waaronder Kazachstan, Oezbekistan, Turkmenistan, Georgië, Albanië, Macedonië en Oekraïne en ook Canada en Engeland, om een paar landen te noemen. De Engelse taal van veel deelnemers is echter niet altijd op een dusdanig niveau om actief deel te nemen temeer aangezien de volledige cursus in het Engels wordt gegeven. Buiten de lessen om is Russisch voor velen de omgangstaal.

De cursus is bedoeld om de basisbeginselen van het HOR onder de aandacht te brengen en het gaat zeker te ver om te zeggen dat in deze cursus de mogelijkheid bestaat om onderwerpen academisch uit te diepen. De taalbarrière is hier onder meer debet aan. De specifieke groep deelnemers biedt een uitstekende mogelijkheid om met landen van gedachten te wisselen waar je niet dagelijks mee te maken krijgt maar wel in het kader van internationale vredes machten.

Meer informatie over aangaande de LOAC cursus en andere cursussen die verzorgd worden door het Turkse PfP *trainingcentre* is te vinden op www.bioem.tsk.mil.tr

LTZA2 OC mr M.D.Fink

⁵⁾ C. Garraway is momenteel senior research fellow van het British Institute of international and comparative law.

Bestuursrechtspraak

CRvB 19.06.03	De ingehouden buitenlandtoelage Of inhouding van de buitenlandtoelage (Duitsland) een schending oplevert van het gelijkheidsbeginsel, staat nog niet vast. De staatssecretaris dient de gelegenheid te worden geboden zijn stelling, dat in de twee andere gevallen een fout is gemaakt, te onderbouwen.(Naschrift G.L.C.).....	364
Rb Den Haag 03.12.03	De niet afgegeven verklaring van geen bezwaar Een BBT-er wordt ontslagen omdat t.b.v. hem geen verklaring van geen bezwaar is afgegeven. Beroep gegrond, uitsluitend voorzover het de ingangsdatum van het ontslag betreft. (Naschrift G.L.C.).....	367
CRvB 22.01.04	De stap in het konijnenhol Het verzoek om schadevergoeding wordt afgewezen. De staatssecretaris heeft zijn standpunt, dat hij de op hem rustende zorgplicht niet heeft geschonden, genoegzaam onderbouwd. (Naschrift G.L.C.).....	373

Resoluties Veiligheidsraad VN

Resoluties Veiligheidsraad VN; door Majoor mr. R.H.G. Gilissen.....	376
---	-----

Opmerkingen en mededelingen

Boeken en tijdschriften - Boekbespreking.....	382
Korte impressie van de tweeweekse cursus Law of Armed Conflict (LOAC) te Ankara, Turkije	383

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

Auteursaanwijzingen

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

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

REDACTIECOMMISSIE:

Voorzitter	Mr A.C. Zuidema, Brigade-generaal b.d. van de Militair Juridische dienst;
Secretaris/penningmeester	Mr J.F. Stinissen, Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst;
Leden:	
voor de Koninklijke Landmacht:	Mr R. in het Veld, Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke Luchtmacht:	Mr J.P. de Jong, Hoofd Stafgroep Juridische Zaken HK Klu;
voor de Koninklijke Marine:	Mr W.E. Louwerse, Kapitein ter zee;
voor de Koninklijke Marechaussee:	Mr C.P.C. Kuijs, Kolonel der Koninklijke Marechaussee;
voor de Centrale Organisatie:	Mr J.J. Buirma, Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Dr. T.D. Gill	Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht en bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Mr N. Jörg,	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden;
Prof. Mr Th. A. de Roos,	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden;
Mr W.J. Schmitz,	Hoofd Procesondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van het ABP;
Mr G.F. Walgemoed,	Kolonel b.d. van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	Koningin Wilhelminalaan 50, 2264 BN Leidschendam

VASTE MEDEWERKERS:

- Prof. Mr G.L. Coolen, Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
- Prof. Dr R.A. Lawson, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden.
- Dr. M. Boot-Matthijssen, wetenschappelijk medewerker verbonden aan het Nederlands Instituut voor Internationale Betrekkingen 'Clingendael'.

WIJZE VAN UITGAVE:

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

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

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

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


Nederlands
uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVII

Oktober 2004

Aflevering

9

Kort

Kardu /

1. Raadsbesl.

2. aanpak /

St. Janas

beheer

Sdu Uitgevers

3) College

1. lokale pas

we aan

met re

licentie

INHOUD

Bijdragen

Meervoudige nationaliteit in krijgsdienst. Ongewenst of geen probleem?; door mr. ir. T.L.H. Peeters.....	385
Ontslag tijdens de proeftijd; door prof. mr. G.L. Coolen.....	396

Strafrechtspraak

HR 27.01.04	Schoolbataljon Ermelo Vervolg op Hof Arnhem 20 november 2002, MRT 2003, p. 304-307. 1. In hoger beroep is aan de tenlastelegging toegevoegd dat verdachte binnen de aanvankelijk ten laste gelegde periode één van de slachtoffers van de ten laste gelegde ontucht heeft gedwongen reeds als zodanig ten laste gelegd (tongzoenen te ondergaan: toelaatbare wijziging? 2. "Aan zijn gezag onderworpen": aard van de vereiste gezagsrelatie. (Naschrift M.M.D.).....	406
-------------	--	-----

Bestuursrechtspraak

CRvB 11.03.04	Toekenning bijzondere invaliditeitsverhoging alleen als daling invaliditeit niet is te verwachten (2) Appellant is een gewezen dienstplichtig korporaal die met ingang van 1 april 2000 wegens gebreken uit de dienst is ontslagen en aan wie een invaliditeitspensioen van 70% is toegekend. Aan hem kan geen (extra) bijzondere invaliditeitsverhoging worden toegekend omdat de medische eindtoestand nog niet is bereikt. (Naschrift W.J.S.).....	424
---------------	---	-----

Opmerkingen en mededelingen

Boeken en tijdschriften	
- Boekaankondiging.....	427
Het Nederlandse Rode Kruis - Pre-Announcement.....	428

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

BIJDRAGEN

Meervoudige nationaliteit in krijgsdienst. Ongewenst of geen probleem?

door

MR. IR. T.L.H. PEETERS*)

1. Inleiding

Stelt u zich de volgende situatie eens voor. Een militair met zowel de Turkse als de Nederlandse nationaliteit is werkzaam bij het Korps Mariniers. Op het moment dat de Verenigde Staten zich met hun bondgenoten willen terugtrekken uit Irak en de volledige controle over het land over willen dragen aan de nieuwe Irakese regering, komt de Koerdische minderheid in het noorden in opstand en maakt zich sterk voor een zelfstandige staat. De Verenigde Naties sturen op basis van een resolutie een vredesmacht naar het noorden van Irak om de orde en rust te herstellen. Onze marinier maakt deel uit van deze vredesmacht, na door de Nederlandse regering voor deze missie te zijn aangewezen. Op hetzelfde moment zaait het conflict zich uit naar Turkije en leidt tot hernieuwde schermutselingen tussen het Turkse leger en de Koerdische bevolkingsgroep. De Turkse regering ziet zich genoodzaakt haar volledige militaire capaciteit in te zetten en roept onze marinier op om deel uit te maken van de Turkse krijgsmacht. De marinier meldt zich bij zijn commandant en vraagt zich af wat zijn positie is in deze situatie en aan welke verplichtingen hij moet en kan voldoen.

Nadere beschouwing van deze niet geheel denkbeeldige situatie geeft aanleiding tot een fundamentele vraag. *Is meervoudige nationaliteit verenigbaar met de krijgsdienst?* Om deze vraag te beantwoorden zal in paragraaf 2 kort worden ingegaan op het ontstaan van meervoudige nationaliteit in het volkenrecht. In paragraaf 3 zal worden aangegeven welke verdragen van toepassing zijn op deze situatie, wat de inhoud van deze verdragen is en welke staten partij zijn bij deze verdragen. Tezamen met de Rijkswet op het Nederlander-schap en andere Nederlandse wet- en regelgeving zal in paragraaf 4 het gecodificeerde kader worden vastgesteld. In paragraaf 5 zal de inhoud van andere volkenrechtelijke bronnen worden besproken. Aldus ontstaat een beeld van het nationaliteitsrecht in relatie tot het probleem van meervoudige nationaliteit en in het bijzonder ten opzichte van de krijgsdienst. Hieruit zal in de conclusie een antwoord op de probleemstelling worden afgeleid.

2. Hoe ontstaat meervoudige nationaliteit?

Nationaliteit is het aanknopingspunt voor het vaststellen van rechten en plichten van een individu ten opzichte van een staat.¹⁾ Nationaliteit is dus een lege schil en creëert uit zichzelf geen rechten en plichten. Echter door nationale en internationale wetgeving kunnen aan de nationaliteit rechten en plichten worden verbonden.²⁾ Op deze manier wordt de

*) De auteur is werkzaam als advocaat bij CMS Derks Star Busmann advocaten te Utrecht.

¹⁾ Koessler 1946, p. 70; Malanczuk 1997, p. 263.

²⁾ Nottebohm casus, ICJ 6 april 1955, *ICJ* 1955,4.

nationaliteit als aanknopingspunt gebruikt voor het bepalen van het geldingsbereik van nationale en internationale regels. In literatuur en verdragen wordt algemeen aanvaard dat het verlenen van een nationaliteit een binnenlandse aangelegenheid is van de staat die deze verleent.³⁾ Deze bevoegdheid kan slechts worden beperkt door verdragen of *ius cogens* (dwingend gewoonterecht). De erkenning van de gevolgen van de nationaliteitsverlening, met andere woorden het van toepassing verklaren van een regel van nationaal of internationaal recht op een specifiek geval met als aanknopingspunt de nationaliteit, is echter afhankelijk van het feit of dit in overeenstemming is met internationale verdragen, algemene rechtsbeginselen en internationaal gewoonterecht.⁴⁾ Hiermee heeft nationaliteit een grensoverschrijdend karakter gekregen. En daarom zal regulering van nationaliteit niet alleen plaatsvinden door de staat zelf, maar heeft deze rekening te houden met internationale kaders.

Omdat het verlenen van een nationaliteit in beginsel een binnenlandse aangelegenheid is, kan het dus voorkomen dat aan een persoon meerdere nationaliteiten worden toegekend. Een voorbeeld is de dubbele nationaliteit die ontstaat wanneer een persoon geboren wordt in een land dat de *ius soli*-regel hanteert, terwijl de ouders de nationaliteit bezitten van een staat die de *ius sanguinis*-regel hanteert. Bij de geboorte wordt op grond van de wet van de staat waar de geboorte plaatsvindt de nationaliteit van deze staat toegekend (*ius soli*), terwijl tegelijkertijd door de staat waarvan de ouders de nationaliteit bezitten deze nationaliteit aan de pasgeborene wordt toegekend op grond van de afstamming (*ius sanguinis*). Een andere situatie kan zich voordoen bij de geboorte in Nederland van Turkse ouders, waarna het kind via optie de Nederlandse nationaliteit verkrijgt. Ook kan het voorkomen dat gedurende het leven een andere nationaliteit wordt verworven door naturalisatie, waarbij niet automatisch verlies van de oorspronkelijke nationaliteit plaatsvindt.

3. Verdragen

De ontwikkeling van het verdragenrecht omtrent nationaliteit begint in 1930 met het verdrag *nopens* zekere vragen betreffende wetsconflicten inzake nationaliteit, dat in Den Haag onder auspiciën van de Volkenbond werd vastgesteld. Onder invloed van de ontwikkeling van de mensrechten, de internationalisering, de toename van het internationale verkeer en veranderende opvattingen omtrent de relatie tussen staat en individu heeft een ontwikkeling plaatsgevonden die voor Nederland heeft geleid tot het Europees verdrag inzake nationaliteit.⁵⁾ Voor staten die geen partij zijn bij het verdrag wordt het eindpunt gevormd door het verdrag betreffende beperking van gevallen van meervoudige nationaliteit en betreffende militaire verplichtingen in geval van meervoudige nationaliteit inclusief het eerste, het aanvullende en het tweede protocol.⁶⁾ Ook de interpretatie van de verdragen kent een opmerkelijke en uitgebreide ontwikkeling in de jurisprudentie. Bij de bespreking van de verdragen zal ik de lijn in het denken over nationaliteit en meervoudige nationaliteit weergeven en hierbij bijzondere aandacht besteden aan de krijgsmacht. De verdragen hebben invloed gehad op de ontwikkeling van Nederlandse regelgeving, in het bijzonder de Rijkswet op het Nederlanderschap. In paragraaf 4 zal ik deze wet bespreken en aandacht besteden aan andere nationale regelingen en uitspraken die een beeld kunnen

³⁾ Malanczuk 1997, p. 263; Brownlie 2003, p. 377; voor toepasselijke verdragen zie paragraaf 3.

⁴⁾ Brownlie 2003, p. 377; Malanczuk 1997, p. 263.

⁵⁾ Straatsburg 6 november 1997, *Trb.* 1998, 10.

⁶⁾ Straatsburg 6 mei 1963, *Trb.* 1964, 4.

geven van de stand van het recht omtrent de onderhavige problematiek.

3.1 *Verdrag betreffende wetsconflicten inzake nationaliteit*⁷⁾

Het oudste verdrag is het verdrag betreffende wetsconflicten inzake nationaliteit. In dit verdrag wordt uitdrukkelijk vastgesteld dat iedere staat het recht heeft zelf te bepalen aan wie en op welke wijze nationaliteit verleend wordt. De erkenning van de aldus verleende nationaliteit zal moeten plaatsvinden indien de nationaliteitsverlening heeft plaatsgevonden overeenkomstig andere verdragen, internationaal gewoonterecht en de rechtsbeginselen die in het algemeen inzake nationaliteit worden erkend.⁸⁾ Conflicten betreffende deze erkenning treden eigenlijk alleen op indien er sprake is van meervoudige nationaliteit. Het gaat dan bijvoorbeeld om geschillen waarbij een persoon twee nationaliteiten heeft en wordt geconfronteerd met onvereenigbare verplichtingen voortvloeiend uit beide nationaliteiten of om zaken waarbij een derde staat gevolgen ondervindt van een van de nationaliteiten en daarom de erkenning van deze nationaliteit in twijfel trekt. We kunnen hierbij dus ook denken aan onze marinier die wordt geconfronteerd met twee verplichtingen om deel uit te maken van verschillende krijgsmachten.

Onder invloed van rechtsontwikkelingen is deze opvatting veranderd. Een aantal uitspraken, met als belangrijkste de uitspraak in de Nottebohm casus van het Internationaal Gerechtshof, hebben in deze opvatting nuanceringen aangebracht.⁹⁾ Thans wordt algemeen aanvaard *de leer van de effectieve nationaliteit*. Volgens deze leer spelen feitelijke omstandigheden een belangrijke rol bij het vaststellen van effectieve nationaliteit. Op grond van de omstandigheden van het geval, waaronder bijvoorbeeld de woonplaats, de plaats van de reguliere werkzaamheden, het geboorteland en de wijze van verkrijging van de nationaliteit, wordt de effectieve nationaliteit vastgesteld. Als grondslag voor deze opvatting wordt het tweede deel van artikel 1 van het verdrag beschouwd, waarin de erkenning van een nationaliteit kan worden beperkt of uitgesloten als zij in strijd is met internationaal gewoonterecht. Naast het positioneren van het begrip nationaliteit in de onderlinge verhouding van staten brengt het verdrag in de preambule tot uiting dat het uitgangspunt moet zijn dat iedere persoon een nationaliteit moet hebben en dat het aantal nationaliteiten beperkt moet worden tot één.¹⁰⁾ In de overige hoofdstukken worden hiertoe specifieke regels gegeven op het gebied van emigratie, de nationaliteit van gehuwde vrouwen, de nationaliteit van kinderen en adoptie.

3.2 *Verdrag betreffende beperking van gevallen van meervoudige nationaliteit*

In het verdrag betreffende beperking van gevallen van meervoudige nationaliteit en betreffende militaire verplichtingen in geval van meervoudige nationaliteit blijft de positionering van het begrip nationaliteit, zoals uiteengezet in het hiervoor besproken verdrag ongewijzigd. Dit verdrag scherpt echter de bepalingen omtrent de beperking van meervoudige nationaliteit aan en geeft bijzondere regels voor militaire verplichtingen in geval van meervoudige nationaliteit. Nadat wordt overwogen dat 'meervoudige nationaliteit een bron van moeilijkheden vormt' worden in hoofdstuk I vergaande bepalingen gegeven omtrent de vermindering van gevallen van meervoudige nationaliteit. Een kenmerkend voorbeeld is artikel 1, eerste lid dat aangeeft dat verlies van nationaliteit plaatsvindt indien

⁷⁾ Den Haag 12 april 1930, *Trb.* 1967, 73.

⁸⁾ art. 1 Verdrag betreffende wetsconflicten inzake nationaliteit; Brownlie 2003, p. 377.

⁹⁾ Nottebohm casus, ICJ 6 april 1955, *ICJ* 1955,4; Merge Claim, 1955 *ILR* 22, p. 443; Canevaro casus, Harris 1997, p. 598; Brownlie 2003, p. 389; Weis 1979, p. 168-186.

¹⁰⁾ de preambule geeft aan: '...erkennende, dat het ideaal, wanneer de menscheid op dit gebied moet streven, is de opheffing van alle gevallen van staatloosheid en van dubbele nationaliteit.'

vrijwillig een andere nationaliteit wordt aangenomen. In het aanvullend protocol wordt zelfs een regeling getroffen voor een betere informatie-uitwisseling van nationaliteitsgegevens om beter aan deze doelstelling tegemoet te kunnen komen.¹¹⁾ Opvallend is dat in de jaren na vaststelling van het protocol een voorzichtige ommekeer in het denken over meervoudige nationaliteit is waar te nemen. Dit komt tot uitdrukking in de vaststelling van het tweede protocol tot wijziging van het verdrag, waarin het toch mogelijk is in bepaalde gevallen meervoudige nationaliteit te laten ontstaan.¹²⁾ Deze ontwikkeling zet door en mondt uit in een gewijzigde opvatting in het Europees verdrag inzake nationaliteit, waarover later meer.

Een andere ontwikkeling die vooral in het kader van de onderhavige casus van belang is, is dat in het verdrag een heel hoofdstuk wordt gewijd aan militaire verplichtingen in geval van meervoudige nationaliteit. In artikel 5 wordt aangegeven dat een persoon die een meervoudige nationaliteit bezit zijn militaire verplichtingen slechts ten opzichte van één staat hoeft na te komen. Een conflict door gelijktijdige oproeping wordt hiermee dus vermeden. In artikel 6 worden uitgangspunten gegeven indien geen bilaterale uitvoeringsregels voor artikel 5 zijn vastgesteld. Het betreft het uitgangspunt dat een persoon onderworpen is aan de militaire verplichtingen van een staat op wiens grondgebied hij gewoonlijk verblijft en een keuzemogelijkheid ter afwijking hiervan op initiatief van de persoon of indien hij niet gewoonlijk op het grondgebied van een van beide staten verblijft. Bovendien wordt aangegeven dat hij geacht wordt aan zijn militaire verplichtingen ten opzichte van alle staten te hebben voldaan als hij in één staat zijn militaire verplichtingen heeft vervuld. In lid 7 van het artikel wordt echter een opvallende uitzonderingsbepaling gegeven in geval van mobilisatie. In geval van mobilisatie in een staat gelden de verplichtingen die uit artikel 6 voortvloeien niet voor deze staat. Dit zou betekenen dat het de staat dan wel vrijstaat alle op zijn grondgebied verblijvende onderdanen op te roepen voor de militaire dienst, ook al hebben zij hun verplichtingen al in een andere staat vervuld. Omdat de bepalingen van artikel 5 onaangetast blijven zal het niet mogelijk zijn, al of niet in geval van mobilisatie, een persoon te verplichten deel uit te maken van de krijgsmacht in een staat terwijl hij reeds deel uitmaakt van een andere krijgsmacht. Dit deel van het verdrag is gewijzigd door het eerste protocol van wijziging, dat aanvullingen geeft ter verduidelijking van de bepalingen.¹³⁾

3.3 Europees verdrag inzake nationaliteit

In de periode na het verdrag heeft het denken over het nationaliteitsrecht een ingrijpende ontwikkeling doorgemaakt. Mede onder invloed van de codificatie van het recht op een nationaliteit in artikel 15 EVRM, krijgt het nationaliteitsrecht steeds meer het karakter van een subjectief recht.¹⁴⁾ Dit komt duidelijk tot uiting in de preambule van het Europees verdrag inzake nationaliteit waarin staat aangegeven dat met zowel de legitieme belangen van staten als met die van individuele personen rekening moet worden gehouden. Een significante omslag heeft plaatsgevonden op het gebied van de meervoudige nationaliteit waarbij de preambule benadrukt dat er sprake is van een uiteenlopende benadering van staten van het vraagstuk van meervoudige nationaliteit en dat het derhalve iedere staat vrij staat te beslissen welke gevolgen hij in zijn nationale wetgeving hecht aan het feit dat een onderdaan een andere nationaliteit verkrijgt of bezit. Hiermee wordt dus het uitgangspunt

¹¹⁾ Straatsburg 24 november 1977, *Trb.* 1981, 46.

¹²⁾ Straatsburg 2 februari 1993, *Trb.* 1994, 265; Jessurun d'Oliviera 1991, p. 1735-1736.

¹³⁾ Straatsburg 24 november 1977, *Trb.* 1981, 45.

¹⁴⁾ Jessurun d'Oliveira 1997, p. 11.

dat een meervoudige nationaliteit moet worden voorkomen verlaten. Het principe dat het bepalen van de nationaliteit een binnenlandse aangelegenheid is die slechts kan worden beperkt door internationale verdragen, internationaal gewoonterecht en rechtsbeginselen, zoals oorspronkelijk vermeld in artikel 1 van het verdrag nopens zekere vragen betreffende wetsconflicten inzake nationaliteit uit 1930, blijft onverkort gehandhaafd.¹⁵⁾ Verder pretendeert het verdrag een allesomvattende codificatie van het internationale nationaliteitsrecht te geven en hanteert hierbij in het verdrag het onderscheid tussen beginselen en regels. Als uitgangspunt kan gelden dat van de beginselen niet mag worden afgeweken en van de regels wel.¹⁶⁾ In artikel 7 worden *regels* gegeven omtrent het verlies van nationaliteit. Een staat mag in zijn nationale wetgeving regels opnemen omtrent het verlies van nationaliteit in onder meer de volgende gevallen: bij vrijwillige verkrijging van een andere nationaliteit en bij het vrijwillig in vreemde krijgsdienst treden.¹⁷⁾ In geval van meervoudige nationaliteit is vastgelegd dat onderdanen met een meervoudige nationaliteit indien zij op het grondgebied van een staat wonen, dezelfde rechten en plichten hebben als andere onderdanen.¹⁸⁾ De bepalingen over militaire verplichtingen zijn vrijwel identiek aan de bepalingen uit het verdrag betreffende beperking van gevallen van meervoudige nationaliteit en betreffende militaire verplichtingen in geval in geval van meervoudige nationaliteit, en zijn als *regels* in het verdrag opgenomen.

Nederland is partij bij alle hiervoor besproken verdragen en de bijbehorende protocollen. De overige verdragsstaten zijn weergegeven in de bijgevoegde tabel:

Tabel 3-1; Verdragsstaten multilaterale verdragen¹⁹⁾

Verdrag	Nederland	Duitsland	Verenigd Koninkrijk	België	Australië	Indonesië	Turkije	Overige verdragsstaten
Verdrag nopens zekere vragen betreffende wetsconflicten inzake nationaliteit	X		X	X	X			Birma, Brazilië, Canada, China, Cyprus, Fiji, India, Kiribati, Lesotho, Macedonië, Malta, Mauritius, Monaco, Noorwegen, Pakistan, Polen, Swaziland, Zweden
Verdrag betreffende beperking van gevallen van meervoudige nationaliteit en betreffende militaire verplichtingen in geval van meervoudige nationaliteit	X	X	X	X				Denemarken, Frankrijk, Ierland, Italië, Luxemburg, Noorwegen, Oostenrijk, Spanje, Zweden
Aanvullend protocol	X			X				Luxemburg, Noorwegen
Tweede protocol	X							Frankrijk, Italië
Europees verdrag inzake nationaliteit	X	X						Denemarken, Hongarije, Macedonië, Moldavië, Oostenrijk, Portugal, Slowakije, IJsland, Zweden

¹⁵⁾ art. 3 eerste en tweede lid van het Europees Verdrag inzake nationaliteit.

¹⁶⁾ Jessurun d'Oliveira 1997, p. 13.

¹⁷⁾ art. 7, lid 1 sub a en c van het Europees Verdrag inzake nationaliteit.

¹⁸⁾ art. 17 van het Europees Verdrag inzake nationaliteit.

¹⁹⁾ peildatum 1 maart 2004, een kruis geeft aan wanneer een staat partij is.

Uit de verdragen blijkt dat de staten op bepaalde gebieden de vrijheid wordt gesteld om regels te stellen middels nationale wetgeving. De nationale wet die hierover regels bevat is de Rijkswet op het Nederlandschap. In de volgende paragraaf zal worden aangegeven welke keuze de wetgever heeft gemaakt omtrent de toepassing van regelingen uit de verdragen. Aan het slot van de volgende paragraaf ontstaat zo een beeld van de relevante regelingen op het gebied van meervoudige nationaliteit en militaire verplichtingen.

4. Nederlandse wet- en regelgeving

De wet die in ons rechtsstelsel nationaliteitskwesities beheerst is de Rijkswet op het Nederlandschap. De Rijkswet op het Nederlandschap 1984 (RWN) kent een lange totstandkomingsgeschiedenis. Het voorontwerp werd ingediend in 1976 en de inwerkingtreding van het grootste deel van de wet vond plaats op 1 januari 1985.²⁰⁾ De wijziging van de Wet op het Nederlandschap en ingezetenschap van 1892 was noodzakelijk door een herziening van het Nederlandse nationaliteitsrecht als gevolg van de voorgenomen goedkeuring van een drietal verdragen, waaronder het verdrag betreffende beperking van gevallen van meervoudige nationaliteit en betreffende militaire verplichtingen ingeval van meervoudige nationaliteit.²¹⁾ Door de in de vorige paragraaf geschetste verandering in het denken over (meervoudige) nationaliteit en de totstandkoming van het Europees verdrag inzake nationaliteit is in 1993 een wijzigingsproces gestart dat uiteindelijk heeft geleid tot een ingrijpende wijziging van de RWN op 21 december 2000.²²⁾

4.1 Rijkswet op het Nederlandschap

De RWN regelt het verlies en de verkrijging van de Nederlandse nationaliteit. Een belangrijk middel om het ontstaan van meervoudige nationaliteit te voorkomen is het opnemen van een afstandsvereiste bij *verkrijging* van de Nederlandse nationaliteit.²³⁾ In de loop van de tijd sinds de inwerkingtreding van de RWN blijkt dat dit steeds meer beleidsmatig wordt ingevuld en in de praktijk de trend volgt die ook bij de verdragsrechtelijke ontwikkeling is ingezet.²⁴⁾ Er wordt positiever gekeken naar het ontstaan van meervoudige nationaliteit indien hierdoor een belemmering wordt weggenomen voor mensen die zich in Nederland hebben gevestigd zonder de band met het land van oorsprong volledig te willen doorknippen. Op deze manier wordt meer aandacht besteed aan de persoon als rechtssubject met zijn eigen belangen die moeten worden afgewogen tegen de belangen van de Nederlandse staat. In de RWN is getracht een zeker symmetrie aan te brengen tussen bepalingen omtrent het verkrijgen, zoals zojuist besproken, en het verlies van Nederlandschap. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat vrijwillige aanvaarding van een andere nationaliteit in principe tot *verlies* van de Nederlandse nationaliteit zal leiden.²⁵⁾ Dit is geheel in lijn met de verdragsrechtelijke verplichtingen, hetgeen ook nog wordt benadrukt in artikel 15A RWN. Opvallend is ook de latere toevoeging inhoudende

²⁰⁾ KB 20 december 1984, *Stb.* 1984, 655.

²¹⁾ De andere verdragen die tot wijziging aanleiding gaven zijn de overeenkomst van Bern van 13 september 1973 inzake beperking van het aantal gevallen van staatloosheid (*Trb.* 1974, 32) en het Verdrag van New York van 30 augustus 1961 inzake beperking der staatloosheid (*Trb.* 1967, 124).

²²⁾ *Stb.* 2000, 618; inwerkingtreding 1-4-2003, *Stb.* 2003, 118.

²³⁾ art. 9, lid 1 sub b Rijkswet op het Nederlandschap.

²⁴⁾ Jessurun d'Oliveira 1991, p. 1737.

²⁵⁾ art. 15, lid 1 sub a RWN; *Kamerstukken II* 1981-1981/82-1983/84, 16 947, nr. 4, p. 31; idem, p. 30 (MvA II); idem, p. 13-15 (EV II).

verlies van het Nederlanderschap in geval van vrijwillige indiensttreding in vreemde krijgsmacht.²⁶⁾ Samengevat is in de RWN een aantal voorzieningen opgenomen waarbij bij verkrijging van Nederlanderschap het afstandvereiste geldt. De toepassing is in de praktijk niet stringenter, waardoor meervoudige nationaliteit kan voorkomen. Aan de andere kant vindt automatisch verlies van Nederlanderschap in een aantal gedefinieerde gevallen plaats, ingevolge de op Nederland rustende verdragsverplichtingen. Deze bepaling wordt in de praktijk stringenter toegepast, maar sluit het ontstaan van meervoudige nationaliteit niet geheel uit. De RWN voorkomt dus meervoudige nationaliteit niet in alle gevallen en heeft dit ook niet in alle gevallen tot doel, met name daar waar de RWN tegemoet wenst te komen aan de behoefte van personen de band met oorsprongslaan niet geheel door te knippen. We kunnen dan bijvoorbeeld denken aan Turkse ingezetenen.

Deze gedachte wordt bevestigd in (ministeriële) regelingen, zoals de standaardregeling van de Raad voor Hoofdcommissarissen voor politieambtenaren en de Regeling Faciliteit-ten Turkse Dienstplicht defensieambtenaren (RFTDD).²⁷⁾ In de memorie van toelichting van de RFTDD wordt gesteld: ‘Het afstand doen van de Turkse nationaliteit is mogelijk doch de meeste Turken zien daar van af. De motieven daarvoor zijn van emotionele en praktische aard. Zo hechten Turken bijzonder sterk aan het behoud van hun nationaliteit. Voorts is men als niet-Turk bij familiebezoek visumplichtig, zijn er beperkingen aan het grondbezit in Turkije en kunnen zich erfrechtelijke complicaties voordoen.’

4.2 Militaire rechtspositie

Zoals aangegeven in paragraaf 2 is een vereiste voor indiensttreding bij de Nederlandse krijgsmacht als militair voor bepaalde of onbepaalde tijd, dat de militair de Nederlandse nationaliteit bezit. Bovendien vindt van rechtswege ontslag plaats, indien de militair het Nederlanderschap verliest.²⁸⁾ De Militaire Ambtenarenwet 1931 schrijft dus aan de Nederlandse militair in Nederlandse krijgsmacht de consequentie van ontslag voor indien ingevolge de RWN de persoon vrijwillig een andere nationaliteit aanvaardt of in geval van vrijwillige indiensttreding in vreemde krijgsmacht.

Beschouwing van het gecodificeerd kader geeft aan dat Nederland conform de lijn van de internationale verdragen bij de toepassing van het afstandvereiste rekening houdt met de individuele belangen van de personen en dat er hierdoor dus ruimte is de oorspronkelijke nationaliteit te behouden bij verkrijging van het Nederlanderschap. Bij vrijwillige verkrijging van een andere nationaliteit vindt in de regel verlies van Nederlanderschap plaats. Voor de rechtspositie van de militaire ambtenaar is van belang dat verlies van de Nederlandse nationaliteit leidt tot ontslag uit de krijgsmacht.

5. Andere bronnen van internationaal recht

Naast internationale verdragen zijn er nog andere bronnen van internationaal recht, namelijk internationale gewoonte, algemene beginselen van internationaal recht en tenslotte de subsidiaire bronnen: uitspraken van nationale en internationale rechterlijke instanties en artikelen van gerenommeerde schrijvers van staten. Deze opsomming wordt

²⁶⁾ art. 15, lid 1 sub e RWN.

²⁷⁾ *Stcr.* 2002, 112.

²⁸⁾ art. 53 AMAR.

gezien als een allesomvattende opsomming van de bronnen van het internationaal recht.²⁹⁾ Indien een verdrag bepalingen bevat die in strijd zijn met dwingend recht (*ius cogens*), dan kunnen deze bepalingen nietig of vernietigbaar zijn.³⁰⁾ Bovendien kunnen bepalingen van het verdrag opzij gezet worden door een veranderde gewoonte indien dit blijkt uit het gedrag van de partijen.³¹⁾ Aan de andere kant kan een verdrag juist bewijs opleveren voor het bestaan van gewoonterecht of voor de wens in een specifiek geval af te wijken van het gewoonterecht.³²⁾ De toepassing van de genoemde verdragen is door Nederland consistent uitgewerkt in nationale regelgeving en komt overeen met de gewoonte zoals deze tot uitdrukking komt in de handelswijze van de Nederlandse staat. De verandering van het denken over meervoudige nationaliteit sinds het verdrag betreffende wetsconflicten inzake nationaliteit is door Nederland overgenomen, echter Nederland is partij gebleven bij dit verdrag hetgeen aanleiding heeft gegeven tot kritiek.³³⁾ De doorslaggevende overweging om wel partij te blijven is, dat anders wederzijdse verplichtingen die voortkomen uit dat verdrag ten opzichte van andere staten die geen partij zijn bij het verdrag vervallen. Dit is ongewenst, zeker daar waar het gaat om het vervallen van de dienstplicht als deze reeds in Nederland is vervuld. Door jurisprudentie wordt de handelswijze, zoals deze tot uitdrukking komt in de regelgeving, ondersteund.³⁴⁾ Voor Nederland lijkt het beeld dus duidelijk. Nederland is partij bij de genoemde verdragen en zowel de regelgeving als de Nederlandse gewoonte zijn in overeenstemming met deze verdragen.

Een volgende vraag is of er sprake is van een internationale gewoonte die aansluit bij de inhoud van de verdragen. Zoals uiteengezet in paragraaf 2 is het een regel van internationaal gewoonterecht dat het verlenen van een nationaliteit een binnenlandse aangelegenheid is.³⁵⁾ Als we de ontwikkeling in de verdragen beschouwen, dan wordt er ruimte gelaten voor staten om zelf vast te stellen of meervoudige nationaliteit ongewenst is of dat men dit wil toestaan. Ook bij de toepassing in de praktijk, zoals bijvoorbeeld de houding van Nederland ten aanzien van het verlies en de verkrijging van de Nederlandse nationaliteit, blijven er verschillende opvattingen bestaan. Er is dus geen sprake van een internationale consensus tussen staten aangaande het vraagstuk van het toestaan of voorkomen van meervoudige nationaliteit.³⁶⁾ Indien er als gevolg van de meervoudige nationaliteit een conflict optreedt tussen staten, dan is de leer van de effectieve nationaliteit van toepassing. In dit licht zullen dan vooral de volgende criteria een rol spelen: de gewoonlijke verblijfplaats, de wens van betrokkene, plaats van vervulling van militaire dienst en de vraag of er sprake is van mobilisatie. Deze criteria zijn afgeleid uit de Nottebohm casus en de behandeling van de genoemde verdragen.

Er zijn geen aanwijzingen voor het bestaan van een regel van gewoonterecht in geval van conflicterende verplichtingen op het gebied van de krijgsmacht. Door het ontbreken van een algemene regel zijn juist de specifieke afspraken, die gemaakt zijn in de verdragen, van belang.

²⁹⁾ art. 38 Statuut Internationaal Gerechtshof; Brownlie 2003, p. 5; Malanczuk 1997, p. 36.

³⁰⁾ Brownlie 2003, p. 597 ; Malanczuk 1997, p. 57 ; art. 53 Vienna Convention of the law of treaties.

³¹⁾ Air transport services arbitration, 1963 *ILR* 38, 182.

³²⁾ Brownlie 2003, p. 14 ; Malanczuk 1997, p. 56-57.

³³⁾ Jessurun d'Oliveira 1984, p. 421; Jessurun d'Oliveira 1991, p. 1735.

³⁴⁾ HR 7 april 1989, *AB* 1990, 197 ; ARRvS 7 juni 1988, *AB* 1989, 50; HR 27 september 1996, *NJ* 1997, 624; HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 53; HR 11 oktober 1985, *NJ* 1987, 34.

³⁵⁾ zie ook HvJ EG 7 juli 1992, *NJ* 1994, 620; HvJ EG 20 februari 2001, *NJ* 2001, 460.

³⁶⁾ zie voor het vereiste van consensus Weis 1979, p. 98.

6. Conclusie

Nationaliteit is het aanknopingspunt voor het vaststellen van de rechten en plichten van een individu ten opzichte van een staat. Door nationale wetgeving worden aan de nationaliteit deze rechten en plichten verbonden. Indien een persoon meerdere nationaliteiten bezit, dan kan hij worden geconfronteerd met conflicterende plichten ten opzichte van deze staten.

In het verleden heeft men gepoogd een situatie van conflicterende plichten te voorkomen, door het als ongewenst beschouwen van meervoudige nationaliteit. Hiertoe zijn in het verdrag betreffende wetsconflicten inzake nationaliteit en het verdrag betreffende gevallen van meervoudige nationaliteit en betreffende militaire verplichtingen regels opgenomen. Onder invloed van de codificatie van het recht op een nationaliteit in artikel 15 EVRM werd het nationaliteitsrecht steeds meer als een subjectief recht beschouwd. Er vond dus een afweging plaats van de belangen van de staten en van het individu inzake nationaliteitskwesties. Deze opvatting komt duidelijk tot uitdrukking in het Europees verdrag inzake nationaliteit waarin de staten vrijheid wordt gelaten om de nationaliteit toe te kennen of regels te stellen voor het verlies van nationaliteit. Thans is hierdoor de situatie ontstaan dat een significant aantal personen binnen de Nederlandse krijgsmacht een meervoudige nationaliteit bezit. Indien als gevolg van de meervoudige nationaliteit een conflict ontstaat tussen staten, dan is de leer van de effectieve nationaliteit van toepassing. Volgens deze leer spelen feitelijke omstandigheden een belangrijke rol bij het vaststellen van effectieve nationaliteit. Op grond van de omstandigheden van het geval, waaronder bijvoorbeeld de woonplaats, de plaats van de reguliere werkzaamheden, het geboorteland en de wijze van verkrijging van de nationaliteit, wordt de effectieve nationaliteit vastgesteld. De aldus bepaalde effectieve nationaliteit is de grondslag voor de verplichtingen in dit specifieke geval. In verdragen zijn voor specifieke conflicten al oplossingen uitgewerkt. Het gaat dan bijvoorbeeld om de militaire verplichtingen in geval van meervoudige nationaliteit. In het Europees verdrag inzake nationaliteit en het verdrag betreffende beperking van gevallen van meervoudige nationaliteit en betreffende militaire verplichtingen in geval van meervoudige nationaliteit is aangegeven dat personen met een meervoudige nationaliteit hun militaire verplichtingen slechts ten opzichte van één staat behoeven na te komen. Ten opzichte van deze bepalingen kan echter door verdragsstaten een voorbehoud worden gemaakt, waardoor niet bij voorbaat vaststaat dat voor een dergelijk conflict al een oplossing voorhanden is. Bovendien zijn er geen aanwijzingen voor het bestaan van een regel van gewoonterecht in geval van conflicterende verplichtingen op het gebied van de krijgsmacht. Conclusie is dat in geval van conflicterende militaire verplichtingen niet bij voorbaat vaststaat welke verplichting het meeste gewicht krijgt. Bij de beoordeling zal een rol spelen of een staat partij is bij een van de genoemde verdragen en of er ten aanzien van deze verdragen een voorbehoud is gemaakt. Indien een staat geen partij is bij een van de verdragen, dan zal het conflict worden beoordeeld aan de hand van de leer van de effectieve nationaliteit.

Nederland heeft in de Rijkswet op het Nederlandschap, in combinatie met de Militaire Ambtenarenwet 1931 getracht bij voorbaat een sluitende oplossing te vinden voor militairen in Nederlandse krijgsmacht met in ieder geval de Nederlandse nationaliteit. De Nederlandse nationaliteit is een voorwaarde voor aanstelling, en het verlies van de Nederlandse nationaliteit leidt van rechtswege tot ontslag. Hiermee wordt het deelnemen aan de krijgsmacht direct afhankelijk van de Nederlandse nationaliteit. Nederland is partij bij de genoemde verdragen en heeft in lijn met de verdragen vastgelegd dat verlies van de

Nederlandse nationaliteit optreedt in geval van vrijwillige aanvaarding van een andere nationaliteit en bij indiensttreding in vreemde krijgsmacht. Onze marinier kan er dus voor kiezen om te voldoen aan de oproep van de Turkse overheid, maar hij zal hiermee zijn Nederlandse nationaliteit verliezen en hiermee van rechtswege ontslagen worden. Indien hij ervoor kiest geen gehoor te geven aan de oproep van de Turkse overheid, dan ontstaat een internationaalrechtelijk conflict. Turkije is geen partij bij de genoemde verdragen. De leer van de effectieve nationaliteit zal in dit geval de doorslag geven. Verwachtbaar is dat een groot gewicht zal worden toegekend aan de gewoontelijke verblijfplaats, de wens van betrokkene, de plaats van vervulling van de militaire dienst en het feit of er sprake is van mobilisatie. De voor Nederland meest ongunstige uitkomst van dit conflict is dat betrokkene toch in Turkse krijgsmacht zal moeten treden.

Het gevolg van de meervoudige nationaliteit kan aldus zijn dat de militair niet beschikbaar is voor de vervulling van de verplichtingen uit hoofde van zijn aanstelling als militair. Vooral tijdens uitzendingen voor vredesoperaties en humanitaire operaties is deze niet-beschikbaarheid, mede door het ontbreken van redundantie in het personeelsbestand, mijns inziens niet acceptabel. Deze niet-beschikbaarheid is echter rechtstreeks het gevolg van de Nederlandse nationaliteitswetgeving in het kader van de verdragsrechtelijke verplichtingen en een welbewuste keuze van de wetgever voor het toestaan van gevallen van meervoudige nationaliteit. *Meervoudige nationaliteit is dus wel verenigbaar met de krijgsmacht, maar kan leiden tot niet-beschikbaarheid van militair personeel waardoor meervoudige nationaliteit een probleem op kan leveren voor het functioneren van de krijgsmacht.*

Literatuur

Brownlie 2003

I. Brownlie, *Principles of public international law*, Oxford: Oxford University Press 2003.

Harris 1997

D.J. Harris, *Cases and materials on international law*, Londen: Sweet and Maxwell 1997.

Jessurun d'Oliveira 1984

H.U. Jessurun d'Oliveira, 'Moet Nederland drie nationaliteitsrechtelijke verdragen ratificeren?', *NJB* 1984, p. 417-421.

Jessurun d'Oliveira 1991

H.U. Jessurun d'Oliveira, 'Het 'meerdere', een regeringsnotitie over meervoudige nationaliteit', *NJB* 1991, p. 1734-1741.

Jessurun d'Oliveira 1997

H.U. Jessurun d'Oliveira, 'Het Europees Verdrag inzake Nationaliteit Straatsburg, 6 november 1997, in: H.U. Jessurun d'Oliveira (red.), *Trends in het nationaliteitsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1998, p. 7-48.

Koessler 1946

M. Koessler, 'Subject, Citizen, National and Permanent Allegiance', *Yale Law Journal* 1946, p. 58-70.

Malanczuk 1997

P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Londen: Routledge 1997.

Weis 1979

P. Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, Alphen aan den Rijn: Sijthoff&Noordhoff 1979.

Ontslag tijdens de proeftijd

door

Prof. Mr. G.L. Coolen

Een bijdrage, waarin de bepalingen van het Algemeen militair ambtenarenreglement die het ontslag tijdens de proeftijd beheersen, onder de loep worden genomen (hetgeen tot enkele voorstellen leidt), en waarin tevens wordt aangetoond dat de uitleg die de Centrale Raad van Beroep aan bedoelde bepalingen geeft, niet in alle gevallen de juiste is.

Inleiding

Aan een aanstelling als militair gaat niet een aanstelling in tijdelijke dienst vooraf. Wel geldt in de regel een proeftijd. Artikel 9 AMAR bepaalt:

‘Aan een aanstelling kan door het op grond van artikel 4 bevoegde gezag een proeftijd van ten hoogste twaalf kalendermaanden worden verbonden.’¹⁾

Het op grond van artikel 4 bevoegde gezag is: òf de Kroon, indien bij de aanstelling een officiersrang wordt toegekend, òf de Minister van Defensie, indien dit niet het geval is. Leden van het Koninklijk Huis worden echter in alle gevallen aangesteld door de Kroon.

Volgens de nota van toelichting (Stb. 1982, 279) is voor een proeftijd van twaalf maanden gekozen, omdat het aldus mogelijk wordt een periode van functievervulling, na afronding van de initiële opleiding, bij de proeftijd te betrekken. ‘Daardoor wordt (...) meer recht gedaan aan het verkennende karakter van de proeftijd.’

Een proeftijd werkt naar twee kanten. Enerzijds kan een aanvraag om ontslag tijdens de proeftijd niet worden afgewezen. Anderzijds kan, zoals in artikel 39, zevende lid, valt te lezen, het bestuur een militair tijdens de proeftijd ook ontslaan op een niet expliciet in de voorschriften genoemde grond.

Zowel in geval van ontslag op aanvraag als in geval van ontslag met toepassing van artikel 39, zevende lid, dient een opzegtermijn (van een maand) in acht te worden genomen.

Een militair die wordt ontslagen, ontvangt in alle gevallen een ontslagbrief. Hierin staat vermeld op welke grond het ontslag berust, alsmede de datum van ingang van het ontslag.

Ontslag op aanvraag

Een aanvraag om ontslag, ingediend tijdens de proeftijd, kan niet worden afgewezen

Een militair kan niet vrijelijk, indien hij dit wenst, ontslag nemen. Hij behoort in alle gevallen, ook tijdens de proeftijd, ontslag aan te vragen. Dit aanvragen dient daarenboven schriftelijk te geschieden. Artikel 39, eerste lid, AMAR bepaalt:

‘Aan de militair kan ontslag op aanvraag worden verleend, indien hij daartoe aan het

¹⁾ Onder de aanduiding *aanstelling* in artikel 9 valt, gelet op de context, niet een tijdelijke aanstelling (als bedoeld in artikel 11, eerste lid). In geval van een tijdelijke aanstelling bestaat aan een proeftijd ook geen behoefte. Indien een tijdelijk aangestelde militair niet voldoet, kan hij van de functie die hij bekleedt worden ontheven, hetgeen inhoudt dat de aanstelling met ingang van de dag van ontheffing van rechtswege eindigt (artikel 11, derde lid).

ingevolge artikel 38 bevoegde gezag schriftelijk de wens te kennen geeft.’

Het ingevolge artikel 38 bevoegde gezag is: òf de Kroon, indien het ontslag een officier betreft, òf de Minister van Defensie, indien dit niet het geval is.²⁾

Een aanvraag om ontslag kan in een aantal gevallen worden afgewezen. Artikel 42, eerste lid, somt deze gevallen limitatief op. Afwijzing kan bijvoorbeeld geschieden: in geval van buitengewone omstandigheden (eerste lid onder *a*); en: gedurende de tijd dat de militair is ingedeeld bij een eenheid waarvoor tijd van oorlog aanwezig wordt geacht (eerste lid onder *b*). In aansluiting op het eerste lid bepaalt artikel 42, tweede lid:

‘Het eerste lid is niet van toepassing op de militair voor wie na de datum van ingang van de aanstelling een proeftijd geldt, gedurende die proeftijd.’

Een aanvraag om ontslag kan dus niet worden afgewezen ‘gedurende de proeftijd’. Een redelijke wetsuitlegging brengt mee dat een aanvraag om ontslag ook na afloop van de proeftijd niet kan worden afgewezen, mits de aanvraag gedurende de proeftijd is ingediend. Anders gezegd: voor ‘gedurende die proeftijd’ in artikel 42, tweede lid, zal moeten worden gelezen: indien de aanvraag gedurende de proeftijd is ingediend.

Kan de ingangsdatum van een gedurende de proeftijd op aanvraag verleend ontslag worden opgeschort?

In geval van ontslag dient te worden onderscheiden tussen de datum waarop het besluit tot ontslag genomen en de datum waarop het ontslag ingaat. In een aantal gevallen kan de ingangsdatum van het ontslag worden opgeschort. Artikel 47, vijfde lid, bepaalt:

‘De ingangsdatum van reeds verleend ontslag kan worden opgeschort indien en voor zolang zich een van de omstandigheden voordoet, bedoeld is artikel 42, eerste lid onder *a*, *b*, *c* en *e*, alsmede indien zich een omstandigheid voordoet die naar het oordeel van het ingevolge artikel 38 bevoegde gezag grond oplevert voor ontslag om een van de redenen, genoemd in artikel 39, tweede lid onder *k*, *l*, *m* of (lees: en) *n*.’

In de eerste plaats kan de ingangsdatum dus worden opgeschort: indien zich een van de omstandigheden voordoet, bedoeld is artikel 42, eerste lid onder *a*, *b*, *c* en *e*. In de nota van toelichting (Stb 1989, 386) wordt omtrent deze bepaling opgemerkt: ‘In het vijfde lid is de mogelijkheid opgenomen de ingangsdatum van reeds verleend ontslag op te schorten, indien en zolang er aanleiding zou bestaan om ten aanzien van andere militairen die voor ontslag in aanmerking komen, artikel 42 (eerste lid) toe te passen.’ De strekking van deze opmerking is (mij althans) niet geheel duidelijk. Kennelijk is echter niet bedoeld dat de ingangsdatum uitsluitend kan worden opgeschort indien ook de mogelijkheid zou hebben bestaan om, in voorkomende gevallen, een aanvraag om ontslag af te wijzen. In dezelfde nota van toelichting valt immers te lezen: ‘Opmerking verdient dat weliswaar het recht op ontslagverlening tijdens de proeftijd onaantastbaar is, maar dat in buitengewone omstandigheden de ingangsdatum van dit ontslag kan worden opgeschort, zulks op basis van artikel 47, vijfde lid, van onderhavig reglement.’³⁾

Ingevolge in artikel 47, vijfde lid, kan de ingangsdatum van reeds verleend ontslag

²⁾ In het AMAR is gekozen voor een stelsel dat inhoudt dat het gezag dat bevoegd is tot aanstelling, ook bevoegd is tot het verlenen van ontslag. Gelet hierop is in artikel 38 ten onrechte niet bepaald dat aan leden van het Koninklijk Huis in alle gevallen ontslag wordt verleend door de Kroon. Zie hieromtrent: G.L. Coolen, *De bevoegdheid tot het verlenen van ontslag*, MRT 2002, p. 346-348.

³⁾ In de passage wordt gesproken van opschorting van de ingangsdatum ‘in buitengewone omstandigheden’. Het bepaalde in artikel 42, eerste lid onder *a*, *b* en *c*, ziet inderdaad op buitengewone omstandigheden; het bepaalde in artikel 42, tweede lid onder *e*, echter niet. Deze bepaling ziet op het geval dat een onderzoek gaande is omtrent een strafbaar feit waarvan de militair wordt verdacht, dan wel dat tegen hem een strafvervolgning loopt.

eveneens worden opgeschort: indien zich een omstandigheid voordoet die naar het oordeel van het bevoegde gezag grond oplevert voor ontslag om een van de redenen, genoemd in artikel 39, tweede lid onder *k*, *l*, *m* en *n*. Het tweede lid onder *k*, ziet op ontslag wegens verregaande nalatigheid in de vervulling van plichten; het tweede lid onder *l*, op ontslag wegens wangedrag; het tweede lid onder *m*, op ontslag wegens een vonnis, gewezen in verband met een feit van zodanige aard dat ontslag in het belang van de dienst noodzakelijk is; en het tweede lid onder *n*, op ontslag ter zake van misleiding bij indiensttreding.

Naar de letter van artikel 47, vijfde lid, is opschorting van de ingangsdatum in elk van deze gevallen ook mogelijk indien het ontslag op aanvraag is verleend tijdens de proeftijd. Deze uitleg verdraagt zich echter niet met de bepaling dat aanvragen om ontslag tijdens de proeftijd niet (dus *nimmer*) kunnen worden afgewezen. Indien afwijzing niet mogelijk is, dient opschorting van de ingangsdatum, met het oog op het (wellicht) toepassen van een andere ontslaggrond, evenmin mogelijk te zijn.

Het vorenstaande betekent dat de vraag of de ingangsdatum van een tijdens de proeftijd op aanvraag verleend ontslag met toepassing van artikel 47, vijfde lid, kan worden opgeschort, deels bevestigend, deels ontkennend dient te worden beantwoord. Opschorting is mogelijk, indien zich een omstandigheid voordoet als bedoeld in artikel 42, eerste lid onder *a*, *b*, *c* of *e*. In de andere in artikel 47, vijfde lid, bedoelde gevallen is opschorting niet mogelijk.

Kan een tijdens de proeftijd op aanvraag verleend ontslag worden ingetrokken?

In aansluiting op artikel 47, vijfde lid, bepaalt artikel 48:

‘Ontslag dat is verleend om een andere reden dan genoemd in artikel 39, tweede lid onder *k*, *l*, *m* of *n*, en dat nog niet is ingegaan, wordt ingetrokken, indien zich inmiddels een omstandigheid heeft voorgedaan die het ingevolge artikel 38 bevoegde gezag aanleiding geeft de militair te ontslaan om een van de redenen, genoemd in artikel 39, tweede lid onder *k*, *l*, *m* of (lees: en) *n*.’

Ontslag om een van de redenen, genoemd in artikel 39, tweede lid onder *k*, *l*, *m* en *n*, geschiedt in alle gevallen zonder de aanduiding *eervol*.⁴⁾ Dit is bepaald in artikel 40.

De nota van toelichting (Stb. 1989, 386) vermeldt omtrent artikel 48: ‘Het aangeven van een andere ontslaggrond, zonder het predikaat *eervol*, hetgeen op basis van dit artikel mogelijk is, beoogt bijvoorbeeld te voorkomen dat betrokkene op onverdiende wijze in het genot komt van een financiële uitkering of onverdiend aanspraak zou kunnen maken op het behoud van statusvoorrechten.’⁵⁾

Indien zich - nadat aan een militair *eervol* ontslag is verleend, maar voordat het ontslag is ingegaan - een omstandigheid voordoet die grond oplevert voor ontslag om een van de redenen, genoemd in artikel 39, tweede lid onder *k*, *l*, *m* en *n*, kan dus eerst - met toepassing van artikel 47, vijfde lid - de ingangsdatum van het ontslag worden opgeschort, waarna vervolgens - indien (inderdaad) tot ontslag op een van de in artikel 39, tweede lid onder *k*, *l*, *m* en *n*, genoemde gronden wordt besloten - het eerder genomen ontslagbesluit kan

⁴⁾ In alle andere gevallen wordt het ontslag *eervol* verleend. Overigens is ‘zonder de aanduiding *eervol*’ niet hetzelfde als *oneervol*. Deze laatste aanduiding is destijds, zoals in de nota van toelichting (Stb. 1982, 279) valt te lezen, weloverwogen niet in het AMAR opgenomen.

⁵⁾ Ingevolge artikel 12f MAW 1931 behoudt een militair, aan wie *eervol* ontslag is verleend en die op het tijdstip van ingang van het ontslag ten minste vijftien jaar tot het beroeps- of reserve-personeel heeft behoord, de status van militair ten aanzien van door de Minister van Defensie te bepalen voorrechten. Dit geldt, *tenzij* de militair ‘van rechtswege is ontslagen of zich uit Nederlands nationaal oogpunt beschouwd onwaardig heeft gedragen’. Op artikel 12f steunt de Regeling statusvoorrechten gewezen militairen. Zie aldaar.

worden ingetrokken.

Naar de letter van artikel 48 kan ook ontslag dat tijdens de proeftijd op aanvraag is verleend, worden ingetrokken, indien zich een omstandigheid als in artikel 48 bedoeld heeft voorgedaan. Ook deze uitleg verdraagt zich niet met de bepaling dat een aanvraag om ontslag tijdens de proeftijd nimmer kan worden afgewezen. Dit betekent dat de vraag of een tijdens de proeftijd op aanvraag verleend ontslag met toepassing van artikel 48 kan worden ingetrokken, ontkennend dient te worden beantwoord.

Aan het vorenstaande dient het volgende te worden toegevoegd. Naar algemene opvatting kunnen besluiten, zolang zij nog niet in werking zijn getreden, worden ingetrokken, mits intrekking niet strijd komt met het geschreven of ongeschreven recht.⁶⁾ Dit geldt ook voor besluiten waarbij ontslag op aanvraag is verleend. Een zodanig besluit zou bijvoorbeeld kunnen worden ingetrokken indien (later) blijkt dat aan de aanvraag een wilsgebrek kleeft. Zie hieromtrent CRvB 24 november 1988, TAR 1989, nr. 12: ‘Ten aanzien van ontslagverzoeken dient naar ’s Raads oordeel het uitgangspunt te zijn, dat een van de voorwaarden voor het bestaan van een zodanig verzoek is dat het tot een eigen en in vrijheid genomen besluit van de ambtenaar kan worden herleid. Het moet uitgesloten worden geacht, dat het doen van een verzoek door middel van aan enige faciliteit te verbinden voorwaarde of anderszins aan de ambtenaar wordt opgelegd.’⁷⁾

Ongevraagd ontslag

Ontslag met toepassing van artikel 39, zevende lid, AMAR

Naast ontslag op aanvraag staat ongevraagd ontslag. Op welke gronden aan een militair ongevraagd ontslag kan worden verleend, is bepaald in artikel 39, tweede lid onder a t/m n, AMAR.⁸⁾ In aansluiting op het tweede lid bepaalt artikel 39, zevende lid:

‘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.’

Naar de letter van deze bepaling kan een militair voor wie een proeftijd geldt, op elke willekeurige grond worden ontslagen, mits de beslissing tot ontslagverlening tijdens de proeftijd is genomen. *Naar de letter:* immers de beslissing tot ontslagverlening zal in alle gevallen dienen te berusten op het functioneren (op het gedrag, op de houding) van de militair tijdens de proeftijd.⁹⁾ Algemeen gesteld kan aan een militair tijdens de proeftijd ontslag worden verleend, indien hij niet beantwoordt aan de verwachtingen die bij het bestuursorgaan bestonden en ook redelijkerwijs konden bestaan. Zie hieromtrent bijvoor-

⁶⁾ Zie bijvoorbeeld CRvB 24 oktober 1996, TAR 1997, nr. 19, m.nt. P.L. de Vos: ‘De Raad stelt voorop dat, behoudens overigens aanwezigheid van strijd van het desbetreffende besluit met een regel van geschreven of ongeschreven recht of met een algemeen rechtsbeginsel, geen rechtsregel zich ertegen verzet dat een besluit waarbij met ingang van een in de toekomst gelegen datum ontslag wordt verleend, wordt ingetrokken bij een besluit dat vóór die datum is genomen en bekendgemaakt.’

⁷⁾ Zie ook CRvB 20 september 1990, TAR 1990, nr. 218.

⁸⁾ Het derde t/m het vijfde lid van artikel 39 bevatten ontslaggronden die uitsluitend van toepassing zijn op militairen die behoren tot het reservepersoneel der krijgsmacht; artikel 39, zesde lid, bevat een bijzondere ontslaggrond, uitsluitend geldend voor militairen die een vlag- of een opperofficiersrang bekleden.

⁹⁾ Zo is het tijdens de proeftijd ontslag verlenen aan een militair, uitsluitend omdat achteraf aan een andere gegadigde met een hogere vooropleiding de voorkeur wordt gegeven, niet geoorloofd. Ontslag zou strijd opleveren met het beginsel dat détournement de pouvoir verbiedt.

beeld CRvB 27 maart 1986, TAR 1986, nr. 135: ‘Naar vaste jurisprudentie van de Raad brengt het karakter van de proeftijd met zich mee dat tot beëindiging of niet-verlenging (van het dienstverband) kan worden overgegaan wanneer de ambtenaar niet beantwoordt aan de verwachtingen welke het administratief orgaan stelt en redelijkerwijze mag stellen.’

Ontslag met toepassing van artikel 39, zevende lid, kan eveneens worden verleend, indien zich tijdens de proeftijd een omstandigheid heeft voorgedaan die - *buiten* de proeftijd - aanleiding zou hebben gegeven tot ontslag op een van de gronden, genoemd in artikel 39, tweede lid onder *a t/m n.*¹⁰⁾ In de praktijk gebeurt dit ook. Zo wordt een militair, die zich buiten de proeftijd schuldig heeft gemaakt aan het (herhaald) gebruik van drugs, in de regel ontslagen met toepassing van de ontslaggrond, genoemd in artikel 39, tweede lid onder *l*, dus wegens wangedrag, terwijl het (herhaald) gebruik van drugs *tijdens* de proeftijd in de regel leidt tot ontslag met toepassing van artikel 39, zevende lid. Zie in dit verband CRvB 29 oktober 1998, MRT 1999, p. 130, m.nt. G.L.C. (*Het gebruik van soft drugs tijdens de proeftijd*).

Moet het ontslagbesluit tijdens de proeftijd zijn genomen?

Ontslag met toepassing van artikel 39, zevende lid, kan slechts worden verleend ‘tijdens de proeftijd’. Naar het oordeel van de Centrale Raad van Beroep houdt deze eis in dat het ontslagbesluit zelf tijdens de proeftijd moet zijn genomen. Zie hieromtrent CRvB 25 april 2002, MRT 2003, p. 53, m.nt. G.L.C. De zaak betrof een beroepsofficier, aan wie ontslag was verleend met toepassing van artikel 39, zevende lid. In beroep rees de vraag of het ontslag geacht kon worden tijdens de proeftijd te zijn verleend. De rechtbank ’s-Gravenhage beantwoordde deze vraag bevestigend. Aan de officier was vóór het einde van de proeftijd door de Staats-secretaris van Defensie de schriftelijke mededeling gedaan dat hij bij de Koningin voor ontslag zou worden voordragen. De rechtbank achtte dit (mijns inziens terecht) voldoende. De Centrale Raad van Beroep oordeelde echter anders. De Raad stelde vast dat het (koninklijk) ontslagbesluit zelf na het einde van de proeftijd was genomen. Zelfs de voordracht tot ontslag was niet tijdens de proeftijd gedaan. Dit betekende, aldus de Raad, dat het bestreden besluit voor vernietiging in aanmerking kwam. De Raad liet hierbij uitdrukkelijk in het midden of, indien de voordracht tot ontslag wel tijdens de proeftijd zou zijn gedaan, ‘wel tot een tijdig genomen ontslagbesluit zou kunnen worden geconcludeerd’.

Ik deel het standpunt van de Raad dat in gevallen als bedoeld het ontslagbesluit zelf tijdens de proeftijd moet zijn genomen, niet.¹¹⁾ Artikel 39, zevende lid, stelt deze eis ook niet. Het spreekt slechts van het verlenen van ontslag tijdens de proeftijd. De vraag is dus: wat is met het verlenen van ontslag (met de beslissing tot ontslagverlening) bedoeld?

De aanduiding *beslissing tot ontslagverlening* komt ook voor in artikel 47. In dat artikel is met deze aanduiding, zoals hieronder wordt aangetoond, onmiskenbaar bedoeld: de beslissing om de militair voor ontslag in aanmerking te brengen; en zeker niet het ontslagbesluit zelf. Het is dus, gelet op de onderlinge samenhang tussen beide bepalingen,

¹⁰⁾ Eenmaal nam de Centrale Raad van Beroep op dit punt een ander standpunt in. Zie CRvB 30 oktober 1986, MRT 1987, p. 295, m.nt. G.L.C. In die uitspraak stelde de Raad dat uit de tekst van artikel 39 moest worden afgeleid ‘dat - indien zich een van de situaties voordoet voorzien in artikel 39, eerste t/m vijfde (lees thans: zesde) lid, AMAR - de ontslaggrond genoemd in het zesde (lees thans: zevende) lid van dat artikel niet voor toepassing in aanmerking komt’. Voorzover ik weet is dit (mijns inziens niet te verdedigen) standpunt door de Raad nimmer herhaald.

¹¹⁾ Ik deel dus het standpunt van de eerste rechter. In het naschrift bij de uitspraak van de Raad in dit tijdschrift heb ik me, zo vind ik nu, te terughoudend opgesteld.

alleszins aannemelijk dat ook in artikel 39, zevende lid, met het verlenen van ontslag is bedoeld: de beslissing om de militair voor ontslag in aanmerking te brengen.

Hier komt nog het volgende bij. Een proeftijd heeft mede ten doel de militair de kans te bieden om zichzelf gedurende een bepaalde tijd tegenover het bestuursorgaan te bewijzen. Zie in dit verband bijvoorbeeld CRvB 21 december 1989, TAR 1990, nr. 37. De zaak betrof een vrouwelijke ambtenaar, wier dienstverband aan het einde van de (met drie maanden verlengde) proeftijd werd beëindigd. Naar het oordeel van het bestuursorgaan beschikte zij niet over voldoende kennis en vaardigheden om haar functie naar behoren te kunnen vervullen. Toen de vrouwelijke ambtenaar tegen dit besluit beroep instelde, verklaarde de Centrale Raad van Beroep het bestreden besluit nietig. De Raad oordeelde 'dat eiseres in een veel eerder stadium van haar dienstverband van de gestelde tekortkomingen op de hoogte had moeten worden gesteld en dat zij, ondanks het feit dat de alsnog een verlenging van de proeftijd met drie maanden heeft plaatsgevonden, geen reële kans heeft gekregen om haar functioneren aan te passen dan wel te verbeteren in de door gedaagde gewenste zin.'

Indien in geval van ontslag met toepassing van artikel 39, zevende lid, de eis zou gelden dat ook het ontslagbesluit zelf tijdens de proeftijd wordt genomen (in de zin van: tot stand wordt gebracht), zou dit - zeker indien het ontslag een officier betreft - te zeer ten koste gaan van het hiervóór bedoelde aspect van de proeftijd.

Kan tijdens de proeftijd ook ontslag worden verleend met toepassing van artikel 39, tweede lid, AMAR?

Artikel 39, zevende lid, luidde vroeger anders. Vóór 1 januari 1990 bepaalde toen artikel 39, zesde lid:

'Aan een militair voor wie na de aanstelling een proeftijd geldt, kan tijdens die proeftijd *voorts* nog ontslag worden verleend om andere dan in de voorgaande leden genoemde redenen.'

De nota van toelichting (Stb. 1982, 279) vermeldde omtrent deze bepaling: 'Het zesde lid regelt de bevoegdheid van de overheid om een militair, voor wie na de aanstelling een proeftijd geldt, tijdens de proeftijd ook om andere dan de in het tweede lid limitatief opgesomde redenen te ontslaan. De daarmee corresponderende bevoegdheid van de militair om tijdens de proeftijd ontslag te kunnen nemen ondanks het feit, dat hij zich verplicht heeft om gedurende zekere tijd deel uit te maken van het personeel, is neergelegd in artikel 41, tweede lid (lees thans: 42, tweede lid).'

De bepaling is per 1 januari 1991 gewijzigd. Dit is volgens de nota van toelichting (Stb. 1989, 386) geschied om de oorspronkelijke bedoeling van het ontslag tijdens de proeftijd duidelijker weer te geven. 'Uitgaande van het principe van tweezijdigheid is deze bepaling thans beter in evenwicht met de corresponderende mogelijkheid voor de militair om tijdens de proeftijd ontslag te kunnen nemen ondanks het feit dat hij zich verplicht heeft om gedurende een zekere tijd deel uit te maken van de categorie personeel waarbij hij is aangesteld.'¹²⁾

Het vorenstaande laat slechts één conclusie toe: de ontslaggrond, neergelegd in artikel 39, zevende lid, staat naast - en komt niet in plaats van - de ontslaggronden, genoemd in artikel 39, tweede lid onder *a* t/m *n*. Dit betekent dat - indien zich tijdens de proeftijd een van de gevallen voordoet, waarop het artikel 39, tweede lid, ziet - het bestuursorgaan kan kiezen tussen ontslag met toepassing van artikel 39, tweede lid, en ontslag met toepassing

¹²⁾ Waarom in de nieuwe tekst het woord *voorts* is geschrapt, wordt niet verklaard.

van artikel 39, zevende lid. Zie in dit verband CRvB 16 april 1980, AB 1981, nr. 385: 'In geval van een dergelijke samenloop van ontslaggronden kan naar 's Raads oordeel aan een orgaan in beginsel niet de bevoegdheid worden ontzegd om de onderhavige - nu eenmaal in de ambtenarenreglementen voorkomende - bepaling te hanteren, ook indien tevens een andere grond tot ontslag voorhanden is.'

Wel geldt in alle gevallen dat het besluit dat uiteindelijk wordt genomen, niet in strijd mag komen met een algemeen rechtsbeginsel of een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Zie in dit verband bijvoorbeeld 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 artikel 39, tweede lid onder *j* (lees thans: *h*) had mogen laten vallen, doch de weg van artikel 39, tweede lid onder *g* (lees thans: *f*), AMAR had behoren te bewandelen.'

De vraag of tijdens de proeftijd ook ontslag kan worden verleend met toepassing van artikel 39, tweede lid, dient dus bevestigend te worden beantwoord. Wel zal, gelet op het karakter van de proeftijd, in de regel aan ontslag met toepassing van artikel 39, *zevende* lid, de voorkeur dienen te worden gegeven. Ook kan de militair, zolang de proeftijd duurt, in alle gevallen - door het indienen van een aanvraag om ontslag - kiezen voor ontslag met toepassing van artikel 39, *eerste* lid.

Datum van ingang van het ontslag

Ontslag op aanvraag, verleend tijdens de proeftijd

In een aantal gevallen moet, indien is besloten een militair te ontslaan, een opzegtermijn in acht worden genomen: het ontslag kan niet eerder ingaan dan nadat een bepaalde termijn is verstreken. In welke gevallen een opzegtermijn geldt (en hoelang deze duurt) valt te lezen in artikel 47, tweede en derde lid. Artikel 47, vierde lid, bepaalt dat de in het tweede en derde lid genoemde termijnen op verzoek van de militair kunnen worden bekort.

Artikel 47, tweede lid, ziet op ontslag op aanvraag anders dan tijdens de proeftijd, alsmede op ontslag om een van de redenen, genoemd in artikel 39, tweede lid onder *c*, *d*, *e*, *f*, *g* en *j*. Artikel 47, derde lid, luidt:

'Een ontslag op aanvraag tijdens de proeftijd en de ontslagen, bedoeld in artikel 39, tweede lid onder *h*, en zevende lid, gaan niet eerder ingaat dan nadat ten minste een maand is verstreken sedert het tijdstip waarop de aanvraag om ontslag is ingediend of de militair van de beslissing onderscheidenlijk het voorstel tot ontslagverlening schriftelijk in kennis is gesteld'.¹³⁾

In geval van ontslag op aanvraag tijdens de proeftijd geldt dus een opzegtermijn van ten minste een maand. Deze termijn begint te lopen op het tijdstip van indiening van de aanvraag; en dus niet op het tijdstip van inwilliging van de aanvraag door het bestuursorgaan of op het tijdstip van het nemen van te ontslagbesluit.

Ongevraagd ontslag, verleend tijdens de proeftijd

In artikel 47, derde lid, worden - naast het ontslag op aanvraag tijdens de proeftijd - twee ontslagen genoemd: het ontslag, bedoeld in artikel 39, tweede lid onder *h*, en het ontslag,

¹³⁾ Artikel 39, tweede lid onder *h*, ziet op de ontslaggrond: ontheffing van de initiële opleiding wegens het niet voldoen aan de bij de opleiding gestelde eisen.

bedoeld in artikel 39, zevende lid. De opzegtermijn vangt in deze gevallen aan op het tijdstip waarop de militair 'van de beslissing onderscheidenlijk het voorstel tot ontslagverlening schriftelijk in kennis is gesteld'. De aanduiding *beslissing tot ontslagverlening* ziet - zoals uit de context volgt - op het ontslag met toepassing van artikel 39, tweede lid onder *h*; de aanduiding *voorstel tot ontslagverlening* op het ontslag met toepassing van artikel 39, zevende lid.

De vraag rijst wat met beide aanduidingen is bedoeld. De nota van toelichting (Stb. 1982, 279) biedt op dit punt geen duidelijkheid. Opgemerkt wordt slechts dat 'het grotendeels uit de praktijk van de ontslagverlening voortgevloeide artikel (47) in het algemeen geen nadere toelichting behoeft', waarna de overwegingen worden genoemd die bij het opnemen van een opzegtermijn een rol hebben gespeeld: 'enerzijds dat, wanneer een militair ontslag vraagt, het in verband met zijn vervanging in het belang van de dienst gewenst kan zijn het ontslag niet onmiddellijk te doen ingaan; anderzijds, dat - wanneer aan een militair ongevraagd ontslag wordt verleend om een hem niet verwijtbare reden - het uit sociaal oogpunt gewenst is daarbij een redelijke termijn in acht te nemen.'

Wat is bedoeld met de beslissing tot ontslagverlening?

De aanduiding *beslissing tot ontslagverlening* komt zowel in tweede lid als het derde lid van artikel 47 voor. De aanduiding ziet in elk geval niet op de ontslagbrief, bedoeld in artikel 50. Artikel 50 bepaalt:

'Aan de militair aan wie ontslag wordt verleend, wordt een ontslagbrief uitgereikt, waarin wordt vermeld met toepassing van welke der in artikel 39 bedoelde ontslaggronden het ontslag wordt verleend, alsmede de datum van ingang van dat ontslag. Indien het ontslag bij koninklijk besluit is verleend, wordt bij wijze van ontslagbrief een afschrift van of een uittreksel uit het besluit uitgereikt.'

Zou de ontslagbrief zijn bedoeld, dan zou in het tweede en derde lid van artikel 47 (gewoon) van de ontslagbrief zijn gesproken; en *niet* van de beslissing tot ontslagverlening.

Ook in het vierde lid van artikel 47 kan een argument worden gevonden voor de stelling dat met de aanduiding in elk geval niet de ontslagbrief is bedoeld. Het vierde lid luidt:

'De in het tweede en derde lid genoemde termijnen kunnen op verzoek van de militair worden bekort.'

Om bekorting te kunnen verzoeken, dient de militair van de voorgenomen ingangsdatum van het ontslag op de hoogte te zijn. Hij kan deze datum lezen in de hem ingevolge het tweede of derde lid van artikel 47 ter kennis gebrachte *beslissing tot ontslagverlening*. Zou met deze aanduiding de ontslagbrief zijn bedoeld, dan zou het vierde lid op de verkeerde plaats staan. De ontslagbrief komt pas aan de orde in artikel 50. De brief vermeldt de ingangsdatum waarvoor uiteindelijk is gekozen.

Dit alles leidt tot de slotsom dat met de aanduiding *beslissing tot ontslagverlening* in artikel 47, tweede en derde lid, slechts kan zijn bedoeld: de (schriftelijk ter kennis van de militair gebrachte) beslissing om hem voor ontslag in aanmerking te brengen.

Hieraan kan nog het volgende worden toegevoegd. Artikel 47 is, zoals in de nota van toelichting (Stb. 1982, 279) wordt opgemerkt, 'grotendeels voortgevloeid uit de praktijk van de ontslagverlening'. Aan bedoelde praktijk lagen, ten tijde van totstandkoming van het AMAR, twee reglementen ten grondslag: het Reglement rechtstoestand militairen zee-macht (RRMZ) en het Reglement militaire ambtenaren Koninklijke Landmacht en Koninklijke Luchtmacht (RMAKL/ KLu). Beide reglementen zijn per januari 1983 door het AMAR vervangen.

Artikel 13 RRMZ bepaalde:

‘Ontslag om een van de redenen, genoemd in artikel 10, tweede lid onder *d* en *e*, zal aan een schepeling niet eerder worden verleend dan drie maanden na de dag, waarop hem is medegedeeld dat hij voor ontslag om een van die redenen aanmerking komt. Hiervan kan worden afgeweken, indien de schepeling verzoekt het ontslag op en vroeger tijdstip te doen ingaan.’¹⁴⁾

Artikel 23, tweede lid, RMAKL/KLu bevatte een soortgelijke bepaling. Hierin werd echter niet gesproken van ‘de dag, waarop hem is medegedeeld dat hij voor ontslag aanmerking komt’, maar van ‘de datum van aanzegging van het ontslag’.

Ook deze voorgeschiedenis wijst erop dat in artikel 47, tweede en derde lid, met de aanduiding *beslissing tot ontslagverlening* is bedoeld: de (schriftelijk ter kennis van de militair gebrachte) beslissing om hem voor ontslag in aanmerking te brengen; en *niet* de ontslagbrief.

Wat is bedoeld met het voorstel tot ontslagverlening?

Artikel 47, derde lid, noemt - als tijdstip van aanvang van de opzegtermijn in geval van ontslag met toepassing van artikel 39, zevende lid - het tijdstip van kennisgeving aan de militair van het *voorstel tot ontslagverlening*. Gelet op de context (en op hetgeen hiervóór is opgemerkt) kan met deze aanduiding slechts zijn bedoeld: het voorstel om de militair (om wie het gaat) in aanmerking te brengen voor ontslag met toepassing van artikel 39, zevende lid.

Het verdient mijns inziens uit een oogpunt van zowel rechtszekerheid als rechtsgelijkheid de voorkeur om ook in geval van ontslag met toepassing van artikel 39, zevende lid, als aanvangsdatum van de opzegtermijn te kiezen voor de dag waarop de militair schriftelijk van de *beslissing* (en niet slechts van het *voorstel*) tot ontslagverlening in kennis is gesteld.

Het standpunt van de Centrale Raad van Beroep

Artikel 47, tweede lid, AMAR luidt:

‘Een ontslag op aanvraag anders tijdens de proeftijd en een ontslag om een van de redenen, genoemd in artikel 39, tweede lid onder *c*, *d*, *e*, *f*, *g* en *j*, gaan niet eerder ingaat dan nadat ten minste drie maanden zijn verstreken sedert het tijdstip waarop de aanvraag om ontslag is ingediend onderscheidenlijk de militair van de beslissing tot ontslagverlening schriftelijk in kennis is gesteld.’

Omtrent tot de betekenis van deze bepaling is door de Centrale Raad van Beroep enkele jaren geleden een uitspraak gedaan: CRvB 18 mei 2000, MRT 2001 p. 156, m.nt. G.L.C. In deze uitspraak - die het ontslag bij koninklijk besluit van een officier betrof - overwoog de Raad onder meer: ‘Artikel 47, tweede lid, AMAR bevat de waarborg dat de opzegtermijn eerst na ontvangst van het ontslagbesluit kan ingaan. Dit betekent ingeval een officier ontslag wordt verleend, dat het ontslag niet eerder kan ingaan dan nadat ten minste drie maanden verstreken zijn nadat betrokkene van het in artikel 38, eerste lid, AMAR voorgeschreven koninklijk besluit tot ontslagverlening door uitreiking overeenkomstig artikel 50, eerste lid, AMAR, van dat besluit in kennis is gesteld. Geen algemeen verbindend voorschrift biedt de mogelijkheid deze opzegtermijn reeds vóór de uitreiking van het ontslagbesluit te laten ingaan.’¹⁵⁾

¹⁴⁾ Een schepeling is een militair der zeemacht die geen officier is. Het ontslag van officieren vond destijds regeling in de Wet bevordering en ontslag beroepsofficieren (Stb. 1954, 575) en de Wet voor het reservepersoneel der krijgsmacht (Stb. 1954, 576).

¹⁵⁾ Ook in het naschrift bij deze uitspraak van de Raad heb ik me, zo vind ik nu, te terughoudend opgesteld.

Ik deel ook dit standpunt van de Raad niet. Zoals hiervóór uiteengezet, is met de aanduiding *beslissing tot ontslagverlening* in zowel het tweede als het derde van artikel 47 onmiskenbaar bedoeld de (schriftelijk ter kennis van de militair gebrachte) beslissing om hem voor ontslag in aanmerking te brengen; en zeker *niet* het ontslagbesluit zelf. De opzegtermijn begint dus niet pas te lopen op het tijdstip van uitreiking van de ontslagbrief, maar op het tijdstip van kennisgeving van de beslissing de militair voor ontslag in aanmerking te brengen.

Voorstellen

De in het AMAR voorkomende bepalingen die het ontslag tijdens de proeftijd beheersen, zijn niet alle even duidelijk geformuleerd. In een aantal gevallen bestaat onzekerheid omtrent de strekking van de bepaling. Dit heeft in het verleden enkele malen tot verkeerde beslissingen geleid. Gelet hierop stel ik voor:

(1) de tekst van artikel 39, zevende lid, te vervangen door:

Aan de militair voor wie na aanstelling een proeftijd geldt, kan voorts ontslag worden verleend op andere dan in het tweede lid genoemde gronden, mits hij van de beslissing hem voor ontslag in aanmerking te brengen vóór het einde van de proeftijd schriftelijk in kennis is gesteld.

(2) de tekst van artikel 42, tweede lid, te vervangen door:

Het eerste lid is niet van toepassing op de militair voor wie na aanstelling een proeftijd geldt, indien de aanvraag tijdens de proeftijd is ingediend.

(3) de tekst van artikel 47, derde lid, te vervangen door:

Een ontslag op aanvraag tijdens de proeftijd, alsmede de ontslagen, bedoeld in artikel 39, tweede lid onder h, en zevende lid, gaan niet eerder ingaat dan nadat ten minste een maand is verstreken sedert het tijdstip waarop de aanvraag om ontslag is ingediend onderscheidenlijk de militair van de beslissing hem voor ontslag in aanmerking te brengen, schriftelijk in kennis is gesteld.

(4) het vijfde lid van artikel 47 te schrappen en na artikel 47 een nieuw artikel 47a op te nemen dat als opschrift krijgt *Opschorting ingangsdatum van reeds verleend ontslag*, en dat luidt:

1. De ingangsdatum van reeds verleend ontslag kan worden opgeschort:

a. indien en zolang zich een van de omstandigheden voordoet, bedoeld is artikel 42, eerste lid onder a, b, c en e;

b. indien zich een omstandigheid voordoet die naar het oordeel van het ingevolge artikel 38 bevoegde gezag grond oplevert voor ontslag om een van de redenen, genoemd in artikel 39, tweede lid onder k, l, m en n.

2. Het bepaalde in het eerste lid onder b is niet van toepassing in geval van ontslag op aanvraag tijdens de proeftijd.

(5) aan artikel 48 een tweede lid toe te voegen dat luidt:

Het eerste lid is niet van toepassing indien het ontslag op aanvraag is verleend tijdens de proeftijd.

STRAFRECHTSPRAAK

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest van 27 januari 2004

Voorzitter: W.J.M. Davids, Raadsheren: F.H. Koster, G.J.M. Corstens, A.J.A. van Dorst en B.C. de Savornin Lohman

Schoolbataljon Ermelo

Vervolg op Hof Arnhem 20 november 2002, MRT 2003, p. 304-307. 1. In hoger beroep is aan de tenlastelegging toegevoegd dat verdachte binnen de aanvankelijk ten laste gelegde periode één van de slachtoffers van de ten laste gelegde ontucht heeft gedwongen reeds als zodanig ten laste gelegd (tong)zoenen te ondergaan: toelaatbare wijziging? 2. “Aan zijn gezag onderworpen”: aard van de vereiste gezagsrelatie.

(Sr art. 68; Sv art. 313 lid 2; Sr art. 249 lid 2, aanhef en onder 1°)

ARREST

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Arnhem, Militaire Kamer, van 20 november 2002, nummer [...], in de strafzaak tegen: [verdachte], geboren te [geboorteplaats] (Duitsland) op [geboortedatum], wonende te [woonplaats].

1. De bestreden uitspraak

1.1. Het Hof heeft in hoger beroep – met vernietiging van een vonnis van de Rechtbank te Arnhem, Militaire Kamer, van 29 maart 2002 – de verdachte ter zake van 1. “als ambtenaar ontucht plegen met een persoon aan zijn gezag onderworpen; meermalen gepleegd” en 2. “verkrachting” veroordeeld tot één maand militaire detentie, voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren, alsmede tot een werkstraf voor de duur van veertig uren, subsidiair twintig dagen hechtenis.

1.2. De aanvulling op het verkorte arrest als bedoeld in art. 365a, tweede lid, Sv is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

2. Geding in cassatie

2.1. Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze heeft mr. B.D.W. Martens, advocaat te ‘s-Gravenhage, bij schriftuur middelen van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Advocaat-Generaal Vellinga heeft geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing van de zaak opdat deze op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan.

2.2. De Hoge Raad heeft kennisgenomen van het schriftelijk commentaar van de raadsman op de conclusie van de Advocaat-Generaal.

3. Beoordeling van het derde middel

3.1. Het middel is gericht tegen de door het Hof ter terechtzitting van 6 november 2002 gegeven beslissing om de door de Advocaat-Generaal bij het Hof gevorderde wijziging van de tenlastelegging gedeeltelijk toe te laten.

3.2.1. Bij inleidende dagvaarding is aan de verdachte 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 [slachtoffer 1] en/of soldaat [slachtoffer 2] en/of soldaat [slachtoffer 3] en/of soldaat [slachtoffer 4] en/of soldaat [slachtoffer 5] (roepnaam [...]), welke perso(n)en(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 [slachtoffer 1] en/of [slachtoffer 2] en/of [slachtoffer 3] en/of [slachtoffer 4] en/of [slachtoffer 5] en/of uit het hebben van geslachtsgemeenschap met die [slachtoffer 4] en/of uit het door die [slachtoffer 3] (over diens kleding) laten strelen/betasten van zijn penis.”

3.2.2. De Advocaat-Generaal bij het Hof heeft op de terechtzitting van het Hof van 6 november 2002 gevorderd dat de tenlastelegging als volgt komt te luiden:

“als feit 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 [slachtoffer 1] en/of soldaat [slachtoffer 2] en/of soldaat [slachtoffer 2] (de Hoge Raad leest: [slachtoffer 3]) en/of soldaat [slachtoffer 4], welke perso(n)en(en) als leerling(en) van het Schoolbataljon Centraal aan zijn, verdachtes, gezag waren/was onderworpen en/of aan zijn waakzaamheid was/waren toevertrouwd en/of aanbevolen, welke ontucht bestond uit het (tong)zoenen met/van voornoemde [slachtoffer 1] en/of [slachtoffer 2] en/of [slachtoffer 3] en/of [slachtoffer 4] en/of uit het hebben van geslachtsgemeenschap met die [slachtoffer 4] en/of uit het door die [slachtoffer 3] (over diens kleding) laten strelen/betasten van zijn penis.

Voor zover het de in de oorspronkelijke tenlastelegging vermelde ontucht met [slachtoffer 5] betreft, wordt een feit 2 toegevoegd:

feit 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 of omstreeks 1 juli 2000 tot en met 1 augustus 2000 te Ermelo, althans in Nederland, meermalen, althans eenmaal, door geweld of een andere feitelijkheid en/of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid soldaat [slachtoffer 5] (roepnaam [...]) heeft gedwongen tot het ondergaan van handelingen die (mede) bestonden uit het seksueel binnendringen van het lichaam van die [slachtoffer 5], te weten (telkens) het inbrengen van verdachtes tong in de mond van die [slachtoffer 5] en/of het inbrengen van verdachtes vinger in de vagina van die [slachtoffer 5] en/of het inbrengen van verdachtes penis in de vagina van die [slachtoffer 5], welk geweld of andere feitelijkheid en/of welke bedreiging met geweld of andere feitelijkheid hierin heeft/hebben bestaan dat hij, verdachte, die [slachtoffer 5] onder voorwaarden en/of tegen haar wil heeft meegenomen naar zijn, verdachtes, kamer en/of na het afsluiten van die kamer opzettelijk (telkens) die [slachtoffer 5] 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 [slachtoffer 5] en/of van haar gezags- en/of afhankelijkheidsrelatie met hem, verdachte.

En voor zover dit 2e primaire feit niet tot een veroordeling mocht [leiden],
feit 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 [slachtoffer 5] (roepnaam [...]), 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 en/of het inbrengen van verdachtes vinger in de vagina van die [slachtoffer 5] en/of het inbrengen van verdachtes penis in de vagina van die [slachtoffer 5].”

3.2.3. Het Hof heeft de vordering ter terechtzitting van 6 november 2002 gedeeltelijk toegewezen. Na toewijzing luidt de gewijzigde tenlastelegging als volgt:

“als feit 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 [slachtoffer 1] en/of soldaat [slachtoffer 2] en/of soldaat [slachtoffer 2] (de Hoge Raad leest: [slachtoffer 3]) en/of soldaat [slachtoffer 4], welke perso(o)n(en) als leerling(en) van het Schoolbataljon Centraal aan zijn, verdachtes, gezag waren/was onderworpen en/of aan zijn waakzaamheid was/waren toevertrouwd en/of aanbevolen, welke ontucht bestond uit het (tong)zoenen met/van voornoemde [slachtoffer 1] en/of [slachtoffer 2] en/of [slachtoffer 3] en/of [slachtoffer 4] en/of uit het hebben van geslachtsgemeenschap met die [slachtoffer 4] en/of uit het door die [slachtoffer 3] (over diens kleding) laten strelen/betasten van zijn penis.

Voor zover het de in de oorspronkelijke tenlastelegging vermelde ontucht met [slachtoffer 5] betreft, wordt een feit 2 toegevoegd:

feit 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 of omstreeks 1 juli 2000 tot en met 1 augustus 2000 te Ermelo, althans in Nederland, meermalen, althans eenmaal, door geweld of een andere feitelijkheid en/of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid soldaat [slachtoffer 5] (roepnaam [...]) heeft gedwongen tot het ondergaan van handelingen die (mede) bestonden uit het seksueel binnendringen van het lichaam van die [slachtoffer 5], te weten (telkens) het inbrengen van verdachtes tong in de mond van die [slachtoffer 5], welk geweld of andere feitelijkheid en/of welke bedreiging met geweld of andere feitelijkheid hierin heeft/hebben bestaan dat hij, verdachte, die [slachtoffer 5] onder voorwaarden en/of tegen haar wil heeft meegenomen naar zijn, verdachtes, kamer en/of na het afsluiten van die kamer opzettelijk (telkens) die [slachtoffer 5] 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 [slachtoffer 5] en/of van haar gezags- en/of afhankelijkheidsrelatie met hem, verdachte.

En voor zover dit 2e primaire feit niet tot een veroordeling mocht leiden,
feit 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 [slachtoffer 5] (roepnaam [...]), 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.”

3.3. Voor zover voor de beoordeling van het middel van belang komt de door het Hof toegelaten wijziging van de tenlastelegging erop neer dat aan de tenlastelegging zoals die is neergelegd in de inleidende dagvaarding wordt toegevoegd dat de verdachte in een periode die ligt binnen de aanvankelijk ten laste gelegde periode soldaat [slachtoffer 5] door geweld of een andere feitelijkheid en/of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid heeft gedwongen tot het ondergaan van het in de inleidende dagvaarding reeds als ontucht ten laste gelegde (tong)zoenen.

3.4. In het middel wordt betoogd dat de tenlastelegging door de toegelaten wijziging niet langer hetzelfde feit in de zin van art. 313, tweede lid, Sv in verbinding met art. 68 Sr inhoudt, omdat de toevoeging een ander strafbaar feit, namelijk een geweldsdelict, behelst dat mede bestaat uit andere feitelijke handelingen, namelijk het inbrengen van een vinger en/of zijn penis in de vagina van [slachtoffer 5], en die handelingen hebben plaatsgevonden op een ander tijdstip en op een andere plaats, namelijk in de kamer van de verdachte.

3.5. Bij de toewijzing van de vordering diende het Hof als maatstaf aan te leggen of is voldaan aan de in art. 313, tweede lid tweede volzin, Sv gestelde eis dat de in de aanvankelijke tenlastelegging opgenomen gedragingen hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr opleveren als de in de vordering tot wijziging van de tenlastelegging opgenomen gedragingen. Daartoe diende het Hof na te gaan of de in de oorspronkelijke tenlastelegging en de wijziging daarvan verweten gedragingen zijn begaan onder omstandigheden waaruit blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van die gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de verdachte, dat de gedachte achter de in art. 313, tweede lid, Sv opgenomen beperking die naar art. 68 Sr verwijst, meebrengt dat de gevorderde wijziging toelaatbaar is (vgl. HR 2 november 1999, NJ 2000, 174).

3.6. Voorzover het middel erover klaagt dat door de door het Hof toegelaten wijziging van de tenlastelegging de verdachte andere feitelijke handelingen, namelijk het inbrengen van een vinger en/of zijn penis in de vagina van [slachtoffer 5], worden verweten, ontbeert het feitelijke grondslag. Het Hof heeft immers de desbetreffende vordering niet toegelaten voorzover het deze handelingen betrof.

3.7. In het oordeel van het Hof ligt besloten dat het door de verdachte met geweld of een andere feitelijkheid en/of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid dwingen van [slachtoffer 5] tot het ondergaan van tongzoenen in verdachtes kamer in de periode in of omstreeks 1 juli 2000 tot en met 1 augustus 2000 is begaan onder omstandigheden waaruit blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van die gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de verdachte, dat de gedachte achter de in art. 313, tweede lid, Sv opgenomen beperking die naar art. 68 Sr verwijst, meebrengt dat de gevorderde wijziging toelaatbaar is. Dit oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is ook zonder nadere motivering niet onbegrijpelijk. De Hoge Raad neemt daarbij in aanmerking dat de toegelaten wijziging wat betreft a) het tijdstip van de verweten gedragingen (in of omstreeks de periode van 1 juli 2000 tot en

met 1 augustus 2000) valt binnen de periode van de aanvankelijke tenlastelegging (1 augustus 1999 tot en met 5 maart 2001), b) de plaats van deze gedragingen, te weten telkens te of nabij Ermelo, c) de omstandigheid dat de gedragingen zijn verricht ten aanzien van dezelfde persoon en d) de delictomschrijving van verkrachting door tongzoenen qua strekking, te weten de aantasting van de seksuele integriteit van het slachtoffer door middel van (bedreiging met) geweld of een andere feitelijkheid, niet wezenlijk afwijkt van de delictomschrijving waarop de inleidende dagvaarding was toegesneden.

3.8. Het middel kan daarom in zoverre niet slagen.

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

4. Beoordeling van het eerste middel

4.1. Het middel behelst de klacht dat het Hof is uitgegaan van een onjuiste uitleg van het bestanddeel “aan zijn gezag onderworpen” als bedoeld in art. 249, tweede lid aanhef en onder 1°, Sr.

4.2. Ten laste van de verdachte heeft het Hof onder 1 bewezen verklaard 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 [slachtoffer 1] en soldaat [slachtoffer 2] en soldaat [slachtoffer 3] en soldaat [slachtoffer 4], welke personen als leerlingen van het Schoolbataljon Centraal aan zijn, verdachtes, gezag waren onderworpen, welke ontucht bestond uit het tongzoenen met voornoemde [slachtoffer 1] en [slachtoffer 2] en [slachtoffer 3] en [slachtoffer 4] en uit het hebben van geslachtsgemeenschap met die [slachtoffer 4] en uit het door die [slachtoffer 3] over diens kleding laten strelen/betasten van zijn penis.”

4.3. Ten aanzien van deze bewezenverklaring heeft het Hof als volgt overwogen:

“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, voorzover 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 feitelikheden 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.”

4.4. De bestreden uitspraak houdt in dat tussen de verdachte en de slachtoffers een – gelet op art. 84, derde lid, Sr – ambtelijke gezagsverhouding bestond van meerdere in mili-

taire rang (onderofficier) tegenover mindere (soldaat), dat de verdachte als instructeur aan het Schoolbataljon te Ermelo was verbonden en de slachtoffers leerlingen van dat Schoolbataljon waren, dat er veelal een aanzienlijk leeftijdsverschil tussen de verdachte en die leerlingen bestond, dat de bewezen verklaarde feitelijkheden veelal plaats vonden in militaire gebouwen of op militair terrein en in het kader van met de militaire dienst verband houdende activiteiten. Voorts heeft het Hof als factor in de afwegingen betrokken dat de gezagsrelatie van de leerling met de instructeur gedurende de gehele initiële opleiding blijft bestaan, in welke vaststelling besloten ligt dat de leerling, die niet zelf zijn instructeur kan kiezen, zich gedurende die opleiding niet aan het gezag van die instructeur kan onttrekken en dus in zoverre van hem afhankelijk is. In het licht van deze vaststellingen en overwegingen getuigt het oordeel van het Hof omtrent het bestanddeel “aan zijn gezag onderworpen” in de zin van art. 249, tweede lid aanhef en onder 1°, Sr niet van een onjuiste rechtsopvatting.

4.5. Het middel faalt.

5. *Beoordeling van de overige middelen*

De middelen kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de middelen niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

[Volgt: Verwerping van het beroep – *Red.*]

CONCLUSIE A-G VELLINGA

1. Verdachte is door de Militaire Kamer van het Gerechtshof te Arnhem wegens 1. “als ambtenaar ontucht plegen met een persoon aan zijn gezag onderworpen, meermalen gepleegd” en 2. “verkrachting” veroordeeld tot één maand militaire detentie voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar en tot een werkstraf voor de duur van veertig uren, subsidiair twintig dagen hechtenis.

2. Er bestaat samenhang tussen deze zaak en de zaken met de nummers 00800/03 M tot en met 00804/03 M. In al deze zaken zal ik vandaag concluderen.

3. Namens verdachte heeft mr. B.D.W. Martens, advocaat te ‘s-Gravenhage, vijf middelen van cassatie voorgesteld.

4. Ik bespreek de middelen in een andere volgorde dan die waarin zij zijn ingediend.

[...]

11. Het *derde middel* klaagt over de toewijzing van het Hof van een eis tot wijziging van de tenlastelegging en de motivering van die toewijzing. De toelichting op het middel behelst een vrijwel letterlijke herhaling van de notitie die de raadsman ter terechtzitting in hoger beroep heeft voorgedragen als reactie op de vordering.

12. Het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep van 6 november 2002 houdt – voor zover van belang – in:

“De advocaat-generaal is van oordeel dat de telastelegging behoort te worden gewijzigd en legt de noodzakelijk geoordeelde wijziging schriftelijk aan het hof over en vordert dat die wijziging zal worden toegelaten.

De verdachte en de raadsman verzetten zich tegen de wijziging van de tenlastelegging, waarbij de raadsman het woord voert overeenkomstig zijn notitie, welke aan het hof is overgelegd en aan dit proces-verbaal is gehecht.

Het hof wijst, gehoord de verdachte en de raadsman, de vordering gedeeltelijk toe.

Aan de verdachte wordt een door de griffier gewaarmerkt afschrift van de gewijzigde telastelegging ter hand gesteld.

Met toestemming van de verdachte en de raadsman wordt het onderzoek aanstonds voortgezet.”

13. De notitie van de raadsman houdt in:

“Verzet tegen wijziging tenlastelegging

Inleiding

Bij dagvaarding van 13 augustus 2001 werd cliënt onder meer verweten dat hij ontucht met misbruik van gezag had gepleegd. Hij zou ontucht hebben gepleegd met [slachtoffer 5], die als leerling van het Schoolbataljon Centraal aan zijn gezag was onderworpen of aan zijn waakzaamheid was toevertrouwd of aanbevolen, welke ontucht bestond uit (tong)zoenen.

De Rechtbank heeft in het vonnis van 29 maart 2002 ontucht bestaande uit het tongzoenen van [slachtoffer 5] bewezen geacht.

Cliënt is in hoger beroep gekomen. Het Openbaar Ministerie heeft dat nagelaten.

Bij brief van 2 oktober 2002 kondigt het Openbaar Ministerie aan op deze zitting een wijziging tenlastelegging te zullen vorderen. De vordering wordt bijgevoegd. De advocaat-generaal wijzigt het oorspronkelijk tenlastegelegde feit met het daaruit weglaten van [slachtoffer 5]. Hij voegt een tweede feit aan de tenlastelegging toe, onderverdeeld in een primair en een subsidiair deel. Primair wordt verkrachting tenlastegelegd, subsidiair ontucht. Het tweede feit subsidiair vermeldt bovendien andere feitelijke handelingen dan oorspronkelijk in de dagvaarding waren opgenomen.

De aan het Openbaar Ministerie toekomende wijzigingsbevoegdheid is niet onbeperkt. In de eerste plaats wordt deze in materiële zin beperkt door het tweede lid van artikel 313 Sv. De tenlastelegging mag door de wijziging geen ander feit in de zin van artikel 68 Sr gaan inhouden. De wijziging behoort niet te worden toegestaan indien dit zou betekenen dat de tenlastelegging aan cliënt een andere feitelijke gedraging zou gaan verwijten (HR 13 december 1994, NJ 1995, 252).

Uw Hof dient na te gaan of de in de oorspronkelijke tenlastelegging en wijziging daarvan ver weten gedragingen zijn begaan onder omstandigheden waaruit blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van die gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de verdachte, dat de gedachte achter de in artikel 313 lid 2 Sv opgenomen beperking die naar artikel 68 Sr verwijst, meebrengt dat de gevorderde wijziging toe laatbaar is (HR 2 november 1999, NJ 2000, 174 Tjoelker-arrest).

Behalve dat verkrachting (art. 242 Sr) een ander strafbaar feit inhoudt dan ontucht met misbruik van gezag (art. 249 Sr), [worden aan cliënt ook] andere feitelijke handelingen verweten. Bij het ontuchtverwijt heeft de advocaat-generaal het oog op wederzijds gewenst zoenen of tongzoenen, bij de verkrachting het oog op eenzijdig gewelddadig de tong in mond van [slachtoffer 5] brengen, het inbrengen van een vinger en/of zijn penis in haar vagina. Daaraan wordt voor het verkrachtingsverwijt ook nog allerlei andere feitelijke handelingen toegevoegd, die ook specifiek zien op een ander tijdstip, namelijk het gebeuren in de legeringskamer. Bij het ontuchtverwijt gaat het in eerste instantie om het zoenen voordat beiden naar de legeringskamer van cliënt gingen. Van belang is voorts dat er thans een geweldsdelict ten laste wordt gelegd, waar dat in de oorspronkelijke tenlastelegging niet gebeurde.

Voor zover de vordering in materiële zin toewijsbaar is, kan [zij] nog op andere gronden worden afgewezen.

Opportuniteitsbeginsel. De wenselijkheid van de wijziging zo laat in de procedure. De verruiming van de mogelijkheden (bij wet van 14 september 1995, Stb. 1995, 441) om de

tenlastelegging te wijzigen is blijkens de wetgeschiedenis ingegeven door de gedachte te voorkomen dat een overigens aangewezen veroordeling niet kan worden bereikt door onvolkomenheden in de tenlastelegging of door niet voorziene ontwikkelingen tijdens de behandeling ter zitting (Kamerstukken II, 1993-1994, 23705, nr. 3, p. 5/6, p. 9 e.v. Handelingen II, 16 maart 1995, p. 59-3620/36231). Van het laatste geval is in casu geen sprake, terwijl het hier ook overigens niet om onvolkomenheden in de tenlastelegging gaat, maar om verschillende keuzes door organen van het Openbaar Ministerie.

Het vertrouwensbeginsel. Cliënt mocht erop vertrouwen dat het Openbaar Ministerie, nadat ten aanzien van de [slachtoffer 5] enkel ontucht met misbruik van gezag ten laste was gelegd, niet alsnog in hoger beroep een vervolging terzake verkrachting zou worden gestart. Het Openbaar Ministerie heeft dat tenslotte in eerste aanleg niet gedaan en is ook niet in hoger beroep gekomen van het ook ten aanzien van [slachtoffer 5] veroordelende vonnis. Voorts zijn er ook geen nieuwe feiten of omstandigheden gebleken, die de wijziging redelijkerwijs noodzakelijk en gewenst maken.

Belang van de verdediging geschaad. Het verdedigingsbelang wordt geschaad, doordat cliënt voor het eerst in hoger beroep zich kan verweren op een verkrachtingsaanklacht. Wanneer daarvoor veroordeeld, kan hij daarvan niet meer in hoger beroep (vgl. art. 404 Sv). Hem wordt aldus een beroepsinstantie onthouden.

Ik concludeer mitsdien dat het Openbaar Ministerie in zijn vordering tot wijziging van de tenlastelegging niet-ontvankelijk moet worden verklaard, dan wel dat deze vordering moet worden afgewezen.”

14. In de inleidende dagvaarding wordt aan de verdachte 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 [slachtoffer 1] en/of soldaat [slachtoffer 2] en/of soldaat [slachtoffer 3] en/of soldaat [slachtoffer 4] en/of soldaat [slachtoffer 5] (roepnaam [...]), 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 [slachtoffer 1] en/of [slachtoffer 2] en/of [slachtoffer 3] en/of [slachtoffer 4] en/of [slachtoffer 5] en/of uit het hebben van geslachtsgemeenschap met die [slachtoffer 4] en/of uit het door die [slachtoffer 3] (over diens kleding) laten strelen/betasten van zijn penis”

15. De vordering tot wijziging van de tenlastelegging strekt er toe dat aan de tenlastelegging wordt toegevoegd dat verdachte [slachtoffer 5] – in een beperktere periode dan aanvankelijk ten laste gelegd – door geweld etc. heeft gedwongen tot het ondergaan van het reeds als ontucht ten laste gelegde tongzoenen, voorts dat hij haar ook heeft gedwongen tot het ondergaan van het inbrengen van verdachtes vinger en/of penis in haar vagina, alsook dat de reeds ten laste gelegde ontucht mede bestond in laatstgenoemde handeling. De vordering houdt in¹⁾:

“als feit 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

¹⁾ Ten behoeve van de leesbaarheid heb ik enkele onderdelen van de vordering gecursiveerd; WHV.

Algemene Militaire Opleiding bij het Schoolbataljon Centraal van de Koninklijke Landmacht, (telkens) ontucht heeft gepleegd met soldaat [slachtoffer 1] en/of soldaat [slachtoffer 2] en/of soldaat [slachtoffer 3] en/of soldaat [slachtoffer 4], welke perso(ou)nen(en) als leerling(en) van het Schoolbataljon Centraal aan zijn, verdachtes, gezag waren/was onderworpen en/of aan zijn waakzaamheid was/waren toevertrouwd en/of aanbevolen, welke ontucht bestond uit het (tong)zoenen met/van voornoemde [slachtoffer 1] en/of [slachtoffer 2] en/of [slachtoffer 3] en/of [slachtoffer 4] en/of uit het hebben van geslachtsgemeenschap met die [slachtoffer 4] en/of uit het door die [slachtoffer 3] (over diens kleding) laten strelen/betasten van zijn penis.

Voor zover het in de oorspronkelijke tenlastelegging vermelde, ontucht met [slachtoffer 5] betreft wordt een feit 2 toegevoegd:

feit 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 of omstreeks 1 juli 2000 tot en met 1 augustus 2000 te Ermelo, althans in Nederland, meermalen, althans eenmaal, door geweld of een andere feitelijkheid en/of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid soldaat [slachtoffer 5] (roepnaam [...]) heeft gedwongen tot het ondergaan van handelingen die (mede) bestonden uit het seksueel binnendringen van het lichaam van die [slachtoffer 5], te weten (telkens) het inbrengen van verdachtes tong in de mond van die [slachtoffer 5] en/of het inbrengen van verdachtes vinger in de vagina van die [slachtoffer 5] en/of het inbrengen van verdachtes penis in de vagina van die [slachtoffer 5], welk geweld of andere feitelijkheid en/of welke bedreiging met geweld of andere feitelijkheid hierin heeft/hebben bestaan dat hij, verdachte, die [slachtoffer 5] onder voorwaarden en/of tegen haar wil heeft meegenomen naar zijn, verdachtes, kamer en/of na het afsluiten van die kamer opzettelijk (telkens) die [slachtoffer 5] 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 [slachtoffer 5] en/of van haar gezags- en/of afhankelijkheidsrelatie met hem, verdachte.

En zover dit 2e primaire feit niet tot een veroordeling mocht [leiden],

feit 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 [slachtoffer 5] (roepnaam [...]), 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 en/of het inbrengen van verdachtes vinger in de vagina van die [slachtoffer 5] en/of het inbrengen van verdachtes penis in de vagina van die [slachtoffer 5].”

16. Het Hof heeft de vordering gedeeltelijk toegewezen, en wel – kort gezegd – voor zover verdachte [slachtoffer 5] tot het ondergaan van tongzoenen door geweld etc. heeft gedwongen. De aldus gewijzigde tenlastelegging luidt:

“als feit 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 ambte-

naar (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 [slachtoffer 1] en/of soldaat [slachtoffer 2] en/of soldaat [slachtoffer 3] en/of soldaat [slachtoffer 4], welke perso(o)n(en) als leerling(en) van het Schoolbataljon Centraal aan zijn, verdachtes, gezag waren/was onderworpen en/of aan zijn waakzaamheid was/waren toevertrouwd en/of aanbevolen, welke ontucht bestond uit het (tong)zoenen met/van voornoemde [slachtoffer 1] en/of [slachtoffer 2] en/of [slachtoffer 3] en/of [slachtoffer 4] en/of uit het hebben van geslachts-gemeenschap met die [slachtoffer 4] en/of uit het door die [slachtoffer 3] (over diens kle-ding) laten strelen/betasten van zijn penis.

Voor zover het in de oorspronkelijk tenlastelegging vermelde, ontucht met [slachtoffer 5] betreft wordt een feit 2 toegevoegd:

feit 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 of omstreeks 1 juli 2000 tot en met 1 augustus 2000 te Ermelo, althans in Nederland, meermalen, althans eenmaal, door geweld of een andere feitelijkheid en/of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid soldaat [slachtoffer 5] (roepnaam [...]) heeft gedwongen tot het ondergaan van handelingen die (mede) bestonden uit het seksueel binnendringen van het lichaam van die [slachtoffer 5], te weten (telkens) het inbrengen van verdachtes tong in de mond van die [slachtoffer 5], welk geweld of andere feitelijkheid en/of welke bedreiging met geweld of andere feite-lijkheid hierin heeft/hebben bestaan dat hij, verdachte, die [slachtoffer 5] onder voor-waarden en/of tegen haar wil heeft meegenomen naar zijn, verdachtes, kamer en/of na het afsluiten van die kamer opzettelijk (telkens) die [slachtoffer 5] 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 gehou-den waar zij niet uit los kon komen en/of misbruik maakte van zijn, verdachtes, psychisch en gezagsoverwicht als militair meerdere van die [slachtoffer 5] en/of van haar gezags-en/of afhankelijkheidsrelatie met hem, verdachte.

En zover dit 2e primaire feit niet tot een veroordeling mocht [leiden],

feit 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 [slachtoffer 5] (roepnaam [...]), welke als leerling van het Schoolbataljon Centraal aan zijn verdachtes gezag was onder-worpen en/of aan zijn waakzaamheid was toevertrouwd en/of aanbevolen, welke ontucht bestond uit het (tong)zoenen.”

17. Maatstaf voor de toewijzing van de vordering tot wijziging van de tenlastelegging is of de in de aanvankelijke tenlastelegging opgenomen gedragingen hetzelfde feit in de zin van art. 313, tweede lid, Sv in verbinding met art. 68 Sr opleveren als de in de vorde-ring tot wijziging van de tenlastelegging opgenomen gedragingen.²⁾ Daarvan is sprake (HR 2 november 1999, NJ 2000, 174)³⁾ indien ten aanzien van de oorspronkelijke ten-lastelegging en de gevorderde wijziging daarvan

a) verwantschap bestaat tussen de verschillende delictomschrijvingen waarop deze

²⁾ HR 2 november 1999, NJ 2000, 174, r.o. 3.3.

³⁾ Herhaald in HR 24 december 2002, 02536/01, LJN AE9043, rov. 5.

berusten en deze delictsomschrijvingen niet wezenlijk uiteenlopen;

b) de verweten gedragingen zijn begaan onder omstandigheden waaruit blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van die gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de verdachte, dat de gedachte achter de in artikel 313, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering opgenomen beperking, die naar artikel 68 van het Wetboek van Strafrecht verwijst, meebrengt dat de gevorderde wijziging toelaatbaar is.

18. Aan de oorspronkelijke tenlastelegging ter zake van ontucht met een aan zijn gezag onderworpen persoon is voor wat betreft [slachtoffer 5] toegevoegd verkrachting. Beide delicten kunnen dezelfde seksuele misdragingen omvatten, zij het dat alleen van verkrachting sprake is als deze gedragingen door geweld etc. van het slachtoffer worden afgedwongen. Daarom bestaat een zodanige mate van verwantschap tussen deze delictsomschrijvingen dat de gedachte achter de in artikel 313, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering opgenomen beperking, die naar artikel 68 van het Wetboek van Strafrecht verwijst, niet aan toelaatbaarheid van de wijziging in de weg staat. Voorts lopen bedoelde delictsomschrijvingen, beide onzedelijke handelingen met een derde omvattende, niet zo wezenlijk uiteen dat dit het voorgaande anders zou maken.

19. De door middel van wijziging van de tenlastelegging toegevoegde verkrachting heeft betrekking op tongzoenen, een vorm van seksueel binnendringen van het lichaam van het slachtoffer, dat al als ontucht was ten laste gelegd. De wijziging van de tenlastelegging betreft dus niet meer dan een uitbreiding tot een ander zedendelict op grond van voor verdachte (overigens zeer) bezwarende omstandigheden waaronder hij dat reeds ten laste gelegde seksueel binnendringen heeft begaan.⁴⁾ Daarom bestaat tussen die feiten een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van die gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de verdachte, dat het Hof door de wijziging voor zover toegestaan de in art. 313, tweede lid, Sv opgenomen grens niet heeft overschreden.

20. De gedeeltelijke toewijzing van de vordering tot wijziging door het Hof getuigt dus niet van een verkeerde rechtsopvatting.

21. Voor zover het middel klaagt over de toewijzing van de vordering met betrekking tot het inbrengen van verdachtes vinger in de vagina en/of het inbrengen van verdachtes penis in de vagina van het slachtoffer, faalt het bij gebrek aan feitelijke grondslag. Dat gedeelte van de vordering tot wijziging van de tenlastelegging heeft het Hof immers afgewezen.

22. Het middel stelt ook nog dat het Hof de (gedeeltelijke) toewijzing van de vordering tot wijziging van de tenlastelegging had dienen te motiveren. Daarmee stelt het middel een eis die het recht niet kent en is het in zoverre tevergeefs voorgesteld.⁵⁾

23. In de toelichting op het middel wordt ten slotte nog betoogd dat de vordering tot wijziging in strijd is met het opportuniteitsbeginsel, omdat de wijziging laat – in het onderhavige geval bij de aanvang van de behandeling in hoger beroep – in de procedure wordt gevorderd. Daarnaast wordt in de toelichting nog betoogd dat de vordering tot wijziging

⁴⁾ In zekere zin valt de onderhavige zaak te vergelijken met het geval dat ten grondslag lag aan HR 2 november 1999, *NJ* 2000, 174, m.nt. JdH, waarin aan openlijke geweldpleging de dood ten gevolge hebbende door wijziging van de tenlastelegging werd toegevoegd doodslag subsidiair zware mishandeling de dood ten gevolge hebbende. Die wijziging was niet onverenigbaar met het bepaalde in art. 313, tweede lid, Sv. De voor verdachte bezwarende omstandigheid waarmee hij geweld had gepleegd bestond hier in het opzet waarmee hij de reeds tenlastegelegde gedragingen had verricht.

⁵⁾ HR 30 november 1999, *NJ* 2000, 93, r.o. 3.2. Wöretshofer in T&C Strafvordering, vierde druk, blz. 801, meent dat afwijzing van de vordering wel gemotiveerd moet worden.

in strijd is met het opportuniteitsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, omdat de verdachte enkel ontucht met misbruik van gezag was ten laste gelegd en het openbaar ministerie niet in hoger beroep was gegaan tegen het vonnis van de Rechtbank alsmede dat het belang van de verdediging is geschaad, omdat de verdachte nu een instantie mist.

24. De hiervoor genoemde bezwaren richten zich in de kern tegen het feit dat de wet sinds enige jaren voorziet in een mogelijkheid tot wijziging van de tenlastelegging in hoger beroep, ook buiten gevallen waarin het alleen gaat om het toevoegen van volgens de wet strafverzwarende omstandigheden (art. 312 Sv). De wetgever heeft genoemde bezwaren niet van dien aard geacht dat deze aan het scheppen van genoemde mogelijkheid in de weg zouden moeten staan.⁶⁾ De aangevoerde bezwaren gaan dus niet op. Daar komt nog bij dat de opvatting dat de verdachte door het toewijzen van een wijzigingsvordering een instantie verliest, getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, omdat door de wijziging geen ander feit in de zin van art. 68 Sr is ten laste gelegd.⁷⁾

25. Afzonderlijke aandacht verdient nog de vraag of de omstandigheid dat het Openbaar Ministerie niet in hoger beroep is gegaan bij de verdachte het gerechtvaardigd vertrouwen kan hebben gewekt dat het geen wijziging van de tenlastelegging zou vorderen in voor verdachte bezwarende zin. Mijns inziens is dat niet het geval. Gaat verdachte in hoger beroep dan wordt de zaak in volle omvang ter beoordeling aan de rechter in hoger beroep voorgelegd. Er is alleen dan reden voor zelfstandig beroep door het Openbaar Ministerie wanneer het niet het risico wil lopen dat verdachte door het intrekken van het appel behandeling door de rechter in hoger beroep verhindert dan wel wanneer het aan de verdachte de bescherming van art. 424, tweede lid, Sv wil ontnemen. Daarom kan verdachte aan de omstandigheid, dat het Openbaar Ministerie niet ook in hoger beroep is gegaan, wel de hoop maar niet het vertrouwen ontnemen dat hij niet wordt worden geconfronteerd met een voor hem in nadelige zin gewijzigde tenlastelegging. Dat is naast oplegging van een hogere straf een risico dat aan het instellen van hoger beroep door de verdachte is verbonden. In dit verband wijs ik op HR 18 april 2000, NJ 2001, 352, m.nt. Kn, waarin de Hoge Raad bepaalde dat de omstandigheid dat door het Openbaar Ministerie aanvankelijk vrijspraak was gevorderd niet in de weg stond aan toewijzing van een vordering tot wijziging van de tenlastelegging, gedaan ter gelegenheid en op basis van op bevel van het Hof heropend onderzoek.

26. Het middel faalt.

[...]

35. Het *eerste middel* betoogt dat het Hof het bestanddeel “aan zijn gezag onderworpen” onjuist heeft toegepast.

36. Het hier toepasselijke deel van de bewezenverklaring is hierboven onder nr. 28 geciteerd.

37. Het Hof heeft dienaangaande onder meer het volgende overwogen:

“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, voorzover 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 ver-

⁶⁾ Zie TK 1993-1994, 23 705, nr. 3, p. 11 (vormverzuimen).

⁷⁾ HR 4 februari 2003, *LJN* AF1271, rov. 4.5.

band 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.”

38. Ik begrijp de toelichting op het middel aldus dat het middel zich richt tegen het oordeel van het Hof dat er sprake was van een gezagsrelatie tussen de verdachte en zijn leerlingen in de zin van het bepaalde in art. 249, tweede lid sub 1°, Sr.

39. In zijn arrest van 19 december 1989, NJ 1990, 292, m.nt. ThWvV overwoog de Hoge Raad:

“4.3.1. De strafbaarstelling, vervat in art. 249 tweede lid aanhef en onder 1e Sr, is rechtstreeks ontleend aan art. 267 Oorspronkelijk Regeringsontwerp, voor zover hier van belang luidende:

Met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren worden gestraft ontuchtige handelingen gepleegd:

1e. [...]

2e. door ambtenaren met personen die aan hun gezag zijn onderworpen of aan hunne waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen;

3e. [...]

4.3.2. De MvT op laatstgenoemde bepaling houdt voor zover hier van belang in:

‘Indien de voldoening aan eigen lust niet tevens openbare schennis der eerbaarheid insluit, en noch door middel van geweld of bedreiging met geweld, noch ten aanzien van personen die jonger dan veertien jaren, krankzinnig of bewusteloos zijn gepleegd wordt, is zij alleen strafbaar voorzover personen die een noodzakelijk gezag over anderen uitoefenen, zich daaraan ten aanzien van deze laatste schuldig maken. Art. 267 noemt deze verhoudingen; er bestaat dan een grof misbruik van gezag tegenover personen, die door geboorte of door dwang van anderen verplicht zijn, zich aan dat gezag te onderwerpen. Het ontwerp 1847 heeft de bepaling te ver uitgestrekt door ook te omvatten dienstbare en andere personen, die zich vrijwillig onder iemands opzigt gesteld hebben.’

Het in de MvA bedoelde ontwerp 1847, Boek II, XVIe titel, stelde voor zover hier van belang, in navolging van de Code Pénal, aanranding van de eerbaarheid alleen strafbaar indien gepleegd hetzij in het openbaar, hetzij met geweld, hetzij tegen kinderen beneden 14 jaar of krankzinnigen, waarbij telkens als strafverzwarende omstandigheid zou gelden, voor zover hier van belang, ‘indien de daden (...) gepleegd zijn door hen die magt, gezag of toezicht hadden over den beledigde’.

4.3.3. De MvA bij de Wet van 18 juli 1936, Stb. 203, waarbij de hiervoor onder 4.3.1 bedoelde strafbepaling, behoudens vernummering en redactionele aanpassing, ongewijzigd werd gehandhaafd, omschrijft het in deze bepaling bedoelde ‘gezag’ als ‘onmiddellijk uit het rechtsstelsel voortvloeiend overwicht’.

4.4. Deze wetsgeschiedenis geeft geen steun aan een uitlegging van het artikel waarbij onder de woorden ‘gezag’ c.q. ‘waakzaamheid’ mede worden begrepen gezag c.q. waakzaamheid die niet berusten op een juridische, geformaliseerde, relatie tussen de ambtenaar en de bedoelde persoon maar daarop dat “een persoon zich uit eigen beweging aan het

gezag van de ambtenaar onderwerpt of zichzelf aan hem toevertrouwt of aanbeveelt”.

4.5. Ook doel en strekking van de bepaling dwingen niet tot de door het hof gevolgde lezing. De bescherming die art. 249 tweede lid aanhef en onder 1e Sr biedt aan de daar genoemde personen is niet beperkt tot minderjarigen, zoals de bescherming die het eerste lid van het artikel geeft aan bedienden of ondergeschikten tegenover hun werkgevers, noch tot personen die rechtens van hun vrijheid zijn beroofd of anderszins in een relatie van onvrijwillige feitelijke afhankelijkheid van anderen zijn gehuisvest, zoals de bescherming die het tweede lid aanhef en onder 2e biedt aan personen die zijn opgenomen in de daar bedoelde inrichtingen tegenover – kort samengevat – bestuurders en personeel van die inrichtingen. De bescherming van art. 249 tweede lid aanhef onder 1e Sr strekt zich uit tot allen wier vrijheid van handelen tegenover de ambtenaar niet anders is beperkt dan door het gezag dat deze aan zijn functie ontleent enerzijds en tot allen die aan de waakzaamheid waartoe zijn functie de ambtenaar verplicht een aanspraak op zorg jegens hem ontnemen anderzijds. Er is geen genoegzame reden die bescherming uit te breiden buiten de grenzen van het bij of krachtens de wet aan de ambtenaar opgedragen gezag c.q. waakzaamheid jegens personen die van het aldus opgedragen gezag c.q. de aldus opgedragen waakzaamheid afhankelijk zijn.

4.6. Op dezelfde gronden als hiervoor aangegeven kan niet als juist worden aanvaard ‘s hofs oordeel dat voor de vraag of sprake is van een gezagsverhouding of van een toevertrouwd of aanbevolen zijn als in het artikel bedoeld niet beslissend is “wat formeel of normaal tot de taak van de betrokken ambtenaar kan worden gerekend”.’

40. Wil sprake zijn van onderworpenheid aan het gezag van een ambtenaar dan moet dus sprake zijn van een geformaliseerde, juridische gezagsrelatie, dat wil zeggen (HR 5 maart 1991, NJ 1991, 530) van een noodzakelijk en onmiddellijk uit het rechtsstelsel voortvloeiend overwicht. Een voorbeeld daarvan biedt HR 30 mei 1995, NJ 1995, 620, m.nt. ‘tH waarin de geformaliseerde juridische gezagsrelatie tussen een reclasseringswerker⁸⁾ en een verdachte bestond in de aan de schorsing van de voorlopige hechtenis verbonden voorwaarde, dat verdachte zich diende te gedragen naar de aanwijzingen door of namens de reclasseringsinstelling te geven. Van een dergelijke relatie was geen sprake tussen een kinderrechter en minderjarigen, die bestond in een bemoeienis met het leven van de minderjarigen die de wettelijke taak van de kinderrechter te buiten ging. Dat gold ook voor de verhouding tussen een medewerker van het CAD en zijn cliënt, die zich vrijwillig had aangemeld voor behandeling van haar alcoholprobleem.⁹⁾

41. Uit zijn feitelijke en niet onbegrijpelijke vaststellingen dat krachtens zijn hogere militaire rang tussen de verdachte en de slachtoffers een verhouding van meerdere tot mindere bestond, dat er een aanzienlijk leeftijdsverschil was tussen verdachte en de in de bewezenverklaring genoemde soldaten, dat de bewezen verklaarde feitelijkeheden veelal plaats vonden in militaire gebouwen, op militaire terreinen en/of in het kader van met de dienst verband houdende activiteiten, dat de verdachte instructeur was en de slachtoffers leerlingen en dat deze gezagsrelatie gedurende de gehele initiële opleiding bleef bestaan heeft het Hof kennelijk afgeleid dat er sprake was van een juridische, geformaliseerde gezagsrelatie tussen de verdachte¹⁰⁾ en de slachtoffers. Kennelijk heeft het Hof hier in het bijzonder het oog gehad op de verklaring van [getuige 5] voor zover inhoudende:

⁸⁾ De Hoge Raad zag hier de reclasseringswerker als ambtenaar, hoewel de reclassering - kort gezegd - geprivatiseerd was.

⁹⁾ HR 9 oktober 1990, NJ 1991, 381, m.nt. ALM.

¹⁰⁾ Nu bewezen is verklaard dat de verdachte militair is, dient hij op grond van art. 84, derde lid, Sr als ambtenaar te worden beschouwd.

“De primaire taak van het Schoolbataljon Centraal is het opleiden van leerlingen. Afgeleid hiervan zijn als taken te noemen het [...] verzorgen van de Algemene Militaire Opleiding, Remedial opleidingen en overige opleidingen voor aspirant BBT-soldaten. Alsmede het plannen, coördineren en begeleiden van de Functie Opleiding van leerlingen bij overige eenheden binnen de Landmacht.

[...]

De leerlingen vallen tijdens deze Functie Opleiding nog steeds onder verantwoording van het schoolbataljon Centraal. Indien een leerling een Functie Opleiding niet met voldoende resultaat afrondt of om andere reden niet kan volbrengen, wordt een leerling teruggeplaatst in de voornoemde Echo-compagnie van het Schoolbataljon Centraal.”

en

“vanuit het Militair straf- en tuchtrecht is een instructeur, gezien zijn rang, een meerder van de leerlingen. Hierdoor kan iedere instructeur een leerling, ongeacht van welk peloton of compagnie, de leerling aanspreken op zijn gedrag en/of houding. De instructeur kan desnoods de leerling een dienstopdracht geven. Ik verwacht ook van de instructeurs van het Schoolbataljon dat ze dit doen indien dit nodig is.”

42. Het Hof heeft duidelijk geworsteld met de vraag of tussen verdachte en de slachtoffers sprake was van een juridische, geformaliseerde gezagsrelatie als door de Hoge Raad in bovengenoemd arrest van 19 december 1989 genoemd. Blijkbaar was die gezagsrelatie zelfs voor een gespecialiseerde kamer van het Hof als de militaire kamer niet zonder meer duidelijk en heeft het Hof zich daarom over de feitelijke situatie uitgebreid laten voorlichten. Een helder voorschrift waaruit die gezagsrelatie zonder meer voortvloeide noemt het Hof niet. De plicht van een mindere bevelen van een meerdere op te volgen heeft het Hof kennelijk op zichzelf niet toereikend geacht. Dat lijkt mij juist. Ik wijs op HR 5 maart 1991, NJ 1991, 530, waar uit het enkele feit dat verdachte de ambtelijke chef van het slachtoffer was niet kon worden afgeleid dat het gezag van de verdachte een noodzakelijk en onmiddellijk uit het rechtsstelsel voortvloeiend overwicht betrof; daarom was de bewezenverklaring voor wat betreft het “onderworpen aan het gezag” van verdachte als ambtenaar onvoldoende met redenen omkleed. Daar komt nog bij dat de relatie tussen een meerdere die een bevel geeft en een mindere die dat bevel moet opvolgen vluchtiger kan zijn dan die tussen een ambtenaar en zijn chef.

43. De andere elementen waarop het Hof zijn oordeel heeft gebouwd hebben niet of nauwelijks een juridische component. De plaats van handeling, het leeftijdsverschil en/of de verhouding tussen instructeur en leerling houden niet iets van een juridische, geformaliseerde gezagsrelatie of van een noodzakelijk en onmiddellijk uit het rechtsstelsel voortvloeiend overwicht in. Uit die componenten kan mede tegen de achtergrond van de hiervoor aangeduide verhouding tussen meerdere en mindere feitelijk overwicht worden opge maakt, maar – zoals HR 19 december 1989, NJ 1990, 292 duidelijk maakt – dat is voor het onderhavige delict niet relevant. Daar komt bij dat de in laatstgenoemd arrest weergegeven wetsgeschiedenis, zoals ook in het in dat arrest gegeven oordeel opgesloten ligt, allesbehalve een aanknopingspunt biedt voor een extensieve interpretatie.¹¹⁾ Van Veen wijst er in zijn noot bij genoemd arrest op, dat ook het bepaalde in art.249, tweede lid sub 3°, Sr pleit tegen een extensieve interpretatie van de onderhavige delictomschrijving. Laatstgenoemde bepaling, aldus Van Veen, spreekt van “zich toevertrouwen” en legt dus, anders dan art. 249, tweede lid sub 1°, Sr de nadruk op de feitelijke verhouding.¹²⁾ Ik wijs

¹¹⁾ De commissie-Melai heeft voorgesteld art. 249, tweede lid sub 1°, Sr te laten vervallen (Eindrapport blz. 36 en 39).

¹²⁾ In deze zin ook ‘t Hart in zijn noot, punt 5, bij HR 30 mei 1995, NJ 1995, 620.

voorts op hetgeen mijn voormalig ambtgenoot Meijers schreef in zijn conclusie bij HR 19 december 1989, NJ 1990, 292:

“6. Voor zover het middel berust op de zienswijze dat het bestanddeel ‘aan zijn gezag onderworpen’ in art. 249 lid 2 onder 1e Sr zo restrictief mogelijk moet worden uitgelegd, ben ik het met de steller van het middel eens.

Het tweede lid van art. 249 stelt seksuele contacten van, o.a., een ambtenaar met een ander strafbaar, ongeacht de leeftijd van die ander. Van het algemeen verbod van art. 249 lid 2 kan worden gezegd – blijkens het VV van de Vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer over het wetsvoorstel tot wijziging van de art. 242, 243, 246, 247 en 249 Sr hebben de leden van de fracties van PvdA en D 66 hierop gewezen (kamerstuk 20930, nr. 4, p. 2, 4 en 20) – dat het in zijn toepassing op gespannen voet kan komen staan met wat in het rapport van de adviescommissie zedelijkheidswetgeving (Cie.-Melai) is genoemd ‘de individuele vrijheidsbeleving van de burger op seksueel gebied’ (eindrapport, p. 9).

De commissie meent (eindrapport, p. 36) dat het absolute verbod van art. 249 lid 2 onder 1e Sr in deze tijd geen functie meer heeft. De commissie handhaaft in gewijzigde redactie de verboden van het eerste lid en het tweede lid onder 2e van art. 249. Seksuele contacten van een ambtenaar met iemand, ouder dan 16 jaar, die niet in een penitentiaire inrichting, een inrichting van gezondheidszorg of een inrichting van maatschappelijke zorg is opgenomen, moeten naar het oordeel van de commissie niet langer strafbaar worden gesteld. Het is bijzonder opmerkelijk dat bij de schriftelijke behandeling van wetsontwerp 20930 aan art. 249 lid 2 onder 1e, dat ongewijzigd blijft, noch aan het voorstel van de Cie.-Melai tot schrapping van dit artikelgedeelte tot nu toe afzonderlijk aandacht is besteed.”

44. In aanmerking genomen dat de bewijsmiddelen geen andere aanknopingspunten bieden voor het bewijs van het bewezen verklaarde “aan zijn gezag onderworpen” dan door het Hof in zijn bewijsoverweging als zodanig zijn opgesomd volgt uit het voorgaande dat het bewezen verklaarde “aan zijn gezag onderworpen” niet uit de gebezigde bewijsmiddelen kan worden afgeleid. Het voorgaande betekent, dat het Hof is uitgegaan van een onjuiste uitleg van het begrip “aan zijn gezag onderworpen” als bedoeld in art. 249, tweede lid sub 1, Sr, dat in de tenlastelegging in dezelfde betekenis is gebruikt als in genoemde bepaling dan wel dat de bewezenverklaring onvoldoende met redenen is omkleed.

45. Het middel slaagt.

[...]

52. Ambtshalve heb ik geen gronden aangetroffen waarop het bestreden arrest zou dienen te worden vernietigd.

53. Deze conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en verwijzing naar een aangrenzend Hof teneinde op het bestaande hoger beroep opnieuw te worden berecht en afgedaan.

NASCHRIFT

Bij vonnis van de Rechtbank te Arnhem van 29 maart 2002 is verdachte ter zake van als ambtenaar ontucht plegen met een persoon aan zijn gezag onderworpen, meermalen gepleegd veroordeeld tot vier weken militaire detentie, voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar, en tot geldboete van € 500,-, subsidiair tien dagen hechtenis. Tegen dat vonnis stelde verdachte hoger beroep in, maar vergeefs. Na wijziging van de tenlastelegging werd hij bij arrest van het Gerechtshof te Arnhem van 20 november 2002 ter zake van 1. als ambtenaar ontucht plegen met een persoon aan zijn gezag onderworpen, meerma-

len gepleegd en 2. verkrachting veroordeeld tot een maand militaire detentie, voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar en tot veertig uur werkstraf. Tegen 's Hof's arrest heeft verdachte beroep in cassatie ingesteld. Namens hem zijn vijf middelen van cassatie voorgesteld, waarvan het eerste en het derde van belang zijn; de overige middelen zijn met toepassing van art. 71 RO – ongemotiveerd – verworpen.

Het derde middel¹³⁾ behelst de klacht dat het Hof ten onrechte een door de Advocaat-Generaal gevorderde wijziging van de tenlastelegging heeft toegelaten. Bij inleidende dagvaarding was aan verdachte het delict omschreven in art. 249 lid 2, aanhef en onder 1° Sr ten laste gelegd: hij zou met een aantal vrouwelijke leerlingen ontucht gepleegd hebben. Ten aanzien van [slachtoffer 5] zou deze hebben bestaan in (tong)zoenen. De Advocaat-Generaal vorderde wijziging van de tenlastelegging in dier voege dat wat [slachtoffer 5] betrof verdachte primair verkrachting (art. 242 Sr) door tongzoenen en het inbrengen van zijn vinger en penis in de vagina van het slachtoffer verweten zou worden en subsidiair ontucht door dezelfde handelingen. Het Hof wees de vordering in zoverre toe dat verdachte primair verkrachting en subsidiair ontucht door (tong)zoenen ten laste gelegd werd. Verdachte werden na wijziging van de tenlastelegging dus dezelfde ontuchtige handelingen verweten als voorheen. In het middel wordt geklaagd dat de tenlastelegging door de toegelaten wijziging niet langer hetzelfde feit in de zin van art. 68 Sr inhoudt (vgl. art. 313 lid 2 Sv). Verkrachting is een geweldsdelict, dat in casu deels bestond uit andere feitelijke handelingen, verricht op een andere tijd en plaats dan aanvankelijk ten laste gelegd.

De Hoge Raad memoreert hetgeen hij in het Tjoelker-arrest¹⁴⁾ overwoog: criterium is of de in de oorspronkelijke tenlastelegging en de wijziging daarvan verweten gedragingen zijn begaan onder omstandigheden waaruit blijkt van een zodanig verband met betrekking tot (a) de gelijktijdigheid van die gedragingen en (b) de wezenlijke samenhang in (i) het handelen en (ii) de schuld van de verdachte, dat de gedachte achter de in art. 313 lid 2 opgenomen beperking die naar art. 68 Sr verwijst – d.w.z. de strekking van art. 68 Sr¹⁵⁾ – meebrengt dat de gevorderde wijziging toelaatbaar is. Dit criterium heeft het Hof ook toegepast, dus de vraag was of het de gevorderde wijzigingen – deels¹⁶⁾ – terecht en op goede gronden heeft toegelaten. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend: (a) het tijdstip van de verweten gedragingen valt binnen de oorspronkelijk ten laste gelegde periode, (b)(i) die gedragingen zijn op dezelfde plaats en ten aanzien van dezelfde persoon begaan en (b)(ii) de strekking van art. 242 Sr verschilt niet wezenlijk van de strekking van art. 249 Sr. Dit oordeel komt mij juist voor. Beide delictomschrijvingen strekken tot bescherming van de seksuele integriteit van personen; art. 242 Sr verschilt van art. 249 Sr in dier voege dat in geval van verkrachting het slachtoffer door (bedreiging met) geweld of een andere feitelijke gedwongen wordt ontucht te dulden.

In het eerste middel wordt de vraag opgeworpen wanneer gezegd kan worden dat een persoon aan het gezag van een ambtenaar onderworpen is. Het Hof heeft zodanige onderworpenheid aangenomen, daartoe overwegende als in het arrest van de Hoge Raad onder

¹³⁾ De omstandigheid dat het derde middel als eerste besproken wordt vindt haar oorzaak in de goede gewoonte van de Hoge Raad de volgorde van de artt. 348 en 350 Sv in acht te nemen: de vraag of wijziging van de tenlastelegging toelaatbaar is gaat vooraf aan de vraag of het ten laste gelegde bewezen kon worden, c.q. hoe het moet worden gekwalificeerd.

¹⁴⁾ HR 2 november 1999, NJ 2000, 174 m.nt. JdH.

¹⁵⁾ HR 21 november 1961, NJ 962, 89 m.nt. BVAR (Emmense bromfietser).

¹⁶⁾ De klacht dat het Hof andere feitelijke handelingen (dan [tong]zoenen) heeft toegelaten – t.w. het door verdachte inbrengen van vinger en penis in de vagina van [slachtoffer 5] – mist feitelijke grondslag.

4.3 is weergegeven. Blijkens die overwegingen nam het Hof onderworpenheid aan op grond van de omstandigheden dat de slachtoffers verdachtes minderen waren, een aanzienlijk leeftijdsverschil bestond, de feiten zijn begaan op militair terrein en in het kader van militaire activiteiten en de gezagsrelatie tot een instructeur als verdachte duurzaam was. Waarop de laatste vaststelling berust, blijkt niet. Het Hof laat nadrukkelijk buiten beschouwing in hoeverre verdachte ten aanzien van elk van de slachtoffers daadwerkelijk zeggenschap kon doen gelden: dat zou onvoldoende recht doen aan de feitelijk werkelijkheid.

Zijn de door het Hof vastgestelde omstandigheden voldoende? De A-G Vellinga meent van niet: in het spoor van HR 19 december 1989, NJ 1990, 292, m.nt. ThWvV eist hij een geformaliseerde, juridische gezagsrelatie. Daarvan is geen sprake als een persoon zich eigener beweging aan het gezag van een ambtenaar onderwerpt, dus zijn vrijheid van handelen slechts beperkt is door het gezag dat de ambtenaar aan zijn functie ontleent. Een persoon is slechts aan het gezag van een ambtenaar onderworpen als deze een noodzakelijk en onmiddellijk uit het rechtsstelsel voortvloeiend overwicht heeft.¹⁷⁾ Daarvan was volgens de A-G geen sprake: de enkele plicht van een mindere bevelen van een meerdere op te volgen – een voorschrift waaruit een gezagsrelatie zonder meer voortvloeit ontbreekt – acht hij – evenals kennelijk het Hof – onvoldoende; een dergelijke ondergeschiktheidsrelatie kan vluchtig zijn. Uit de overige door het Hof gememoreerde omstandigheden kan wel feitelijk overwicht worden afgeleid maar dat is voor art. 249 Sr – dat restrictief moet worden uitgelegd¹⁸⁾ – irrelevant.

De Hoge Raad casseert echter niet. In de door het Hof vastgestelde omstandigheid dat de gezagsrelatie tussen instructeur en leerling gedurende de gehele opleiding – d.w.z. tot dat de leerling bij zijn onderdeel geplaatst wordt – blijft bestaan, ligt – aldus de Hoge Raad – besloten dat de leerling, die zijn instructeur niet kan kiezen, zich gedurende de opleiding niet aan diens gezag kan onttrekken en dus in zoverre van hem afhankelijk is. Dit oordeel lijkt mij van werkelijkheidszin te getuigen. Formele zeggenschap is maar een aspect van de verhouding zoals die bij een schoolbataljon tussen instructeurs en leerlingen bestaat. Van een leerling kan ook niet worden gezegd dat hij zich vrijwillig aan het gezag van zijn instructeurs onderwerpt. Met de vrijwilligheid is het vanaf het moment van dienstneming gedaan; vanaf dat moment wordt zijn gehele bestaan beheerst door de omgeving waarin hij verkeert. Het feitelijke overwicht dat een instructeur aan die omstandigheid ontleent verschilt niet wezenlijk van overwicht dat ontleend wordt aan een formele gezagsrelatie: ook hij maakt misbruik van een situatie waaraan de ander niet kan ontsnappen.

M.M.D.

¹⁷⁾ Vgl. HR 5 maart 1991, NJ 1991, 530; HR 30 mei 1995, NJ 1995, 620 m.nt. 't H.

¹⁸⁾ COM voor HR 19 december 1989, NJ 1990, 292.

BESTUURSRECHTSPRAAK**Centrale Raad van Beroep**

Uitspraak van 11 maart 2004

02/4421 MPW

Voorzitter: Mr. C.G. Kasdorp; leden: Mr. G.L.M.J. Stevens en Mr. H.R. Geerling-Brouwer.

Toekenning bijzondere invaliditeitsverhoging alleen als daling invaliditeit niet is te verwachten (2)

Appellant is een gewezen dienstplichtig korporaal, die wegens gebreken uit de dienst is ontslagen met ingang van 1 april 2000. Aan hem is met ingang van 20 juli 2000 een invaliditeitspensioen op grond van de Algemene militaire pensioenwet (Amp-wet) toegekend. Uit het ter zake ingesteld medisch onderzoek is gebleken dat hij een aandoening van psychische aard heeft, waarvoor verband met de uitoefening van de militaire dienst is aanvaard. Deze gebreken veroorzaken een mate van invaliditeit van 70%. In bezwaar en beroep is in geschil of betrokkene aanspraak kan maken op een bijzondere invaliditeitsverhoging als bedoeld in artikel E9a van de Amp-wet. Artikel E9a, lid 1, sub a bepaalt dat een bijzondere invaliditeitsverhoging van 20% kan worden toegekend als de invaliditeit tenminste 60 doch minder dan 80 percent bedraagt en daling van dit invaliditeitspercentage beneden 60 voor de toekomst niet aannemelijk wordt geacht.

De staatssecretaris heeft geweigerd deze bijzondere invaliditeitsverhoging toe te kennen omdat hij van mening is dat ten gevolge van behandeling de mate van invaliditeit zeker kan dalen en er dus thans nog geen medische eindtoestand is bereikt.

Betrokkene brengt in bezwaar en beroep naar voren dat aannemelijk moet worden geacht dat het percentage invaliditeit in de toekomst niet zal dalen beneden 20 of 40%. In dat geval kan, aldus betrokkene, op grond van de Amp-wet reeds eerder een bijzondere invaliditeitsverhoging van 10 resp. 5% worden toegekend.

De rechtbank is met de staatssecretaris van oordeel dat de uitleg die de gewezen militair aan het artikel geeft in strijd is met de tekst van artikel E9a. De Centrale Raad is het met de rechtbank eens: met name blijkt uit de wetsgeschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling niet van enige bedoeling van de wetgever om met de invoering van het gedifferentieerde systeem van de bijzondere invaliditeitsverhoging per 1 januari 1998 afstand te nemen van de ook voorheen geldende eis dat een medische eindtoestand moet zijn bereikt. De Raad bevestigt dan ook de aangevallen uitspraak.

(Algemene militaire pensioenwet, artikel E9a)

UITSPPRAAK

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

I. Ontstaan en loop van het geding

Op bij beroepschrift uiteengezette gronden heeft mr. H.J.M.G.M. van der Meijden, advocaat te Harderwijk, als gemachtigde van appellant bij de Raad hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 11 juli 2002, nummer AWB 02/00011 MPWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend.

Het geding is, gevoegd met het soortgelijke geding nr. 03/441 MPW, behandeld ter zitting van de Raad op 29 januari 2004. Daar is appelland in persoon verschenen met bijstand van mr. Van der Meijden voornoemd als zijn raadsman, terwijl namens gedaagde is verschenen P.J.H. Souren, werkzaam bij de Stichting Pensioenfonds ABP.

II. Motivering

In dit geding is aan de orde de toepassing van de Algemene militaire pensioenwet (hierna: de Wet). De Wet is bij 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 de aangevallen uitspraak, met het volgende. Bij het bestreden besluit van 15 november 2001 heeft gedaagde geweigerd aan appelland, aan wie ingaande 20 juli 2000 een militair invaliditeitspensioen is toegekend naar een mate van invaliditeit met dienstverband van 70%, met ingang van genoemde datum tevens toe te kennen een bijzondere invaliditeitsverhoging (hierna: biv) als bedoeld in artikel E 9a, eerste lid, van de Wet. Daartoe is overwogen - samengevat - dat de verwachting bestaat dat de mate van invaliditeit van appelland in de toekomst zal dalen zodat van een medische eindtoestand nog geen sprake is.

In beroep en in hoger beroep heeft appelland doen aanvoeren - samengevat - dat de invoering in (artikel E 9a, eerste lid, van) de Wet van een naar de mate van invaliditeit gedifferentieerde biv met zich brengt dat in een geval als het onderhavige tevens onderzocht dient te worden tot welk percentage de invaliditeit van de betrokkene redelijkerwijs verwacht mag worden te dalen, zodat al dadelijk een bij die schatting behorende biv kan worden toegekend.

Naar de mening van appelland is door de wetgever niet beoogd, en is ook met een redelijke uitleg en toepassing van de genoemde bepaling in strijd, dat het niet bereikt zijn van een medische eindtoestand ook voor degene van wie al dadelijk duidelijk kan zijn dat de invaliditeit niet verder dan tot een bepaald (boven 20% gelegen) niveau zal dalen aan toekenning van een biv in de weg staat.

Evenmin als de rechtbank bij de aangevallen uitspraak heeft echter ook de Raad voor die, van de tekst van artikel E 9a, eerste lid, van de Wet afwijkende, opvatting van appelland voldoende aanknopingspunt kunnen vinden. Met name blijkt uit de geschiedenis van totstandkoming van de onderhavige bepaling niet van enige bedoeling van de wetgever om met de invoering van het gedifferentieerde systeem van de biv afstand te nemen van de ook voreen geldende eis dat een medische eindtoestand is bereikt. De namens appelland nog naar voren gebrachte omstandigheid dat de door hem voorgestane intentie wel in het aan de wetswijziging voorafgegangene arbeidsvoorwaardenoverleg aan de orde is geweest acht de Raad - wat daarvan ook zij - op zichzelf van onvoldoende gewicht om tot een van de tekst van de Wet afwijkende uitleg te kunnen komen. De Raad kan de ter zake door de rechtbank gehanteerde overwegingen ook voor het overige geheel onderschrijven.

Al hetgeen appelland in hoger beroep heeft doen aanvoeren heeft de Raad niet tot een ander oordeel kunnen brengen. De Raad tekent daarbij nog aan dat hij de door de gemachtigde van appelland eerst ter zitting van de Raad naar voren gebrachte subsidiaire grief, inhoudende dat gedaagde onvoldoende heeft gemotiveerd waarom een daling van de invaliditeit te verwachten is, als zijnde tardief ingebracht niet in zijn beoordeling kan betrekken.

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

De Raad acht, ten slotte, geen termen aanwezig om toepassing te geven aan het bepaalde in artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht inzake een vergoeding van proceskosten. Beslist wordt derhalve als volgt.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

NASCHRIFT

1. Voorgeschiedenis

Zoals ik in een eerder naschrift (MRT april 2002, pag. 147-150) bij een vergelijkbare uitspraak van de Centrale Raad van Beroep reeds heb aangegeven, is de al sinds lange tijd in de militaire pensioenwetgeving geldende systematiek van toekenning van een bijzondere invaliditeitsverhoging (ook wel smartengeld genoemd) per 1 januari 1998 gewijzigd.

Tot die datum kende de Algemene militaire pensioenwet (Amp-wet) alleen een bijzondere invaliditeitsverhoging bij toekenning van de hogere invaliditeitspercentages. Afhankelijk van de ernst van de invaliditeit bedroeg de bijzondere invaliditeitsverhoging tot 1 januari 1998 bij een invaliditeit van 80 resp. 100% een aanvullende maandelijks uitkering van 20 resp. 40% van de berekeningsgrondslag.

Bij de Wet overheidspersoneel onder de werknemersverzekeringen, Wet van 24 december 1997, Stb. 1997, 768 is ingaande 1 januari 1998 de bestaande systematiek in de Amp-wet gewijzigd. Er is als uitvloeisel van het arbeidsvoorwaardenakkoord 1997 / 1999 in de militaire pensioenwet bepaald om de situaties waarin het smartengeld tot uitbetaling kan komen uit te breiden en te komen tot een meer geleidelijk verloop, afhankelijk van de mate van invaliditeit.

In dat verband is naast de bestaande artikelen een tweetal nieuwe artikelen E9a en F9a in de Amp-wet opgenomen. Dit leidt tot de volgende staffeling:

- bij een invaliditeit van 100% wordt een smartengeld van 40% toegekend,
- bij een invaliditeit tussen 80 en 100% wordt een smartengeld van 30% toegekend,
- bij een invaliditeit tussen 60 en 80% wordt een smartengeld van 20% toegekend,
- bij een invaliditeit tussen 40 en 60% wordt een smartengeld van 10% toegekend,
- bij een invaliditeit tussen 20 en 40% wordt een smartengeld van 5% toegekend.

Van belang is dat er op grond van de wettelijke bepalingen slechts recht op de bijzondere invaliditeitsverhoging (smartengeld) bestaat wanneer daling van het invaliditeitspercentage in de toekomst niet aannemelijk wordt geacht. De vraag of dit zo is wordt door de arts bij een geneeskundig onderzoek vastgesteld.

Bij de totstandkoming van de sinds 1 juni 2001 voor de militairen geldende nieuwe Kaderwet militaire pensioenen (wet van 13 december 2000, Stb. 2001, 37) en de op deze wet steunende 2 Besluiten is de systematiek van de bijzondere invaliditeitsverhoging doorgetrokken. Het gaat om het Besluit aanvullende arbeidsongeschiktheids- en invaliditeitsvoorzieningen militairen (Stb. 2001, 140) en het Besluit bijzondere militaire pensioenen (Stb. 2001, 139).

2. De gepubliceerde uitspraak nader bekeken.

Bij een vroegere uitspraak (MRT april 2002) heeft de Centrale Raad van Beroep uitgesproken dat, zolang er geen medische eindtoestand is bereikt, de bijzondere invaliditeitsverhoging niet kan worden toegekend. Vaak doet een dergelijke situatie zich voor in het

geval er sprake is van klachten van psychische aard (PTSS). In dat geval kan een reeds ingezet behandelingstraject of een gereguleerd contact met lotgenoten zeer wel leiden tot verbetering van de medische situatie en uiteindelijk tot een lagere mate van invaliditeit. Om die reden wordt in zo'n geval dan ook tijdelijk nog geen smartengeld toegekend.

Deze zaak gaat een stap verder. Appellant erkent dat er in zijn geval nog geen sprake is van een medische eindtoestand. Om die reden verzoekt hij ook niet om een toekenning van het smartengeldpercentage, behorende bij een invaliditeit van 70%. Appellant is echter van mening dat de staatssecretaris had moeten nagaan of al op een vroeger tijdstip een lager smartengeld toegekend had moeten worden, gekoppeld aan een invaliditeitspercentage waar beneden het percentage in de toekomst in ieder geval niet zal dalen.

Dit door de gemachtigde van appellant ingenomen standpunt wordt noch door de Rechtbank noch door de Raad gevolgd. De Raad heeft met name de overweging van de Rechtbank onderschreven dat in de wet onvoldoende aanknopingspunt is te vinden voor de van de tekst van artikel E9a, eerste lid, Amp-wet afwijkende opvatting van appellant. Dit betekent dat de staatssecretaris bij het beoordelen van een eventuele aanspraak op een bijzondere invaliditeitsverhoging niet hoeft te onderzoeken tot welk percentage de invaliditeit van betrokkene redelijkerwijs verwacht mag worden te dalen. Er behoeft dan ook nog geen smartengeld te worden toegekend, zolang de medische eindtoestand niet is bereikt.

W.J.S.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN

Boekaankondiging

Prof. mr. G.L. Coolen, Militair tuchtrecht, vierde druk, studiepocket nr. 28 in de serie Studiepockets strafrecht; Kluwer Deventer 2004, ISBN 90 13 01813 0, verkoopprijs € 35.

Onlangs is verschenen de vierde herziene druk van de door prof. mr. G.L. Coolen geschreven studiepocket *Militair tuchtrecht*. In het eerste deel van het boek, de hoofdstukken 1 t/m 12, komt het materiële tuchtrecht aan de orde. Antwoord wordt gegeven op vragen als: Op wie is het militaire tuchtrecht van toepassing? Welke gedragingen leveren een tuchtvergrijp op? Welke straffen kunnen worden opgelegd? Ook worden de vijf meest voorkomende tuchtvergrijpen besproken: ongeoorloofde afwezigheid, onttrekking aan dienstverplichtingen, onzorgvuldige taakuitoefening, schending van het dienstbevel en niet-naleving van het dienstvoorschrift. Tevens is een afzonderlijk hoofdstuk gewijd aan twee grondrechten: de vrijheid van meningsuiting en het recht van vergadering en betoeging. In het tweede deel van het boek, de hoofdstukken 13 t/m 21, wordt het formele tuchtrecht behandeld. Aan de orde komen de tuchtrechtelijke dwangmiddelen en de strafbevoegdheid van commandanten. Ook wordt uitvoerig aandacht besteed aan de drie fasen van het tuchtproces: het tuchtproces in eerste aanleg, de beklagprocedure en het beroep op de rechter.

De studiepocket, die veel jurisprudentie bevat, is niet alleen voor studenten geschreven, maar ook voor hen die binnen de krijgsmacht in hun werk met het militaire tuchtrecht in aanraking kunnen komen. De tekst is bijgewerkt tot 1 september 2004.

Het Nederlandse Rode Kruis - Pre-Announcement

“You are arming humanity and serving the cause of freedom. I pay the highest tribute to your noble efforts.”

- Victor Hugo, in a letter to Henri Dunant

The Netherlands Red Cross, in close cooperation with the Polish and German Red Cross and the Chair in International Humanitarian Law of Leiden University, has the honour to invite you to the conference

‘Dilemmas of international humanitarian law resulting from recent military operations’

3 December 2004

The Hague, Netherlands

Recent armed conflicts and increased international military involvement in post-conflict reconstruction have generated a number of important new legal and practical dilemmas. Among these are essential questions about the legal framework applicable to military operations, the legal status of non-state actors and the treatment and protection of detained persons. The developments underlying these questions have raised much debate and received prominent attention from policy makers, scholars, the military and the media.

The aim of the conference is to review the current state of international law and (military) practice with regard to these questions. The conference will approach these issues from different perspectives. New developments in terms of policy, international humanitarian law and other international standards will be highlighted and a series of recommendations will be formulated. Speakers at the symposium include prominent military, legal and political experts in the field of humanitarian law and practice.

The conference will take place on 3 December 2004 in the Golden Tulip Bel Air Hotel, The Hague, from 9.00 until 17.00 hours, followed by a reception. For further details on the conference please contact Mr Gerrit Jan Pulles, Legal Adviser International Humanitarian Law, at +31 (0)70 4455719 or by e-mail: gpulles@redcross.nl.

Auteursaanwijzingen

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

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

REDACTIECOMMISSIE:

Voorzitter	Mr A.C. Zuidema, Brigade-generaal b.d. van de Militair Juridische dienst;
Secretaris/penningmeester	Mr J.F. Stinissen, Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst;
Leden:	
voor de Koninklijke Landmacht:	Mr R. in het Veld, Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke Luchtmacht:	Mr J.P. de Jong, Hoofd Stafgroep Juridische Zaken HK Klu;
voor de Koninklijke Marine:	Mr W.E. Louwerse, Kapitein ter zee;
voor de Koninklijke Marechaussee:	Mr C.P.C. Kuijs, Kolonel der Koninklijke Marechaussee;
voor de Centrale Organisatie:	Mr J.J. Buirma, Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Dr. T.D. Gill	Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht en bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Mr N. Jörg,	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden;
Prof. Mr Th. A. de Roos,	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden;
Mr W.J. Schmitz,	Hoofd Procesondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van het ABP;
Mr G.F. Walgemoed,	Kolonel b.d. van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	Koningin Wilhelminalaan 50, 2264 BN Leidschendam

VASTE MEDEWERKERS:

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

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

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

WIJZE VAN UITGAVE:

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

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

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

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


Nederlands
uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie

Jaargang XCVII

November/December 2004

Aflevering

10

Sdu Uitgevers

INHOUD

Bijdragen

Immunitet voor de staat bij bestuurlijke boeten? Een beschouwing over de bestuurlijke beboetbaarheid van de staat, mede in het licht van de komende boeteregeling in de vierde tranche van de Awb; door dr. mr. A.P.W. Duijkersloot.....	429
--	-----

Strafrechtspraak

Ah 18.10.04	Eric O. Sergeant-majoor der mariniers Eric O. was ten laste gelegd dat hij in Irak dienstvoorschriften aangaande het gebruik van geweld niet heeft opgevolgd toen hij een gericht waarschuwingsschot afvuurde, terwijl er geen sprake was van een situatie die dat gebruik van geweld rechtvaardigde, met als gevolg zwaar lichamelijk letsel. De rechtbank oordeelt dat de waarschuwingsschoten in dit geval waren toegestaan aangezien er geen andere mogelijkheid was om het dreigende gevaar te keren. Ook de subsidiair ten laste gelegde grove onvoorzichtigheid wordt niet bewezen verklaard. Vrijspraak.....	443
-------------	--	-----

Bestuursrechtspraak

CRvB 02.04.04	De afgewezen adjudant Adjudant-onderofficier KL afgewezen voor functie waaraan de rang van luitenant is verbonden. Raad: Besluit BLS dat betrokkene niet voldoet aan het vereiste 'langdurig op uitstekende wijze functioneren' is niet met de nodige zorgvuldigheid genomen.....	460
---------------	---	-----

Register

Register 2004.....	463
--------------------	-----

BIJDRAGEN

Immunititeit voor de staat bij bestuurlijke boeten?

Een beschouwing over de bestuurlijke beboetbaarheid van de staat, mede in het licht van de komende boeteregeling in de vierde tranche van de Awb

door

dr. mr. A.P.W. Duijkersloot¹⁾

1. Inleiding

De staat geniet strafrechtelijke immunititeit. De Hoge Raad heeft dit in het Volkel-arrest in 1994 aangegeven.²⁾ Strafrechtelijke vervolging en veroordeling van de staat is derhalve niet mogelijk.³⁾ Dit is anders in het geval van bestuurlijke boeten. Hoewel deze bestuursrechtelijke sanctie een punitief karakter heeft en gelijkenis vertoont met strafsancties, lijkt voor de centrale overheid geen immunititeit bij bestuurlijke boeten te gelden. Zo legt bijvoorbeeld de Arbeidsinspectie in het kader van de handhaving van de arbeidsomstandighedenwetgeving aan zowel centrale als decentrale overheden soms bestuurlijke boeten op in hun hoedanigheid van werkgever.⁴⁾ In de praktijk worden deze boeten in de regel ook zonder morren betaald.⁵⁾

Deze ‘opmerkelijke’ informatie over de bestuursrechtelijke handhavingspraktijk⁶⁾ doet de vraag rijzen of dit verschil in benadering voor op het oog gelijksoortige sancties gerechtvaardigd is. In deze bijdrage zal hierop worden ingegaan.

Allereerst zal worden uiteengezet wat de Volkel-rechtspraak, op grond waarvan de centrale overheid strafrechtelijke immunititeit geniet, inhoudt en wat de achterliggende redenen voor de erkenning van deze immunititeit zijn geweest. Daarbij zal tevens een uitstapje worden gemaakt naar de beroemde Pikmeer-rechtspraak, als gevolg waarvan de strafrechtelijke immunititeit voor decentrale overheden in belangrijke mate is beperkt. Vervolgens zal worden bekeken in hoeverre de bestuursrechtelijke sanctie bestuurlijke boete ook als ‘strafrechtelijk’ kan worden aangemerkt.

Hierna zal dan de vraag worden beantwoord in hoeverre de aan- of afwezigheid van immunititeit voor bestuurlijke boeten wenselijk is. Tot op heden is over dit onderwerp nog

¹⁾ Ton Duijkersloot is docent-onderzoeker bij het Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht. De auteur is prof. mr. F.C.M.A. Michiels erkentelijk voor het commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

²⁾ HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598, m. nt. C.

³⁾ Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat van aansprakelijkheid van de staat natuurlijk slechts sprake is als het strafbare handelen van een onderdeel van de overheid, bijv. een ambtenaar, de staat kan worden toegerekend. Er dient met andere woorden van daderschap van de rechtspersoon staat sprake te zijn. In het geval dat dat niet zo is kan een ambtenaar overigens wel persoonlijk aansprakelijk zijn. Vgl. de Nota ‘Strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen’, TK 1996-1997, 25294, nr. 2, p. 8.

⁴⁾ Zie bijvoorbeeld voor decentrale overheden ABRS 17 april 2002, JB 2002, 164, waarin het ging om een door de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan een gemeente opgelegde bestuurlijke boete wegens overtreding van de Arbeidsomstandighedenwet in verband met een arbeidsongeval in het gemeentehuis.

⁵⁾ Vgl. Commissie Roelvink, Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat, Den Haag, februari 2002, p. 13, Kamerstukken II, 2001/02, 25 294, nr. 15.

⁶⁾ Aldus de Commissie Roelvink, a.w., p. 13.

niet veel geschreven. In het Voorontwerp voor de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht werd bijvoorbeeld slechts opgemerkt dat wat betreft de mogelijkheid om punitieve bestuurlijke sancties (lees: bestuurlijke boeten) op te leggen aan publiekrechtelijke rechtspersonen aansluiting zal moeten worden gezocht bij de strafrechtelijk jurisprudentie.⁷⁾

Zoals hieronder nader zal worden uiteengezet betekent dit dat in ieder geval bij decentrale overheidslichamen een dergelijke sanctieoplegging in beginsel mogelijk is, maar bij de centrale overheid niet. Dit heeft in de literatuur tot een enkele reactie geleid, inhoudende dat dit toch wel een ongewenste herziening van de bestaande praktijk zou opleveren.⁸⁾

Inmiddels is op 22 juli j.l. het wetsvoorstel voor een vierde tranche Awb ingediend.⁹⁾ In de Memorie van Toelichting bij dit belangrijke wetsvoorstel wordt dan verder nog opgemerkt dat de Commissie Roelvink inmiddels over de strafrechtelijke immuniteit van de staat heeft geadviseerd – en een gedeeltelijke afschaffing daarvan heeft bepleit – en dat een definitief oordeel over de mogelijkheid om bestraffende bestuurlijke sancties op te leggen aan publiekrechtelijke rechtspersonen zal worden uitgesproken in het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de bevindingen van de Commissie Roelvink.¹⁰⁾

Op grond van onderstaande analyse, waarbij met name ook het advies van de Commissie Roelvink zal worden betrokken, zal worden gezien in hoeverre immuniteit voor de staat bij oplegging van bestuurlijke boeten gerechtvaardigd is. Hier kan reeds worden aangegeven dat deze conclusie niet positief is: immuniteit van de staat voor bestuurlijke boeten lijkt niet aangewezen. Omdat bestuurlijke beboeting van de staat thans ‘gewoon’ plaatsvindt en dit, ook na het kabinetsstandpunt naar aanleiding van Roelvink, wel eens zo zou kunnen blijven, zal tenslotte worden ingegaan op de gevolgen die de komende regeling van de bestuurlijke boete, zoals deze is opgenomen in wetsvoorstel voor een aanvulling van de Awb met een vierde tranche, voor de oplegging van bestuurlijke boeten zal hebben.

2. Volkel en Pikmeer: inhoud en achtergronden

2.1. De kern van Volkel en Pikmeer

Op grond van artikel 51, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht kunnen strafbare feiten worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. De bepaling maakt daarbij geen onderscheid tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtspersonen. De wet gaat er derhalve van uit dat ook publiekrechtelijke rechtspersonen strafbare feiten kunnen plegen. Daarmee is nog niet gezegd dat zij ook strafrechtelijk vervolgd kunnen worden. Ook op dit punt maakt artikel 51, blijkens het tweede lid, echter geen onderscheid.

Bij de totstandkoming van artikel 51 in 1976 is de vraag aan de orde geweest of de strafbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen niet in beginsel zou moeten worden uitgesloten.¹¹⁾ De regering overwoog dat deze vraag niet in zijn algemeenheid was te beant-

⁷⁾ Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht Vierde tranche, Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht, Den Haag 1999, p. 109.

⁸⁾ Zie I. de Raat en R.J.G.M. Widdershoven, De bestuurlijke boete in de Algemene wet bestuursrecht, NJCM-bulletin 2000, p. 779. Zie hierover ook kort C.L.G.F.H. Albers, Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten, diss. UM, Den Haag 2002, p. 163-164.

⁹⁾ Kamerstukken II 2003/04, 29 702.

¹⁰⁾ Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 82.

¹¹⁾ Kamerstukken II, 1975/76, 13 655, nr. 3, paragraaf 10.

woorden. Als uitgangspunt werd aangegeven dat, wanneer het publiekrechtelijk lichaam als bestuurder heeft gehandeld verantwoording diende te geschieden aan instellingen en organen die daartoe in het staats- en bestuursrecht in het bijzonder zijn aangewezen (lees: vertegenwoordigende organen als Tweede en Eerste Kamer, gemeenteraden en provinciale staten), en dat wanneer de publiekrechtelijke rechtspersoon als ondernemer had gehandeld er onvoldoende grond was haar anders te bejegenen dan privaatrechtelijke rechtspersonen die dezelfde of vergelijkbare ondernemingsactiviteiten verrichten. Een nadere wettelijke regeling werd ongewenst geacht. De regering overwoog:

‘Het gaat hier om een weerbarstige materie die moeilijk in wetsbepalingen is te vatten. De praktijk bij de vervolging van economische delicten heeft wel bewezen, dat het openbaar ministerie van de bevoegdheid tot vervolging van (semi-)publiekrechtelijke lichamen een prudent gebruik maakt. Die bevoegdheid zonder meer uitsluiten lijkt intussen niet opportuun, omdat er situaties denkbaar zijn

waarin het als onrechtvaardig, met name in strijd met het gelijkheidsbeginsel, wordt ervaren, indien strafbare activiteiten van (ondernemingen van)publiekrechtelijke lichamen of instellingen onvervolgd zouden moeten blijven.’

Uiteindelijk werd het antwoord op de vraag derhalve overgelaten aan de rechtspraak.

De vraag naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de centrale overheid is vervolgens door de Hoge Raad beantwoord in het bekende Volkel-arrest.¹²⁾ Op de vliegbasis Volkel werd teveel kerosine in een brandstofopslagtank gepompt met als gevolg dat de tank overstroomde en de bodem werd verontreinigd. De staat werd vervolgd wegens overtreding van artikel 14 Wet Bodembescherming (thans artikel 13). Overigens had een dergelijke milieuvervuiling daar al vaker plaatsgevonden, want het ministerie van Defensie was reeds tweemaal eerder door een transactie aan (verdere) vervolging ontkomen. Vanwege recidive werd de Staat der Nederlanden (Ministerie van Defensie) nu gedagvaard.¹³⁾ De rechtbank Den Bosch verwierp het beroep op niet-ontvankelijkheid van het OM in de vervolging.¹⁴⁾ De staat werd veroordeeld, maar tevens werd bepaald dat geen straf of maatregel werd opgelegd omdat in een strafzaak als de onderhavige elke straf of maatregel enkel een symbolische werking kon hebben. De Hoge Raad oordeelde evenwel principieel anders:

‘Als uitgangspunt heeft te gelden dat de handelingen van de Staat geacht moeten worden te strekken tot de behartiging van het algemeen belang. Daartoe kan de Staat door wet- en regelgeving, bestuur, feitelijke gedragingen of anderszins zich alle aangelegenheden aantrekken. Voor de handelingen van de Staat zijn ministers en staatssecretarissen in het algemeen verantwoording schuldig aan de Staten-Generaal. Daarnaast kunnen zij ter zake van ambtsmisdriven strafrechtelijk worden vervolgd en berecht op de voet van de artikelen 483 en volgende Sv. Met dit stelsel strookt niet dat de Staat zelf voor zijn handelingen strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.’

De strafrechtelijke immuniteit van de staat is volgens het Volkel-arrest derhalve onbeperkt. Voor decentrale overheden werd in de rechtspraak een enigszins andere benadering

¹²⁾ HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598, m. nt. C.

¹³⁾ Zie J. de Hullu, Een bijzondere strafrechtelijke positie voor de verdachte overheid?, in: Straffaarheid van overheden, Publikaties van de staatrechtskring, nr. 15, Deventer 1998, p. 52.

¹⁴⁾ Rb. Den Bosch, 1 februari 1993, NJ 1993, 257.

gekozen. Deze kwam er tot 1998 op neer dat openbare lichamen in de zin van hoofdstuk 7 van de Grondwet strafrechtelijke immuniteit genoten, zij het slechts in het geval de ten-lastegelegde gedraging plaatsvond in het kader van de uitvoering van een overheidstaak.¹⁵⁾ Zo overwoog de Hoge Raad nog in het Pikmeer I-arrest uit 1996¹⁶⁾:

‘Het Hof heeft veronderstellenderwijs aangenomen dat de Gemeente strafrechtelijk niet kan worden vervolgd. Kennelijk is het Hof tot die veronderstelling gekomen omdat het ervan is uitgegaan dat de Gemeente de verontreinigde baggerspecie in het Pikmeer heeft gebracht in haar hoedanigheid van openbaar lichaam als bedoeld in Hoofdstuk 7 van de Grondwet en ter behartiging van een aan haar als zodanig opgedragen bestuurstaak. Een en ander dient dan ook in cassatie eveneens als uitgangspunt te worden genomen.

(..)

Indien een rechtspersoon een strafbaar feit begaat kan de strafvervolgning ingevolge art. 51, tweede lid, Sr worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken tegen 1°. die rechtspersoon, dan wel 2°. tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven en tegen hen die aan de verboden gedraging feitelijke leiding hebben gegeven, dan wel 3°. tegen de onder 1° en 2° genoemden tezamen.

De vervolgbaarheid van de onder 1° en die van de onder 2° genoemden zijn zo nauw met elkaar verbonden dat de omstandigheid dat de rechtspersoon zelf niet vervolgd kan worden omdat deze een openbaar lichaam in de zin van Hoofdstuk 7 van de Grondwet is en optreedt ter vervulling van een in de wet opgedragen bestuurstaak, meebrengt dat een strafvervolgning evenmin kan worden ingesteld tegen ambtenaren en arbeidscontractanten in dienst van het openbaar lichaam indien dezen in die hoedanigheid ter uitvoering van die bestuurstaak opdracht hebben gegeven tot of feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging als bedoeld in art. 51, tweede lid, onder 2°, Sr.’

Met andere woorden, er was volgens de Hoge Raad nog steeds strafrechtelijke immuniteit voor openbare lichamen in de zin van hoofdstuk 7 Grondwet wanneer zij opgedragen bestuurstaken uitvoeren en deze immuniteit strekt zich ook uit tot opdrachtgevers en feitelijk leidinggevendenden.

In 1998 is de Hoge Raad in het beroemde Pikmeer II-arrest voor decentrale overheden echter een aanzienlijk andere koers gaan varen. In Pikmeer II beperkte de Hoge Raad voor decentrale overheden (d.w.z. openbare lichamen in de zin van hoofdstuk 7 van de Grondwet) de strafrechtelijke immuniteit in sterke mate: zij dient slechts dan te worden aangenomen

‘als de desbetreffende gedragingen naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen.’

In andere gevallen, aldus de Hoge Raad,

¹⁵⁾ Zie m.n HR 27 oktober 1981, NJ 1982, 474, m.nt. G.E.M., HR 10 november 1987, NJ 1988, 303, m. nt. Th.W.v.V., HR 23 oktober 1990, NJ 1991, 496, m.nt. Sch. en HR 9 juni 1992, NJ 1992, 794.

¹⁶⁾ HR 23 april 1996, NJ 1996, 513, m.nt. ‘tH.

'is er wegens de hier te betrachten gelijkheid geen aanleiding immuniteit aan het openbaar lichaam te verlenen en geldt deze evenmin voor de in artikel 51, tweede lid onder 2e, Sr. bedoelde personen.'

De vraag die vervolgens rijst is natuurlijk of met Pikmeer II ook het Volkel-arrest is achterhaald. De Minister van Justitie is van mening dat de rechtsregel van het Volkel-arrest ook na Pikmeer II van kracht is.¹⁷⁾ De Commissie Roelvink is daar minder zeker van.¹⁸⁾ Zij merkt op dat, nu Pikmeer II zich uitdrukkelijk beperkt tot de decentrale overheden, niet zeker is welke consequenties de in dit arrest aanvaarde opvatting heeft voor de strafrechtelijke positie van de staat. In dit verband valt op, zo stelt de Commissie, dat in rechtsoverweging 5.10 van Pikmeer II is overwogen dat het vervolgen van decentrale overheden 'op zichzelf niet strijdig [is] met het stelsel van politieke verantwoordelijkheid van ambtsdragers binnen die lichamen, voorzover daarin wettelijk is voorzien, noch met het stelsel van op die lichamen uitgeoefend toezicht'. Hiermee lijkt, aldus de Commissie, de cassatierechter één van de in het Volkel-arrest aangevoerde argumenten voor immuniteit (de politieke verantwoordingsplicht) te hebben prijsgegeven.

In ieder geval kan worden vastgesteld dat het OM zich tot dusverre onthouden heeft van het instellen van nieuwe strafvervolgingen tegen de staat.

2.2. Argumenten pro en contra strafrechtelijke immuniteit

Waarom dient de staat immuniteit toe te komen waar het betreft strafvervolging? De Hoge Raad is in zijn motivering in Volkel tamelijk summier. Witteveen heeft het in dit verband terecht over het spreken van een machtswoord.¹⁹⁾ Vertrekpunt is de vooronderstelling dat de staat het algemeen belang behartigt. In de tweede plaats is relevant dat de politieke gezagsdragers verantwoording verschuldigd zijn aan het parlement en het derde element is het gegeven dat de ministers en staatssecretarissen als zij ambtsmisdriven plegen, in een speciale procedure strafrechtelijk kunnen worden aangesproken.

De Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving (Commissie Michiels) heeft in haar rapport Handhaven op niveau reeds de argumenten die van kabinetswege in de Pikmeer-discussie zijn aangevoerd samengevat en becommentarieerd.²⁰⁾ Ook de Commissie Roelvink heeft in haar rapport een dergelijke exercitie uitgevoerd.²¹⁾ Samengevat komen de argumenten voor immuniteit neer op de volgende:

- 1) strafvervolging van de staat betekent in feite dat de staat zichzelf vervolgt en straft; er is identiteit van vervolgde, beoordelaar en bestrafte;
- 2) strafvervolging impliceert betrokkenheid van de Minister van Justitie, compliceert diens positie als lid van het kabinet en tast de eenheid van de regering of het regeringsbeleid aan;
- 3) het opleggen van een geldboete is louter symbolisch, want er vindt geen daadwerkelijk vermogensoverdracht plaats;
- 4) de politieke verantwoordingsplicht en controle, alsmede de bijzondere procedure voor ambtsmisdriven gepleegd door ministers en staatssecretarissen (art. 483 e.v. Sv.), zijn wat de staat betreft toereikende correctiemechanismen;

¹⁷⁾ Zie de brief van 22 september 2000, Kamerstukken II, 2000/01, 25 294, nr. 12.

¹⁸⁾ Commissie Roelvink, a.w., p. 11.

¹⁹⁾ W.J. Witteveen, in: Strafbaarheid van overheden, a.w., p. 40.

²⁰⁾ Handhaven op niveau, Commissie bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving, Deventer 1998, p. 143 e.v.

²¹⁾ Commissie Roelvink, a.w. p. 20.

5) vervolgbaarheid van de staat kan leiden tot ongewenste (verdere) juridisering.

In diverse bijdragen in de literatuur waren deze argumenten ook al naar voren gebracht en vervolgens bestreden.²²⁾ Het is weinig zinvol deze discussie hier nog eens in zijn geheel over te doen, maar als hoofdlijn wordt duidelijk dat op de argumenten voor strafrechtelijke immuniteit van de staat nogal wat valt af te dingen. Zo stelt de Commissie Michiels dat er uiteindelijk geen principiële reden is om uit te gaan van strafrechtelijke immuniteit van de overheid. Dat betekent dan overigens niet dat in alle gevallen waarin een verdenking bestaat of gebleken is van een overtreding daarop met een strafrechtelijke vervolging zou moeten worden gereageerd. Andere politiek-bestuurlijke controlewegen kunnen in veel gevallen de voorkeur verdienen. Een principiële uitsluiting van het strafrecht is evenwel niet wenselijk.²³⁾ Ook de Commissie Roelvink is van de argumenten niet onder de indruk: het eerste argument vond de Commissie ‘principiële niet overtuigend’. Het gaat immers niet om de staat, maar om het optreden van verschillende ambten en entiteiten: het OM, de rechter en het onderdeel van de staat dat verdacht wordt van een strafbaar feit. Het tweede argument is ook niet een argument tegen iedere vorm van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Wel is ook de Commissie van mening dat de positie van de Minister van Justitie soms problemen kan opleveren, maar deze problemen kunnen door speciale voorzieningen mogelijk worden weggenomen. In de literatuur is in dit verband gewezen op de mogelijkheid om de vervolging van de staat in handen te leggen van een van de Minister van Justitie onafhankelijke persoon of instantie, waarbij zou kunnen worden gedacht aan de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad, die voor het leven is benoemd. Een alternatief is het opdragen van de vervolging aan een officier van justitie of aan een Procureur-Generaal bij een van de hoven, waarbij dan wel wettelijk moet worden uitgesloten dat de Minister van Justitie voor wat betreft de vervolging van de staat een aanwijzing ex artikel 5 RO kan geven.²⁴⁾ Ook het derde argument acht de Commissie Roelvink niet doorslaggevend: hoewel het opleggen van een geldboete aan de staat naar buiten toe symbolisch lijkt, komt deze boete ten laste van de eigen begroting van het betreffende onderdeel van de staat en doet dus wel als zodanig ‘pijn’. Ook in de literatuur is er op gewezen dat dit vestzakbroekzak-argument niet overtuigt, omdat vermogensverschuivingen binnen de centrale overheid veel vaker voorkomen (vgl. art. 33 Comptabiliteitswet) en een dergelijke vermogensverschuiving wegens een strafrechtelijke veroordeling zinvol kan zijn omdat deze een signalerende functie heeft en de bestuurlijk-politieke controle kan activeren.²⁵⁾ Ook het vierde argument – dat ook door de Hoge Raad in Volkel werd gebruikt – snijdt naar het oordeel van de Commissie slechts beperkt hout. Immers, ten aanzien van het eerste element (de verantwoordingsplicht) is supra al opgemerkt dat dit voor de Hoge Raad in Pikmeer II niet meer doorslaggevend werd gevonden om ten aanzien van decentrale overheden strafrechtelijke immuniteit te handhaven. Tussen decentrale overheden en de centrale overheid bestaat, zo wordt in de literatuur ook opgemerkt, op dit punt geen fundamenteel verschil.²⁶⁾ Met betrekking tot het element van de bijzondere procedure voor ambtsmisdriven moet worden vastgesteld dat dit veelal geen reëel alternatief vormt voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat. Daarenboven schiet deze mogelijkheid

²²⁾ Zie voor een overzicht eerdergenoemde publikatie van de Staatsrechtkring uit 1998.

²³⁾ Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, a.w., p. 146.

²⁴⁾ Vgl. M.L.W.M. Viering en R.J.G.M. Widdershoven, De strafrechtelijke positie van de overheid na Pikmeer II, in: Strafbaarheid van overheden, p. 84-85.

²⁵⁾ Bijv. Viering en Widdershoven, a.w., p. 83.

²⁶⁾ Viering en Widdershoven, a.w., p. 82.

tekort als het gaat om handelingen gepleegd door anderen dan ministers of staatssecretarissen. Aan het vijfde bezwaar, de juridisering, tenslotte kent de Commissie weinig gewicht toe. Of deze juridisering zich voordoet hangt met name af van de wijze waarop in de praktijk aan de aansprakelijkheid vorm zal worden gegeven, d.w.z. in het vervolgingsbeleid.

Kortom, uit deze korte samenvatting van de argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat wordt duidelijk dat deze slechts een beperkte overtuigingskracht hebben. Daarbij zou nog kunnen worden opgemerkt dat er wel wat te zeggen valt voor de stelling dat het juist zo is dat een overheid die regels stelt aan het maatschappelijk verkeer haar geloofwaardigheid verliest wanneer die regels niet op haarzelf van toepassing zijn en publiekrechtelijke rechtspersonen als de staat die regels ongestraft kunnen overtreden.

Uiteindelijk komt de Commissie Roelvink dan tot het voorstel om voor zelfstandige onderdelen van de staat strafrechtelijke aansprakelijkheid in te voeren. Dat zijn dan diensten, instellingen en andere organisatorische eenheden van de staat die met een voldoende mate van zelfstandigheid in het maatschappelijk verkeer kunnen optreden. De vraag rijst natuurlijk waarom niet wordt voorgesteld om de staat als zodanig van immuniteit uit te sluiten. Naar het oordeel van de Commissie is de staat als aanknopingspunt voor strafvervolging niet goed geschikt, want te zeer een abstractie. De vraag is dan natuurlijk wel hoe deze opvatting past binnen artikel 51 Sr. Dat heeft het immers slechts over natuurlijke personen en rechtspersonen. Het antwoord op deze vraag is eenvoudig: deze oplossing past daarin niet. Daarom komt de Commissie met een voorstel voor een aangepast artikel 51, waarin in een derde lid met een rechtspersoon worden gelijkgesteld o.a. de niet over rechtspersoonlijkheid beschikkende dienst, instelling, onderneming, inrichting of andere organisatorische eenheid die deel uitmaakt van de staat en zelfstandig aan het maatschappelijk verkeer deelneemt. In een nieuw artikel 51 a Sr. wordt vervolgens strafvervolging van de staat als zodanig, alsmede van rechterlijke macht en OM uitgesloten.

Daarenboven brengt de Commissie ook nog een beperking aan in de soort van strafbare feiten waarvoor dan strafrechtelijke aansprakelijkheid – overigens voor publiekrechtelijke rechtspersonen in het algemeen – zou moeten worden ingevoerd. Ook dit wordt verwerkt in het nieuwe artikel 51a. Het betreft hier met name overtredingen van zgn. ordeningswetgeving. Bij de zgn. commune delicten als dood door schuld, verduistering of diefstal wegen naar het oordeel van de Commissie de nadelen toch zwaarder dan de voordelen.

Uiteindelijk wil de Commissie derhalve de strafrechtelijke immuniteit van de staat slechts gedeeltelijk opheffen: 1. niet voor zover het echt de staat zelf betreft (alsmede de rechterlijke macht en het OM) en 2. niet voor alle delicten, maar vooral voor overtreding van ordeningswetgeving. Daarbij dient te worden opgemerkt dat de onder 1. genoemde beperking niet echt overtuigend is. De afbakening van die onderdelen van de Staat die vallen onder de strafrechtelijk aansprakelijkheid zal allerlei rechtsonzekerheden met zich meebrengen. Ook dient er een niet in alle opzichten helder nieuw artikel 51 Sr te worden ingevoerd. Er valt derhalve wel wat voor te zeggen om (toch) er toe over te gaan eenvoudig de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat als zodanig te accepteren en daar vervolgens in de praktijk op een bedachtzame wijze invulling aan te geven. Als gezegd merkt de regering in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot aanvulling van de Awb met een vierde tranche op dat zij met een kabinetsstandpunt over het rapport van de Commissie Roelvink zal komen. In dat kabinetsstandpunt zal zij dan ook een definitief oordeel uitspreken over de mogelijkheid om bestraffende bestuurlijke sancties als een bestuurlijke boete op te leggen aan publiekrechtelijke rechtspersonen.

Wachtend op het resultaat van dit alles moet worden vastgesteld dat voor de staat voornog de Volkel-rechtspraak geldt. Het is ook de vraag wanneer het kabinet uiteindelijk met zijn standpunt zal komen. Verder blijft dan onzeker wat de Kamer daar weer van zal vinden. Het is derhalve interessant reeds hier de vraag onder ogen te zien of de in Volkel door de Hoge Raad gegeven, vrij apodictisch geformuleerde, overwegingen ook opgeld doen bij oplegging van *bestuurlijke boeten* aan onderdelen van de staat. Daarbij is tevens de vraag relevant of de zojuist besproken argumenten die tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid worden ingebracht geldingskracht zouden kunnen hebben in het geval van oplegging van bestuurlijke boeten. Tevens kan worden gezien of de door de Commissie Roelvink voorgestelde oplossing – gedeeltelijke opheffing voor zelfstandige onderdelen van de staat voor bepaalde overtredingen – aanknopingspunten biedt voor de benadering van de problematiek van immuniteit voor de staat bij oplegging van bestuurlijke boeten. Alvorens deze vragen te beantwoorden is het evenwel zinvol eerst het wezen van de bestuurlijke boete nader te bezien: in hoeverre kan oplegging van een bestuurlijke boete worden vereenzelvigd met strafrechtelijke vervolging?

3. De bestuurlijke boete: overeenkomsten en verschillen met het strafrecht²⁷⁾

De bestuurlijke boete is in de jaren '80 begonnen aan zijn reeds veelbesproken opmars.²⁸⁾ De redenen daarvoor hadden te maken met het bekende handhavingstekort van bestuursrechtelijke en vooral ordeningswetgeving: het strafrechtelijk apparaat was niet meer in staat overtredingen van deze wetgeving in voldoende mate aan te pakken. Men kwam daarbij tot de overtuiging dat dit handhavingstekort niet alleen met een versterking van dit strafrechtelijk apparaat kon worden ingedamd, maar dat vooral het bestuursrecht een helpende hand zou kunnen bieden. Immers, van oudsher kende het bestuursrecht eigen sancties als bestuursdwang en, recenter, de last onder dwangsom. Een van de voordelen van deze sancties was dat het bestuur zelf degene was die deze sancties kon opleggen. Indien dit arsenaal zou worden uitgebreid met een ook door het bestuur op te leggen 'bestuurlijke boete', kon het strafrechtelijk apparaat worden ontlast terwijl de overtredingen wel werden aangepakt. Daarbij werden als meer specifieke argumenten genoemd dat op deze wijze werd benadrukt dat het bestuur zelf ook een verantwoordelijkheid draagt voor de handhaving, dat de handhaving van bepaalde overtredingen een bijzondere deskundigheid vraagt waarbij het niet lonend is deze in het strafrechtelijk apparaat op te bouwen, dat de geringe ernst van sommige overtredingen inzet van het strafrecht niet rechtvaardigt en dat het bestuursrecht, beter dan het strafrecht, zou zijn ingesteld op het afdoen en nemen van een groot aantal routinebeslissingen. Dit alles leidde tot de situatie dat men de bestuurlijke boete min of meer ging zien als een soort haarlemmerolie in handhavingerland. De wetgeving waarin de bestuurlijke boete inmiddels als sanctie-instrument is geïntroduceerd is inmiddels zeer omvangrijk.²⁹⁾

De bestuurlijke boete kan worden aangemerkt als de verplichting die door het bestuur aan iemand wordt opgelegd tot de betaling van een geldsom aan de overheid wegens het overtreden van een bij of krachtens de wet gesteld voorschrift.³⁰⁾ Of, zoals het wetsvoor-

²⁷⁾ Zie m.b.t. de bestuurlijke boete vooral uitgebreid Albers, a.w.

²⁸⁾ M.n. F.C.M.A. Michiels, *De boete in opmars?* (oratie VU), Zwolle 1994.

²⁹⁾ In een bijlage bij het wetsvoorstel voor een vierde tranche Awb worden 54 wetten opgesomd.

³⁰⁾ Vgl. D. Otto, M.E. de Meijer, H. de Doelder, *De bestuurlijke boete in perspectief*, in: *De bestuurlijke boete in perspectief*, D. Otto, M.E. de Meijer, H. de Doelder (red.), Rotterdam 1999, p. 1.

stel vierde tranche Awb in artikel 5.4.1.1 zegt: de bestuurlijke sanctie, inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom die is gericht op bestraffing van de overtreder.

Kenmerkend bij de oplegging van de bestuurlijke boete is derhalve dat deze wordt opgelegd door het bestuur. In wetgeving waarin de bestuurlijke boete wordt ingevoerd vindt toekenning van de boetebevoegdheid plaats aan een bepaald bestuursorgaan, veelal het bestuursorgaan dat ook is belast met de uitvoering van de betreffende voorschriften. Voorafgaand aan het boetebesluit heeft dan door datzelfde bestuursorgaan – zij het dat dit gelet op het uitgangspunt van functiescheiding wel een ander onderdeel daarbinnen kan zijn³¹⁾ – een boete-onderzoek plaatsgevonden. Hierin verschilt de oplegging van een bestuurlijke boete dus duidelijk van de strafrechtelijke sanctionering. Daar is het de rechter die de strafrechtelijke sanctie, zoals een geldboete, oplegt nadat het Openbaar Ministerie (OM) de procedure heeft ingeleid. De rechter, in casu de bestuursrechter, komt er overigens ook uiteindelijk soms bij de bestuurlijke boete wel aan te pas, maar slechts achteraf, als door de beboete persoon bij hem beroep wordt ingesteld om te bestrijden dat de door het bestuur opgelegde boete rechtmatig was. De wijze waarop de rechter de boeteoplegging door het bestuur toetst is vervolgens weer een verhaal apart. Hieraan is in de literatuur uitgebreid aandacht besteed.³²⁾ In de kern komt het er op neer dat de bestuursrechter de beslissing om al dan niet een bestuurlijke boete op te leggen marginaal toetst, maar vol beoordeelt of de hoogte van de boete in verhouding staat tot de ernst van de overtreding.

Een ander kenmerk van de bestuurlijke boete is dat het gaat om een sanctie – een reactie op een overtreding – en wel met een bestraffend karakter. De boete is bedoeld om de overtreder te straffen en is met andere woorden punitief van aard. Hierin onderscheidt de bestuurlijke boete zich enerzijds van zijn bestuursrechtelijke collega's bestuursdwang en last onder dwangsom – welke immers gericht zijn op de beëindiging van de overtreding en mitsdien een reparatoir karakter hebben – en vertoont de bestuurlijke boete anderzijds gelijkenis met zijn strafrechtelijke broer, de strafrechtelijke boete. Het is ook dit punitieve karakter van de bestuurlijke boete dat meebrengt dat artikel 6 EVRM, voorzover dat waarborgen verleent aan 'degenen tegen wie een strafvervolging is ingesteld', van toepassing is op de bestuurlijke boete, ook al betreft het hier geen strafrecht. Immers, artikel 6 EVRM geeft rechten en waarborgen voor degenen tegen wie een 'strafvervolging' (in de authentieke Engelse tekst 'criminal charge') is ingesteld. Dit begrip is blijkens jurisprudentie van het EHRM een autonoom begrip.³³⁾ Dit betekent dat het voor de toepasselijkheid van de door artikel 6 EVRM gegarandeerde rechten en waarborgen – recht op een eerlijke en openbare behandeling binnen een redelijke termijn door een onafhankelijke en onpartijdige instantie, het legaliteitsbeginsel, de onschuldpresumptie, het zwijgrecht van de beschuldigde, het *ne bis in idem* beginsel en een aantal rechten van de verdediging – niet van belang is of een bepaalde sanctie naar nationaal recht als strafrechtelijk of bestuursrechtelijk wordt gekwalificeerd. Beslissend is slechts of de sanctie materieel het karakter van een straf heeft. Inmiddels is voor Nederland wel duidelijk en onomstreden dat het opleggen van een bestuurlijke boete een 'strafvervolging' ('criminal charge') in de zin van artikel 6 EVRM oplevert.³⁴⁾ Dit betekent derhalve onder meer dat de waarborgen van dit artikel bij de oplegging van bestuurlijke boeten beginnen te werken vanaf het moment

³¹⁾ Vgl. art. 5.4.2.6, vierde lid, Awb-IV.

³²⁾ Zie Albers, a.w., p. 242 e.v.

³³⁾ O.m. EHRM 21 februari 1984, NJ 1988, 937 Ozturk.

³⁴⁾ Vgl. het Voorontwerp bij Awb-IV, p. 99 en daar aangehaalde jurisprudentie.

dat sprake is van deze strafvervolgung. Ook betekent het feit dat, zoals de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel het zegt, ‘de omstandigheid dat het opleggen van een bestuurlijke boete in essentie niet verschilt van het opleggen van een straf’³⁵), dat allerlei onderwerpen die van oudsher in het strafrecht een regeling kennen relevantie zouden kunnen hebben voor de oplegging van bestuurlijke boeten. Overigens is deze relevantie toch beperkt. Gelet op het karakter van de bestuurlijke boete en de toepassing van dit instrument speelt een aantal strafrechtelijke leerstukken een minder grote rol. Daarbij kan worden gedacht aan zaken als beboetbaarheid van voorbereidingshandelingen en vraagstukken van opzet en schuld.

In hoeverre strafrechtelijke immuniteit voor de overheid bij bestuurlijke boeten relevant is komt in de volgende paragraaf nader aan de orde, maar op grond van hetgeen zojuist is opgemerkt kan al wel worden gesignaleerd dat het feit dat de bestuurlijke boete een straf is, niet meebrengt dat strafrechtelijke leerstukken ook zonder meer kunnen worden getransponeerd naar het bestuurlijk boeterecht.

4. Evaluatie: immuniteit voor bestuurlijke boeten?

Uit het voorgaande is duidelijk geworden dat de bestuurlijke boete strafrechtelijke trekken heeft, maar geen strafrecht is. Hoe is het nu gesteld met de argumenten die worden gehanteerd om strafrechtelijke immuniteit te bepleiten? In hoeverre gelden deze bij oplegging van bestuurlijke boeten? Indien we aanknopen bij de argumenten zoals deze door het kabinet zijn aangevoerd en die we besproken hebben in par. 2 en we deze één voor één aflopen dan levert dit het volgende beeld op.

Het eerste argument - strafvervolgung van de staat betekent in feite dat de staat zichzelf vervolgt en straft; er is identiteit van vervolgte, beoordelaar en bestrafte – speelt bij bestuurlijke boeten net zo min als bij strafrechtelijke vervolgung. Evenals bij strafvervolgung geldt hier immers dat het gaat om verschillende ambten of entiteiten: de boete wordt opgelegd door een afzonderlijk bestuursorgaan – bijvoorbeeld in het geval van overtreding van de Arbeidsomstandighedenwetgeving de toezichthoudende ambtenaar ex art. 24 Arbeidsomstandighedenwet 1998 – aan de overtreder, de staat als werkgever. Of daar ook nog een rechterlijke instantie aan te pas komt hangt als eerder gezegd af van de stappen die deze werkgever al dan niet tegen de boete onderneemt.

Het tweede argument - strafvervolgung impliceert betrokkenheid van de Minister van Justitie, compliceert diens positie als lid van het kabinet en tast de eenheid van de regering of het regeringsbeleid aan – speelt bij bestuurlijke boeten niet of nauwelijks een rol. Immers, de rol van deze minister, die bij het OM natuurlijk significant is, is bij oplegging van bestuurlijke boeten in het geheel niet geïmpliceerd. Het voorbeeld van de boete op grond van de Arbeidsomstandighedenwet maakt dit zonneklaar. De verantwoordelijke minister is hier de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Dit voorbeeld maakt wel duidelijk dat het zo kan zijn dat een bepaalde minister verantwoordelijk is voor het opleggen van een bestuurlijke boete aan een onderdeel van de staat dat behoort tot een ander ministerie. Dat maakt evenwel nog niet dat gezegd kan worden dat daarmee de positie van die minister als lid van het kabinet wordt gecompliceerd of dat de eenheid van de regering of het regeringsbeleid wordt aangetast.

³⁵) Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 124.

Het derde argument – het opleggen van een geldboete is louter symbolisch, want er vindt geen daadwerkelijke vermogensoverdracht plaats – geldt ook voor bestuurlijke boeten, maar hier kan dan ook hetzelfde tegen in worden gebracht als tegen het bestraffen van de staat.

Met betrekking tot het vierde argument – de politieke verantwoordingsplicht en controle, alsmede de bijzondere procedure voor ambtsmisdriven gepleegd door ministers en staatssecretarissen (art. 483 e.v. Sv.), zijn wat de staat betreft toereikende correctiemechanismen – kan worden opgemerkt dat het laatste onderdeel voor bestuurlijke boeten niet relevant is. Het eerste onderdeel zou ook bij bestuurlijke boeten een alternatieve correctieve rol kunnen spelen. Zo zou een minister heel wel ter verantwoording kunnen worden geroepen indien bij zijn ministerie regelmatig de arbeidsomstandighedenregelgeving wordt geschonden. Bij een enkele overtreding zal dat in de praktijk echter natuurlijk niet geschieden. Dat maakt duidelijk dat het, naast de aanwezigheid van politieke controle, wenselijk kan zijn om ook dergelijke overtredingen te beboeten. Daarenboven gelden de kritische opmerkingen over de waarde van dit argument in het licht van Pikmeer II ook hier.

Het vijfde argument – vervolgbaarheid van de staat kan leiden tot ongewenste (verdere) juridisering – speelt bij bestuurlijke boeten ook, maar gelet op de eenvoudiger wijze waarop oplegging van bestuurlijke boeten plaatsvindt in aanzienlijk mindere mate.

In de discussie over strafrechtelijke immuniteit speelt ook een rol dat het OM een terughoudend vervolgingsbeleid zou kunnen voeren bij overtredingen door de staat. Daardoor kan in de praktijk de principiële afschaffing van de immuniteit worden opgevangen. Op zich zou ook bij de afweging om voor een overtreding een bestuurlijke boete op te leggen de omstandigheid een rol kunnen spelen dat de te beboeten overtreder wordt gevormd door de staat. De bevoegdheid om bestuurlijke boeten op te leggen bevat in de regel beleidsvrijheid. In zoverre kan dus in de praktijk ook terughoudend worden omgegaan met oplegging van bestuurlijke boeten aan de staat. Het is overigens de vraag of een dergelijke terughoudendheid wenselijk is. Er lijkt in ieder geval (nog) minder reden voor te bestaan dan bij strafvervolgning het geval is.

Dan de door de Commissie Roelvink voorgestelde selectieve benadering. Welke betekenis kan daaraan worden toegedicht als het gaat om de oplegging van bestuurlijke boeten aan de staat? Duidelijk is ten eerste dat het soort overtredingen waarvoor de Commissie de strafrechtelijke immuniteit wil opheffen – overtredingen van ordeningswetgeving, zoals bijvoorbeeld wetgeving met betrekking tot arbeidsomstandigheden – juist het soort overtredingen is waarvoor in het algemeen (ook) bestuurlijke boeten kunnen worden opgelegd. Dan de voorgestelde beperking tot zelfstandige onderdelen van de staat. Thans kunnen bestuurlijke boeten worden opgelegd aan de overtreder van een bepaalde norm en deze overtreder kan zijn een natuurlijke persoon of een rechtspersoon, bijvoorbeeld de staat. Op zich is het denkbaar dat in aansluiting op de regeling zoals die door de Commissie Roelvink is voorgesteld voor strafrechtelijke aansprakelijkheid, ook bij het opleggen van bestuurlijke boeten een constructie wordt gekozen die het mogelijk maakt bestuurlijke boeten op te leggen aan zelfstandige onderdelen van de staat en de staat zelf uit te sluiten. Zo zou een bestuurlijke boete wegens een geconstateerde overtreding van de Arbeidsomstandighedenwet bij bijvoorbeeld een bepaalde inspectiedienst aan deze dienst kunnen worden opgelegd. In het wetsvoorstel vierde tranche wordt in artikel 5.0.1, derde lid, artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht van overeenkomstige toepassing verklaard. Indien dit artikel dan zou zijn aangepast op de boven beschreven wijze zoals de

Commissie Roelvink die voorstaat, is een dergelijke boeteoplegging aan deze ‘overtreder’ mogelijk. Op deze wijze worden de strafrechtelijke vervolging en bestuurlijke beboeting op gelijke wijze behandeld. De vraag is echter of dit wel noodzakelijk is. Gelet op het feit dat, zoals eerder is aangegeven, de argumenten voor immuniteit van de staat bij bestuurlijke boeten, (nog) minder sterk zijn dan voor strafrechtelijke immuniteit het geval is, zou er zeer wel voor kunnen worden gekozen om de huidige praktijk – waarin van immuniteit van de staat bij bestuurlijke boeteoplegging geen sprake is – te continueren. Om strafrechtelijke en punitief bestuursrechtelijke handhaving dan toch samen op te laten lopen, zou het dan wellicht veeleer overweging verdienen om, zoals eerder reeds opgemerkt, de gedifferentieerde benadering van de Commissie Roelvink ook voor het strafrecht achterwege te laten en ook de strafrechtelijke immuniteit van de staat als zodanig op te heffen. Waar de wetgever hier wellicht nog niet aan toe is, zou nieuwe jurisprudentie hieraan een bijdrage kunnen leveren.

5. De boeteregeling in de vierde tranche van de Awb

Tenslotte is het van belang om de consequenties te bezien van de in de vorige paragraaf getrokken conclusie, dat immuniteit van de overheid voor bestuurlijke boeten niet aangevoerd is. De staat, dan wel bepaalde onderdelen daarvan, worden thans en zullen in de toekomst kunnen worden geconfronteerd met een bestuurlijke boete. Wat heeft dit voor gevolgen? Het is natuurlijk evident dat tegen een besluit tot oplegging van een bestuurlijke boete bezwaar kan worden gemaakt en uiteindelijk beroep kan worden ingesteld bij de bestuursrechter. De precieze rechtsgang is daarbij afhankelijk van hetgeen in bijzondere wetgeving wordt bepaald. Deze bijzondere wetgeving, bijvoorbeeld de Arbeidsomstandighedenwet, bevat thans ook de voorschriften met betrekking tot beboetbare overtredingen, de hoogte van de op te leggen boete, procedurele waarborgen e.d. Tevens zijn daarbij van belang de in paragraaf 3 besproken waarborgen, zoals die voortvloeien uit het EVRM en zoals deze in de rechtspraak zijn ontwikkeld. Aan dit alles is reeds in de literatuur uitgebreid aandacht besteed.³⁶⁾ Met de aanstaande komst van een regeling van de bestuurlijke boete in de vierde tranche van de Awb doet zich ook de vraag voor welke gevolgen deze nieuwe Awb-regeling zal hebben voor de bestuurlijke boetepraktijk. Deze vraag is des te actueler geworden nu als gezegd inmiddels het wetsvoorstel voor de aanvulling van de Awb met deze vierde tranche is ingediend.

Een niet onbelangrijke vraag die zich in dit verband voordoet is of deze nieuwe Awb-regeling zal impliceren dat het scala aan bestaande bevoegdheden om bestuurlijke boeten op te leggen – en de uitoefening van deze bevoegdheden kan dus ook de staat treffen – wordt uitgebreid. Het antwoord op deze vraag is nee. Belangrijk is om vast te stellen dat de komende Awb-regeling zelf geen bevoegdheden creëert om bestuurlijke boeten op te leggen. Met andere woorden, de komende Awb-regeling bepaalt niet welke bestuursorganen in welke gevallen een bestuurlijke boete kunnen opleggen, en ook niet hoe hoog die boete dan is. Het legaliteitsbeginsel eist voor bestuurlijke boeten een zo specifiek mogelijke wettelijke grondslag. Het zal derhalve nog steeds de bijzondere wetgever zijn die, bijvoorbeeld in de Arbeidsomstandighedenwet, moet bepalen of voor een bepaalde gedraging een boete kan worden opgelegd en zo ja, hoe hoog die boete is en door welk bestuursorgaan zij kan worden opgelegd.

³⁶⁾ Zie m.n. Albers, a.w. en daar verder vermelde literatuur.

Wel zal een gevolg van de komende regeling van de bestuurlijke boete in de Awb zijn, dat de bijzondere wetgever voortaan met een regeling van bovengenoemde aspecten dan ook kan volstaan. De Awb zelf zal verder de procedure die bij het opleggen van de boete moet worden gevolgd regelen, alsmede een aantal andere kwesties rondom de boeteoplegging. Dit betekent in hoofdlijnen het volgende. Het opleggen van een bestuurlijke boete is een beschikking, zodat nu reeds het opleggende bestuursorgaan de voorschriften van hoofdstuk 3 en titel 4.1 van de Awb in acht dient te nemen. Na inwerkingtreding van de vierde tranche zal een groot aantal thans uiteenlopende deels materiële, deels procedurele regels die specifiek de oplegging van een bestuurlijke boete betreffen en die nu nog in bijzondere wetgeving zijn te vinden, zijn geharmoniseerd en op de boeteoplegging van toepassing zijn. Zo zal afdeling 5.4.1 onder andere regels bevatten betreffende het vereiste van verwijtbaarheid bij de overtreder – het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op voorzover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten (art. 5.4.1.2 Awb-IV), ter voorkoming van dubbele bestraffing van de overtreder (art. 5.4.1.4 en art. 5.4.1.5 Awb-IV), betreffende de verjaring van de overtreding – na een aantal jaren vervalt de bevoegdheid om een bestuurlijke boete voor een bepaalde overtreding op te leggen (art. 5.4.1.6 Awb-IV) – en de evenredigheid in het kader van de hoogte van de boete (art. 5.4.1.7 Awb-IV). Het laatste betekent met name dat het bestuursorgaan de bestuurlijke boete afstemt op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten, tenzij de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld. Het bestuursorgaan moet daarbij zo nodig rekening houden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Indien de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, legt het bestuursorgaan niettemin een lagere bestuurlijke boete op indien de overtreder aannemelijk maakt dat de vastgestelde bestuurlijke boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is.

Afdeling 5.4.2 zal vervolgens de procedure regelen die een bestuursorgaan dient te volgen bij het opleggen van een bestuurlijke boete. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen een eenvoudige procedure voor lichtere boeten (tenzij de bijzondere wetgever anders bepaalt, minder dan € 340,-) en een meer uitvoerige voor zwaardere boeten. De laatste bevat vanuit het perspectief van de beboete persoon meer waarborgen. In de kern komt deze zware procedure op het volgende neer.³⁷⁾ De overtreding zal als regel door een ambtenaar worden geconstateerd. Deze maakt van de geconstateerde overtreding een rapport op. Dit rapport is de bestuursrechtelijke tegenhanger van het proces-verbaal van de opsporingsambtenaar, met dien verstande dat het geen bijzondere bewijskracht heeft. Is de constaterende ambtenaar (tevens) opsporingsambtenaar, dan treedt zijn proces-verbaal in de plaats van het rapport. Het rapport wordt toegezonden aan het bestuursorgaan dat bevoegd is de boete op te leggen. Dit bestuursorgaan zal veelal een ambtenaar belasten met de voorbereiding van de boetebeschikking. Deze mag niet de ambtenaar zijn die de overtreding heeft geconstateerd (functiescheiding). Indien deze tweede ambtenaar van oordeel is dat een bestuurlijke boete moet worden opgelegd, stelt hij de overtreder in de gelegenheid zijn zienswijze naar voren te brengen (hoorplicht). Uiterlijk op dat tijdstip wordt het rapport aan de overtreder toegezonden of uitgereikt, zodat deze weet tegen welke beschuldiging hij zich moet verweren. De overtreder is in ieder geval in dit stadium niet meer verplicht omtrent de gedraging inlichtingen ten behoeve van de boeteoplegging te verstrekken. Hij heeft tevens het recht op inzage in en afschrift van stukken die aan het voornemen tot boeteoplegging ten grondslag liggen. Nadat de overtreder is gehoord, zijn er twee mogelijk-

³⁷⁾ Vgl. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 122.

heden. Indien het voornemen tot boeteoplegging wordt gehandhaafd, wordt een beschikking van die strekking gegeven. Wordt van het opleggen van een boete afgezien, dan wordt de overtreder daarvan schriftelijk in kennis gesteld.

In de lichte procedure bestaat wel de bevoegdheid, maar niet de verplichting om van de gedraging een rapport op te maken. Ook de hoorplicht en de eis van functiescheiding gelden niet. Uiteraard blijft het bestuursorgaan wel bevoegd de overtreder in de gelegenheid te stellen zijn zienswijze naar voren te brengen. Maakt het bestuursorgaan van deze bevoegdheid gebruik en is er een rapport, dan dient dit ook uiterlijk op dat tijdstip aan de overtreder te worden toegezonden. In het andere geval ontvangt deze het rapport tegelijk met de boetebeschikking. Indien de zienswijze van betrokkene er toe leidt dat van het voornemen tot boeteoplegging wordt afgezien, dan wordt hem dit medegedeeld.

Verder dient te worden opgemerkt dat titel 5.1 van de Awb met inwerkingtreding van de vierde tranche een aantal algemene bepalingen over bestuurlijke sancties – de punitieve bestuurlijke boete, maar ook herstelsancties als bestuursdwang en de last onder dwangsom – zal gaan bevatten. Dit betekent onder meer dat de Awb geharmoniseerde bepalingen zal kennen betreffende rechtvaardigingsgronden – geen bestuurlijke sanctie wordt opgelegd als voor de overtreding een rechtvaardigingsgrond bestaat (art. 5.0.5 Awb-IV) – en het zwijgrecht – degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, is niet verplicht ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen en voor het verhoor wordt aan de betrokkene medegedeeld dat hij daartoe niet verplicht is (art. 5.0.11 Awb-IV).

6. Conclusie

Immunitet voor de staat bij de oplegging van bestuurlijke boeten is niet goed te rechtvaardigen. Aan de bestaande praktijk, waarin aan onderdelen van de staat bestuurlijke boeten worden opgelegd – en deze ook zonder morren worden betaald – hoeft derhalve geen einde te worden gemaakt. Of dit ook daadwerkelijk niet zal gebeuren hangt mede af van een toekomstig kabinetsstandpunt naar aanleiding van het rapport van de Commissie Roelvink.

Gelet op deze – in ieder geval voorlopige en wellicht definitieve – afwezigheid van een dergelijke immunitet is het goed om vast te stellen dat de met een bestuurlijke boete geconfronteerde persoon, de staat inclusief, zich door diverse waarborgen weet omringd. Thans zijn deze nog veelal te vinden in bijzondere wetgeving, verdragsrecht (EVRM) en rechtspraak, straks, onder de Awb na inwerkingtreding van de vierde tranche, zullen deze ook in belangrijke mate in de Awb zijn geharmoniseerd en uitgewerkt. Zo bezien hoeft (ook) voor de staat de afwezigheid van immunitet voor bestuurlijke boeteoplegging geen reden te zijn voor al te grote nervositeit.

STRAFRECHTSPRAAK**Rechtbank Arnhem**

Militaire Kamer

vonnissen van 18 oktober 2004

Voorzitter: Mr. E.G. Smedema; *Lid:* Mr. A.G. van Doorn; *Militair lid:* Kolonel Mr. A.M. van Gorp

Eric O.

Sergeant-majoor der mariniers Eric O. was ten laste gelegd dat hij in december 2003 in Irak dienstvoorschriften aangaande het gebruik van geweld niet heeft opgevolgd toen hij een gericht waarschuwingsschot afvuurde in de richting van een aantal personen, terwijl er geen sprake was van een situatie die dat gebruik van geweld rechtvaardigde. Daardoor heeft een persoon zwaar lichamelijk letsel opgelopen.

De rechtbank heeft het verzoek van de raadslieden van de verdachte om het openbaar ministerie niet ontvankelijk te verklaren afgewezen. De elementaire beginselen van een goede procesorde zijn in deze zaak niet geschonden en er waren voldoende aanknopingspunten in het strafdossier voor een redelijk vermoeden van schuld aan de strafbare feiten moord, doodslag dan wel dood door schuld. Ook het verweer dat de Geweldsinstructie en de Aide Memoire geen dienstvoorschriften zijn is door de rechtbank verworpen.

De rechtbank komt tot het oordeel dat er sprake was van een situatie, waarvan de verdachte kon en mocht menen dat deze een dreiging inhield, waardoor de veiligheid van de eenheid in gevaar kon komen. Het gevaar was echter nog niet onmiddellijk aanwezig, oordeelt de rechtbank en dus moet het geweldgebruik in een dergelijke situatie op grond van de voorschriften beperkt blijven tot niet dodelijk geweld. De waarschuwingsschoten van de verdachte waren toegestaan aangezien hij geen andere mogelijkheid had om het dreigende gevaar te keren. Een mondelinge waarschuwing was niet nodig omdat er niet gericht (op een persoon) werd geschoten en omdat de verdachte door zijn achtereenvolgende demonstratieve handelingen een zorgvuldige waarschuwingfase heeft opgebouwd.

Ook de subsidiair ten laste gelegde grove onvoorzichtigheid, wordt niet bewezen verklaard.

De militaire kamer van de rechtbank Arnhem spreekt Eric O. vrij.

VONNIS

in de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen naam: [Eric O., verdachte], geboren op: [geboortedatum] te [geboorteplaats], adres: [adres], plaats: [woonplaats], rang/stand: sergeant-majoor der mariniers, nr.: [nummer], ingedeeld bij : groep operationele eenheden der mariniers te [naam].

Raadslieden: mr. G.G.J. Knoops en mevrouw mr. C.J. Knoops-Hamburger, beiden advocaat te Amsterdam.

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd dat:

hij als militair op of omstreeks 27 december 2003 op of nabij de Main Supply Route (MSR) Jackson, gelegen tussen Al Khidr en As Samawah in Irak, in elk geval in Irak, opzettelijk het dienstvoorschrift "AIDE-MEMOIRE VOOR SFIR COMMANDANTEN", vastgesteld door de CDS (Chef Defensie Staf) d.d. 24 juli 2003, waarin onder meer is

voorgeschreven (zakelijk weergegeven):

- dat het gebruik van strikt noodzakelijk geweld slechts is toegestaan in een aantal gevallen zoals omschreven in punten 3 en 4 van dat voorschrift,

niet heeft opgevolgd,

en/of

opzettelijk het dienstvoorschrift “SFIR GEWELDSINSTRUCTIE”, vastgesteld door de CDS (Chef Defensie Staf) d.d. 24 juli 2003, waarin onder meer is voorgeschreven (zakelijk weergegeven):

- dat het gebruik van geweld slechts is toegestaan in een aantal gevallen zoals omschreven in punt 2 van die instructie,

niet heeft opgevolgd,

aangezien hij, verdachte, opzettelijk in strijd met het gestelde in voornoemd(e) dienstvoorschrift(en) met zijn, verdachtes, vuurwapen (Diemaco C7) een gericht (waarschuwings-)schot heeft afgevuurd in de richting van een of meer personen, terwijl er geen sprake was van een zodanige situatie dat het was toegestaan geweld te gebruiken, terwijl daarvan

- gemeen gevaar voor een of meer van die personen (art. 136 lid 1 sub 2 WMS)

en/of

- levensgevaar voor een ander te duchten was, namelijk voor een of meer van voornoemde personen (art. 136 lid 1 sub 3 WMS),

en/of

- levensgevaar voor een ander te duchten was, namelijk voor een of meer van voornoemde personen,

en tengevolge van welk feit een persoon, te weten [slachtoffer] (ook wel aangeduid als [slachtoffer]), althans een van die personen, is overleden (art. 136 lid 1 sub 4 WMS);

(art. 136 Wetboek van Militair Strafrecht)

althans, indien het vorenstaande niet tot een veroordeling leidt:

hij als militair op of omstreeks 27 december 2003 op of nabij de Main Supply Route (MSR) Jackson, gelegen tussen Al Khidr en As Samawah in Irak, in elk geval in Irak,

opzettelijk het dienstvoorschrift “AIDE-MEMOIRE VOOR SFIR COMMANDANTEN”, vastgesteld door de CDS (Chef Defensie Staf) d.d. 24 juli 2003, waarin onder meer is voorgeschreven (zakelijk weergegeven):

- dat voordat het vuur wordt geopend, daarvoor mondeling moet worden gewaarschuwd als de operationele omstandigheden dat toelaten (punten 6 en 7)

en/of

- gebruik van geweld alleen is toegestaan indien andere middelen ontoereikend zijn (punt 2) en/of

- in alle omstandigheden niet meer geweld te gebruiken dan strikt noodzakelijk is om de opdracht uit te voeren (punt 2a)

en/of

- dat telkens als het is toegestaan geweld te gebruiken, het verplicht is de mate van geweld te beperken tot het strikt noodzakelijke (punt 11) niet heeft opgevolgd

en/of

opzettelijk het dienstvoorschrift “SFIR GEWELDSINSTRUCTIE”, vastgesteld door de CDS (Chef Defensie Staf) d.d. 24 juli 2003, waarin onder meer is voorgeschreven (zakelijk weergegeven)

- dat het, voordat er gericht wordt geschoten, verplicht is mondeling te waarschuwen wanneer de situatie dat toelaat (punt 11)

en/of

- dat het gebruik van geweld alleen is toegestaan indien andere middelen ontoereikend zijn (punt 3)

en/of

- in alle omstandigheden niet meer geweld te gebruiken dan strikt noodzakelijk is om de opdracht uit te voeren (punt 3b)

niet heeft opgevolgd, aangezien hij, verdachte, opzettelijk in strijd met het gestelde in voornoemd(e) dienstvoorschrift(en) zonder mondelinge waarschuwing vooraf met zijn, verdachtes, vuurwapen (Diemaco C7) een gericht (waarschuwings-)schot heeft afgevuurd in de richting van een plek in de grond (links) voor, in elk geval in de richting van een of meer personen, welke personen zich op een afstand van ongeveer 100 meter, in elk geval op een aanzienlijke afstand, van verdachte bevonden, terwijl daarvan

- gemeen gevaar voor een of meer van die personen (art. 136 lid 1 sub 2 WMS)

en/of

- levensgevaar voor een ander te duchten was, namelijk voor een of meer van voornoemde personen (art 136 lid 1 sub 3 WMS),

en/of

- levensgevaar voor een ander te duchten was, namelijk voor een of meer van voornoemde personen

en tengevolge van welk feit een van die personen, te weten [slachtoffer] (ook wel aangeduid als [slachtoffer]), althans een van die personen, is overleden (art. 136 lid 1 sub 4 WMS);

(art. 136 Wetboek van Militair Strafrecht)

meer subsidiair:

hij op of omstreeks 27 december 2003 op of nabij de Main Supply Route (MSR) Jackson, gelegen tussen Al Khidr en As Samawah in Irak, in elk geval in Irak, als militair in dienst bij de krijgsmacht, en als zodanig in de uitoefening van enig ambt of beroep, grovelijk, althans aanmerkelijk onvoorzichtig en/of onzorgvuldig en/of onachtzaam en/of nalatig met een vuurwapen (Diemaco C7) een kogel heeft afgevuurd in de richting van een plek in de grond (links) voor, in elk geval in de richting van een of meer personen, onder wie zich [slachtoffer] (ook wel aangeduid als [slachtoffer]) bevond, welke personen zich op een afstand van ongeveer 100 meter van verdachte bevonden, waardoor het aan zijn, verdachtes, schuld te wijten is dat voornoemde [slachtoffer] (ook wel aangeduid als [slachtoffer]), althans een van die personen, door de door hem, verdachte, afgevuurde (gericocheerde) kogel is getroffen en een zodanig letsel heeft bekommen dat deze aan de gevolgen daarvan is overleden, althans waardoor het aan zijn, verdachtes, schuld te wijten is dat een van die personen door de door hem, verdachte, afgevuurde (gericocheerde) kogel is getroffen en zwaar lichamelijk letsel heeft bekommen.

(art. 307 en 308 ivm 309 Wetboek van Strafrecht)

2. *Het onderzoek ter terechtzitting*

De zaak is op 27 september 2004, 29 september 2004, 30 september 2004 en 4 oktober 2004 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr. G.G.J. Knoops en mevrouw mr. C.J. Knoops-Hamburger, beiden advocaat te Amsterdam.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het primair tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een militaire detentie voor de duur van 6 maanden voorwaardelijk met een proeftijd van 2 jaren en voorts tot het verrichten van 240 uren werk-

straf subsidiair 120 dagen hechtenis onvoorwaardelijk met aftrek van de tijd in verzekering doorgebracht.

Verdachte en zijn raadsman hebben het woord ter verdediging gevoerd.

3. *De ontvankelijkheid van de officier van justitie*

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

Grondslag voor de beoordeling van dit verweer vormt het standaardarrest van de HR in de zaak Zwolsman (HR NJ 1996, 249), waarin is uitgemaakt dat slechts ernstige schending van beginselen van een goede procesorde waarbij doelbewust of met grove veronachtzaming van verdachtes belangen wordt tekort gedaan aan diens recht op een behoorlijke behandeling van zijn leidt tot niet-ontvankelijkheid van het OM. Dit standpunt van de HR is inmiddels bevestigd door onder meer HR NJ 1998, 152, en HR NJ 1999, 565. In casu is aan dit criterium voldaan. Ook op een andere wijze bestaat deze ontvankelijkheid niet langer. In HR NJ 1999, 567 besliste de Hoge Raad dat ook zeer fundamentele inbreuken niet-ontvankelijkheid kunnen opleveren, ook al is het belang van de verdachte daardoor op zichzelf niet geschaad. Deze aanvullende niet-ontvankelijkheidsgrond komt in casu in beeld door:

- (a) de rechts-politieke interventie ten aanzien van een sectie op het vermeende slachtoffer;
- (b) Aanhouding van verdachte op grond van artikel 5 EVRM onterecht;
- (c) Presumptio innocentiae geschonden;
- (d) Zorgvuldigheidsbeginsel in verband met vervolgingsbeslissing geschonden.

(A) RECHTSPOLITIEKE INVLOED OP STRAFPROCES

Uit het strafdossier en met name de deskundigenverklaringen van de heer Zoetmulder en de heer Hermsen volgt dat met een projectiel van kaliber 5.56 Ball and Tracer geen inschot kan worden veroorzaakt van 1 tot 3 cm dat volgens het Irakese sectierapport ontstaan zou zijn bij het betreffende slachtoffer.

Niettemin heeft het OM op 30 maart 2004 een rechtshulpverzoek opgesteld ten einde nader onderzoek te doen aan het vermeende lichaam.

Dit onderzoek is niet mogelijk gebleken nu de Minister van Justitie bij brief d.d. 6 juli 2004, gericht aan de Voorzitter van het College van P-G's, besloot het rechtshulpverzoek van 30 maart 2004 van het OM niet door te sturen.

De conclusie kan dan ook geen andere zijn dan dat de doelstelling van dit strafproces, waarheidsvinding, niet bereikt kan worden doordat de Minister er bewust voor heeft gekozen, niettegenstaande het evidentelijk ontbreken van dit causaal verband, geen nader onderzoek hiernaar mogelijk te maken.

Onder deze omstandigheden dient de vervolging van Eric O. af te stuiten, nu aan het fundament van ieder strafproces, te weten dat waarheidsvinding dient te geschieden zonder enige politieke invloed van buitenaf (hoe begrijpelijk misschien ook vanuit het standpunt van Buitenlandse Zaken) ernstig afbreuk is gedaan. Hier is zeker sprake van het criterium dat de HR in het arrest NJ 1999, 567 voor ogen had, namelijk een inbreuk op fundamentele waarden van onze rechtsgemeenschap, die op zichzelf reeds, afgezien van de Schutznorm-theorie, tot niet-ontvankelijkheid van het OM diende te leiden. Immers, het is het OM geweest die de vervolging van Eric O. willens en wetens heeft doorgezet, niettegenstaande het standpunt van de Minister bij brief van 6 juli 2004.

(B) AANHOUDING VERDACHTE IN VERBAND MET ARTIKEL 5 EVRM

Op 31 december 2003 wordt Eric O. in Irak aangehouden op grond van, naar later blijkt, verdenking van moord c.q. doodslag. Opmerkelijk is dat op dat moment het onderzoek van de KMAR nog nauwelijks een aanvang heeft genomen. De verdachte was op 27 december 2003 enkel die avond voor de eerste maal gehoord. Daarna is Eric O. eerst gehoord op 1 januari 2004 na terugkeer in Nederland en na verzekeringstelling. De vraag is uiteraard op grond waarvan men vervolgens heeft kunnen besluiten Eric O. op 31 december op verdenking van moord en doodslag aan te houden, in verzekering te stellen en zelfs terug te brengen naar Nederland, en op grond waarvan sprake zou kunnen zijn van een redelijke verdenking daartoe. Het antwoord daarop vindt U in de brief van mr. De Wijckerslooth: "Op basis van deze eerste onderzoeksresultaten en vanuit de wens de betreffende militair in voorlopige hechtenis te nemen, werd de verdenking moord, doodslag dan wel dood door schuld". Dit laat geen andere conclusie toe dan dat het OM bij de aanhoudingsbeslissing, alsmede de beslissing om over te gaan tot verzekeringstelling en vordering inbewaaringstelling, in strijd heeft gehandeld met elementaire van een goede strafprocesorde, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging en ten slotte van non-détournement de pouvoir.

Het naar buiten brengen van de verdenking van moord / doodslag heeft geen eigenlijk doel gediend en komt in het licht hiervan in strijd met de beginselen van een behoorlijke procesorde, alsmede met artikel 5 EVRM. In het arrest Fox Campbell & Hartley oordeelde het EHRM dat er sprake moet zijn van feiten en/of informatie ten gevolge waarvan ook bij de objectieve toeschouwer het vermoeden kan bestaan dat een strafbaar feit is gepleegd. Deze objectiviteit ontbrak hier op het moment van de aanhouding.

Door deze handelwijze is met grove veronachtzaming van verdachtes belang tekort gedaan aan diens recht op een behoorlijke behandeling van zijn zaak nu door en de aanhouding en de aard van de gecreëerde verdenking / aanklacht (moord, doodslag) verdachte op een disproportionele wijze is geschaad niet alleen in zijn persoonlijke levenssfeer (artikel 8 EVRM) maar tevens in strijd is gehandeld met artikel 5 EVRM, bescherming tegen onrechtmatige vrijheidsbeneming.

De zaakofficier schrijft in haar brief van 15 september 2004 aan de raadslieden met kopie aan de rechtbank: "ik wijs er nog op dat de "laagdrempeligheid " ten aanzien van geweldstoepassing door verdachte, zoals dit op enige momenten via een ambtsbericht in de media is gekomen, niet in het dossier is terug te vinden. Daaraan mag U de conclusie verbinden dat daarvoor in dit onderzoek geen aanwijzingen zijn gevonden ". Dit versterkt de conclusie dat de aanhouding en daaruit volgende aantasting van persoonlijke rechten van verdachte, in strijd is geweest met de zorgvuldigheidsbeginselen, en gelet op de ernst van de inbreuk - die uitstijgt boven die van een vormverzuim waarop de HR ziet in het arrest van 30 maart 2004 - is de conclusie een juiste.

ONRECHTMATIGE AANHOUDING

in verband met schending beginselen behoorlijk procesrecht

De onrechtmatigheid van de aanhouding en de hiermee gemoeide schending van de beginselen van behoorlijk strafprocesrecht (non-willekeur, détournement de pouvoir, proportionaliteit) een situatie waarop niet het arrest van de Hoge Raad van 30 maart 2004 ziet, volgt ook uit het volgende:

- een aanvullend proces-verbaal d.d. 13 januari 2004, van [naam], omtrent het aanhouden/verdenken van Eric O. In de week voor dit proces (2e week september) heeft het openbaar Ministerie eerst ingebracht een aanvullend proces-verbaal van 13 januari 2004, van

[naam], omtrent het aanhouden/verdenken van Erik O. In dit proces-verbaal, dat zou moeten rechtvaardigen waarom Erik O. op 27 december 2003 reeds als verdachte had te gelden wordt gesteld dat deze toen diende te worden aangemerkt als verdachte van overtreding van artikel 307 Sr. Dus niet van het delict moord/doodslag waarvoor Erik O. is aangehouden. Voor artikel 307 Sr is geen voorlopige hechtenis mogelijk. In dit proces-verbaal van [naam] wordt opgemerkt dat hij voor het als verdachte aanmerken van Erik O. “aan de hand van de SFIR geweldsinstructie (...d.d. 24 juli 2003) voor Irak (heeft) getoetst”. Een opsporingsambtenaar die met een dergelijk militair operationeel document geen enkele ervaring c.q. kennis heeft. Het proces-verbaal van [naam] blinkt uit door subjectiviteit, geen objectiviteit zoals vereist ex artikel 27 Sv. Immers: op pagina 1 spreekt hij over: “door mij, verbalisant, is de sergeant-majoor (...) als verdachte van overtreding van artikel 307 Sr aangemerkt op de volgende, mij moverende redenen”.

- het verslag van QRF d.d. 27 december 2003 van de korporaals [namen] en marinier [naam] - direct na het incident opgemaakt - blijkt nu al op 27 december 2003 in bezit te zijn geweest van de KMAR, welk aanvullend proces-verbaal en rapport ook niet aan de Rechter-commissaris is voorgelegd ten tijde van zijn inverzekeringstellingtoets op 2 januari 2004. Hierin vinden we een eerste en gelet op de korte tijd na het incident, authentieke en gedetailleerde weergave van wat er is gebeurd:

Voortgaande plundering tijdens optreden QRF

Toenemende chaos, toenemende grootte groep Irakezen

Slecht overzicht situatie

Op PATRIA ZAU werd in opdracht van Eric O. MAG schutter ter beveiliging geplaatst
Irakezen dreigden in gedrang

Gewonde Irakees (beletten 1e hulpverlening).

Een en ander maakt dat de arrestatie van Eric O. op 31 december 2003 geheel disproportioneel was, in strijd met de Algemene Beginselen van Behoorlijk Procesrecht en derhalve onrechtmatig.

Conclusie: Het aanmerken van Eric O. en de daarop gebaseerde aanhouding / inverzekeringstelling heeft plaatsgevonden in strijd met de algemene beginselen van behoorlijke procesorde. In dit geval dient dit te leiden tot niet-ontvankelijkverklaring van het OM in de vervolging van Eric O.

Hier komt het volgende nog bij. Na de aanhouding van Eric O. heeft de Minister van Justitie besloten tot het redigeren van een specifieke richtlijn ten aanzien van het geweldsgebruik waarmee een specifiek strafprocesueel regiem voor het onderzoek en de behandeling van militairen in het leven werd geroepen.

Eric O. kan natuurlijk niet van dit gewijzigd inzicht omtrent de wijze van strafprocesuele bejegening de dupe worden, te meer nu uit alles blijkt dat ten tijde van zijn aanhouding het onderzoek nog verre van klaar was, en hij in redelijkheid op dat moment niet als verdachte kon worden gekwalificeerd.

Dit versterkt de conclusie dat het OM niet-ontvankelijk moet worden verklaard in verband met de geschetste schending van beginselen van goede procesorde.

(C) PRESUMPTIO INNOCENTIAE

Vorenstaande conclusie wordt versterkt door het feit dat de handelwijze van het OM tevens een schending van artikel 6 lid 2 EVRM met zich heeft gebracht, te weten de schending van de onschuldpresumptie.

Het belang van dit beginsel is door het EHRM ook erkend door de zaak *Allenet-de Ribemont* (EHRM 10 februari 1995, NJ 1997, 523). In die zaak had een hoge politiefunc-

tionaris enkele dagen na de moord op een parlementslid tijdens een persconferentie (in casu een optreden in NOVA één dag voor de voorleiding bij de R-C) verklaard dat de heer Ribemont medeplichtig was aan de moord. Deze verklaring werd door de media verspreid. Het EHRM oordeelde dat deze uitlating in strijd kwam met de onschuldpresumtie omdat deze ‘firstly encouraged the public to believe him guilty and secondly, prejudged the assessment of the facts by the competent judicial authority’ (paragraaf 41).

De analogie met onderhavige zaak is gegeven. Nog afgezien van het op vrijdag 2 januari 2004 door de persofficier van het OM naar buiten brengen c.q. publiekelijk bevestigen van de aanhouding van de verdenking en aanhouding van verdachte, komt hier het NOVA interview van 5 januari 2004 van mr. De Wijkerslooth in beeld.

De daarin gedane uitlatingen konden op zijn minst het publiek doen geloven dat verdachte schuldig was, te meer nu het hier betrof de hoogste gezagdrager van het OM, en tevens dat daardoor sprake is geweest van “prejudgment of the assessment of the fact by the competent judicial authority”.

Gezegd dient te worden dat bedoelde uitlating als inbreuk op artikel 6 lid 2 EVRM de belangen van verdachte op een eerlijke behandeling van zijn zaak ook ernstig heeft geschaad en hij tevens in zijn persoonlijke levenssfeer is geschaad waardoor onherstelbare schade is toegebracht.

Het document van de Voorzitter van het College van P-G's waarvan de inhoud uiteindelijk bij de media bekend is geraakt en in ieder geval voorwerp is geweest van een tweetal NOS-uitzendingen komt binnen het bereik van artikel 6 lid 2 EVRM.

De conclusie uit het voorgaande luidt dan ook dat het OM in de vervolging alleen al hierom niet ontvankelijk is te achten.

(D) ZORGVULDIGHEIDSBEGINSEL IN VERBAND MET VERVOLGINGSBESLISSING

De vervolgingsbeslissing is in strijd genomen met algemene beginselen van behoorlijk strafprocesrecht, zorgvuldig opsporingsonderzoek en redelijke en billijke belangenafweging. De Koninklijke marechaussee heeft in het ruim 1800 pagina's tellend dossier geen aandacht besteed aan een aantal juist voor deze zaak cruciale elementen. Eerst in de zomer van 2004 heeft overleg plaatsgevonden tussen het Ministerie van Defensie en het OM over de uitleg en interpretatie van de Geweldinstructies. Er bestaan ter zitting van de rechtbank bij het OM nog steeds onduidelijkheden omtrent de uitleg en reikwijdte daarvan. Hoe kan dan een vervolgingsbeslissing worden genomen, overeenkomstig de algemene beginselen van een goede strafprocedur als men als OM nog geen helder beeld heeft van het onderliggende ROE systeem. De HR heeft in zijn arrest van 22 december 1981, NJ 1982, 233, de opvatting gevolgd dat een vervolging in strijd met beginselen van behoorlijk strafprocesrecht tot niet-ontvankelijkheid van het OM dient te leiden. Dit betekent dat ook de vervolgingsbeslissing sec, zoals die op 13 juli 2004 in casu voorlag, voor Uw Rechtbank voor toetsing in aanmerking komt. Hier dienen het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel van non-willekeur, alsmede dat van een redelijke en billijke belangenafweging in aanmerking te komen. Gelet op:

- De deskundigen verklaring van generaal Van [naam] d.d. 23 augustus 2004: Generaal van [naam] concludeert dat in dit geval het OM het strafrecht tot uitgangspunt nam en niet de Geweldsinstructie.

Ik verzoek U derhalve het OM ook hierom niet-ontvankelijk te verklaren.

De militaire kamer verwerpt deze verweren van de raadsman op de navolgende gronden:

Ad A: de rechts-politieke interventie ten aanzien van een sectie op het vermeende slachtoffer.

De raadsman heeft betoogd dat een relatie tussen een eventueel (deel van het) projectiel uit het wapen van zijn cliënt en het vermeende slachtoffer niet valt te leggen. Het Openbaar Ministerie heeft kennelijk gemeend, dat op dit punt duidelijkheid kon worden verkregen door het lichaam van de gestelde overledene alsnog te doen onderzoeken. Nu de Minister van Justitie het daartoe strekkende rechtshulpverzoek niet heeft doorgezonden, zal de door het Openbaar Ministerie verlangde duidelijkheid niet kunnen worden verkregen. Wat er zij van de beweegredenen van de Minister van Justitie, niet valt in te zien, dat dit zou moeten leiden tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, nu het Openbaar Ministerie op dit punt geen verwijt kan worden gemaakt. Bovendien dient het aan het Openbaar Ministerie te worden overgelaten om ervoor te kiezen of er, ondanks het ontbreken van resultaten van nader forensisch onderzoek aan het lichaam, aan de hand van door het Openbaar Ministerie gestelde bewijsmiddelen in het dossier een bewezenverklaring van de tenlastelegging of enig deel daarvan is aan te tonen.

Er is dus geen sprake van rechts-politieke invloed om de waarheidsvinding te beïnvloeden.

Ad B: de aanhouding van verdachte in strijd met artikel 5 EVRM of met schending van beginselen van behoorlijk procesrecht.

Het betoog van de raadsman, dat verdachte werd aangehouden op verdenking van onder meer moord dan wel doodslag vanuit de wens hem in voorlopige hechtenis te nemen, is niet helemaal juist.

De raadsman citeert daarvoor uit een zin in een brief d.d. 15 januari 2004 van mr. De Wijkerslooth. In die zin staat echter ook dat genoemde verdenking gebaseerd was op basis van de eerste onderzoeksresultaten. Ook zonder een "wens" tot voorlopige hechtenis konden de onderzoeksresultaten leiden tot de meergenoemde verdenking. Verder was een verdenking wegens moord of doodslag niet onontbeerlijk voor eventuele voorlopige hechtenis. Ook een vermoeden van handelen in strijd met artikel 136 Wetboek van Militair Strafrecht kan via artikel 26 Wet militaire strafrechtspraak tot voorlopige hechtenis leiden. Een keuze tussen de in aanmerking komende artikelen is de taak en bevoegdheid van het Openbaar Ministerie.

Van strijd met elementaire beginselen van goede procesorde is daarmee geen sprake.

Verder bevat het strafdossier voldoende aanknopingspunten, dat er op 31 december 2003 een redelijk vermoeden van schuld kon bestaan aan de strafbare feiten moord, doodslag dan wel dood door schuld.

Dat het verslag van 27 december 2003 van [namen] en [naam] niet ter beschikking heeft gestaan van de rechter-commissaris is niet geheel juist. Het is opgenomen als de verklaring van Van [naam] (pagina 156 tot en met 159 van het proces-verbaal van voorgeleiding) en [naam] (pagina 160 tot en met 163 van het proces-verbaal van voorgeleiding).

Voor de gedachte dat aan de afweging tot aanhouding van verdachte zijn "laagdrempeelgheid" ten grondslag zou hebben gelegen, biedt het proces-verbaal geen steun.

De stelling van de raadsman dat, indien de rechter-commissaris bekend zou zijn geweest met het aanvullend proces-verbaal van 13 januari 2004 van [naam], geen inverzekeringstelling zou zijn opgelegd, is onbegrijpelijk, nu deze was bevolen door de hulpofficier van justitie.

Voor zover de raadsman bedoelt, dat de rechter-commissaris dan de inverzekeringstelling niet rechtmatig zou kunnen hebben geoordeeld, wordt die stelling verworpen, nu bij

de rechter-commissaris ten behoeve van zijn beoordeling mede ook andere stukken voorlagen waaruit een redelijk vermoeden van schuld kon worden afgeleid.

De stelling, dat opperwachtmeester [naam] niet in staat zou zijn gedragingen te toetsen aan de Geweldsinstructie kan in zijn algemeenheid niet worden aanvaard en is in dit geval ook niet aannemelijk gemaakt.

Tenslotte - wat het proces-verbaal van [naam] betreft - hebben de door de raadsman geciteerde woorden “mij moverende” als reden voor verdenking ter zake van art. 307 Sr. geen enkele zelfstandige betekenis.

De raadsman wijst nog op nieuwe richtlijnen, die zouden moeten aansluiten bij de richtlijnen t.a.v. geweldgebruik door politieambtenaren.

Daargelaten dat eventuele verandering van richtlijnen na de datum van aanhouding een rol kan spelen in de beoordeling van deze zaak, raakt dit niet de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie.

Uit het voorgaande blijkt dat de aanhouding en inverzekeringstelling niet in strijd waren met de algemene beginselen van behoorlijke procesorde en ook is geen sprake van een disproportionele inbreuk op de persoonlijke levenssfeer of andere fundamentele inbreuk op een belang dat de algehele rechtsgemeenschap aangaat zoals vervat in de artikelen 5 en 8 van het EVRM.

Ad C: de *presumptio innocentiae*.

In uitlatingen door de procureur-generaal mr. De Wijkerslooth is door deze niet gezegd dat verdachte schuldig is en hij is bij zijn uitlatingen niet op de stoel van de rechter gaan zitten. De bij het interview in Nova van 5 januari 2004 gedane uitlatingen zien op een vermoeden van schuld van verdachte aan enig strafbaar feit. Ook de objectieve toeschouwer kon op grond van feiten en/of informatie, die overigens ook uit andere bronnen beschikbaar was, vermoeden dat er verdenking bestond dat verdachte een strafbaar feit had gepleegd. Er is dus geen sprake van “prejudgment of the assessment of the fact by the competent judicial authority” (EHRM 10 februari 1995, NJ 1997, 523) en ook is geen sprake van strijd met artikel 6, lid 2, van het EVRM zodat de militaire kamer de onschuld-presumptie niet geschonden acht.

Ad D: zorgvuldigheidsbeginsel in verband met de vervolgingsbeslissing.

Toetsing van de vervolgingsbeslissing dient naar het oordeel van de militaire kamer marginaal plaats te vinden, zoals dit ook geschiedt ingeval van een bezwaarschrift tegen de dagvaarding, dan wel een bezwaarschrift tegen de kennisgeving van verdere vervolging. Bij deze marginale toetsing dient gewaakt te worden tegen rauwelijks dagvaarden van een verdachte, met als leidraad het antwoord op de vraag of het hoogst onwaarschijnlijk is dat een strafrechter, later oordelend, door de voor hem geleverde bewijsvoering het tenlastegelegde geheel of ten dele bewezen zal achten.

In casu heeft het Openbaar Ministerie op basis van de inhoud van het dossier een gerechtvaardigde beslissing kunnen nemen om verdachte te dagvaarden. Hetgeen door de raadsman op pagina 26 van de pleitnotitie, punt 3 a tot en met f en onder punten 4, 5 en 6, (gesignaleerde leemten in het dossier) is aangevoerd doet daaraan niet af. Zowel de officier van justitie als de verdediging hebben de mogelijkheid het procesdossier aan te vullen met voor hen relevante stukken, die een zo compleet mogelijk beeld opleveren, hetgeen de rechter in staat stelt een objectieve beoordeling van de zaak te geven. De vervolging is dus niet in strijd met de beginselen van behoorlijk procesrecht.

Slotconclusie met betrekking tot de ontvankelijkheid.

De militaire kamer is van oordeel dat voormelde argumenten van de verdediging, die volgens de raadsman zouden moeten leiden tot de niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie, elk op zich bezien en ook in samenhang gewogen, niet tot het oordeel leiden dat de officier van justitie niet-ontvankelijk moet worden geacht in haar vervolging van verdachte. Deze door de verdediging aangevoerde argumenten leiden er naar het oordeel van de militaire kamer niet toe dat er sprake is van ernstige schending van beginselen van goede procesorde waarbij door het Openbaar Ministerie doelbewust of met grove veronachtzaming van verdachtes belangen wordt tekort gedaan aan diens recht op een behoorlijke behandeling van zijn zaak. Tevens is geen sprake van zeer fundamentele inbreuken waarbij het belang van verdachte op zichzelf niet is geschaad.

4. De beslissing inzake het bewijs

4.1 Dienstvoorschrift.

De raadsman heeft ten aanzien van het bewijs, voor zover op dit punt van belang nog het navolgende aangevoerd:

PRIMAIR VRIJSpraak EN SUBSIDIAR TENLASTEGEGDE: GEEN DIENSTVOORSCHRIFT.

Het onder primair en subsidiair tenlastegelegde bevat als premisse de stelling dat zowel de “Aide-Memoire voor SFIR Commandanten” als de “SFIR geweldsinstructies” een dienstvoorschrift is ex artikel 136 WMSr. Deze aanname nu mist een juiste feitelijke grondslag, zodat dit bestanddeel niet bewezen kan worden.

Een van de essentialia van het begrip “dienstvoorschrift” ex artikel 136 WMSr is dat het een voorschrift dient te betreffen dat een gebod of verbod bevat, aan welke eis niet is voldaan, indien het voorschrift slechts een instructienorm (taakaanwijzing) bevat. Dit laatste is ook uitgemaakt door deze rechtbank op 22 mei 1992, waarbij de rechtbank oordeelde dat het gevolg diende te zijn vrijspraak van het tenlastegelegde.

Dit volgt in feite ook al uit de eerste eis voor een dienstvoorschrift, te weten dat sprake moet zijn van een schriftelijk besluit van algemene strekking.

In casu voldoen de “Aide-Memoire” en de “SFIR Geweldsinstructies” evidentelijk niet aan deze twee eisen, zeker niet de eerste voorwaarde.

Ook tijdens het deskundigenverhoor van de heer [naam] is duidelijk geworden dat de ROE en Geweldsinstructies geen wetten zijn maar alleen bevoegdheden omschrijven en dat de aard van ROE met zich brengt dat het in feite niet meer en minder zijn dan operationele aanwijzingen.

De conclusie kan dan ook geen andere zijn dan dat verdachte van het onder primair en subsidiair ten laste gelegde dient te worden vrijgesproken nu het bestanddeel “dienstvoorschrift” niet bewezen is te achten.

In de doctrine wordt aangenomen dat ROE geen dwingende voorschriften zijn die geen verboden inhouden, maar inderdaad louter instructies. In de Standing ROE Peace Enforcement van de UN wordt dan ook expliciet gesproken van de “General guidelines on self defense and specific guidance governing the use of force consistent with mission accomplishment”.

Ik verwijs hiervoor tevens naar Artikel 2 van Part 1 van de NATO ROE MC 362 (3e Draft, February 1998) houdende een ROE-definitie (naar welke ROE ook de Britse ROE verwijst).

In Britse ROE's wordt consequent gesproken over handelingen die zijn ‘authorised’.

Dan gaat het om bevoegdheden die men kan gebruiken, zij het niet verplicht. Dit laatste nu is het geval met de hier van toepassing zijnde ROE's 132, 151, 331, 332 en 333, welke allen spreken over 'authorised' inclusief ROE 151, dat specifiek gaat over 'passing of warnings to any person by any means'. Geen enkele vorm van gebod of verbod derhalve en evenmin van een dienstvoorschrift.

De militaire kamer verwerpt dit verweer. In zijn algemeenheid is de militaire kamer van oordeel dat zowel de Aide Memoire als de Geweldinstructie dienstvoorschriften zijn. Zij bevatten niet slechts instructienormen, maar ook ge- en verboden, zij zijn tevens van algemene strekking en voldoen ook overigens aan de eisen die artikel 135 van het Wetboek van Militair Strafrecht stelt aan een dienstvoorschrift.

De Rules of Engagement (ROE) zijn inderdaad van een andere orde.

Op grond van de inhoud van het strafdossier en naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting overweegt de militaire kamer het volgende:

4.2 Met betrekking tot de situatie en de gebeurtenissen voor en tijdens de berging gaat de militaire kamer uit van het volgende:

Verdachte had de opdracht om een container te bergen. Hieraan waren de volgende aspecten verbonden: het beveiligen van de bergingswerkzaamheden; het beschermen van de container (force property); het transport van de container; het beveiligen van de Quick Reaction Force (QRF) (force protection). Verdachte diende deze taak onder moeilijke omstandigheden te verrichten: Bij aankomst was er sprake van chaos, die vergroot werd door het afzetten van de weg waardoor er aan weerszijden van de werkzaamheden files ontstonden met geagiteerde Irakezen en met een Amerikaans konvooi bestaande uit diepladers met prefabs. De prefabs hadden zeer grote aantrekkingskracht op Irakezen, die vanuit het zijterrein telkens probeerden dichterbij te komen om voor hen waardevolle spullen van trucks, opleggers en lading te bemachtigen. De onoverzichtelijkheid werd nog vergroot doordat een Amerikaans konvooi met gevangenen de plaats van de berging moest doorschrijven. Vlak voor het incident reed het konvooi met prefabs op. Het konvooi dreigde de opstelling ook te doorschrijven, maar werd stilgezet, waarbij het eerste voertuig voor de Patria Ziekenauto (Zau) stopte.

Verdachte had gelet op deze situatie voor de uitvoering van de bergingstaak onvoldoende mensen om zijn beveiligingstaak – over een frontbreedte van 100 tot 150 meter – adequaat uit te voeren. Hij moest zorgdragen voor de persoonlijke beveiliging van de bergers, het medisch personeel kon niet voor beveiliging van zijn groep worden gebruikt, één marinier moest steeds naast hem staan ten behoeve van het radiocontact via de Patria Zau naar de Main Command Post (MCP) en de Zau moest ook worden beveiligd. Op die manier had hij maar enkele manschappen ter beschikking voor de beveiliging van de berging als geheel. Verder was er sprake van slechte onderlinge communicatie als gevolg van gebrekkig functioneren van de Personal Role Radio (PRR).

Toen de container op de dieplader stond, de kraan werd ingepakt en het 23e - op de flank richting Al Khidr - zich voor vertrek gereed maakte, bevond zich een menigte van naar schatting 100 Irakezen (in meerdere groepjes) in het zijterrein ter hoogte van de bergingsplaats. Toen de laatste marinier, die deze groepjes van de bergingsplaats had afgehouden, terugliep naar de weg, begonnen enkele groepjes Irakezen zich in de richting van de bergingsplaats te begeven.

Verdachte heeft toen zijn wapen zichtbaar voor de naderende groepjes doorgeladen. De groepjes liepen echter door. Verdachte heeft toen een waarschuwingsschot in de lucht afgevuurd. Ondanks dat bleef een klein deel uit de groepjes doorlopen naar de weg.

Verdachte heeft toen - de Irakezen waren toen volgens zijn verklaring ongeveer 75 meter van hem verwijderd - een waarschuwingsschot links voor de groep in de grond afgevuurd. De kraanmachinist [naam] verklaart op dat moment opspattend zand te hebben gezien op ongeveer eenderde deel van de afstand van verdachte tot de Irakezen. Kort (maximaal twee seconden) daarna werd gezien dat een Irakees viel en dat deze Irakees direct daarna door andere Irakezen naar de weg werd gebracht tot vlak voor onder meer verdachte. Deze Irakees was zwaar gewond.

4.3 Het volgende wordt overwogen met betrekking tot de toepasselijke regels:

De militaire opdracht van het NL bataljon berust, behoudens op de Veiligheidsraad Resoluties 1483 en 1511, op de missie zoals verwoord in de Memorandum of Understanding (MOU) gesloten tussen onder meer het Verenigd Koninkrijk en Nederland. De ROE voor deze operatie zijn helder geformuleerd en garanderen een voldoende robuust optreden. De ROE die Nederland hanteert voor deze missie zijn gebaseerd op en grotendeels overgenomen van het Verenigd Koninkrijk. Zulks houdt in dat er ruime bevoegdheden zijn voor "force protection" en het creëren van een veilige en stabiele omgeving.

De ROE geeft richtlijnen en regels die het beleid t.a.v. geweldgebruik vaststellen. De ROE zijn een middel om het gebruik van geweld door militairen te beheersen door het plaatsen van beperkingen hierop of door bepaalde vormen van geweldgebruik toe te staan. De ROE verplichten niet tot het gebruik van geweld indien dat is toegestaan. Het gebruik van geweld is toegestaan met in achtneming van: noodzakelijkheid (waaronder onmiddellijkheid), subsidiariteit en proportionaliteit.

De in de ROE genoemde rules waren van kracht in de periode waar de tenlastelegging op ziet.

De SFIR Geweldsinstructie (hierna: GI) en de Aide Memoire voor SFIR Commandant-cv ten (hierna: AM) zijn dienstvoorschriften die een beperkte en beknopte weergave vormen van de meest belangrijke regels en verplichtingen van de ROE vertaald naar het niveau van de commandant te velde (AM) en de soldaat / marinier (GI). Hierbij is van belang dat de GI de soldaat een zelfstandige bevoegdheid geeft ter zelfverdediging en ondermeer bij force protection om zonder verdere opdracht over te gaan tot gericht vuren, terwijl de AM tevens aangeeft onder welke andere omstandigheden het gebruik van geweld is toegestaan op bevel van de commandant. Hierbij wordt aangetekend dat de AM voor nadere uitleg naar de ROE verwijst. De AM / GI dienen om de rechtszekerheid te verhogen en waarborgen te bieden voor de individuele militair die onder operationele omstandigheden zijn taak moet uitvoeren. De AM en GI dienen dus om klip en klaar aan te geven wat mag en wat niet mag.

4.4 De militaire kamer gaat uit van de volgende (samengevatte) verklaringen van verdachte:

Ik zag dat de situatie dreigde te escaleren, mariniers bij de Patria hadden problemen met het op afstand houden van mensen uit de file; door de juiste afstand te houden creëer je ruimte en overzicht en een veilige situatie.

Mijn grootste zorg was dat er mariniers alleen zouden komen te staan in een groep Irakezen. Ik besepte steeds meer dat we te weinig mensen hadden om een acceptabele veiligheid te krijgen rond de berging. Grootste gevaar was dat er grote groepen mensen tussen mij en de blocking positions zouden komen waardoor onze QRF in drie groepen zou worden gesplitst. Ik was bang het overzicht kwijt te raken doordat we in drie groepen gesplitst zouden worden. In mijn ogen werd de situatie zo grillig en dreigend dat ik dan

niet meer voor de veiligheid van mijn mensen kon instaan. Ik had een totaal overzicht over de situatie en wilde graag een open en overzichtelijke situatie houden waardoor de veiligheid van mijn mensen enigszins werd gegarandeerd.

Ik zag dat de mensen uit het zijterrein op weg waren om bij ons te komen. Ik wist gewoon dat zij de intentie hadden om ons te overlopen. We stonden er maar met drie man. Ik had geen andere mogelijkheid om mijn personeel anders in te zetten. Iedereen was bezig met een noodzakelijke taak. Ik stond duidelijk zichtbaar en zag dat ze naar mij keken. Ik zag dat de groep bleef naderen. Ik heb mijn wapen voor mijn borst gepakt, de loop naar de grond gewezen en heb op een overdreven wijze mijn wapen doorgeladen. Ik deed dit overdreven om echt te laten zien dat ik het wapen laadde. Ik hoopte dat ze hierdoor zouden inzien dat het menens was en dat ze zouden stoppen. Ik zag dat ze dat niet deden. Ik zag dat het totaal geen indruk op ze maakte. Ik wilde het zelf doen omdat ik niet wilde dat iemand anders het zou doen. Ik doel hiermee op het laden van het wapen. Ik heb mijn wapen nog op safe gezet. Toen ik zag dat ik ze bleven naderen heb ik de loop omhoog gezet in de richting van de mensen, met de loop naar de lucht, en het wapen op vuren gezet. Omdat ze bleven naderen heb ik een (1) schot gegeven. Ik had de kolf tussen borst en elleboog en de loop omhoog. Ik heb geen gebruik gemaakt van de richtmiddelen. Ik liet het wapen zakken en zette het wapen op safe.

Ik zag dat het waarschuwingsschot geen indruk maakte op de mensen. Ik keek naar de groep Irakese mensen die voor me liep. Ik zag meerdere groepen bestaande uit lokale mensen. Ik zag dat de groep die recht voor me liep de voorste groep was van alle groepen die op ons afkwamen. Ik kwam tot de conclusie dat ze niet wilden stoppen. Ik had door het zichtbaar laden van mijn geweer al een signaal gegeven dat ik serieus was, tot hier en niet verder.

Ik zag dat ze niet stopten. Ze bleven langzaam vooruit komen.

Ik heb toen weer mijn wapen opgenomen. Ik zette de kolf in mijn schouder en keek door mijn optisch vizier. Ik stond toen echt in een schiethouding. Dit is een standaard houding. Ik heb door mijn richtmiddelen gekeken. Ik heb niet op de groep gericht. Ik keek door mijn optisch vizier en zag dat de meest linker man van de groep mensen in de meest rechterkant van het beeld zat. Ik heb hem nimmer in het centrum van mijn richtmiddelen gehad. Ik wendde daarna naar links af. Ik zag dat ik niemand van de linkergroep in het vizier had. Ik wist dat ik tussen de twee groepen in zat met mijn richtpunt. Ik nam in mijn vizier een richtpunt dichterbij. Ik wist dat ik dus linksvoor de groep richtte. Ik heb daarop mijn wapen op semi-automatisch gezet en een schot afgevuurd.

Ik wilde met dit schot bereiken dat de groep zich zou omdraaien en weer een normale afstand zou nemen.

Als ze bij de weg waren gekomen en tussen ons (de mariniers) in waren komen te staan dan waren mijn groepen gesplitst. Ik zou dan het overzicht niet meer hebben. Ik zou dan geen aanwijzingen meer kunnen geven. Het gevolg zou dan zijn dat de situatie totaal onoverzichtelijk zou zijn. Het zou dan op dat moment ieder voor zich zijn en er dan maar het beste van hopen.

Er zou een kans zijn dat mijn mensen zich meer bedreigd zouden voelen en daardoor zouden gaan schieten. Ik ben als commandant ter plekke verantwoordelijk voor die groep. Ik wilde niet dat mijn groep in zo'n situatie zou belanden waarin het voor hen echt gevaarlijk zou kunnen worden. Ik heb zelf geschoten om dit te voorkomen. Ik heb daarom ook niemand de opdracht gegeven om te schieten.

Ik schoot een schot links voor de groep. Ik wilde bereiken dat er zand zou opspetteren. Ik wilde dat de groep, die bleef naderen, zag dat ik schoot en dat er een inslag was. Ik wilde dat ze hierdoor zouden besluiten terug te keren. Het was ernst.

Ik keek het schot na. Ik zag niets opspatten.

Ik heb tijdens het richten er voor gezorgd dat er geen mensen in mijn beeld stonden. Ik heb niet op een bepaald punt gericht. Het was bruin, allemaal modder, wat ik door het vizier zag.

Ik deed de loop van mijn wapen omlaag en keek langs mijn wapen naar de groep die naderde. Ik zag dat de groep zich omdraaide en weer terug wilde lopen. Ik zag dat ze allemaal een draaiende beweging maakten. Ik zag vervolgens dat in het midden van de groep iemand struikelde. Ik zag dat de man omdraaide om weg te lopen, een of twee passen naar voren deed en toen doordraaide waarna hij op zijn rug viel.

Ik zei tegen iemand: “daar struikelt er een”. Ik keek goed en zag dat op het linker bovenbeen twee rode plekken zichtbaar waren. Meer detail heb ik niet gezien. Ik keek met het blote oog. Ik zag dat de mensen die naast hem hadden gelopen stopten. Ik zag dat de 3 of 4 man die naast hem liepen de gevallen man oppakten. Ik hoorde dat die groep schreeuwde. Ik zag dat ze direct naar mijn positie liepen met de gevallen man tussen zich in.

Het dreigende gevaar om in drie groepen ingesloten te worden, de eventuele plundering van de container en oplegger waren voor mij na het 2e schot afgewend en voorkomen.

4.5 De militaire kamer overweegt met betrekking tot de verklaring van de verdachte het volgende.

Bij de beoordeling van de noodzaak tot geweldgebruik overweegt de militaire kamer, in de lijn van eerdere uitspraken van krijgsraden, dat van een militair ten aanzien van door hem gestelde noodzaak tot geweldgebruik in redelijkheid niet meer bewijs kan worden gevorderd dan dat hij een op zichzelf niet onaannemelijke verklaring geeft van zijn handwijze en dat de onjuistheid daarvan alleen mag worden aangenomen indien de onwaarheid van zijn verklaring aannemelijk wordt gemaakt.

De militaire kamer leidt uit de verklaringen van verdachte af dat verdachte van oordeel was dat het doorkomen van de groep Irakezen en de door hem verwachte daaropvolgende reactie van andere personen (uit de file) om ook naar de weg toe te gaan een dreiging voor hem en zijn eenheid vormde, immers doordat de “locals” nabij of in zijn opstelling (bergingsplaats) zouden komen hij zijn vrijheid van handelen zou verliezen en zulks gevaar voor de uitvoering van de opdracht zou inhouden, waarbij er dan tevens gevaar zou kunnen ontstaan voor de mensen van zijn eenheid en voor de aan zijn zorg toevertrouwde container.

Nagegaan moet dus worden of de verklaring van verdachte niet onaannemelijk is en of er anderszins redenen zijn de waarheid van zijn verklaring in twijfel te trekken.

Sommige militairen / getuigen zijn op grond van hun waarnemingen ter plaatse tot een zelfde en andere militairen / getuigen zijn tot een andere beoordeling van de dreiging gekomen. Voor zover militairen tot een zelfde beoordeling van de dreiging zijn gekomen, ondersteunt dat de lezing van verdachte. Voor zover militairen tot een andere beoordeling van de dreiging zijn gekomen, moet daarbij niet alleen worden aangetekend dat deze militairen verklaren over de dreiging ten aanzien van zichzelf persoonlijk (en niet ten aanzien van anderen of de groep) maar ook, dat zij lang niet zo opgeleid en ervaren zijn als verdachte en formeel niet verantwoordelijk voor de veiligheid van de eenheid als geheel.

Hoewel moet worden opgemerkt dat er nog wel vraagtekens blijven op enkele onderdelen van de verklaring van verdachte - er zijn afwijkende verklaringen van getuigen op het punt van afstanden van de locals in het zijterrein, aantallen van de locals en of de locals wel of niet stenen in hun handen hadden - blijft het algemene door verdachte geschetste dreigingsbeeld ook in het licht van verklaringen van anderen voldoende overeind.

In dit verband is ook nog van belang de verklaring van verdachte, dat hij tevoren al

middels sitreps van de sectie inlichtingen op de hoogte was van het beeld, dat wordt beschreven door de C-MND (SE), Major General [naam] van 24 september 2004 kort samengevat inhoudende:

De situatie langs de Main Supply Route (MSR) Jackson was de laatste maanden van 2003 verslechterd. Er hadden zich gevallen van hijacking van burger voertuigen voorgedaan; deze activiteit was grotendeels van criminele aard en het gebruik van dodelijk geweld door bendes was gemeengoed. Dit was een punt van zorg voor het NL Bataljon omdat de NL G2 geloofde dat er een bende opereerde vanuit Al Khidr. Containers en voertuigen moesten worden beschermd tegen zowel vijandelijke als criminele aanvallen naar aanleiding van diverse incidenten waarbij vijandige menigten voor problemen hadden gezorgd. De situatie binnen Multi National Division (South East) [MND (SE)] was gevaarlijk, onvoorspelbaar en explosief. Patrouilles van MND (SE) gingen op pad anti-ciperend en voorbereid op een vijandelijke daad, een autobom of een hinderlaag.

Op grond van het voorgaande was er dus sprake van een situatie, waarvan verdachte kon en mocht menen dat deze een dreiging inhield en dat de situatie zich in korte tijd zodanig kon ontwikkelen dat de veiligheid van de eenheid rechtstreeks in gevaar kwam.

Gelet op het hiervoor geschetste dreigingsbeeld en mede in aanmerking genomen de verklaring van de verdachte ter terechtzitting (“voor een gericht schot was de situatie nog niet dreigend genoeg”), is de militaire kamer van oordeel dat het gevaar, dat dreigde, nog niet onmiddellijk aanwezig was. Er deed zich dus - bij gebreke van een onmiddellijke dreiging - geen geval voor zoals genoemd in de punten 3 en 4 van de AM en in punt 2 van de GI, dat dodelijk geweld bestaande uit een gericht schieten of vuren toestaat.

Dit betekent naar het oordeel van de militaire kamer dat er wel sprake was van een potentiële dreiging van een punt 3, 4, 5 AM / 2 GI-situatie, welke potentiële dreiging optreden door verdachte rechtvaardigde.

Verdachte bleef geconfronteerd met een situatie die potentieel een risico voor de veiligheid en verdachte's vrijheid van handelen inhield, die om maatregelen vroeg. Het geweldgebruik dient in dit geval zich te beperken tot niet dodelijk geweld.

Voor het toepassen van (niet dodelijk) geweld geldt dat dit geschiedt met inachtneming van de in de AM / GI vastgelegde instructies en verplichtingen, waaronder: niet meer geweld dan strikt noodzakelijk en nevenschade zoveel als mogelijk voorkomen.

4.6 Thans moet de vraag worden beantwoord of er voor verdachte nog een andere wijze van optreden mogelijk was:

Vooropgesteld kan worden dat het gebruik van de wapenstok al was toegepast en op dat moment geen soelaas meer bood, temeer aangezien verdachte, die ook de bergingsplaats en de bergers moest beveiligen, onvoldoende mariniers kon vrijmaken om de groepen Irakezen die aan kwamen lopen met succes een halt toe te roepen.

Daarom kon verdachte kiezen voor de methode van een waarschuwingsschot.

Regels m.b.t. het lossen van een waarschuwingsschot zijn vastgelegd in de GI (punt 12 in samenhang met punt 11) en in de AM (punt 8 in samenhang met de punten 6 en 7).

In voornoemde punten is het lossen van een waarschuwingsschot gekoppeld aan een situatie waarin dodelijk geweld is toegestaan; vóór het vuur wordt geopend moet - als de operationele omstandigheden dat toelaten - mondeling worden gewaarschuwd; als aan die waarschuwing geen gevolg wordt gegeven mag een waarschuwingsschot worden gelost.

Nu, zoals hiervoor is overwogen, een situatie waarin dodelijk geweld was toegestaan, zich niet voordeed, moet de vraag worden beantwoord, of een waarschuwingsschot op een andere wijze kan zijn gelegitimeerd. Daarvoor kan te rade worden gegaan bij de ROE, die

volgens de inleidende woorden van de AM van toepassing zijn.

Onder nummer 151 bepalen de ROE dat (kort gezegd) waarschuwingen mogen worden afgegeven door welk middel dan ook, indien waarschuwingen noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de missie. Dit betekent dat het gebruik van het waarschuwingsschot ook als zelfstandig gewelddmiddel (dus los van het waarschuwingsschot dat dient als opmaat voor deadly force) kan zijn toegestaan.

De militaire kamer is van oordeel dat de door verdachte afgevuurde waarschuwingsschoten gebracht kunnen en moeten worden onder deze regel van ROE nr. 151, zodat op grond van deze bepaling in de situatie waarin verdachte zich bevond - onder meer potentieel dreigend en hinderlijk voor de uitvoering van de missie als bedoeld in AM punt 5.b. - waarschuwingsschoten als zelfstandig gewelddmiddel ter afwending van de dreiging gelegitimeerd waren.

Aangezien aan verdachte geen andere mogelijkheden of middelen ter beschikking stonden om het dreigende gevaar te keren, heeft hij door waarschuwingsschoten af te vuren voldaan aan het vereiste van subsidiariteit.

4.7 Vervolgens is de vraag aan de orde of verdachte alvorens het waarschuwingsschot te lossen een mondelinge waarschuwing had moeten geven.

Deze vraag wordt door de militaire kamer ontkennend beantwoord om de volgende redenen.

De militaire kamer is van oordeel dat een adequate waarschuwingsprocedure aan het gebruik van geweld dient vooraf te gaan en dat deze dient te voorzien in een geleidelijke opbouw van te gebruiken gewelddmiddelen met inachtneming daarbij van de noodzakelijke zorgvuldigheidseisen.

Uit de tekst van de GI (punt 11 en 12) en de AM (punt 6, 7 en 8) blijkt, dat mondeling moet worden gewaarschuwd, voordat gericht wordt geschoten / voordat het vuur wordt geopend. Zoals hiervoor reeds is overwogen was er, ook volgens verdachte, echter nog niet een situatie waarin gericht mocht worden geschoten.

Naar het oordeel van de militaire kamer is het afgeven van een gericht schot / het openen van het vuur, zoals bedoeld in de punten 6 AM en 11 GI, een "schot op een persoon". Daaraan moet een verplichte mondelinge waarschuwing ("stop or I will fire") voorafgaan, als laatste trede in de waarschuwingsprocedure.

Aan een zelfstandig waarschuwingsschot, dat kan worden gebaseerd op ROE nr. 151 en dat in een eerdere fase van de geleidelijke opbouw van gewelddmiddelen als waarschuwingsschot wordt gebruikt en waarbij wordt geschoten "at a safe point of aim" hoeft een verplichte mondelinge waarschuwing niet vooraf te gaan. Een dwingende expliciete verplichting daartoe is noch in de ROE noch in de AM / GI opgenomen.

Dat die verplichting voor verdachte, zoals hiervoor overwogen, niet gold omdat zijn waarschuwingsschot een ander karakter had (een zelfstandig middel in de opbouw van geweld) neemt niet weg, dat het de voorkeur verdient ook in dat geval een waarschuwing te geven. Verdachte heeft dat gedaan door duidelijk te demonstreren, dat hij van zijn vuurwapen gebruik zou maken. Hij deed dat door zijn wapen voor zijn borst te pakken en dit op een overdreven wijze door te laden. Hij wilde daardoor laten zien dat het menens was. Toen Irakezen bleven naderen heeft hij een schot in de lucht gegeven, en toen dat nog niet hielp heeft hij linksvoor de groep in de grond geschoten, om door het beoogde effect van dat schot (ops pattend zand) een ultieme waarschuwing te geven.

Daarmee heeft verdachte, ter voorkoming van daadwerkelijk gevaar voor de veiligheid van zijn groep, een zorgvuldige waarschuwingsschotfase heeft opgebouwd.

4.8 Voorts dient zich nog de vraag aan of het waarschuwingsschot voldeed aan de eis van proportionaliteit.

Het eerste waarschuwingsschot is verdachte niet tenlastegelegd als zijnde in strijd met de dienstvoorschriften, ondanks dat ook waarschuwingsschoten in de lucht volgens getuigen en deskundigen gevaar kunnen opleveren voor personen en goederen.

Uit de verklaring van dezelfde getuigen en deskundigen komt een notie naar voren, dat een waarschuwingsschot in de grond meer risico met zich brengt gezien de mogelijkheid van een eventuele ricochet. De AM en de GI geven op dit punt niet meer houvast dan dat daarin gesteld wordt dat bijkomende schade zo beperkt mogelijk moet worden gehouden / het optreden van nevenschade zoveel mogelijk moet worden voorkomen.

Uit de verklaring van verdachte blijkt, dat hij doelbewust zodanig heeft gericht en geschoten op een plek in de grond ("modder"), dat hij de groep locals niet alleen buiten zijn vizier had, maar daarbij ook nog een extra marge opzij en naar voren had genomen, omdat hij 100 % overtuigd wilde zijn, dat het schot daar kwam waar hij het wilde en dat was absoluut niet in de groep mensen.

Deze verklaring wordt ondersteund door de verklaring van getuige [naam], die op het moment van een schot opspattend zand zag op een derde van de afstand van verdachte tot de naderende groep.

Deze uitvoering van het tweede waarschuwingsschot voldoet naar het oordeel van de militaire kamer dan ook aan de eis van proportionaliteit.

4.9 Het meer subsidiair tenlastegelegde.

Meer subsidiair is verdachte, kort gezegd, grove, althans aanmerkelijke onvoorzichtigheid ten laste gelegd door te schieten zoals hij deed.

De beantwoording van de vraag of dat het geval is, is alleen maar relevant, als voldaan is aan de causaliteit tussen een door verdachte afgevuurde kogel en - op zijn minst - zwaar lichamelijk letsel van een persoon.

De militaire kamer is van oordeel dat die causaliteit bestaat en dat een persoon zwaar lichamelijk letsel heeft bekomen door een door verdachte afgevuurde gericocheerde kogel (of een deel of delen daarvan).

Uit hetgeen hiervoor is overwogen met betrekking tot de proportionaliteit, die verdachte in acht heeft genomen door de wijze van uitvoering van het waarschuwingsschot, met name doordat verdachte, nadat hij de groep locals uit zijn vizier liet verdwijnen, een extra veiligheidsmarge naar links en een extra veiligheidsmarge naar voren heeft ingebouwd, moet worden geconcludeerd, dat noch van grove, noch van aanmerkelijke onvoorzichtigheid / onzorgvuldigheid / onachtzaamheid / nalatigheid kan worden gesproken. Dit geldt temeer, aangezien niet is voorgeschreven hoe een waarschuwingsschot moet worden gegeven, in aanmerking genomen dat er ten aanzien van een waarschuwingsschot een "veilige richting" niet bestaat.

5. De beslissing

De militaire kamer, rechtdoende:

Verklaart de officier van justitie ontvankelijk in haar strafvervolgning.

Verklaart niet bewezen hetgeen verdachte primair, subsidiair en meer subsidiair is tenlastegelegd en spreekt verdachte daarvan vrij.

BESTUURSRECHTSPRAAK**Centrale Raad van Beroep**

Uitspraak van 2 april 2004

02/4800 MAW

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

De afgewezen adjudant

Een adjudant-onderofficier van de Koninklijke Landmacht maakte in 2000 zijn belangstelling kenbaar voor een functie bij de sectie Herplaatsing van de Centrale Dienst Personeel en Organisatie, aan welke functie de rang van luitenant was verbonden. Hij werd door de Bevelhebber der Landstrijdkrachten (BLS) afgewezen omdat hij niet voldeed aan het aanvullende vereiste inhoudende dat adjudanten op het middenniveau (in de bovenbouw) langdurig op uitstekende wijze gefunctioneerd dienden te hebben. Het bezwaar van betrokkene tegen dit besluit werd ongegrond verklaard. De Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage verklaarde vervolgens het ingestelde beroep ongegrond omdat de BLS redelijkerwijs had kunnen concluderen dat betrokkene niet voldeed aan het aanvullende vereiste 'langdurig excellerend'.

De Centrale Raad van Beroep heeft het hoger beroep van betrokkene gegrond verklaard. Nu voor het totaalbeeld de beoordelingen over de laatste tien jaar in ogenschouw werden genomen en voor het specifieke functioneren in beginsel de laatste drie beoordelingen, werd appellants score gebaseerd op in totaal vijf beoordelingen die betrekking hadden op perioden in het tijdvak 1987 tot 1995. De Raad meent dat dit tijdvak niet als representatief kan worden beschouwd voor het beantwoorden van de vraag of appellant ten tijde van zijn aanmelding voor de betreffende functie voldeed aan het gestelde vereiste. Het ontbreken van verdere relevante gegevens moet in belangrijke mate worden toegerekend aan het nalaten van de BLS om betrokkene tijdig te laten beoordelen.

Functietoewijzing. Zorgvuldigheidsbeginsel

UITSPPRAAK

in het geding tussen: [appellant], wonende te [woonplaats], appellant, en de Bevelhebber der Landstrijdkrachten, gedaagde.

I. Ontstaan en loop van het geding

Namens appellant is op bij beroepschrift aangevoerde gronden hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 19 juli 2002, nr. AWB 01/00878 MAWKLA, waarnaar hierbij wordt verwezen.

Namens gedaagde is een verweerschrift ingediend. Gedaagde heeft de Raad daarna desgevraagd nog enkele stukken doen toekomen.

Het geding is behandeld ter zitting van 20 februari 2004, waar voor appellant is verschenen mr. A.E.M. van Wessum, werkzaam bij de ACOM, en waar gedaagde zich heeft laten vertegenwoordigen door mr. C.E. Zalm, werkzaam bij het Ministerie van Defensie.

II. Motivering

1.1. Onder verwijzing naar de aangevallen uitspraak voor een uitgebreidere weergave van de hier van belang zijnde feiten volstaat de Raad met het volgende.

1.2. Appellant was ten tijde hier van belang werkzaam bij het Bureau Financiële Personeelszaken van de Koninklijke landmacht in de rang van adjudant-onderofficier. Door middel van een vacature-reactieformulier heeft hij zijn belangstelling kenbaar gemaakt voor een functie bij de sectie Herplaatsing van de Centrale Dienst Personeel en Organisatie, aan welke functie de rang van luitenant is verbonden.

1.3. Na advies te hebben ontvangen van de selectiecommissie, heeft gedaagde bij besluit van 25 september 2000 aan appellant medegedeeld dat hij niet in aanmerking komt voor de voormelde functie aangezien hij niet voldoet aan het in de vacaturepublicatie genoemde aanvullende vereiste, inhoudende dat adjudanten op het middenniveau (in de bovenbouw) langdurig op uitstekende wijze gefunctioneerd dienen te hebben.

1.4. Gedaagde heeft het namens appellant daartegen gemaakte bezwaar bij het bestreden besluit van 29 januari 2001 ongegrond verklaard.

2. De rechtbank heeft het namens appellant tegen dit besluit ingestelde beroep ongegrond verklaard omdat gedaagde redelijkerwijs heeft kunnen concluderen dat appellant niet voldeed aan het aanvullende vereiste 'langdurig excellerend'.

3.1. In hoger beroep stelt appellant dat de selectiecommissie niet tot een zorgvuldige afweging heeft kunnen komen aangaande zijn geschiktheid.

Daartoe voert hij aan dat in zijn situatie, vanwege het ontbreken van recente beoordelingen, door de selectiecommissie ten onrechte beoordelingen in beschouwing zijn genomen die betrekking hebben op een periode die meer dan tien jaar vóór het selectiemoment is gelegen. Voorts voert hij aan dat ten onrechte is meegewogen dat hij meer actie had kunnen ondernemen om periodiek te worden beoordeeld. Tenslotte meent hij dat het niet is uitgesloten dat, indien hij over de periode vanaf januari 1995 volgens de voorschriften was beoordeeld, hij aan het vereiste 'langdurig op uitstekende wijze functioneren' had voldaan.

3.2. Gedaagde heeft de Raad verzocht om de aangevallen uitspraak te bevestigen.

4.1. De Raad overweegt het volgende.

4.2. Het vereiste 'langdurig op uitstekende wijze functioneren' is neergelegd in het hier toepasselijke loopbaanbeleid voor onderofficieren. Het gold, naast de vereiste bodemgeschiktheid, als aanvullende eis voor het in aanmerking komen voor een loopbaan als stafadjudant of uitlooppofficier binnen het officierskorps. Genoemd vereiste was op de door appellant geambieerde functie van toepassing.

4.3. In de periode van april tot oktober 2000, waarin de onderhavige selectieprocedure viel, heeft gedaagde, teneinde op een zo objectief mogelijke wijze invulling aan genoemd vereiste te geven, een stelsel gehanteerd met beoordelingsvariabelen en een puntenscore. Om aan het vereiste te voldoen moest een score van tenminste 60 punten worden behaald. Het aantal van 60 is aldus bepaald dat dit overeenkwam met een gemiddeld functioneren op D-niveau zoals genoemd in de Beleidsregel beoordeling militairen KL. D-niveau hield in dat betrokkene kwaliteiten had getoond die duidelijk uitgingen boven de eisen die vervulling van zijn functie stelde.

Uit de door gedaagde overgelegde interne afspraken over de hantering van dit stelsel volgt dat het de bedoeling was dat voor het totaalbeeld de beoordelingen over de laatste tien jaar in ogenschouw werden genomen en voor het specifieke functioneren in beginsel de laatste drie beoordelingen. Indien er in de laatste twee jaar geen beoordeling over een sollicitant was opgemaakt, werd alsnog één tussentijdse beoordeling over een periode van ten hoogste twee jaar opgevraagd bij de commandant, tenzij deze nimmer doorslaggevend kon zijn voor het al dan niet voldoen aan genoemd vereiste.

4.4. Bij het bestreden besluit is aan appellant medegedeeld dat bij de onderhavige selectieprocedure voor het totaalbeeld de laatste vijf beoordelingen, en voor het specifieke

functioneren de laatste drie beoordelingen van de sollicitanten in aanmerking zijn genomen en dat hij op basis daarvan volgens de selectiecommissie 42 punten heeft gescoord. Tevens is daarbij aan appellant medegedeeld dat in aanmerking is genomen dat hij sinds 1995 niet was beoordeeld, maar dat dit geen aanleiding had gegeven voor het alsnog opvragen van een tussentijdse beoordeling, omdat hij ook dan zeer waarschijnlijk het aantal van 60 punten niet zou behalen.

4.5. Appellants score is gebaseerd op in totaal vijf beoordelingen die betrekking hebben op perioden in het tijdvak 17 januari 1987 tot 25 januari 1995. Naar het oordeel van de Raad kan dat tijdvak niet als representatief worden beschouwd voor het beantwoorden van de vraag of appellant ten tijde van zijn aanmelding voor de in geding zijnde functie voldeed aan het gestelde vereiste. Gezien het ontbreken van overige relevante gegevens, hetgeen in belangrijke mate moet worden toegerekend aan gedaagdes nalaten appellant tijdig te (doen) beoordelen acht de Raad gedaagdes aanname, dat één tussentijdse beoordeling niet tot uitkomst kon hebben dat appellant zou voldoen aan het gestelde vereiste, onvoldoende onderbouwd.

4.6. Nu niet alsnog is onderzocht hoe appellant gedurende een relevante periode voorafgaande aan het selectiemoment in 2000 heeft gefunctioneerd komt de Raad tot de conclusie dat het besluit van gedaagde, inhoudende dat appellant niet voldoet aan het vereiste 'langdurig op uitstekende wijze functioneren', niet met de nodige zorgvuldigheid als bedoeld in artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) tot stand is gekomen. Het besluit van 29 januari 2001 waarbij dit besluit is gehandhaafd kan dan ook in rechte geen standhouden.

4.7. Dit betekent dat de aangevallen uitspraak voor vernietiging in aanmerking komt. Het inleidende beroep moet gegrond worden verklaard en het bestreden besluit moet worden vernietigd. Gedaagde dient een nieuw besluit op het bezwaar van appellant te nemen met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen.

5. De Raad acht voorts termen aanwezig om gedaagde op grond van artikel 8:75 van de Awb te veroordelen tot vergoeding aan appellant van een bedrag van € 644,- wegens in eerste aanleg verleende rechtsbijstand en van een bedrag van € 644,- wegens in hoger beroep verleende rechtsbijstand, derhalve in totaal € 1.288,-.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP,

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het beroep gegrond;

Vernietigt het bestreden besluit van 29 januari 2001;

Bepaalt dat gedaagde een nieuw besluit op bezwaar neemt met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen;

Veroordeelt gedaagde in de proceskosten van appellant tot een bedrag van in totaal € 1.288,-, 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 € 267,10 vergoedt.

REGISTER 2004

Bestuursrechtspraak*- Datum ingang pensioen niet verder dan één jaar terug*

Een gewezen militair informeert vlak voor zijn 65-jarige leeftijd naar zijn pensioenaanspraken. Het blijkt dat hij al recht op pensioen heeft ter zake van het overschrijden van de leeftijd van 60 jaar. Met toepassing van artikel U1, derde lid, van de Algemene militaire pensioenwet wordt het pensioen toegekend met ingang van 11 november 1998, één jaar vóór de dag dat de aanvraag is binnengekomen. De militair is van mening dat het pensioen vanaf 60 jaar moet worden toegekend. De rechtbank verklaart zijn beroep ongegrond. Deze ingangsdatum (één jaar terugwerkende kracht) geldt op grond van een dwingendrechtelijke bepaling als de vroegste datum waarop in zo'n geval het pensioen kan worden toegekend. Slechts als betrokkene in de onmogelijkheid heeft verkeerd om tijdig een pensioen aan te vragen kan hiervan worden afgeweken. Hiertoe kan niet worden gerekend het feit dat iemand niet op de hoogte is van de toepasselijke wettelijke voorschriften. De Raad is het met de rechtbank eens. CRvB 06.03.03 (Naschrift W.J.S.).....

32

- Repatriëring wegens vermoeden van misdrijf

Een onderofficier wordt gerepatriëerd omdat het vermoeden bestaat dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan een misdrijf tegen de zeden. Beroep ongegrond. CRvB 31.07.03 (Naschrift G.L.C.).....

36

- Alleen bij nieuwe feiten is herziening van pensioenbeschikking mogelijk

Het aan een gewezen beroepsmilitair toegekend militair invaliditeitspensioen kan slechts dan worden herzien als onmiskenbaar blijkt dat de eerdere beslissing is genomen op grond van onjuiste of onvolledige gegevens. CRvB 13.03.03 (Naschrift W.J.S.).....

81

- Een dag te laat

De Raad verklaart het hoger beroep wegens termijnoverschrijding niet-ontvankelijk. De laatste dag van de beroepstermijn was woensdag 28 mei 2003 en niet donderdag 29 mei, hemelvaartsdag. CRvB 21.08.03 (Naschrift G.L.C.).....

86

- Schoolbataljon Ermelo III

Instructeur Schoolbataljon ontslagen wegens wangedrag (AMAR art. 39, tweede lid, aanhef en onder l) nadat hij ook in hoger beroep was veroordeeld voor het plegen van ontucht met leerlingen (Wetboek van Strafrecht art. 249). Voorzieningenrechter wijst verzoek om voorlopige voorziening af. Vznr. Rb Den Haag 10.07.03.....

105

- Geen vergoeding eigen bijdrage voor bouw nieuwe garage

De aanpassing van een bestaande garage en de bouw van een nieuwe garage worden door de Minister van Defensie niet als één aanpassing gezien. De door de Minister op grond van de Voorzieningenregeling te vergoeden eigen bijdrage omvat alleen de aanpassing van de bestaande garage. De Centrale Raad onderschrijft dit standpunt. CRvB 27.08.03 (Naschrift W.J.S.).....

111

- Rechtbank 's-Gravenhage blijft competent in militaire pensioenzaken

De Centrale Raad is van mening dat bij de introductie van de Kaderwet militaire pensioenen en de Besluiten, waarbij de specifieke aanspraken voor militairen en hun nabestaanden zijn geregeld, niet is beoogd wijziging te brengen in de rechtsmacht van de militaire kamer van de rechtbank 's-Gravenhage. CRvB

21.08.03 (Naschrift W.J.S.).....	155
- <i>Niet tekortgeschoten in het verlenen van nazorg</i>	
De Staatssecretaris van Defensie is in het verlenen van nazorg (na uitzending) niet tekortgeschoten. Het bestreden besluit is door eerste rechter ten onrechte vernietigd. CRvB 09.10.03 (Naschrift G.L.C.).....	160
- <i>'Individueel gelijkwaardig' is niet hetzelfde als 'nominaal gelijk'</i>	
Bij de omzetting van de militaire ouderdomspensioenen in ABP-pensioenen beoogde de wetgever dat de belanghebbenden er niet op achteruit zouden gaan. Toen een gepensioneerde klaagde dat dit voor hem wèl het geval was, oordeelde de Rechtbank 's-Gravenhage de 'conversieregeling' in strijd met de Kaderwet militaire pensioenen. De CRvB vernietigde die uitspraak, overwegende dat de Kaderwet 'nominale gelijkheid' slechts garandeert voor het moment van de omzetting. CRvB 15.05.03 (Naschrift A.J.T. Dörenberg).....	282
- <i>Het mijnongeval</i>	
De Raad verklaart het beroep tegen de weigering tot vergoeding van alle uit het mijnongeval voortgevloeide schade ongegrond. De opdrachtgever valt geen verwijt te maken. Ook heeft de staatssecretaris genoegzaam aangetoond dat hij heeft voldaan aan de op hem rustende zorgplicht. CRvB 05.06.03 (Naschrift G.L.C.).....	289
- <i>Loopband als hulpmiddel bij toekenning van een vervoersvoorziening?</i>	
Een gewezen militair vraagt een vervoersvoorziening aan in de vorm van een financiële bijdrage in de aanschafkosten van een auto. Deze bijdrage wordt alleen toegekend als iemand niet meer in staat is om een afstand van tenminste 100 meter te lopen. Om dit te meten wordt in deze zaak door de gemachtigde het gebruik van een loopband ingebracht. De Centrale Raad is met de Staatssecretaris van Defensie van oordeel dat de loopband hiervoor niet het meest geëigende middel is. CRvB 04.12.03 (Naschrift W.J.S.).....	295
- <i>Drie maanden tekort voor reservistenpensioen</i>	
Een gewezen reserve-officier apotheker van de Koninklijke Landmacht verzoekt om een pensioen vanaf 65 jaar. Het verzoek wordt afgewezen; betrokkene voldoet namelijk niet aan de in de Algemene militaire pensioenwet (Amp) gestelde minimum diensttijds van tenminste 28 jaren pensioengeldige diensttijd. De reserve-officier kan een diensttijd aanwijzen van 27 jaren, 8 maanden en 14 dagen. De rechtbank verklaart het ingestelde beroep ongegrond. De Centrale Raad van Beroep is het hier mee eens. Artikel E3, lid 1, onder a van de Amp schrijft dwingend voor dat de reservist op het tijdstip van ontslag ten minste 28 voor pensioen geldige dienstjaren moet kunnen aanwijzen. CRvB 21.08.03 (Naschrift W.J.S.).....	330
- <i>De ingehouden buitenlandtoelage</i>	
Of inhouding van de buitenlandtoelage (Duitsland) een schending oplevert van het gelijkheidsbeginsel, staat nog niet vast. De staatssecretaris dient de gelegenheid te worden geboden zijn stelling, dat in de twee andere gevallen een fout is gemaakt, te onderbouwen. CRvB 19.06.03 (Naschrift G.L.C.).....	364
- <i>De niet afgegeven verklaring van geen bezwaar</i>	
Een BBT-er wordt ontslagen omdat t.b.v. hem geen verklaring van geen bezwaar is afgegeven. Beroep gegrond, uitsluitend voorzover het de ingangsdatum van het ontslag betreft. Rb Den Haag 03.12.03 (Naschrift G.L.C.).....	367
- <i>De stap in het konijnenhol</i>	

Het verzoek om schadevergoeding wordt afgewezen. De staatssecretaris heeft zijn standpunt, dat hij de op hem rustende zorgplicht niet heeft geschonden, genoegzaam onderbouwd. CRvB 22.01.04 (Naschrift G.L.C.).....	373
- <i>Toekenning bijzondere invaliditeitsverhoging alleen als daling invaliditeit niet is te verwachten (2)</i>	
Appellant is een gewezen dienstplichtig korporaal die met ingang van 1 april 2000 wegens gebreken uit de dienst is ontslagen en aan wie een invaliditeitspensioen van 70% is toegekend. Aan hem kan geen (extra) bijzondere invaliditeitsverhoging worden toegekend omdat de medische eindtoestand nog niet is bereikt. CRvB 11.03.04 (Naschrift W.J.S.).....	424
- <i>De afgewezen adjudant</i>	
Adjudant-onderofficier KL afgewezen voor functie waaraan de rang van luitenant is verbonden. Raad: Besluit BLS dat betrokkene niet voldoet aan het vereiste 'langdurig op uitstekende wijze functioneren' is niet met de nodige zorgvuldigheid genomen. CRvB 02.04.04.....	460
Boekaankondiging	
- Prof. Mr. G.L. Coolen – Militair straf- en strafprocesrecht, vierde druk.....	307
- Prof. Mr. G.L. Coolen – Militair tuchtrecht, vierde druk.....	427
Boekbespreking	
- L. Zegveld – The accountability of armed opposition groups in international law; door Els de Busser.....	337
- Georg Nolte (ed.) – European Military Law Systems; door mr. G.F. Walgemoed.....	382
Boeken en tijdschriften	
The Military Law and the Law of War Review.....	126,307
Ocean development & international law (2003).....	43
Terrorism and the Military – International Legal Implications.....	44
Burgerlijke rechtspraak	
- <i>Geen medezeggenschap in sluiting vliegbasis</i>	
Het voorgenomen besluit tot sluiting van de vliegbasis Twente behoort niet tot de onderwerpen van overleg met de medezeggenschapscommissie. Vzng. Rb Den Haag 10.09.03 (Naschrift G.L.C.).....	116
- <i>De groene baret</i>	
Eisers, oud-commando's, vorderen het verbod van invoering van een groene baret als onderdeel van het dagelijks tenue van de Koninklijke Landmacht omdat dit in strijd zou zijn met de ongeschreven, op traditie berustende regel die de baretkleur groen exclusief reserveert voor commando's. Het bestaan van zo'n ongeschreven regel is naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet aanneemelijk geworden. Eisers betogen tevens dat Defensie het Korps Commandotroepen en organisaties van commando's en oud-commando's had moeten betrekken bij de besluitvorming. Dit had in de rede gelegen, maar het achterwege laten daarvan leidt volgens de rechter echter niet tot onrechtmatigheid. Daarnaast zijn de kleurengroen van de commandobaret enerzijds en de nieuwe 'KL-baret algemeen' anderzijds voldoende van elkaar te onderscheiden. Rb Den Haag 04.09.03.....	40

Conferenties

Het Nederlandse Rode Kruis – Pre Announcement conference ‘Dilemmas of international humanitarian law resulting from recent military operations’	428
---	-----

Cursussen

Korte impressie van de tweeweekse cursus Law of Armed Conflict (LOAC) te Ankara, Turkije.....	383
---	-----

Dienstongeval

- en schadevergoeding; CRvB 22.01.04.....	373
---	-----

Functietoewijzing

-; CRvB 02.04.04.....	460
-----------------------	-----

Gebruik van geweld in strijd met de regels

-;.....	306
---------	-----

Gelijkheidsbeginsel

-; Vznr. Rb Den Haag 10.07.03.....	105
-; CRvB 19.06.03.....	364

Ontslag

- wegens wangedrag; Vznr. Rb Den Haag 10.07.03.....	105
---	-----

Personalia

Mr. Th.J. Clarenbeek.....	44
Prof. dr. F. Kalshoven.....	44
Mr. A.J.T. Dörenberg.....	308
Prof. mr. N. Keijzer.....	308
Prof. mr. G.L. Coolen.....	308
Mr. A.C. Zuidema.....	308
Mr. R. in het Veld.....	308

Repatriëring

- wegens vermoeden van misdrijf; CRvB 31.07.03.....	36
---	----

Resoluties Veiligheidsraad VN

- Resoluties Veiligheidsraad VN; door Mr. R.H.G. Gilissen.....	121, 300, 376
--	------------------

Schadevergoeding

- PTSS; CRvB 09.10.03.....	160
Mijnongeval en - ; CRvB 05.06.03.....	289
Dienstongeval en - ; CRvB 22.01.04.....	373

Strafrechtspraak

- *Verstrooide commando*

Voorafgaande aan oefening waarbij met losse munitie geschoten zal worden

- laadt commando twee magazijnen met scherpe munitie, die hij in strijd met de voorschriften in bezit heeft. Ook nadat hij de mondingsstop van zijn wapen heeft weggeschoten gaat hij door met vuren. Zwaar lichamelijk letsel door schuld? Ah 18.11.02 (Naschrift M.M.D.)..... 18
- *Wie vloog de helikopter?*
- Helikopter nadert landingsplaats op zodanige wijze dat – door ‘downwash’ van de rotorbladen – gevaar voor personen en schade aan goederen op de grond ontstaat. Beroep op niet-ontvankelijkheid: nu helikopter – volgens ‘crew-concept’ – door piloot, co-piloot en ‘loadmaster’ gezamenlijk gevlogen wordt, behoorde piloot niet als enige vervolgd te worden. Vervolging van co-piloot ten onrechte achterwege gelaten? Strafmotivering. Hof Ah 18.12.02 (Naschrift M.M.D.)..... 22
- *Slapen op post*
- Een marinier, in Irak op post gesteld, valt tijdens de uitoefening van deze wacht-dienst in slaap. De militaire kamer veroordeelt de militair wegens het misdrijf, omschreven in artikel 107 lid 1 WvMS. De vraag of tijdens het begaan van het feit ter plaatse tijd van oorlog gold, beantwoordt de militaire kamer ontkennend. Ah 01.03.04 (Naschrift G.L.C.)..... 148
- *Echtelijk drama: ziekelijke stoornis, noodweer, overmacht?*
- Verdachte verwondt ex-echtgenote en haar partner dodelijk met broodmes. Geen ontoerekenbaarheid nu verdachte – hoewel lijdende aan persoonlijkheidsproblematiek waaruit de feiten mede voortkomen – een normaal ontwikkeld geweten heeft, en inzicht had in de wederrechtelijkheid van zijn gedragingen. Beroep op noodweer(exces) faalt omdat niet is voldaan aan de subsidiariteitseis: verdachte was in de gelegenheid een mes te halen, bij het zien waarvan de slachtoffers zich verwijderden. Geen ‘psychische’ overmacht: omtrent ‘dissociatie’ o.i.d. is niets aannemelijk geworden. Ah 21.01.03..... 272
- *Niet-naleving van dienstbevel: gedoogde praktijk?*
- Verdachte in strijd met dienstbevel brander in zijn tent, waardoor brand ontstaat. Omstandigheid dat ter plaatse gebruikelijk was branders in de tent te vullen doet niet af aan het bevel, maar weegt wel mee in de straftoemeting. Ah 26.05.03..... 275
- *Bloed- of ademalcoholgehalte?*
- Uitslag van ademonderzoek vermeldt ‘1.92 per mil’. Wordt daarmee het ademalcoholgehalte bedoeld (1.92 ?gl alcohol per liter uitgeademde lucht) of het bloedalcoholgehalte (1.92 gram alcohol per kilogram bloed)? De kantonrechter weet het ook niet: vrijspraak. Ktr Ah 16.06.03 (Naschrift M.M.D.)..... 278
- *Rechtbank of hof?*
- De wetgever heeft verzuimd art. 8 WMSv aan te passen aan de Wet organisatie en bestuur gerechten (Stb .2001, 582]), waarbij de kantongerechten werden vervangen door de sectoren kanton bij de rechtbanken. Nu uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever intern appel onwenselijk acht, verklaart het hof zich bevoegd kennis te nemen van hoger beroep tegen vonnissen van de militaire kantonrechter. Hof Ah 10.09.03..... 341
- *Echtelijk drama: verdachte toerekeningsvatbaar?*
- Poging tot doodslag en bedreiging met een misdrijf tegen het leven gericht. Hoewel verdachte escalatie van het conflict met zijn echtgenote kon voorkomen, kan die hem – in het licht van de bij hem bestaande persoonlijkheidsstoornis – niet volledig worden toegerekend. Deels voorwaardelijke veroordeling met

reclasseringscontact als bijzondere voorwaarde. Ah 15.09.03.....	342
- <i>Voorwaardelijk opzet?</i>	
Sergeant-wapenhersteller – geoefend schutter – schiet bij donker door de ruit van een auto, voor de beide inzittenden langs. Voorwaardelijk opzet is aanwezig als de dader een naar algemene ervaringsregels aanmerkelijke kans aanvaardt. In de uiterlijke verschijningsvorm van een gedraging kan besloten liggen dat de dader de gevolgen ervan moet hebben aanvaard. Daaraan doet in dit geval niet af dat verdachte er van overtuigd was dat hij de inzittenden van de auto niet zou raken. Ah 15.09.03.....	346
- <i>Echte mannen?</i>	
Marinier wordt onderworpen aan vernederingen, ten einde hem zijn ‘nichterige’ gedrag af te leren: een ander door een andere feitelijkheid dan geweld wederrechtelijk dwingen iets te doen en te dulden. Ah 27.10.03.....	350
- <i>Schoolbataljon Ermelo</i>	
Vervolg op Hof Arnhem 20 november 2002, MRT 2003, p. 304-307. 1. In hoger beroep is aan de tenlastelegging toegevoegd dat verdachte binnen de aanvankelijk ten laste gelegde periode één van de slachtoffers van de ten laste gelegde ontucht heeft gedwongen reeds als zodanig ten laste gelegd (tong)zoenen te ondergaan: toelaatbare wijziging? 2. “Aan zijn gezag onderworpen”: aard van de vereiste gezagsrelatie. HR 27.01.04 (Naschrift M.M.D.).....	406
- <i>Eric O.</i>	
Sergeant-majoor der mariniers Eric O. was ten laste gelegd dat hij in Irak dienstvoerschriften aangaande het gebruik van geweld niet heeft opgevolgd toen hij een gericht waarschuwingsschot afvuurde, terwijl er geen sprake was van een situatie die dat gebruik van geweld rechtvaardigde, met als gevolg zwaar lichamelijk letsel. De rechtbank oordeelt dat de waarschuwingsschoten in dit geval waren toegestaan aangezien er geen andere mogelijkheid was om het dreigende gevaar te keren. Ook de subsidiair ten laste gelegde grove onvoorzichtigheid wordt niet bewezen verklaard. Vrijspraak. Ah 18.10.04.....	443

Tuchtrechtspraak

- *Termijnen; algemene beginselen; bewijsmiddelen en bewijsminima*

a. Termijnen in het tuchtrecht

- Instemming van gestrafte met verkorting van termijn tussen oproeping voor en aanvang van het onderzoek op beklag staat in casu gelijk met verzoek om eerdere behandeling. Geen schending.

- Aangezien datum van indiening op het beroepsschrift ontbreekt, is niet vast te stellen of indiening tijdig was. Gestrafte ontvankelijk in zijn beroep omdat de fout bij de organisatie ligt: dat mag niet te nadele van gestrafte werken.

b. Algemene beginselen: gelijkheidsbeginsel. Niet alleen gedraging zelf wordt bekeken, maar ook rang en functie van betrokkene.

c. Bewijsmiddelen en bewijsminima.

Ah 03.03.03 (Naschrift J.R.G.J.).....

25

- *Ontvankelijkheid; termijnschending; ‘goederen van de krijgsmacht’*

a. Ontvankelijkheid. In beklag kunnen slechts tuchtrechtelijke beslissingen worden aangevochten. Klachten over al dan niet uitzenden of over ambtsberichten vallen daar niet onder.

b. Termijn tussen oproeping voor en aanvang van de behandeling op beklag.

Termijnschending in de beklagfase hoeft niet te leiden tot een vrijspraak.

c. 'Goederen van de krijgsmacht' is ruimer dan rijkseigendommen.

Ah 01.12.03 (Naschrift J.R.G.J.)..... 325

- *Beklagschrift; 'dossier'; niet openbaarheid; tussentijdse gesprekken; doorzending van stukken; dubbele bestraffing; cautie*

a. Een beklagschrift hoort te worden ingediend bij de commandant en niet bij de beklagmeerdere.

b. Welke stukken maken deel uit van een tuchtprocedure? Is een stuk eenmaal deel gaan uitmaken van het 'dossier' dan dient dat er ook in te blijven in de volgende instanties (beklag en beroep).

c. De niet openbaarheid van het tuchtproces in eerste aanleg en bij beklag. De commandant of de beklagmeerdere kan bepalen wie er bij mogen zijn, maar moet daar wel een reden voor (kunnen) geven.

d. Voorzichtigheid met tussentijdse gesprekken bij een lopende tuchtprocedure.

e. De doorzending van stukken. Wiens belangen kunnen worden geschaad als de commandant een beklag niet onverwijld opstuurt naar de beklagmeerdere?

f. Was er sprake van dubbele bestraffing?

g. Omzeilen van de cautie leidt tot een vrijspraak.

Ah 01.12.03 (Naschrift J.R.G.J.)..... 353

Wetgeving

Overzicht tot stand gekomen en aanhangige wetgeving; door Mr. J.B. Miete..... 334

Zorgvuldigheidsbeginsel

-; CRvB 02.04.04..... 460

WETTELIJKE BEPALINGEN

Akkoord van Dayton, bijlage 1-A, appendix A, eerste deel art. 7.....278

Algemeen militair ambtenarenreglement art. 5, lid 3.....367

art. 39, lid 2, onder j.....367

art. 39, lid 2, onder l.....105

art. 47, lid 2.....367

Algemene militaire pensioenwet art. E3, lid 1, onderdeel a.....330

art. U1, lid 3.....32

art. W4, lid 1.....81

Algemene wet bestuursrecht art. 6:8.....86

art. 6:9.....86

art. 6:24.....86

art. 7:12.....364

art. 8:72.....364

Besluit medezeggenschap defensie art. 22, lid 2.....116

Kaderwet militaire pensioenen art. 3.....282

Militaire ambtenarenwet 1931 art. 4.....155

art. 7.....105

art. 8.....105

Regeling Internationale Vierdaagse Afstandsmarsen101

**Voorzieningenregeling voor militaire oorlogs-
en diensslachtoffers**

art. 4.....	295
art. 8, onder b, 3e.....	111

Wegenverkeerswet 1994

art. 8.....	278
-------------	-----

Wetboek van Militair Strafrecht

art. 8.....	341
art. 71a.....	148
art. 107.....	148
art. 126, aanhef en onder 1 ^e en 2 ^e	275
art. 168.....	22
art. 169.....	278

Wetboek van Strafrecht

art. 9a.....	22
art. 39.....	272, 342
art. 40.....	272
art. 41.....	272
art. 47.....	22
art. 68.....	406
art. 87.....	148
art. 249, lid 2, aanhef en onder 1e.....	406
art. 284, lid 1, aanhef en onder 1e.....	350
art. 289.....	346
art. 308.....	18

Wetboek van Strafvordering

art. 313, lid 2.....	406
----------------------	-----

Wet militair tuchtrecht

art. 338.....	278
art. 36.....	325
art. 61.....	353
art. 67.....	353
art. 70.....	25
art. 71.....	25
art. 74.....	353
art. 80a.....	325
art. 80b.....	353
art. 80b, lid 3.....	325
art. 80c.....	353
art. 80h.....	325
art. 80h, lid 1.....	25
art. 80n.....	25
art. 80p, lid 4.....	325
art. 83.....	25

AUTEURS**Bals, N.E. ter, mr.**

- Mandaatregelingen bij het Ministerie van Defensie.....	6
--	---

Boot-Matthijssen, M. dr.

- De berechting van voormalige machthebbers - over juridische mogelijkheden en politieke dilemma's in Irak.....	171
---	-----

Coolen, G.L., prof. mr.

- Het Algemeen militair ambtenarenreglement onder de loep: Het ontslag bij benoeming tot minister of staatssecretaris.....	15
- De Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten.....	89
- Een geval van feitelijke insubordinatie (de zaak J.L. Mussert).....	177
- Overzicht jurisprudentie militair tuchtrecht (III).....	265
- Ontslag tijdens de proeftijd.....	396
Dolman, M.M., mr. drs.	
- De wet internationale misdrijven: implicaties voor het materiële strafrecht.....	45
Ducheine, P.A.L., mr. drs. en mr. G.F. Walgemoed	
- Militairen na 'rake zaken': de strafrechtelijke positie van militairen na functioneel geweldgebruik.....	309
Duijkersloot, A.P.W., dr. mr.	
- Immunitie voor de staat bij bestuurlijke boeten? Een beschouwing over de bestuurlijke beboetbaarheid van de staat, mede in het licht van de komende boeteregeling in de vierde tranche van de Awb.....	429
Fink, M.D., mr.	
- Zeeoorlogsrecht en het internationaal recht van de zee tijdens Operatie Enduring Freedom.....	96
Genugten, W.J.M. van, prof. mr.	
- De oorlog in Irak als bijdrage aan het hervormingsdebat binnen de VN.....	185
Gill, T.D., prof. dr.	
- IRAQ: Occupation, Stabilization and Transition.....	192
Holthuis, J.S., mr. en mr. N. Jörg	
- Toetsing van het Nederlandse voorbehoud bij het Europees Terrorisme Verdrag (ETV).....	196
Jörg, N., mr. en mr. J.S. Holthuis	
- Toetsing van het Nederlandse voorbehoud bij het Europees Terrorisme Verdrag (ETV).....	196
Keijzer, N., prof. mr.	
- Het Parket bij de Hoge Raad: van lichtschip tot vuurtoren.....	204
Lawson, R.A., prof. dr.	
- A Farewell to Arms.....	217
Peeters, T.L.H., mr. ir.	
- Mediation in het bestuursrecht, Mediation als alternatief voor de bezwaarschriftprocedure.....	1
- Meervoudige nationaliteit in krijgsdienst. Ongewenst of geen probleem?.....	385
Roos, Th.A., prof. mr.	
- Seks op de kazerne, Beschouwingen over een ten onrechte niet geschrapte strafbepaling.....	223
Schmitz, W.J., mr.	
- Het nieuwe diensteindestelsel en de uitvoering van de Uitkeringswet gewezen militairen.....	229
Schreuder, P.J., mr.	
- Notities over de voorgeleiding voor de rechter-commissaris en de voorlopige hechtenis.....	235
Stinissen, J.F., mr.	
- Afscheid van de voorzitter.....	168
Voetelink, Joop, mr.	

- De inzet van contractors bij crisisbeheersingsoperaties.....	129
Vugt, G.A.J.M. van, mr.	
- Juridische aspecten van niet-lethale wapens.....	246
Walgemoed, G.F., mr.	
- Ongeoorloofde afwezigheid en verlof.....	254
Walgemoed, G.F., mr. en mr. drs. P.A.L. Ducheine	
- Militairen na 'rake zaken': de strafrechtelijke positie van militairen na functioneel geweldgebruik.....	309

ANNOTATOREN

GL.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:

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

REDACTIECOMMISSIE:

Voorzitter	Mr A.C. Zuidema, Brigade-generaal b.d. van de Militair Juridische dienst;
Secretaris/penningmeester	Mr J.F. Stinissen, Luitenant-kolonel van de Militair Juridische Dienst;
Leden:	
voor de Koninklijke Landmacht:	Mr R. in het Veld, Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke Luchtmacht:	Mr J.P. de Jong, Hoofd Stafgroep Juridische Zaken HK Klu;
voor de Koninklijke Marine:	Mr W.E. Louwerse, Kapitein ter zee;
voor de Koninklijke Marechaussee:	Mr C.P.C. Kuijs, Kolonel der Koninklijke Marechaussee;
voor de Centrale Organisatie:	Mr J.J. Buirma, Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Dr. T.D. Gill	Universitair hoofddocent bij het Volkenrechtelijk Instituut van de Universiteit Utrecht en bijzonder hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Mr N. Jörg,	Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden;
Prof. Mr Th. A. de Roos,	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden;
Mr W.J. Schmitz,	Hoofd Procesondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van het ABP;
Mr G.F. Walgemoed,	Kolonel b.d. van de Militair Juridische Dienst
Adres van de Redactiecommissie:	Koningin Wilhelminalaan 50, 2264 BN Leidschendam

VASTE MEDEWERKERS:

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

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

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

WIJZE VAN UITGAVE:

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

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

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

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

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