

Hoge Raad der Nederlanden

Strafkamer

Arrest van 11 oktober 2005

Voorzitter: mr. W.J.M. Davids, *raadsheren:* mrs. G.J.M. Corstens en J.W. IJssink.

Ferme jongens, stoere knapen

Marinier wordt op wacht door slaap overmand: aan zijn schuld te wijten zijn dat hij een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid niet vervult, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade te duchten is voor de veiligheid. Nu verdachte het verwijt treft dat hij zich aan zijn taak als schildwacht heeft onttrokken, is hij niet als schildwacht opgetreden. Daarom geen 'omkering van de bewijslast' met betrekking tot evt. strafuitsluitingsgrond.

(WMSr artt. 69, 108 lid 1; WMSv art. 31 lid 2; Invoeringswet militair straf- en tuchtrecht art. 74; Sr art. 40-43)

ARREST

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Arnhem, Militaire Kamer, van 8 september 2004, nummer 21/001521-04, in de strafzaak tegen: [...], geboren te [...] op [...] 1984, wonende te [...].

1. De bestreden uitspraak

Het Hof heeft in hoger beroep – met vernietiging van een vonnis van de Militaire Kamer van de Rechtbank te Arnhem van 1 maart 2004 – de verdachte vrijgesproken van het hem bij inleidende dagvaarding primair tenlastegelegde feit en hem voorts ter zake van “als militair aan zijn schuld te wijten zijn dat hij een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid niet vervult, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade te duchten is voor de veiligheid” veroordeeld tot twee maanden militaire detentie, voorwaardelijk met een proeftijd van een jaar, alsmede tot een taakstraf bestaande uit een werkstraf voor de duur van zestig uren, subsidiair dertig dagen hechtenis.

2. Geding in cassatie

Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze heeft mr. G.G.J. Knoops, advocaat te Amsterdam, bij schriftuur middelen van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Advocaat-Generaal Knigge heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

3. Beoordeling van het eerste middel

3.1. Het middel is gericht tegen de verwerping van de op de terechtzitting gevoerde verweren en keert zich meer in het bijzonder tegen het oordeel van het Hof dat art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak alleen ziet op actief handelen van een schildwacht.

3.2. Het Hof heeft overeenkomstig de inleidende dagvaarding ten laste van de verdachte bewezenverklaard dat:

“hij als militair op 15 augustus 2003 te of nabij As Samaha in Irak, op een observatiepost (wachtpost 5 op ‘Camp Smitty’), belast met het observeren van de bij die wachtpost 5 behorende sector, in ernstige mate nalatig een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid niet heeft vervuld, door daar en toen in ernstige mate nalatig

op die post in slaap te vallen, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade te duchten is geweest voor de veiligheid, hierin bestaande dat het bij voornoemde wachtpost behorende (bewakings)gebied niet voortdurend geobserveerd kon worden.”

3.3. De tenlastelegging is toegesneden op art. 108, eerste lid, Wetboek van Militair Strafrecht. Dit artikel, dat is opgenomen in de titel ‘Misdrijven waardoor de militair zich aan de vervulling van dienstverplichtingen onttrekt’, luidt als volgt:

“Met gevangenisstraf of hechtenis van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie wordt gestraft de militair aan wiens schuld het is te wijten dat hij een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid niet vervult of niet in staat is te vervullen, indien als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade ontstaat aan of te duchten is voor de bestrijding van gemeen gevaar voor personen of goederen, de gereedheid tot het daadwerkelijk uitvoeren van een operatie of oefening van enig onderdeel van de krijgsmacht, dan wel de veiligheid.”

3.4. Door de verdediging is op de terechtzitting onder meer aangevoerd dat de verdachte heeft gehandeld in een situatie van overmacht (art. 40 Sr) en dat hij heeft gehandeld naar aanleiding van een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel (art. 43 Sr). Daartoe is een beroep gedaan op art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak, dat als volgt luidt:

“De militair die zich beroept op een grond die overeenkomstig een van de artikelen 40-43 van het Wetboek van Strafrecht de strafbaarheid van een door hem als schildwacht gepleegd feit zou uitsluiten, wordt geacht rechtmatig te hebben gehandeld, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt.”

3.5. De wetsgeschiedenis bij dit artikel houdt onder meer het volgende in:

“De voorgestelde bepaling in het tweede lid is ook gebaseerd op artikel 74 van de Invoeringswet Militair Straf- en Tuchtrecht, namelijk op het bepaalde onder 2°. De omkering van de bewijslast is voor de schildwacht gehandhaafd. De ratio is een oplossing te bieden voor de bijzondere positie van de schildwacht; men denke aan een ingrijpen door de schildwacht die alleen op post staat.”

(Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1982-1983, 17804, nr. 5, p. 45)

3.6. Het hiervoor onder 3.5 aangeduide art. 74, aanhef en onder 2°, Invoeringswet Militair Straf- en Tuchtrecht is in de kern gelijkkluidend aan het hiervoor weergegeven art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak.

3.7. Art. 69 Wetboek van Militair Strafrecht luidt als volgt:

“Onder schildwacht wordt verstaan iedere militair, die met een door Onze Minister van Defensie vast te stellen wapen uitgerust of van een door Onze Minister van Defensie vast te stellen kenteken voorzien, op post of uitkijk is gesteld.”

3.8. Het bestreden arrest houdt in dit verband het volgende in:

“De raadsman heeft ter terechtzitting aangevoerd dat er sprake is van overmacht dan wel afwezigheid van alle schuld.

De raadsman heeft in dit verband een beroep gedaan op het bepaalde in het tweede lid van artikel 31 van de Wet militaire strafrechtspraak. Deze stelling miskent dat die bepaling ziet op het actief handelen van een schildwacht bij de uitoefening van zijn taak en juist niet op het zich onttrekken aan die taak.

Het hof verwerpt de verweren. Het hof stelt daarbij voorop dat het onderkent dat verdachte onder moeilijke omstandigheden zijn wachtdienst heeft moeten verrichten, met name als gevolg van de hoge temperaturen ter plaatste, ook ‘s nachts, en de hoge frequentie waarin hij wachtdienst moest doen, waardoor van rusten en slapen niet veel terecht kwam. Aan de andere kant is verdachte een getrainde marinier die juist vanwege voornoemde omstandigheden maatregelen had moeten nemen om wakker te blijven. Door

op de rand van het dak te gaan zitten tegen het einde van zijn wachttijd, heeft hij zich in een situatie gebracht waarin het gevecht tegen zijn vermoeidheid werd bemoeilijkt. Naar het oordeel van het hof is het dan ook niet aannemelijk geworden dat er sprake is geweest van overmacht.

Nu verdachte naar het oordeel van het hof niet al het mogelijke heeft gedaan om te voorkomen dat hij in slaap zou vallen kan het beroep op afwezigheid van alle schuld evenmin slagen.”

3.9. In het oordeel van het Hof ligt besloten dat aan de verdachte het verwijt wordt gemaakt dat hij zich heeft onttrokken aan zijn taak als schildwacht door in slaap te vallen op zijn wachtpost en dat hij dus niet als schildwacht in de zin van het Wetboek van Militair Strafrecht is opgetreden. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

Voorts heeft het Hof als zijn oordeel tot uitdrukking gebracht dat art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak uitsluitend betrekking heeft op de militair die als schildwacht een taak uitoefent en niet op de militair die zich aan zijn taak als schildwacht onttrekt en dat de verdachte dus geen beroep op dit artikel toekomt. Dat oordeel is juist.

3.10. Het middel faalt dus.

4. *Beoordeling van de overige middelen*

De middelen kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de middelen niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

[Volgt: Verwerping van het beroep. – *Red.*]

CASSATIESCHIFTUUR

[...]

MIDDEL I

Het recht is geschonden en/of er zijn vormen verzuimd waarvan niet-naleving nietigheid medebrengt. In het bijzonder zijn de artikelen 31 lid 2 van de Wet Militaire Strafrechtspraak(WMS) juncto artikel 40-43 Wetboek van Strafrecht (Sr) geschonden, doordat het Gerechtshof op onjuiste gronden heeft verworpen het beroep van de zijde van requirant tot cassatie op het bestaan van overmacht dan wel afwezigheid van alle schuld, door aan te nemen dat deze bepaling alleen zou zien op het actief handelen van een schildwacht bij de uitoefening van zijn taak en niet zou zien op het zich beweerdelijk onttrekken van deze taak, terwijl daarenboven het Hof niets heeft vastgesteld omtrent het, aan artikel 31 lid 2 WMS ten grondslag liggende beginsel van de omkering van bewijslast, in de vorm van ‘het tegendeel niet aannemelijk is gemaakt’.

Toelichting

1. Op pagina 3 van het bestreden arrest overweegt het Hof dat de raadsman ter zitting heeft aangevoerd dat sprake is van overmacht dan wel afwezigheid van alle schuld. En dat in dit verband een beroep is gedaan op het bepaalde in het tweede lid van artikel 31 van de Wet Militaire Strafrechtspraak.

2. Het Hof verwerpt deze verweren en overweegt terzake dat dit beroep op artikel 31 lid 2 van bedoelde wet zou miskennen “[...] dat die bepaling ziet op het actief handelen van een schildwacht bij de uitoefening van zijn taak en juist niet op het zich onttrekken aan die

taak”. Deze overweging getuigt van een onjuiste rechtsopvatting en gezien het belang van deze overweging voor de beoordeling van de daarop gebaseerde strafuitsluitingsgronden die het Hof hierna afzonderlijk bespreekt, kan het arrest reeds niet in stand blijven. Alvorens deze overweging van het Hof nader te beschouwen, is het van belang te constateren dat het Hof in het bestreden arrest niet lijkt te weerspreken het in appel door de verdediging naar voren gebrachte argument dat requirant conform artikel 69 Wetboek van Militair Strafrecht als een schildwacht diende te worden aangemerkt.¹⁾ Na dit te hebben vastgesteld, zal bezien moeten worden of ‘s Hof’s redenering in dit kader een juiste is geweest. Op grond van de navolgende argumenten moet deze vraag ontkennend worden beantwoord.

3. Op de eerste plaats volgt de interpretatie van het Hof niet uit de wettekst, die immers luidt: De militair die zich beroept op een grond die overeenkomstig een van de artikelen 40-43 van het Wetboek van Strafrecht de strafbaarheid van een door hem als schildwacht gepleegd feit zou uitsluiten, wordt geacht rechtmatig te hebben gehandeld, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt.

4. Ook de wetsgeschiedenis van dit artikel biedt geen steun voor deze opvatting. In de Invoeringswet Militair Strafrecht en Tuchtrect wordt, in het kader van artikel 74, aanhef en onder 2 van die wet, gesproken over “de schildwacht die zich beroept op een grond welke overeenkomstig een der artikelen 40-43 van het Wetboek van Strafrecht de strafbaarheid van een door hem als zoodanig gepleegd feit zou uitsluiten, geacht wordt rechtmatig te hebben gehandeld totdat het tegendeel aannemelijk is gemaakt”.²⁾ Daarenboven, een andere opvatting zou ook in strijd komen met juist de ratio van dit artikel dat immers de bedoeling heeft “[...] uiteraard versterking van de positie van de schildwacht”.³⁾ Hieruit volgt dat de stelling van het Hof dat bedoelde bepaling alleen zou zien op een actief handelen van een schildwacht en niet zou opgaan in een situatie van beweerdelijk onttrekken, in strijd komt met deze ratio.

5. Uit deze wetsgeschiedenis en ratio volgt juist dat ook indien de schildwacht/militair de belangen gemoeid met zijn (schildwacht) post uiteindelijk ‘opoffert’ in verband met een ander belang of zelfs met een bepaalde vorm van nalatigheid, zijn beroep op strafuitsluitingsgronden onaangetast blijft. Om het met de auteur Vermeer te zeggen: “Hij mag de belangen van zijn post opofferen, maar dan weet hij niet zo stellig hoe men achteraf zijn keuze zal beoordelen en wellicht veroordelen”.⁴⁾

6. Deze uitleg van artikel 31 lid 2 Wet Militaire Strafrechtspraak vindt voorts steun in de speciale positie die de schildwacht inneemt binnen het stelsel van het Militaire Strafrecht. Blijkens de toelichting op bedoeld artikel 31 lid 2 WMS is de ratio hiervan nu juist mede gelegen in het creëren van een oplossing voor ‘de bijzondere positie van de schildwacht’.⁵⁾ Ook hieraan kan geen steun worden ontleend voor de opvatting van het Hof dat een beroep op dit artikellid niet zou opgaan voor de militair die als schildwacht zich aan deze taak zou hebben onttrokken.

7. Op de tweede plaats en daargelaten de juistheid van de stelling dat requirant terzake zich zou hebben onttrokken aan bedoelde taak, geldt dat ‘s Hof’s uitleg de ratio van bedoelde strafuitsluitingsgrond geweld aandoet nu immers ook in geval van het bestaan van een

¹⁾ Zie pagina 13 van het pleidooi in hoger beroep.

²⁾ Zie hiervoor ook W.H. Vermeer, De strafuitsluitingsgrond van de schildwacht, p. 293-294.

³⁾ Zie hiervoor ook W.H. Vermeer, o.c., p. 293.

⁴⁾ Vermeer, o.c., p. 294.

⁵⁾ Zie hiervoor de losbladige toelichting Militair Straf- en Tuchtrect op art. 31 WMS, p. 7, aantekening 5.

verwijt dat een militair zich zou hebben onttrokken aan een taak als schildwacht, het bestaan en het inroepen van deze strafuitsluitingsgrond aan de orde kan zijn.

8. In zijn algemeenheid geldt dat alle strafuitsluitingsgronden opgenomen in het Wetboek van Strafrecht niet afhankelijk zijn van het omissie- of commissiekarakter van het betreffende delict. Anders gezegd, ook in het geval van een strafrechtelijk verwijt er in bestaande dat iemand op een passieve wijze betrokken zou zijn bij een strafbaar feit door middel van bijvoorbeeld het onttrekken aan een bepaalde rechtsverplichting of het op passieve wijze anderszins verzaken in een bepaalde rechtsverplichting, staat een beroep op de strafuitsluitingsgronden van artikel 40-43 Wetboek van Strafrecht open.

9. Bezieet men de dogmatische inbedding van de strafuitsluitingsgronden in het materiele strafrecht, hetgeen ook opgaat voor het militaire strafrecht, kan een koppeling worden geconstateerd van de gronden voor strafuitsluiting enerzijds met het strafrechtelijk beslissingmodel anderzijds, waarbij aansluiting wordt gezocht bij de structuur van het strafbare feit, te weten:

- a. de menselijke gedraging,
- b. de bestanddelen van een delictsomschrijving,
- c. de wederrechtelijkheid daarvan,
- d. het verwijtbare karakter van deze gedraging of persoon.⁶⁾

10. Hieruit volgt dat het bestaan van een strafuitsluitingsgrond enkel gekoppeld is aan de structuur van het strafbare feit zoals bedoeld onder ad b, zodat derhalve het stelsel van strafuitsluitingsgronden geenszins afhankelijk is van de actieve of passieve kant van het (mede) plegen van een bepaalde delict. Juist integendeel, strafuitsluitingsgronden zijn in wezen alleen gekoppeld aan bestanddelen van ‘wederrechtelijkheid’ en ‘schuld’. Als gevolg van dit stelsel van strafuitsluitingsgronden en de positie van deze gronden binnen het strafrecht, kunnen ook de in artikel 40-43 Sr opgenomen gronden juist en met name worden ingeroepen ingeval van vermeende overtreding van delicten zoals opgenomen in artikel 108 van het Wetboek van Militair Strafrecht dat hier aan de orde is.

11. Artikel 108 Wetboek Militair Strafrecht bepaalt ondermeer dat “de militair aan wiens schuld het is te wijten dat hij een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid niet vervult of niet in staat is te vervullen, indien als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade ontstaat aan of te duchten is voor de bestrijding van gemeen gevaar voor personen of goederen, de gereedheid tot het daadwerkelijk uitvoeren van een operatie of oefening van enig onderdeel van de krijgsmacht, dan wel de veiligheid.”

12. Het niet vervullen van een verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid door, zoals het Hof zelf bewezen heeft geacht, “in ernstige mate nalatig op die post in slaap te vallen” is juist en met name een delict dat valt binnen het bereik van het stelsel van strafuitsluitingsgronden en de positie van dit stelsel binnen het strafrechtelijke beslissingsmodel c..q. in de materieel strafrechtelijke dogmatiek.

13. Op de derde plaats, de ratio van artikel 40 Wetboek van Strafrecht in het bijzonder is nu juist mede gelegen in het creëren van straffeloosheid voor een persoon indien een bepaald delict is begaan onder dusdanig benarde omstandigheden, ingegeven door externe factoren die inwerken op de psyche van de verdachte, die maken dat van deze persoon in redelijkheid niet te vergen valt dat hij het feit nalaat. Ook in dit opzicht valt een beroep op (psychische) overmacht derhalve zeer wel te verenigen met de situatie waarin een verdachte zich beweerdelijk zou hebben onttrokken aan een bepaalde rechtsverplichting die

⁶⁾ Zie hiervoor ook Wemes in T&C Strafrecht, vierde druk, p. 240.

in casu verband houdt met een specifieke militaire taak zoals bedoeld in artikel 31 lid 2 WMS.

14. Concluderend kan dan ook worden gezegd dat, doordat het Hof op pagina 3 van het arrest de verwerping van het beroep op artikel 31 lid 2 WMS mede verwerpt op grond van de stelling dat deze bepaling niet zou zien op het niet vervullen van een bijzondere rechtsverplichting c.q. het zich daaraan onttrekken, 's Hof's arrest niet in stand kan blijven.

15. Requirant laat in dit verband nog daar dat aan de stukken van het geding niet kan worden ontleend dat in casu voldaan is aan het vereiste dat 'het tegendeel aannemelijk is gemaakt' ex artikel 31 lid 2 WMS. Ook dat is door het Hof op geen enkele wijze vastgesteld of gemotiveerd.

[...]

CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL KNIGGE

[...]

4. Korte uiteenzetting van de zaak

4.1. Waar gaat het hier om? De verdachten in de onderhavige en de samenhangende zaak zijn militairen die in het kader van de vredesmissie waaraan Nederland deelnam, waren uitgezonden naar Irak. Tijdens de nachtelijke uren van 15 augustus 2003 waren zij belast met het houden van de wacht. Hun wachtpost bestond uit een klein hokje op het dak van een loods. De rand van het dak van de loods werd gevormd door een muurtje dat ongeveer 30 tot 50 centimeter hoger was dan het dak. Op het dak lag ook een matras, dat daar door de Amerikanen zou zijn achtergelaten. Bij de aflossing van de wacht (tegen zes uur in de morgen) werden beide verdachten slapend op het matras aangetroffen.

4.2. De strafvervolgning is gebaseerd op de artt. 107 en 108 Wetboek van Militair Strafrecht. De eerste twee leden van art. 107 Wetboek van Militair strafrecht luiden als volgt:

“[1.] Met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie wordt gestraft de militair die zich opzettelijk aan een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid onttrekt of zich opzettelijk daarvoor ongeschikt maakt of laat maken, indien als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade ontstaat aan of te duchten is voor de bestrijding van gemeen gevaar voor personen of goederen, de gereedheid tot het daadwerkelijke uitvoeren van een operatie of oefening van enig onderdeel van de krijgsmacht, dan wel de veiligheid.

[2.] Indien het feit wordt gepleegd in tijd van oorlog wordt gevangenisstraf van ten hoogste tien jaren of geldboete van de vijfde categorie opgelegd.”

De eerste twee leden van art. 108 Wetboek van Militair Strafrecht luiden als volgt:

“[1.] Met gevangenisstraf of hechtenis van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie wordt gestraft de militair aan wiens schuld het is te wijten dat hij een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid niet vervult of niet in staat is te vervullen, indien als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade ontstaat aan of te duchten is voor de bestrijding van gemeen gevaar voor personen of goederen, de gereedheid tot het daadwerkelijk uitvoeren van een operatie of oefening van enig onderdeel van de krijgsmacht, dan wel de veiligheid.

[2.] Indien het feit wordt gepleegd in tijd van oorlog wordt gevangenisstraf of hechtenis van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie opgelegd.”

4.3. De verdachte werd primair tenlastegelegd dat hij het in art. 107 of art. 108 omschreven feit had gepleegd “in tijd van oorlog”. Van dat primair tenlastegelegde sprak het hof vrij. Subsidiair werd (kort gezegd) tenlastegelegd dat de verdachte “opzettelijk, althans in

ernstige mate nalatig” zijn taak niet had vervuld. Het hof sprak vrij van de tenlastegelegde opzet. Het overwoog daartoe:

“Met name acht het hof niet bewezen dat de verdachte door tijdens zijn wachtdienst, terwijl hij en degene met wie hij de wachtpot bemande ernstig vermoeid waren, op de rand van het dak waarop zijn wachtpost was geplaatst, te gaan zitten zich willens en wetens aan de aanmerkelijke kans heeft blootgesteld dat hij in slaap zou vallen. Het hof gaat daarbij uit van de juistheid van de stelling van verdachte, dat hij op een muurtje aan de rand van het dak is gaan zitten en niet op de daarachter liggende matras.”

4.4. Ten laste van de verdachte is bewezen verklaard dat:

“hij als militair op 15 augustus 2003 te of nabij As Samaha in Irak, op een observatiepost (wachtpost 5 op ‘Camp Smitty’), belast met het observeren van de bij die wachtpost 5 behorende sector, in ernstige mate nalatig een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid niet heeft vervuld, door daar en toen in ernstige mate nalatig op die post in slaap te vallen, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade te duchten is geweest voor de veiligheid, hierin bestaande dat het bij voornoemde wachtpost behorende (bewakings)gebied niet voortdurend geobserveerd kon worden.”

4.5. Ten aanzien van deze bewezenverklaring overwoog het hof:

“Het hof is van oordeel dat verdachte, nu hij en zijn medeverdachte die met hem de wachtpost bemande, vermoeid waren en vochten tegen de slaap, niet op de rand van het dak had moeten gaan zitten. Hij had actief moeten blijven teneinde zijn vermoeidheid de baas te blijven. Door dit na te laten en te gaan zitten heeft de verdachte niet al het mogelijke gedaan om te voorkomen dat hij in slaap zou vallen.”

4.6. Het bewezenverklaarde werd door het hof onder aanhaling van art. 108 Wetboek van Militair Strafrecht gekwalificeerd als:

“Als militair aan zijn schuld te wijten zijn dat hij een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid niet vervult, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade te duchten is voor de veiligheid.”

4.7. Ter terechtzitting van het hof zijn door de verdediging verschillende verweren gevoerd. Deze verweren werden in de ter zitting overgelegde pleitnota gekwalificeerd als een beroep op overmacht en als een beroep op onbevoegd gegeven ambtelijk bevel. In het kader van deze verweren werd een beroep gedaan op art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak. Aan het slot van het pleidooi werd een beroep gedaan op het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ en werd bij wijze van samenvatting gesteld: “De verdediging vindt dat er voldoende gronden zijn om – in dit zeer specifieke geval – te komen tot een afwezigheid van alle schuld en derhalve tot een vrijspraak”.

4.8. Het hof heeft de gevoerde verweren in de bestreden uitspraak onder het kopje “Strafbaarheid van de verdachte” als volgt samengevat en verworpen:

“De raadsman heeft ter terechtzitting aangevoerd dat er sprake is van overmacht dan wel afwezigheid van alle schuld.

De raadsman heeft in dit verband een beroep gedaan op het bepaalde in het tweede lid van artikel 31 van de Wet militaire strafrechtspraak. Deze stelling miskent dat die bepaling ziet op het actief handelen van een schildwacht bij de uitoefening van zijn taak en juist niet op het zich onttrekken aan die taak.

Het hof verwerpt de verweren. Het hof stelt daarbij voorop dat het onderkent dat verdachte onder moeilijke omstandigheden zijn wachtdienst heeft moeten verrichten, met name als gevolg van de hoge temperaturen ter plaatste, ook ‘s nachts, en de hoge frequentie waarin hij wachtdienst moest doen, waardoor van rusten en slapen niet veel terecht kwam. Aan de andere kant is verdachte een getrainde marinier die juist vanwege

voornoemde omstandigheden maatregelen had moeten nemen om wakker te blijven. Door op de rand van het dak te gaan zitten tegen het einde van zijn wachttijd, heeft hij zich in een situatie gebracht waarin het gevecht tegen zijn vermoeidheid werd bemoeilijkt. Naar het oordeel van het hof is het dan ook niet aannemelijk geworden dat er sprake is geweest van overmacht.

Nu verdachte naar het oordeel van het hof niet al het mogelijke heeft gedaan om te voorkomen dat hij in slaap zou vallen kan het beroep op afwezigheid van alle schuld evenmin slagen.”

[...]

5. Aan de bespreking van de middelen voorafgaande opmerkingen

5.1. Het hof is blijkens zijn hiervoor weergegeven overwegingen uitgegaan van de juistheid van de lezing van de verdachte dat hij in slaap is gevallen nadat hij op het muurtje langs de dakrand – en niet op het daarachter liggende matras – was gaan zitten. Die feitelijke vaststelling zal in cassatie geëerbiedigd moeten worden. Over de onbegrijpelijkheid van die vaststelling wordt in de cassatiemiddelen begrijpelijk genoeg niet geklaagd. Die vaststelling is met enige goede wil ook nog wel te verenigen met de bewijsmiddelen, waaruit blijkt dat beide militairen slapend op het matras zijn aangetroffen. Kennelijk is het hof ervan uitgegaan dat de verdachten een gelukkige hand van in slaap vallen hadden en dat zij niet voorover (naar beneden) zijn gevallen, maar achterover (precies op het aldaar gelegen matras).

5.2. Verdachte is veroordeeld wegens een culpoos delict. Ik ga ervan uit dat voor het bestanddeel ‘schuld’ in art. 108 Wetboek van Militair Strafrecht hetzelfde geldt als voor de overeenkomstige bestanddelen in andere culpose delicten, namelijk dat daarin de verwijtbaarheid van het tekortschieten van de verdachte ligt besloten. Dat betekent dat de ter zitting gevoerde verweren, hoewel gegoten in de vorm van een beroep op een strafuitsluitingsgrond, zich in wezen richten tegen de bewezenverklaring van het tenlastegelegde feit. Dat lijkt ook de verdediging te hebben beseft. Aan het slot van de in hoger beroep overgelegde pleitnota wordt immers geconcludeerd tot vrijspraak.

5.3. De vraag is of het hof dat ook zo heeft gezien. Het verwerpt de verweren immers na de bewezenverklaring en de kwalificatie onder het hoofd “Strafbaarheid van de verdachte”. Dat wijst erop dat het hof de verwijtbaarheid niet in de tenlastelegging – en dus ook niet in de bewezenverklaring – heeft ingelezen. Ik merk in dit verband op dat in de tenlastelegging de wettelijke terminologie niet wordt aangehouden. In plaats van “schuld” wordt gesproken van “in ernstige mate nalatig”. Met deze bewoordingen zou wellicht een uitleg van de tenlastelegging te verenigen zijn waarin de verwijtbaarheid niet in die tenlastelegging besloten ligt. De consequentie van die uitleg zou daarbij verstrekkend zijn. Omdat een uitleg van de tenlastelegging die met haar bewoordingen verenigbaar is, in beginsel in cassatie geëerbiedigd moet worden, zou de conclusie moeten zijn dat het hof het bewezenverklaarde ten onrechte als overtreding van art. 108 Wetboek van Militair Strafrecht heeft gekwalificeerd. Overigens zou, indien de bedoelde uitleg van de tenlastelegging in cassatie geen stand zou kunnen houden, eveneens sprake zijn van grondslagverlating, maar dan reeds bij de bewezenverklaring. Het hof zou dan immers minder hebben bewezenverklaard dan wel beschouwd is ten laste gelegd.

5.4. Niet gezegd is dat het hof de verwijtbaarheid niet in de tenlastelegging heeft ingelezen. Men kan in het feit dat het hof het bewezenverklaarde wèl als overtreding van genoemd art. 108 heeft gekwalificeerd, een aanwijzing zien dat het hof de schuld – inclusief de verwijtbaarheid – tenlastegelegd en bewezen achtte. Dat vindt steun in het feit dat

het hof de bewezenverklaring motiveerde met de overweging dat de verdachte niet al het mogelijke heeft gedaan om te voorkomen dat hij in slaap zou vallen. Met precies dezelfde overweging verwierp het hof het beroep op afwezigheid van alle schuld. Men kan dus zeggen dat de vraag naar de verwijtbaarheid door het hof reeds bij de bewezenverklaring onder ogen is gezien. De gemotiveerde verwerping van de verweren kan zógezien geduid worden als een verduidelijking van het al gegeven bewijsoordeel. Dat die verduidelijking onder het kopje “Strafbaarheid van de verdachte” werd gegeven, is dan niet meer dan een schoonheidsfoutje waardoor de verdachte niet is benadeeld.

5.5. Op dat laatste zou ik het willen houden. Ik merk daarbij op dat het voor de beoordeling van de verweren zelf allemaal niet zo vreselijk veel uitmaakt of zij bij de eerste dan wel bij de derde materiële vraag worden behandeld. De Hoge Raad lijkt bij de vraag naar de bewezenverklaring van de culpa een soort twee stappen-plan te hanteren. Eerst wordt bezien of de verdachte objectief gezien ernstig tekort is geschoten. In casu kan het in slaap vallen tijdens de wacht (of beter: het niet voorkomen daarvan) als zodanig worden aange-merkt. De culpa is daarmee in beginsel gegeven. In beginsel, want exceptionele omstandigheden kunnen dat anders maken. Dergelijke omstandigheden moeten daarbij “zijn aangevoerd en aannemelijk zijn geworden”. Het beroep daarop is eerst bevrijdend als door die omstandigheden de verwijtbaarheid is komen te ontbreken.⁷⁾ De beoordeling van een beroep op een dergelijke exceptionele omstandigheid verschilt dus maar weinig van die van een beroep op een schulduitsluitingsgrond.

5.6. Processueel is er nog dit verschil, dat de rechter bij de verwerping van verweren die tegen de bewezenverklaring van de culpa zijn gericht, is gebonden aan het bewijsrecht. De feiten waarop bij die verwerping een beroep wordt gedaan – en waarop dus de bewezenverklaring steunt – moeten zijn ontleend aan wettige bewijsmiddelen. Die bewijsmiddelen moeten – als de inhoud daarvan niet in het vonnis of arrest is opgenomen – in de nadere bewijsoverweging worden aangewezen of aangeduid.⁸⁾ De vraag is of in casu aan die eis is voldaan. Het hof doet de verwerping van de verweren steunen op het feit dat de verdachte een ‘getrainde marinier’ is zonder aan te duiden aan welk bewijsmiddel het dat gegeven heeft ontleend. In de inhoud van de gebezigde bewijsmiddelen is dat gegeven niet direct terug te vinden. Misschien kan het daaruit indirect worden afgeleid. Ik laat dat punt hier verder rusten, nu in de cassatiemiddelen niet over dit eventuele motiveringsgebrek wordt geklaagd.

6. *Bespreking van het eerste cassatiemiddel*

6.1. Het eerste middel behelst de klacht dat het hof ten onrechte heeft aangenomen dat art. 31, tweede lid, Wet Militaire Strafrechtspraak alleen ziet op het actief handelen van een schildwacht bij de uitoefening van zijn taak en niet op het zich onttrekken aan deze taak.

6.2. Art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak luidt als volgt:

“De militair die zich beroept op een grond die overeenkomstig een van de artikelen 40-43 van het Wetboek van Strafrecht de strafbaarheid van een door hem als schildwacht gepleegd feit zou uitsluiten, wordt geacht rechtmatig te hebben gehandeld, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt.”

6.3. De wetsgeschiedenis bij dit artikel houdt onder meer het volgende in (MvT, Kamer-

⁷⁾ Zie. met name HR 1 juni 2004, rov. 3.6, *NJ* 2005, 252 m.nt. Kn. Vgl. HR 14 november 2000, rov. 4.5, *NJ* 2001, 37, waarin werd geëist dat de dwaling waarop een beroep werd gedaan, verschoonbaar was.

⁸⁾ Vgl. HR 24 juni 2003, rov. 4.2, *NJ* 2004, 165 m.nt J.R. en HR 23 september 2003, *NJ* 2004 166, rov. 3.6.

stukken II 1982-1983, 17804, nr. 5, blz. 45):

“De voorgestelde bepaling in het tweede lid is ook gebaseerd op artikel 74 van de Invoeringswet Militair Straf- en Tuchtrecht, namelijk op het bepaalde onder 2°. De omkering van de bewijslast is voor de schildwacht gehandhaafd. De ratio is een oplossing te bieden voor de bijzondere positie van de schildwacht; men denke aan een ingrijpen door de schildwacht die alleen op post staat.”

6.4. Art. 74, onder 2°, Invoeringswet Militair Straf- en Tuchtrecht was, op (kleine) tekstuele verschillen na, gelijklopend aan het huidige art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak. De wetsgeschiedenis (memorie van toelichting) bij art. 74 Invoeringswet Militair Straf- en Tuchtrecht houdt onder meer in dat deze bepaling “onder de noodige vereenvoudiging” is overgenomen uit het Crimineel Wetboek voor het krijgsvolk te lande en het Crimineel Wetboek voor het krijgsvolk te water.⁹⁾ Art. 161 Crimineel Wetboek voor het krijgsvolk te water en art. 213 Crimineel Wetboek voor het krijgsvolk te lande luiden als volgt¹⁰⁾:

“Indien eene schildwacht iemand heeft geslagen, gekwetst of gedood, en beweert zulks te zijner verdediging te hebben gedaan, als op zijn post aangevallen en mishandeld zijnde, zal zijne beëdigde getuigenis, uit welke blijkt, dat hij zulks te zijner verdediging heeft gedaan, te zijner ontlasting genoeg zijn, zonder dat daarvan verder bewijs zal worden gevorderd; ten ware andere redenen en omstandigheden de geloofwaardigheid van zijn rapport merkelijk mogten verzwakken, in welk geval hij zelfs niet tot den eed zal worden toegelaten.”

6.5. Uit het voorgaande leid ik af dat de strekking van art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak gelijk is aan die van de art. 161 Crimineel Wetboek voor het krijgsvolk te water en 213 Crimineel Wetboek voor het krijgsvolk te lande.¹¹⁾ Die strekking is dat de bewijslast wordt ‘omgekeerd’ als een schildwacht die in de uitoefening van zijn functie een strafbaar feit heeft begaan, een beroep doet op een strafuitsluitingsgrond.¹²⁾ Diens lezing van de feiten moet dan in beginsel voor juist worden gehouden. De schildwacht weet zich zo bij de vervulling van zijn plicht in de rug gedekt door het strafrecht.

6.6. Art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak heeft blijkens zijn bewoordingen betrekking op gronden die de strafbaarheid van het feit uitsluiten. Ik heb mij afgevraagd of het middel niet reeds daarop zou moeten stranden. Het gaat in casu immers niet om de strafbaarheid van feit en dader, maar om het bewijs van de schuld. Ik zou een dergelijke formele uitleg van het artikellid echter niet willen bepleiten, en het artikellid van overeenkomstige toepassing willen achten op verweren die zich procestechnisch gezien richten tegen het bewijs van de culpa. Mijns inziens kan het artikellid dus, om een voorbeeld te geven, worden ingeroepen door de schildwacht die wegens dood door schuld wordt vervolgd omdat hij hoogst onoordeelkundig een waarschuwingsschot zou hebben gelost

⁹⁾ Vgl. Kempens, *Militair straf- en tuchtrecht*, deel IV, 1922, blz. 176.

¹⁰⁾ Vgl. Huart, *De militaire wetten voor het krijgsvolk te water*, 1880, blz. 96 en Pols, *Het crimineel wetboek voor het krijgsvolk te lande*, 1866, blz. 488 t/m 489.

¹¹⁾ Vgl. Coolen, *Militair straf- en strafprocesrecht*, 4e, blz. 207-208.

¹²⁾ Men kan zich afvragen of er tegenwoordig nog veel aan bewijslast valt om te draaien. Pols stelt in zijn commentaar uit 1866 (a.w. blz. 489) dat – als geen bijzondere voorziening was getroffen – de schildwacht die conform zijn consigne geweld heeft gebruikt, “volgens de gewone regelen van strafrecht (zou) moeten bewijzen of althans aannemelijk maken de noodzakelijkheid van zoodanig geweld”. Naar thans geldend recht rust op de verdachte die zich op een strafuitsluitingsgrond beroept, geen bewijslast. De verdachte behoeft niets te bewijzen of aannemelijk te maken. Voldoende is als de gestelde feiten aannemelijk zijn geworden. Of art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak nog een grote toegevoegde waarde heeft, is zagezien de vraag. Ik laat die vraag hier rusten.

waardoor iemand dodelijk werd getroffen. Als die schildwacht zich zou beroepen op ondeugdelijke instructies, en daarmee op onbevoegd gegeven ambtelijk bevel, geniet hij het voordeel van de twijfel waarin genoemd artikellid voorziet. Ik teken daarbij wel aan dat het moet gaan om verweren die inhoudelijk, gelet op de daaraan ten grondslag gelegde feiten, grote overeenkomst vertonen met een beroep op een strafuitsluitingsgrond.

6.7. Art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak heeft naar de letter genomen alleen betrekking op beroepen op de artt. 40-43 Sr. Een beroep op afwezigheid van alle schuld valt daar niet onder. Toch zou ik het artikellid ook op dit punt niet beperkt willen uitleggen. De strekking zoals die uit de wetsgeschiedenis blijkt, laat een ruime uitleg toe. Daar komt bij dat de grenzen tussen de verschillende strafuitsluitingsgronden niet scherp zijn. Een beperkte uitleg van het artikellid zou dwingen tot betrekkelijk onvruchtbare discussies over de vraag waar bijvoorbeeld de overmacht ophoudt en de avas begint. Ik wijs erop dat in casu aan het beroep op overmacht dezelfde feiten ten grondslag zijn gelegd als aan het beroep op afwezigheid van alle schuld. Beide verweren vallen daardoor ‘in feite’ samen. Zie daarover ook hierna, onder 7.7 t/m 7.9.

6.8. Zoals uit de weergegeven wetsgeschiedenis blijkt beperkte de voorziening die de wetgever noodzakelijk achtte, zich aanvankelijk tot bepaalde, nauwkeurig omschreven gevallen van noodweer, tot gevallen waarin de schildwacht heeft gehandeld te zijner verdediging “als op zijn post aangevallen en mishandeld zijnde”. Het ging dus uitsluitend om actief handelen. Later echter is de werking van de voorziening uitgebreid tot andere gevallen en werden ook andere strafuitsluitingsgronden onder haar bereik gebracht. Daardoor is het de vraag of nog steeds geldt dat het uitsluitend gaat om actief optreden. Zou een schildwacht die zich schuldig maakt aan strafbaar gesteld nalaten, nooit de bescherming van art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak verdienen?

6.9. Vermeer bespreekt in zijn ook in de cassatieschriftuur aangehaald artikel uit 1948 het “traditionele en door radio quiz-programma’s en dergelijke graag gebruikte voorbeeld” van de schildwacht die op post staat en ziet en hoort dat op enige afstand een persoon te water is geraakt en om hulp roept.¹³⁾ De schildwacht die in dat geval zijn post niet verlaat – en zo zijn functie als schildwacht blijft vervullen – maakt zich, als de hulpbehoevende verdrinkt, schuldig aan overtreding van art. 450 Sr, en dus aan strafbaar nalaten. Volgens Vermeer is art. 74, onder 2^o, Invoeringswet Militair Straf- en Tucht recht – het tegenwoordige art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak – op dit geval van toepassing. Zijns inziens is de bedoeling van het artikel dat de schildwacht op zijn post blijft: “de post gaat voor”. Vermeer stelt daarbij dat die bedoeling in de bewoordingen van het artikel niet goed tot uitdrukking komt. Of hij daarin gelijk heeft, kan voorshands onbesproken blijven. Goeddeels onbesproken kan ook blijven of Vermeer aan genoemd art. 74 niet een te ruime strekking toekent. In zijn visie is het artikel meer dan alleen een bewijsregel. De feiten staan in het gegeven voorbeeld immers niet ter discussie. De vraag die Vermeer behandelt, is hoe de conflicterende belangen moeten worden afgewogen. Of de strekking van het artikel is dat de post bij die afweging altijd voor gaat, lijkt mij nog maar de vraag. Dat neemt evenwel niet weg dat het mij niet volstrekt ondenkbaar voorkomt dat er gevallen zijn waarin de schildwacht, vervolgd wegens het strafbare nalaten van art. 450 Sr, art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak in kan roepen. Of de schildwacht de belangen juist heeft afgewogen, hangt namelijk af van de omstandigheden van het geval. Het kan zijn dat de schildwacht zich op bijzondere omstandigheden beroept, die maakten dat de post inderdaad voor de drenkeling moest gaan. Bij dat beroep op die bijzondere omstan-

¹³⁾ Vgl. Vermeer, ‘De strafuitsluitingsgrond van de schildwacht’, in: *MRT* 1948, blz. 293 e.v.

digheden zal de schildwacht in beginsel op zijn woord moeten worden geloofd.

6.10. De steller van het middel heeft dus wel een punt als hij opkomt tegen de opvatting van het hof dat art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak alleen ziet op actief handelen. Erg groot is dat punt echter niet. De klacht gaat namelijk langs de kern van de opvatting van het hof heen. Die kern is niet dat genoemd artikellid nimmer van toepassing kan zijn op strafbaar nalaten, maar dat het artikellid uitsluitend betrekking heeft op de schildwacht die zijn taak uitoefent, “en juist niet op het zich onttrekken aan die taak”.

6.11. Die opvatting van het hof vindt steun in de literatuur waarop in de schriftuur een beroep wordt gedaan. De steller van het middel maakt van die literatuur een opmerkelijk selectief gebruik. Anders dan de toelichting op het middel wil doen geloven, meent de al genoemde Vermeer juist dat het in strijd is met de ratio van – toen nog – art. 74, onder 2°, Invoeringswet Militair Strafrecht en Tuchtrect dat de schildwacht die zijn post ‘opoffert’, een beroep toekomt op dat artikel. Vermeer ziet daarbij onder ogen dat het verlaten van de post een goede reden kan hebben (zoals het redden van een drenkeling). Als de schildwacht in zo’n geval zou worden vervolgd wegens plichtsverzaking (art. 129 [oud] Wetboek van Militair Strafrecht), komt hem volgens Vermeer een beroep op art. 40 Sr toe. Zijns inziens echter is genoemd art. 74 op dat beroep niet van toepassing (of zou daarop in elk geval niet van toepassing moeten zijn als afgegaan wordt op de strekking). Dat is het verband waarin de in de toelichting op het middel geciteerde zin moet worden geplaatst. “Hij mag de belangen van zijn post opofferen, maar dan weet hij niet zo stellig hoe men achteraf zijn keuze zal beoordelen en wellicht veroordelen”. De zekerheid die genoemd art. 74 de schildwacht biedt, heeft hij dan namelijk volgens Vermeer niet.

6.12. Ook Coolen meent dat de strekking van art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak zich tegen toepassing op plichtsverzaking verzet. “Art. 31 lid 2 WMS spreekt van een ‘door hem als schildwacht’ gepleegd feit. Neemt men deze woorden letterlijk, dan zou ook een schildwacht, die eigendunkelijk zijn post verlaat en (dus) het misdrijf pleegt omschreven in art. 106 MSr, een beroep op de bepaling kunnen doen. Dit is echter, zoals uit de geschiedenis van totstandkoming van de bepaling blijkt, geenszins de bedoeling.”¹⁴⁾

6.13. Bij deze op de ratio of de strekking van de bepaling gebaseerde opvatting zou ik me willen aansluiten. Die strekking is, zo schreef ik al onder 6.5, dat de bewijslast wordt omgekeerd als een schildwacht die in de uitoefening van zijn functie een strafbaar feit heeft begaan, een beroep doet op een strafuitsluitingsgrond. Op de schildwacht die zijn functie niet uitoefende (doordat hij zijn post verliet of naar dromenland vertrok), heeft de bepaling dus geen betrekking. Of een letterlijke lezing van de bepaling tot een andere conclusie leidt, zoals Coolen (vermoedelijk in navolging van Vermeer) meent, lijkt mij twijfelachtig. Coolen leest in “een door hem als schildwacht gepleegd feit” als ik het goed begrijp dat alle kwaliteitsdelicten (dat wil zeggen delicten waarbij optreden als militair is strafbaar gesteld), onder het bereik van de bepaling zijn gebracht. De keerzijde van die ‘letterlijke’ lezing lijkt mij te zijn dat de schildwacht die niet wegens een kwaliteitsdelict wordt vervolgd (maar bijvoorbeeld wegens doodslag), zich niet op de bepaling zou kunnen beroepen. Daarmee veroordeelt die lezing zich zelf. Ik zou “een door hem als schildwacht gepleegd feit” willen lezen als: een door hem in de uitoefening van zijn functie als schildwacht gepleegd feit. Die lezing lijkt mij grammaticaal goed te verdedigen. Belangrijker is dat zij recht doet aan de strekking van de bepaling. Die strekking dient in elk geval het zwaarst te wegen.

6.14. Art. 108 Wetboek Militair Strafrecht is – evenals het door Coolen genoemde art.

¹⁴⁾ Vgl. Coolen, a.w., blz. 207.

106 – geplaatst in Titel III van het Tweede Boek: “Misdrijven waardoor de militair zich aan de vervulling van dienstverplichtingen onttrekt”. Op dergelijke misdrijven heeft art. 31, tweede lid, Wet militaire strafrechtspraak geen betrekking.

6.15. Het middel faalt.

[...]

NASCHRIFT

1. Met de arresten waarvan er hierboven één is weergegeven¹⁵⁾ is eindigt deze geruchtmakende zaak in een anti-climax. Voor een uitvoerige uiteenzetting van de feiten – voor zover die uit de bewijsmiddelen blijken¹⁶⁾ – verwijs ik naar de conclusie van de Advocaat-Generaal Knigge; hier volstaat dat verdachte in de vroege morgen van 15 augustus 2003 slapend was aangetroffen op het dak van een gebouw waar hij een wachtpost bemande. De zaak trok de belangstelling doordat het OM hoog inzette: primair werd het delict omschreven in art. 107 WMSr (al of niet in tijd van oorlog) ten laste gelegd, subsidiair het delict omschreven in art. 108 WMSr (al of niet in tijd van oorlog). Uiteindelijk bleef van die beschuldigingen maar weinig over: waar de Rechtbank – die vrijsprak van het strafverzwarende bestanddeel “tijd van oorlog” – nog bewezen had verklaard dat bij verdachte (voorwaardelijk) opzet aanwezig was¹⁷⁾, sprak het Hof ook daarvan vrij, en veroordeelde het ter zake van het delict omschreven in art. 108 lid 1 WMSr¹⁸⁾.

2.1. In cassatie stond nog slechts een min of meer perifere kwestie ter discussie, die vooral uit juridisch oogpunt interessant is: de toepasselijkheid van art. 31 lid 2 WMSv. Art. 31 WMSv voorziet in het bewijs van delicten waarvan veelal alleen de militair die het aangaat getuige is. Lid 1 bepaalt dat de verklaring van een (gewezen) meerdere volledig bewijs van schending van een dienstbevel, feitelijke insubordinatie of muiterij oplevert, lid 2 bepaalt dat de militair die zich beroept op een grond die overeenkomstig de artt. 40-43 Sr de strafbaarheid van het door als schildwacht gepleegde feit zou uitsluiten, geacht wordt rechtmatig te hebben gehandeld tenzij het tegendeel aannemelijk gemaakt wordt. Laatstgenoemde bepaling gunt de schildwacht het voordeel van de twijfel: ‘in dubio pro reo’. Hij behoeft zijn beroep op een strafuitsluitingsgrond niet te staven, maar wordt in beginsel op zijn woord geloofd; het is aan de officier van justitie om zijn ongelijk aannemelijk te maken.

2.2. Verdachtes raadsman – die namens hem een beroep op ‘psychische’ overmacht en afwezigheid van alle schuld deed¹⁹⁾ – verwees ter terechtzitting in hoger beroep met zoveel woorden naar art. 31 lid 2 WMSv. Dat lag voor de hand, want verdachte was in slaap gevallen terwijl hij een wachtpost bemande. Toepasselijkheid van art. 31 lid 2 WMSv zou de positie van de verdediging aanmerkelijk verlichten.

2.3. Volgens het Hof – daartoe overwegende als in het arrest onder 3.8 is weergegeven – kon de bepaling in dit geval geen toepassing vinden. Tegen deze overwegingen is het eerste middel gericht: ten onrechte heeft het Hof aangenomen dat art. 31 lid 2 WMSv alleen

¹⁵⁾ Verdachte liep samen met een ander wacht; het arrest betreffende die ander (nr. 03442/04 M) is gelijklopend aan het hier gepubliceerde.

¹⁶⁾ Zie COM onder 5.1.

¹⁷⁾ Rb. Arnhem (militaire kamer) 1 maart 2004, L/JN AO4591.

¹⁸⁾ Hof Arnhem (militaire kamer), 8 september 2004, L/JN AQ9886.

¹⁹⁾ De A-G Knigge gaat onder 5.2-5.6 uitvoerig in op de vraag of het Hof de verweren – die het behandelde onder het kopje “Strafbaarheid van de verdachte” correct benoemd heeft; waar culpa bestanddeel van het delict is, is een verweer dat strekt tot betwisting van wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid een bewijsverweer. Ik maak aan deze kwestie verder geen woorden vuil omdat in cassatie niet over de motivering van de bewezenverklaring geklaagd werd.

ziet op actief handelen van de schildwacht.

Die stelling is inderdaad – zoals de A-G Knigge opmerkt – voor betwisting vatbaar: er zijn geen goede gronden om de schildwacht die vervolgd wordt ter zake van een omissiedelict een beroep op art. 31 lid 2 WMSv te ontzeggen. Maar toepassing van die bepaling veronderstelt wèl – en hier gaat het middel aan de essentie van ‘s Hofs overwegingen voorbij – dat de verdachte als schildwacht optrad. Op deze premisse loopt het middel stuk. Volgens Hoge Raad – die verwijst naar art. 69 WMSr – ligt in ‘s Hofs overwegingen het oordeel besloten dat verdachte – aan wie immers verweten wordt dat hij zich onttrokken heeft aan zijn taak als schildwacht – niet als zodanig is opgetreden. Daarom komt hem geen beroep op art. 31 lid 2 WMSv toe.

Aan art. 69 WMSr kan m.i. geen argument voor deze uitleg worden ontleend. Dat artikel omschrijft ‘schildwacht’ immers als: iedere militair die op post of uitkijk is gesteld. Dàt was verdachte, zij het ook dat hij sliep. Maar de verwijzing naar art. 69 WMSr draagt het oordeel van de Hoge Raad niet: beslissend is dat verdachte niet in functie was. Art. 31 lid 2 WMSv is geschreven voor strafbare feiten die een schildwacht als zodanig begaat en daarvan was in dit geval geen sprake. Integendeel, hij onttrok zich aan de uitoefening van zijn taak.

3.1. Nu de Hoge Raad art. 31 lid 2 WMSv niet van toepassing acht, komt hij niet toe aan bespreking van het bereik van die bepaling, waaraan ik niettemin een enkel woord wil wijden. In de eerste plaats rijst de vraag op welke verweren zij ziet. Als de zinsnede “een grond die overeenkomstig een van de artikelen 40 van het Wetboek van Strafrecht de strafbaarheid van een door hem als schildwacht gepleegd feit zou uitsluiten” letterlijk wordt opgevat heeft zij geen betrekking op verweren die gericht zijn tegen het bewijs van culpa, zoals de verweren die namens verdachte gevoerd werden. Met de A-G Knigge zou ik in dit verband geen doorslaggevende betekenis willen toekennen aan de benoeming van een verweer; c.q. aan de procesrechtelijke consequenties van honorering ervan. Op een verweer waarvan de strekking is dat het feit niet wederrechtelijk is of de dader geen verwijt treft behoort de rechter gemotiveerd te antwoorden, ook als aanvaarding van het verweer tot vrijspraak leidt. Volledigheidshalve merk ik op dat zulks zowel voor ‘rechtvaardigingsgronden’ geldt – waartoe art. 31 lid 2 WMSv naar de letter beperkt is – als voor ‘schulduitsluitingsgronden’.

3.2. In de tweede plaats noemt art. 31 lid 2 WMSv alleen de strafuitsluitingsgronden omschreven in de artt. 40-43 Sr: ‘afwezigheid van alle schuld’ en ‘ontbreken van materiële wederrechtelijkheid’ ontbreken. De ratio van art. 31 lid 2 WMSv eist echter dat een beroep op een ongeschreven strafuitsluitingsgrond onder dezelfde voorwaarden wordt beoordeeld als een beroep op een geschreven strafuitsluitingsgrond, te meer waar de grenzen tussen strafuitsluitingsgronden niet scherp zijn. Dat een discussie daaromtrent – zoals de A-G Knigge stelt – “betrekkelijk onvruchtbaar” is weerspreek ik, maar die discussie betreft de vraag wanneer de ene of de andere strafuitsluitingsgrond aanwezig is, niet de vraag aan welke eisen een beroep op een strafuitsluitingsgrond moet voldoen.

M.M.D.