

## Evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij uitzendingen.

Een bespreking van het rapport van de Commissie Borghouts.

door

LTZ 20C MR. R. BRUIN<sup>1)</sup>

### 1 Inleiding

Ongetwijfeld heeft elke jurist met enige belangstelling voor het militaire recht kennis genomen van het rapport van de Commissie Borghouts.<sup>2)</sup> Velen zullen de hierin gedane conclusies en aanbevelingen wellicht zelfs aandachtig hebben bestudeerd. De Commissie heeft een lijvig rapport afgeleverd. In deze bijdrage wordt daarom een beknopte samenvatting gegeven van de bevindingen van de Commissie en worden de belangrijkste conclusies en aanbevelingen kort besproken en toegelicht.

### 2 De Commissie en het rapport Borghouts

#### 2.1 Instelling

De Commissie *Evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij uitzendingen* heeft op 31 augustus haar gelijknamige rapport aan de ministers van Justitie en Defensie<sup>3)</sup> gepresenteerd. De Commissie, onder voorzitterschap van de Commissaris van de Koningin van Noord-Holland H.C.J.L. Borghouts, was eind 2005 ingesteld door de ministers van Justitie en Defensie naar aanleiding van een door de Tweede Kamer aangenomen motie van de leden Van Baalen en Eijssink.<sup>4)</sup> Hierin werd verzocht onafhankelijke deskundigen een onderzoek te laten uitvoeren naar zowel de structuur, als de werkwijze en de procedures die bij de vervolging van uitgezonden militairen aan de orde zijn. De strafzaak tegen de marinier Eric O.<sup>5)</sup> en de daardoor veroorzaakte commotie hadden in de politiek de vraag opgeroepen “of de procedures die in dat soort gevallen gelden en de wijze waarop deze worden gehanteerd voldoende zijn toegespitst op de hoge eisen en de specifieke omstandigheden van militaire operaties in risicogebieden”.

#### 2.2 Opdracht

De Commissie heeft op grond van art. 1, tweede lid, van het Instellingsbesluit tot taak gekregen te onderzoeken:

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

<sup>1)</sup> De auteur is werkzaam bij de Sectie Recht van de Nederlandse Defensie Academie, locatie KIM. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

<sup>2)</sup> Kamerstukken II, 30300 X, nr. 136. Ook te raadplegen op internet, o.a. via [www.mindef.nl](http://www.mindef.nl).

<sup>3)</sup> Besluit van de minister van Justitie en de minister van Defensie van 20 december 2005, nr. 5393454/505, houdende de instelling Commissie evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij uitzendingen, *Stcrt.* 23 december 2005, nr. 250, pag. 19 (Instellingsbesluit).

<sup>4)</sup> Kamerstukken II, 2004–2005, 29800X, nr. 51.

<sup>5)</sup> Hof Arnhem 4 mei 2005, LJN AT4988, *MRT* 2005, p. 213–224, met naschrift van Th.J. de Roos in *MRT* 2005, p. 258.

### 2.3 Werkwijze

Om te voldoen aan deze onderzoeksopdracht heeft de Commissie relevante literatuur en een aantal strafdossiers<sup>6)</sup> bestudeerd. Daarnaast heeft de Commissie interviews gehouden met een aantal deskundigen en vertegenwoordigers van relevante, bij de strafvordering in militaire zaken betrokken organisaties (Defensie, het Openbaar Ministerie en de Koninklijke Marechaussee). Dit heeft geresulteerd in een lijvig rapport (106 pagina's, inclusief bijlagen) waarin de Commissie in totaal 22 aanbevelingen doet. De strafvordering in militaire zaken in de Caraïbische landen van het Koninkrijk is buiten beschouwing gebleven.

### 2.4 Inhoud

Het rapport behandelt de onderzoeksvragen in de volgorde waarin deze gesteld zijn. Eerst worden de procedures en de toepassing daarvan beschreven die bij de vervolging van uitgezonden militairen aan de orde zijn (§ 3.2 en 3.3), vervolgens wordt een beoordelingskader gegeven met daarin de criteria waaraan de procedures zouden moeten voldoen (§ 4.2), waarna wordt afgesloten met de conclusies en aanbevelingen (§ 4.3).<sup>7)</sup>

Alvorens over te gaan tot beantwoording van de onderzoeksvragen heeft de Commissie echter eerst (in hoofdstuk 2) een uitgebreide beschrijving willen geven van het huidige wettelijk stelsel van het militaire straf(proces)recht. Dit heeft een uitvoerige uiteenzetting opgeleverd van de organisatie van de militaire strafrechtspraak, de strafvordering in militaire zaken in het algemeen en tijdens militaire operaties in het bijzonder. De Commissie gaat verder uitvoerig in op enkele belangrijke juridische aspecten van militaire operaties: het mandaat, de Rules of engagement en overige geweldsinstructies (aide-mémoire en instructiekaart geweldgebruik), de rechtsmacht van Nederland en de strafrechtelijke positie van de Nederlandse militair.<sup>8)</sup> Tenslotte besteedt de Commissie ook een paragraaf aan de invloed van het *Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden* (EVRM) op militaire operaties in het buitenland.

Aldus behandelt een aanzienlijk deel van het rapport de materieel-rechtelijke aspecten van uitzendingen, hoewel de Commissie, zoals vermeld, tot taak had gekregen de procedures in het militair *strafprocesrecht* te evalueren. Het was echter onvermijdelijk dat de Commissie zich ook over onderdelen van het militaire strafrecht zou buigen, want 'onduidelijkheden of hiaten in de wet kunnen de strafvordering in militaire zaken compliceren'.<sup>9)</sup> In deze bijdrage zal ik mij (ook) voornamelijk concentreren op de door de Commissie behandelde 'onduidelijkheden en hiaten' in het militaire *strafrecht*. De door de Commissie geconstateerde onvolkomenheden in de *strafvorderlijke* procedures zijn vooral feitelijk van aard en zullen daarom minder uitgebreid aan bod komen.

<sup>6)</sup> Deze strafdossiers hebben betrekking op Nederlandse militairen die gedurende de periode 1 januari 2000 tot 1 november 2005 tijdens militaire operaties zich mogelijk schuldig hadden gemaakt aan het plegen van strafbare feiten. In de onderzoeksperiode speelden ruim 300 zaken die een parketnummer hebben gekregen. De Commissie heeft 14 van deze zaken nader bestudeerd en als casus beschreven.

<sup>7)</sup> Een opsomming van de 22 aanbevelingen is opgenomen als bijlage bij dit artikel.

<sup>8)</sup> Deze onderwerpen zijn reeds eerder aan bod gekomen in dit tijdschrift, zie met name M.M. Dolman, P.A.L. Duchaine, T.D. Gill, G.F. Walgemoed, 'Functioneel geweldgebruik in internationale operaties: een spiegel van rechtspraak en praktijk', *MRT* 2005 afl. 10, p. 369-420.

<sup>9)</sup> § 3.3.1, p. 39 rapport Commissie Borghouts.

### 3 Juridische aspecten van militaire operaties

#### 3.1 Het mandaat en Rules of Engagement

De Commissie stelt dat militair optreden buiten Nederland zijn grondslag vindt in een besluit van de regering en dat een dergelijk besluit wordt beheerst door het volkenrecht en niet door het nationale recht. Het interstatelijk geweldsverbod van art. 2 lid 4 VN-Handvest maakt militair optreden buiten de landsgrenzen in strijd met het internationale recht. Het volkenrecht biedt echter een aantal grondslagen die afwijking van dit principe rechtvaardigen. Behalve het recht op individuele of collectieve zelfverdediging (art. 51 VN-Handvest) kan een dergelijke grondslag worden gevonden in een mandaterende, op art. 42 VN-Handvest steunende resolutie van de VN-veiligheidsraad met daarin opgenomen de taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden van een strijdmacht. Op basis van dit mandaat worden nadere instructies verstrekt door het land of de organisatie (VN of NAVO) dat de leiding heeft over een operatie: de Rules of Engagement. Deze scheppen volgens de Commissie het politiek-juridische kader voor militair optreden. De Commissie wijst er nog op dat de Rules of engagement in tijd van oorlog of gewapend conflict in een geheel andere context fungeren dan bij deelname aan een crisisbeheersingsoperatie. In tijd van oorlog of gewapend conflict is het gebruik van geweld gelegitimeerd op grond van het internationaal humanitair recht (ook wel genoemd: humanitair oorlogsrecht).<sup>10)</sup> Dit geweldgebruik kan door het opstellen van Rules of engagement om operationele, diplomatieke, politieke en juridische redenen worden *ingeperkt*.

In beginsel is het internationaal humanitair (oorlogs)recht niet van toepassing op vredes- of crisisbeheersingsoperaties.<sup>11)</sup> De bevoegdheid om geweld te gebruiken kan dan ook voor dergelijke operaties niet worden ontleend aan het humanitair oorlogsrecht. In dat geval steunen de bevoegdheden tot militair optreden – tot het gebruik van geweld - primair op het VN-mandaat en op de Rules of Engagement, die alsdan niet inperkend, maar *bevoegdheidsverlenend* van aard zijn. De *beperkingen* die volgen uit het humanitair oorlogsrecht dienen echter altijd te worden nageleefd, ook tijdens operaties waarop dat recht formeel niet van toepassing is.<sup>12)</sup> Dit geldt volgens de Commissie in Nederland als vaststaand beleid.

#### 3.2 Strafrechtelijke positie militair: geweldgebruik en delictsomschrijvingen

In het rapport wordt erop gewezen dat op onrechtmatig geweldgebruik door een militair naar Nederlands recht in theorie drie categorieën strafbepalingen van toepassing kunnen zijn:

- De zgn. “internationale” misdrijven van de Wet internationale misdrijven (WIM), zoals genocide, misdrijven tegen de menselijkheid, oorlogsmisdrijven en foltering (artikel 3-8 WIM).
- De specifiek militaire delicten: schending van het dienstbevel (art. 125-131 MSr) en de niet-naleving van het dienstvoorschrift (art. 135-138 MSr).
- De geweldsdelicten uit het Wetboek van Strafrecht, bijvoorbeeld doodslag, mishandeling of het veroorzaken van de dood of van lichamelijk letsel door schuld.

<sup>10)</sup> O.g.v. art. 43 lid 2 Aanvullend Protocol I bij de Conventies van Genève hebben combattanten ‘the right to participate directly in hostilities’.

<sup>11)</sup> § 2.6.2, p. 23 rapport Commissie Borghouts.

<sup>12)</sup> ‘Het internationaal humanitair recht kent beperkingen en bevoegdheden. De beperkingen betreffen voornamelijk de regels aangaande de middelen en methoden van oorlogsvoering en dienen onder meer om bescherming te bieden aan personen die niet (meer) deelnemen aan het conflict. De bevoegdheden betreffen het recht van militairen om deel te nemen aan het conflict en de wijze waarop zij tijdens het conflict mogen opereren’ (§ 2.6.2, p. 23 rapport Borghouts).

Hierbij kunnen twee kanttekeningen worden geplaatst. Ten eerste kan de WIM pas in aanmerking worden genomen indien het onrechtmatig geweldgebruik een zeer ernstig en structureel karakter heeft. De onrechtmatige handeling moet zijn gepleegd: met het oogmerk een bepaalde nationale, etnische of godsdienstige groep te vernietigen (art. 3: genocide); of als onderdeel van een wijdverbreide of stelselmatige aanval gericht tegen de burgerbevolking (art. 4: misdrijven tegen de menselijkheid); of, *in geval van een gewapend conflict*, gepleegd tegen de door de Verdragen van Genève beschermde personen (art. 5: oorlogsmisdrijven); of door een ambtenaar of anderszins ten dienste van de overheid werkzame persoon in de uitoefening van zijn functie (art. 8: foltering). De vraag of de WIM ooit van toepassing zal zijn op enig wederrechtelijk gebruik van geweld door een Nederlandse militair, leek tot voor kort een zuiver hypothetische. De vermeende ‘hardhandige tactische ondervragingen’ door Nederlandse militairen in Irak in november 2003 hebben hier verandering in gebracht.<sup>13)</sup> De vraag hoe dergelijke gedragingen van militairen juridisch gezien gekwalificeerd zouden moeten worden is daardoor opeens erg interessant (want actueel). Hoewel de zogenaamde ‘mishandelingen’<sup>14)</sup> niet te vergelijken zijn met de gebeurtenissen in ‘Abu Graib’ en soortgelijke schandalen rond een aantal Britse militairen in een gevangenis in Basrah, werden deze namelijk door deskundigen in de media reeds gekwalificeerd als martelingen,<sup>15)</sup> oorlogsmisdrijven,<sup>16)</sup> foltering en misdrijven tegen de menselijkheid.<sup>17)</sup> Dit zijn zeer ernstige delicten; gelet op de feiten zoals die op dit moment naar buiten zijn gekomen lijken dergelijke kwalificaties mij enigszins voorbarig en overdreven.<sup>18)</sup> Desalniettemin is een dergelijke wijze van verhoren uiteraard ontoelaatbaar. Mocht het onderzoek van de Commissie Van den Berg<sup>19)</sup> voor het OM aanleiding zijn om alsnog een vervolging tegen de betrokken militairen in te stellen, dan zal het in ieder geval een zeer interessante vraag zijn welk (soort) misdrijf het OM aan de tenlastelegging ten grondslag zal leggen.<sup>20)</sup>

Dit brengt mij op de tweede kanttekening. Het OM namelijk bepaalt uiteindelijk welk

<sup>13)</sup> Aan het licht gebracht door *De Volkskrant* (‘Nederlanders martelden Irakezen’, 17 november 2006).

<sup>14)</sup> Het zou gaan om het bij dan wel ten tijde van de verhoren gebruiken van muziek of geluid, blootstelling aan fel licht en gebruik van skibrillen met zwartgemaakte glazen. Ook zou met water zijn gegooid. Het betrof in totaal vijftien personen. Zie ook de brief van de Minister van Defensie hieromtrent aan de Tweede Kamer, dd 18 november 2006, Kamerstukken II 2006-2007, 23 432, nr. 212).

<sup>15)</sup> Prof. W. van Genugten in *De Volkskrant* (17 november 2006) en *NRC Handelsblad* (11 december 2006).

<sup>16)</sup> Prof. M. Kamminga in *De Volkskrant* van 18 november 2006 (‘Als je mishandelt, zit je sowieso fout. Volkenrecht deskundigen eensgezind in hun afkeuring van de omgang met Iraakse verdachten’).

<sup>17)</sup> Advocaat M. Wladimiroff in *De Volkskrant* van 18 november 2006.

<sup>18)</sup> Zo ook prof. T. Gill in *De Volkskrant* van 18 november.

<sup>19)</sup> Commissie van onderzoek naar de vermeende misstanden bij gesprekken met gedetineerden in Irak door Nederlandse militairen in 2003, onder voorzitterschap van oud Tweede Kamerlid voor de SGP dr. J.T. van den Berg (Kamerstukken II 2006-2007, 23 432, nr. 212).

<sup>20)</sup> De Commissie van Toezicht op de Inlichtingen en Veiligheidsdiensten (CTIVD) heeft, overeenkomstig haar wettelijke bevoegdheden, ook een onderzoek gestart naar de rechtmatigheid van het optreden van MIVD-medewerkers in Irak (Kamerstukken II 2006-2007, 23 432, nr. 217).

delict ten laste wordt gelegd;<sup>21)</sup> de verschillende categorieën sluiten elkaar niet uit. Ook al zou er bij onrechtmatig geweldgebruik sprake zijn van overtreding van een in een dienstvoorschrift opgenomen geweldsinstructie, de OvJ is volledig vrij om één van de commune geweldsdelicten ten laste te leggen. Zo werd Eric O. aanvankelijk ‘gerepatrieerd’ uit Irak op verdenking van doodslag, althans dood door schuld, terwijl uiteindelijk het niet opvolgen van een dienstvoorschrift werd tenlastegelegd. Het feit dat de keuze van de OvJ zal worden bepaald door bepaalde bewijs- en/of beleidsoverwegingen, doet aan zijn keuzevrijheid niets af.<sup>22)</sup> De enige voorwaarde voor toepasselijkheid van de tweede categorie is wel dat de overtreden geweldsinstructie kan worden aangemerkt als dienstvoorschrift; naar aanleiding van het arrest in zaak Eric O. wordt tegenwoordig vrij algemeen aangenomen dat een door een Nederlandse commandant vastgestelde geweldsinstructie een dienstvoorschrift in de zin van art. 135 MSr is.

#### 4 Invloed van het EVRM

Op grond van art. 1 van het EVRM dient elke staat die partij is bij dat verdrag de rechten en vrijheden, die in het EVRM zijn vastgesteld, te verzekeren van ieder die onder haar *rechtsmacht* ressorteert. De Commissie heeft onderzocht in hoeverre de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit het EVRM van toepassing zijn op Nederlandse militaire operaties in het buitenland. Het gaat in dit verband om de vraag in hoeverre personen, die zich bevinden in een gebied waarin militairen optreden, onder de *rechtsmacht* vallen van de zendstaten (die partij zijn bij het EVRM) van deze militairen. In het rapport wordt zeer kort een aantal belangrijke arresten dienaangaande van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) aangehaald, waarin dit Hof zich expliciet diende uit spreken over de extra-territoriale werking van het EVRM. Mijns inziens zet het rapport de betekenis van deze arresten niet op de juiste wijze uiteen. Hieronder daarom in het kort de essentie van deze uitspraken.

De eerste jurisprudentie op dit gebied ontstond naar aanleiding van de Turkse bezetting van Noord-Cyprus. In het *Loizidou-arrest*<sup>23)</sup> oordeelde het EHRM dat indien een staat een ‘effective control’ uitoefent over een gebied buiten de landsgrenzen, als gevolg van een

<sup>21)</sup> De OvJ is *dominus litis*. Niet alleen beslist hij of er al dan niet wordt vervolgd (opportuïteitsbeginsel van art. 167 Sv), hij bepaalt tevens de grondslag van de tenlastelegging (welk strafbaar feit ten laste wordt gelegd). Deze vrijheid van het OM bij de keuze van het ten laste te leggen delict (het monopoliebeginsel) wordt slechts begrensd door de beklagprocedure van art. 12 Sv. Volgens de Hoge Raad ‘moet worden aangenomen dat het [in een dergelijke procedure] mede tot de taak van het Hof behoort, te beoordelen ter zake van welke wettelijke strafbaarstelling de vervolging had moeten worden ingesteld’ (HR 25 juni 1996, NJ 1996, 714). Er is dus sprake van een volle beleids- en kwalificatietoetsing door het Hof (Cleiren en Nijboer, *Tekst & Commentaar Strafvordering*, aant. 4 bij art. 12 Sv). Voor de rol van art. 12 Sv in het militaire strafrecht, zie I.E.W. Gonzales, ‘De Nederlandse militair, waar ook ter wereld, en het beklagrecht ex art. 12 Sv’, *MRT* 2006, p. 145-153.

<sup>22)</sup> Volgens Th.W. van den Bosch c.s., *Militair straf- en tuchtrecht*, aantekening WMSr art. 1-2, brengt art. 1 MSr niet met zich mee “dat, indien een feit zowel een delictsomschrijving uit het Wetboek van Militair Strafrecht als een uit het commune strafrecht vervult, steeds de delictsomschrijving uit het Wetboek van Militair Strafrecht moet worden toegepast. De vraag welke bepaling toegepast moet worden dient te worden beantwoord overeenkomstig art. 55 Sr.”

<sup>23)</sup> *Loizidou tegen Turkije*, EHRM 23 maart 1995 (*preliminary objections*), § 62 en EHRM 18 december 1996 (*merits*), § 52. Aanleiding voor deze arresten was een klacht van een Cypriotische vrouw, die geen toegang kreeg tot een stuk grond dat zij bezat in de door Turkije bezette gebieden en die vervolgens gedurende een korte periode was vastgehouden. Volgens Turkije, partij bij het EVRM, gold dit verdrag niet in het bezette gebied, aangezien de ‘Turkse republiek van Noord-Cyprus’ een onafhankelijke staat was/is die geen partij was bij het verdrag.

militaire aanwezigheid in dat gebied, deze staat gehouden is aldaar de door het EVRM gegarandeerde rechten te verzekeren, of die controle nu direct, door middel van de troepenmacht, of indirect, via een afhankelijk lokaal bestuur wordt uitgeoefend.

In het *Bankovic* arrest<sup>24)</sup> werd deze formele extraterritoriale werking van het EVRM echter beperkt. Volgens het Hof was het EVRM in *Loizidou* en *Cyprus tegen Turkije*<sup>25)</sup> van toepassing geweest op het optreden van Turkije in Noord-Cyprus, omdat anders de inwoners van dat gebied de bescherming van het EVRM zouden moeten missen, die zij zonder de Turkse bezetting wel hadden genoten; de Cypriotische overheid was, als gevolg van die bezetting door Turkije, niet in staat aan haar verdragsverplichtingen te voldoen.<sup>26)</sup> Met andere woorden, sinds *Bankovic* kon worden aangenomen dat het EVRM toepasselijk is, indien sprake is van effectieve controle uitgeoefend door een partij bij het EVRM, over het grondgebied van een andere partij bij het EVRM.

In latere arresten heeft het EHRM de extra-territoriale werking van het EVRM echter toch weer verruimd, waardoor in uitzonderlijke gevallen een staat zijn verdragsverplichtingen moet nakomen bij het uitoefenen van gezag op het grondgebied van een staat die geen partij is bij het verdrag. Zo werd in de zaak *Öcalan*<sup>27)</sup> aangenomen dat de Koerdische PKK-leider Öcalan ‘under effective Turkish authority’ was en daardoor binnen de jurisdictie van Turkije was gekomen op het moment dat hij door de Keniaanse autoriteiten was overgedragen aan de Turkse agenten, ook al oefende Turkije zijn gezag uit buiten zijn territorium.<sup>28)</sup> In het arrest *Issa e.a. tegen Turkije*<sup>29)</sup> aanvaarde het EHRM, nadat het eerst had vastgesteld dat Turkije gedurende 6 achtereenvolgende weken militaire operaties had uitgevoerd in Noord-Irak, de mogelijkheid dat ‘as a consequence of this military action, [Turkey] could be considered to have exercised, temporarily, effective overall control of a particular portion of the territory of northern Iraq’. Personen die konden aantonen dat zij zich in dat specifieke gebied bevonden, vielen derhalve onder de rechtsmacht van Turkije.<sup>30)</sup>

Is het EVRM nu van toepassing op Nederlandse militaire operaties in het buitenland, bijvoorbeeld SFIR in Irak of op dit moment ISAF in Afghanistan? Vallen en vielen personen in de ‘area of operations’ van het Nederlandse contingent aldaar onder de bescherming van het Verdrag? Het antwoord op deze vraag laat de Commissie in het midden. De Commissie

<sup>24)</sup> *Bankovic e.a. tegen België e.a.*, EHRM 12 december 2001 (ontvankelijkheidsbeslissing, no. 52207/99), *NJCM-Bulletin* 2002, p. 631 ev, m.nt. Kamminga. Aanleiding voor deze zaak waren de NAVO-bombardementen op een televisiestation in Belgrado tijdens de Kosovo-crisis in 1999, ‘Operation Allied Force’. Een aantal nabestaanden van de slachtoffers van het bombardement, klaagden dat de deelnemende NAVO-landen – waaronder Nederland – zich schuldig hadden gemaakt aan schending van het EVRM.

<sup>25)</sup> *Cyprus tegen Turkije*, EHRM [Grand Chamber], 10 mei 2001, no. 25781/94, § 76, ECHR 2001-IV.

<sup>26)</sup> *Bankovic e.a.*, *supra* noot 23, § 80.

<sup>27)</sup> *Öcalan-arrest tegen Turkije*, 12 mei 2005. De Koerdische PKK-leider had zich beklagd over zijn ontvoering door Turkse agenten vanaf Nairobi Airport in Kenia.

<sup>28)</sup> In de ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak *Öcalan* (*Öcalan tegen Turkije*, 12 maart 2003, no. 46221/99, r.o. 93) gaf het Hof aan waarin deze zaak zich onderscheidde van de zaak *Bankovic*. Dit onderscheid bestond uit het feit dat ‘the applicant was physically forced to return to Turkey by Turkish officials and was subject to their authority and control following his arrest and return to Turkey’.

<sup>29)</sup> *Issa e.a. tegen Turkije*, EHRM 16 november 2004, no. 31821/96. In deze zaak beklagden nabestaanden van een aantal Irakese herders zich over de vermeende onrechtmatige arrestatie, detentie, mishandeling van en uiteindelijke moord op hun familieleden gedurende een Turkse militaire operatie in Noord-Irak in 1995. De slachtoffers waren voor het laatst gezien toen ze werden aangehouden door Turkse militairen; een paar dagen later werden hun zwaar geschonden lichamen teruggevonden.

<sup>30)</sup> *In casu* konden de klagers niet bewijzen dat zij zich in het betreffende gebied bevonden, zodat hun klacht niet-ontvankelijk werd verklaard.

concludeert echter dat, wat ook zij van de opvattingen van het EHRM aangaande de reikwijdte van het begrip rechtsmacht in art. 1 EVRM, de uit het EVRM voortvloeiende normen *hoe dan ook in het algemeen* betekenis hebben voor Nederlandse militaire operaties in het buitenland, met name voor het strafrechtelijk onderzoek naar het gebruik van geweld waarbij doden of gewonden zijn gevallen. Zij wijst op de jurisprudentie van het EHRM inzake art. 2 EVRM (recht op leven): de verplichting het recht op leven te beschermen vereist impliciet dat ‘sprake zal moeten zijn van een effectief, onafhankelijk en zorgvuldig onderzoek wanneer de staat geweld gebruikt waarbij een inbreuk op het recht op leven wordt gemaakt. Onder omstandigheden moet het onderzoek kunnen leiden tot disciplinaire of strafrechtelijke bestraffing van de verantwoordelijken. Het onderzoek zal prompt na de gebeurtenissen verricht moeten worden en eventuele nabestaanden of slachtoffers dienen voldoende bij de uitvoering te worden betrokken’.<sup>31)</sup> Hoewel het strafrechtelijke onderzoek in de zaak Eric O. veel kritiek heeft gekregen, zelfs aanleiding was voor het instellen van een onderzoekscommissie, mag toch worden aangenomen dat Nederland, met de langdurige vervolging van de betrokken militair, in ieder geval wat betreft de plicht (afgeleid uit art. 2 EVRM) een effectief en zorgvuldig onderzoek te houden, zijn verdragsverplichtingen *jegens de nabestaanden* van het slachtoffer is nagekomen.

#### 5 De bevindingen van de Commissie

De bevindingen, conclusies en aanbevelingen van de Commissie worden in het rapport verdeeld in drie onderwerpen:

- het wettelijk kader waarbinnen de strafvordering in militaire zaken plaatsvindt;
- de procedures binnen de strafvordering in militaire zaken; en
- de toepassing van die procedures.

##### 5.1 Wettelijk kader

De opdracht aan de Commissie was onderzoek te doen naar de *procedures* die gelden binnen het huidige stelsel van militair *strafprocesrecht*. De vraag of het *materiële* militaire strafrecht voldoet was dan ook in beginsel niet aan de orde. Toch heeft de Commissie onderzocht of de wet op dat gebied onduidelijkheden of hiaten vertoont, aangezien die eventueel de strafvordering in militaire zaken zouden kunnen bemoeilijken. De resultaten van dit onderzoek zijn evenwel niet eenduidig. Enerzijds is de Commissie van mening ‘dat het huidige wettelijk kader’ (*lees: materiële militaire strafrecht, RNB*) geen ‘onvolkomenheden bevat of problemen oplevert voor het strafrechtelijk afdoen van onrechtmatige gedragingen van Nederlandse militairen’.<sup>32)</sup> Anderzijds heeft de Commissie echter geconstateerd “dat er discussie bestaat over het gebruik van *het begrip ‘tijd van oorlog’* in het Wetboek van Militair Strafrecht en de juridische aspecten die daarmee samenhangen” en “(...) dat de *strafuitsluitende werking van geweldsinstructies* juridische vragen oproept”.<sup>33)</sup> Het rapport bevat dan ook één aanbeveling van materieelrechtelijke aard, welke beoogt eventuele onduidelijkheid omtrent deze twee kwesties weg te nemen.

#### *Tijd van oorlog in art. 38 MSr*

Het gaat te ver om in deze bijdrage uitgebreid stil te staan bij het begrip ‘tijd van oor-

<sup>31)</sup> § 2.7, p. 32-33 rapport Borghouts.

<sup>32)</sup> § 3.3.1, p. 39 rapport Borghouts.

<sup>33)</sup> Ibidem.

log'.<sup>34)</sup> Van belang is dat het een verouderd begrip betreft dat in een aantal artikelen in het Wetboek van Militair Strafrecht voorkomt, waar het een strafverzwarende omstandigheid oplevert. Daarnaast is 'tijd van oorlog' een noodzakelijke voorwaarde voor een beroep op de strafuitsluitingsgrond van art. 38 MSr:

Niet strafbaar is hij die in tijd van oorlog binnen de grenzen zijner bevoegdheid een naar regelen van het oorlogsrecht geoorloofd feit begaat (...)

Het internationale humanitaire recht (of: humanitair oorlogsrecht) is echter al lang niet meer slechts toepasselijk op de oorlog in klassieke zin; ook in andere gewapende conflicten dienen strijdende partijen zich te houden aan de regels van het oorlogsrecht. De Nederlandse militair kan echter in dergelijke gevallen vooralsnog geen beroep doen op art. 38 MSr (voor zover niet toepassing is gegeven aan art. 71 MSr).<sup>35)</sup>

Naar aanleiding van een tweetal brieven van de Minister van Defensie aan de Eerste en Tweede Kamer heeft de Commissie geconstateerd dat door middel van een reparatierijks-wet (onder andere) het begrip 'oorlog' in het Wetboek van Militair Strafrecht zal worden aangevuld met het term 'gewapend conflict'.<sup>36)</sup> Hierdoor wordt onder andere het toepassingsbereik van art. 38 MSr vergroot (zonder dat een verklaring op basis van art. 71 MSr benodigd is). Bij de huidige vormen van crisisbeheersingsoperaties waar Nederlandse militairen aan deelnemen, is echter formeel gezien veelal nog geen sprake van een gewapend conflict.<sup>37)</sup> Toch wordt tegenwoordig hoger in het geweldsspectrum opgetreden dan in het verleden gebruikelijk was. Op dergelijke operaties is art. 38 MSr dus ook ná de wetswijziging niet van toepassing:

<sup>34)</sup> Het rapport gaat wel nader in op het begrip 'tijd van oorlog' en op de werking van art. 71 MSr, dat de mogelijkheid verschaft in vreedstijd voor een gedeelte van de krijgsmacht tijd van oorlog af te kondigen (§ 2.6.3, p. 26-27 en § 3.3.1, p. 39-41). Zie verder uitvoerig G.L. Coolen, *Militair straf- en strafprocesrecht* (Deventer 2004), p. 77-88, en 'Tijd van oorlog, een verouderd begrip', *MRT* 2000, pp. 270-274.

<sup>35)</sup> De Commissie gaat hier voorbij aan het standpunt van prof. Keizer dat de term 'tijd van oorlog' in art. 38 MSr ruim moet worden uitgelegd: 'Tijd van oorlog is aanwezig in alle situaties waarop het internationale oorlogsrecht betrekking heeft' (Van den Bosch c.s., *Militair straf- en tuchtrecht*, deel I, p. WMSr Art. 38-2/6). Volgens Coolen is expliciete wijziging van art. 38 MSr noodzakelijk. De woorden "in tijd van oorlog" moeten (in art. 38 MSr!) volgens hem ofwel worden geschrapt, ofwel worden vervangen door: in alle gevallen waarin het oorlogsrecht van toepassing is (zie: Coolen, 'Geoorloofd naar de regels van het oorlogsrecht. Artikel 38 WvMS nader beschouwd', *MRT* 2005, p. 362-364).

<sup>36)</sup> Brief van 22 april 2005 (Kamerstukken II, 2004-2005, 27 925, nr. 172) en brief van 25 november 2005 (Kamerstukken I, 2005-2006, 30 300X, A).

<sup>37)</sup> Overigens is de Commissie van mening dat, onder bepaalde (niet nader gespecificeerde) omstandigheden, crisisbeheersingsoperaties die ontaarden in een situatie waarbij sprake is van min of meer structureel gebruik van geweld, kunnen worden aangemerkt als gewapend conflict (§ 3.3.1, p. 41). Gelet op de huidige situatie in grote delen van Afghanistan c.q. de provincie Uruzghan, waar door ISAF-militairen regelmatig gevechtsacties worden uitgevoerd gericht tegen restanten van de vroegere Taliban-regering, zou aldaar mijns inziens dan ook sprake kunnen zijn van een (internationaal) gewapend conflict. Wat betreft Operation Enduring Freedom (OEF) werd reeds algemeen aangenomen dat dit het geval was, zie o.a. T.D. Gill en E. van Sliedregt, 'Guantánamo Bay: a reflection on the legal status and rights of "Unlawful combatants"', *Utrecht Law Review*, Volume I, Issue I (september 2005), p. 30 (te raadplegen via internet: [www.utrechtlawreview.org](http://www.utrechtlawreview.org)). Echter hoe vaker ISAF wordt aangevallen door de Taliban en hoe meer ISAF betrokken raakt bij en deelneemt aan offensieve acties tegen Taliban-strijders, des te sterker zal een situatie kunnen ontstaan "waarbij sprake is van min of meer structureel gebruik van geweld" waardoor ISAF zou kunnen worden gezien als partij in een gewapend conflict.



‘Gelet op de volkenrechtelijke eisen die aan het bestaan van een gewapend conflict worden gesteld, kan de Commissie zich militaire operaties voorstellen waarbij militairen regelmatig geweld zullen moeten gebruiken, maar waarop de strafuitsluitingsgrond genoemd in art. 38 MSr (ook na de wetwijziging) niet van toepassing is. De Commissie begrijpt dat in die situaties voor de militair zonodig een beroep op de strafuitsluitingsgronden uit het commune Wetboek van Strafrecht openstaat. Tevens beseft de Commissie dat art. 38 MSr – zoals het thans is geformuleerd – zich, gelet op de specifieke verwijzing naar het internationaal humanitair recht, niet eenvoudig laat uitbreiden tot situaties buiten oorlog of gewapend conflict. De Commissie is echter van mening dat de specifiek op militairen gerichte strafuitsluitingsgrond genoemd in art. 38 MSr zich op adequate wijze dient te verhouden tot de huidige en toekomstige vormen van operationele inzet van Nederlandse militairen.’<sup>38)</sup>

Daarom verdient het volgens de Commissie aanbeveling om de specifiek op militairen gerichte strafuitsluitingsgrond van art. 38 MSr zich te laten uitstrekken tot de huidige en toekomstige vormen van operationele inzet van Nederlandse militairen.<sup>39)</sup> Hoewel zij dus enerzijds van mening is dat het huidige wettelijk kader geen onvolkomenheden bevat, is anderzijds blijkbaar toch een verdergaande wijziging of aanvulling van een belangrijke bepaling in het (materiële) militaire strafrecht wenselijk. Een wijziging of aanvulling derhalve welke verder gaat dan de reeds aangekondigde aanpassing wat betreft het begrip ‘tijd van oorlog’.

#### *Strafrechtelijke status geweldsinstructie*

De Commissie constateert naar mijn mening terecht dat ‘de uitspraak van het gerechtshof Arnhem in de zaak Eric O. als zodanig niet [heeft] geleid tot volledige duidelijkheid over de strafuitsluitende werking van geweldsinstructies’.<sup>40)</sup> De term ‘geweldsinstructies’ vormt in het rapport een verzamelnaam voor drie verschillende documenten: de Rules of Engagement, de instructiekaart geweldgebruik (meestal aangeduid als ‘geweldsinstructie’) en de aide-mémoire. Deze documenten komen in aanmerking voor verschillende juridische kwalificaties, te weten:

- dienstvoorschrift in de zin van art. 135 MSr of dienstbevel in de zin van art. 125 MSr;
- wettelijk voorschrift in de zin van art. 42 Sr;
- ambtelijk bevel in de zin van art. 43 Sr.

De Commissie gaat nader in op de verschillende juridische kwalificaties van deze drie documenten, uiteraard met als doel te onderzoeken of onduidelijkheid omtrent de status van geweldsinstructies in het (militaire) strafrecht van invloed is op de toepassing van de procedures binnen het (militaire) strafprocesrecht.

De *instructiekaart geweldgebruik* en de *aide-mémoire* kunnen volgens de Commissie zonder meer als dienstvoorschrift in de zin van art. 135 MSr worden gekwalificeerd, blijkbaar omdat deze (altijd) worden uitgevaardigd/vastgesteld door de Commandant der Strijdkrachten (CDS).<sup>41)</sup> Over de Rules of Engagement is zij wat minder stellig vanwege het

<sup>38)</sup> § 3.3.1, p. 41 rapport Borghouts.

<sup>39)</sup> § 4.3.1, p. 68 rapport Borghouts.

<sup>40)</sup> § 3.3.1, p. 42 rapport Borghouts.

<sup>41)</sup> De CDS is (uiteraard) bevoegd dienstvoorschriften vast te stellen o.g.v. art. 9, tweede lid, sub b van het Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht jo. art. 4 lid 1 van de Uitvoeringsregeling militair straf- en tuchtrecht 2000.

internationaal-rechtelijke karakter en de wijze van totstandkoming en vaststelling daarvan. De Commissie meent echter dat de Rules of Engagement, door de wijze waarop deze thans door het Ministerie van Defensie worden vastgesteld en doorgegeven, de status van dienstvoorschrift bezitten. Zij onderkent echter ook dat Rules of Engagement niet zijn gericht tot de individuele militair, maar tot de commandant en zijn staf.<sup>42)</sup> De Rules of Engagement worden dan ook niet algemeen bekend gesteld.<sup>43)</sup> Mijns inziens vormt dit een beletsel voor het aanmerken als dienstvoorschrift in de zin van art. 135 MSr.<sup>44)</sup> In de zaak Eric O., die werd vrijgesproken op grond van een bepaling in de Rules of Engagement welke hij naar eigen zeggen niet kende, was het geen bezwaar dat niet was voldaan aan dit kenbaarheidvereiste. Immers, toepasselijkheid van deze bepaling was in het belang van de verdachte.

Een ander bezwaar is het feit dat geweldsinstructies over het algemeen geen ge- of verboden bevatten, toch een belangrijk bestanddeel in art. 135 MSr.<sup>45)</sup> Vrijwel alle bepalingen in geweldsinstructies betreffende het gebruik van geweld zijn *bevoegdheidsverlenend* van aard.<sup>46)</sup> In de zaak Eric O. ‘omzeilde’ het gerechtshof deze voorwaarde voor het aanmerken als dienstvoorschrift: het stelde namelijk vast dat het in de ROE omschrijven van bevoegdheden *impliceert* dat ‘overschrijding van die bevoegdheden steeds verboden is’. Hoewel onderzoek naar de reikwijdte van een bepaling van materieel strafrecht in beginsel buiten de opdracht aan de Commissie viel, had het mijns inziens toch op haar weg gelegen op een zorgvuldiger wijze in te gaan op deze toch wel summiere motivering van het Arnhemse hof; de vraag in hoeverre een bepaald document kan worden aangemerkt als dienstvoorschrift heeft namelijk wel degelijk invloed op (procedures in) de strafvordering.

Twijfel bestaat ten aanzien van de vraag of de *geweldsinstructies* tevens als een wettelijk voorschrift in de zin van art. 42 Sr kunnen worden aangemerkt; het rapport geeft hierover geen uitsluitsel.<sup>47)</sup> Ik vat deze twijfel op als antwoord in ontkennende zin en zou voor alle duidelijkheid hebben gesteld: geweldsinstructies (Rules of Engagement, de instructiekaart geweldgebruik en de aide-mémoire) zijn géén wettelijk voorschrift in de zin van art. 42 Sr.<sup>48)</sup> Gelet op de ruime uitleg die in de literatuur aan het begrip ambtelijk bevel wordt gege-

<sup>42)</sup> § 3.3.1, p. 45 rapport Borghouts.

<sup>43)</sup> Zie ook R.M. Eiting en J.S. Duurling, ‘De aangeliende waakhond. Conceptuele gedachten over Rules of Engagement’, *Militaire Spectator* 1998-4, p. 179: ‘Individuele militairen ontvangen als regel niet rechtstreeks ROE (...) ROE (als regel) rechtstreeks van toepassing verklaren op individuele militairen zou niet alleen tot aanzienlijke praktische toepassingsproblemen leiden, maar het zou volgens ons ook deformatie van het concept tot gevolg hebben’.

<sup>44)</sup> Zo ook G.L. Coolen, ‘Geweldsinstructies vanuit strafrechtelijk oogpunt bezien’, *MRT* 2003, p. 383-382, waarin wordt verwezen naar Rb Arnhem 3 april 1997, *MRT* 2003, p. 298, m.nt. M.M. Dolman.

<sup>45)</sup> Er zijn weliswaar onderdelen van de ROE welke in verbiedende zin zijn opgesteld, dit betreft doorgaans echter maar een beperkt aantal.

<sup>46)</sup> Zie o.a. Dolman e.a. *supra* noot 7, p. 381.

<sup>47)</sup> Letterlijk zegt de Commissie: de vraag of een *dienstvoorschrift* tevens als een wettelijk voorschrift in de zin van art. 42 Sr kan worden aangemerkt, ‘lijkt niet op voorhand bevestigend te kunnen worden beantwoord’. Deze vraagstelling is onjuist: het ging *in dit verband* niet om de vraag of een *dienstvoorschrift* kan worden beschouwd als wettelijk voorschrift (m.a.w. of alle dienstvoorschriften te allen tijde tevens en tegelijkertijd een wettelijk voorschrift opleveren), maar of de respectievelijke geweldsinstructies als zodanig kunnen worden aangemerkt. Overigens behandelt het rapport vervolgens wel degelijk de kwalificatie van geweldsinstructies als wettelijk voorschrift, zodat de ‘foutieve vraagstelling’ voor een verschrijving moet worden gehouden.

<sup>48)</sup> Zie ook o.a. J.F.R. Boddens Hosang, ‘Bevelen in het strafrecht: het arrest in de zaak O. is geen grondslag voor aanpassing van het militaire strafrecht’, *MRT* 2005, p. 336; Dolman e.a., *supra* noot 7, p. 406, met de aantekening dat ook hier geen uitdrukkelijk standpunt wordt ingenomen wat betreft kwalificatie als wettelijk voorschrift.

ven, komen volgens de Commissie geweldsinstructies wèl in aanmerking voor de status van ambtelijk bevel in de zin van art. 43 Sr. Haar conclusie is dan ook dat Rules of Engagement, de Aide-Mémoire en Instructiekaart Geweldgebruik zoals die thans door de CDS worden vastgesteld, voldoen aan zowel de vereisten voor de kwalificatie ‘dienstvoorschrift’ als voor de kwalificatie ‘ambtelijk bevel’. De Minister van Defensie kwam eerder al tot hetzelfde oordeel.<sup>49)</sup>

Een dienstbevel is altijd tevens een “ambtelijk bevel” in de zin van art. 43 Sr.<sup>50)</sup> De Commissie gaat er aldus vanuit dat het begrip ‘bevel’ in de zin van art. 43 Sr niet gelijk is aan het begrip ‘(dienst)bevel’ in de zin van art. 125 MSr. De begrippen *dienstvoorschrift* en dienstbevel sluiten elkaar namelijk uit: een bevel is een opdracht die niet, zoals een dienstvoorschrift, een algemene strekking heeft.<sup>51)</sup> Een schriftelijke opdracht kan derhalve niet tegelijkertijd worden aangemerkt als dienstvoorschrift èn als dienstbevel. De Commissie hanteert de opvatting dat een van een militair afkomstig bevel in de zin van art. 43 Sr *niet* in alle gevallen een dienstbevel hoeft te zijn *en* dat sommige *dienstvoorschriften* in de zin van art. 135 MSr tevens kunnen worden aangemerkt als ambtelijk bevel.<sup>52)</sup>

De Commissie meent dat, aangezien de verschillende geweldsinstructies kunnen worden aangemerkt als dienstvoorschrift èn als ambtelijk bevel, het bestaande stelsel van strafuitsluitingsgronden daardoor voldoende rechtsbescherming biedt voor de militair die stelt conform zijn geweldsinstructies te hebben gehandeld. Echter:

‘Niettemin deelt de Commissie de mening van de geïnterviewden die vanuit de gedachte dat de militair een zo groot mogelijke rechtszekerheid dient te worden geboden – in aanvulling op de bestaande wettelijke mogelijkheden tot strafuitsluiting – een meer op de huidige en toekomstige vormen van operationele inzet van Nederlandse militairen toegesneden specifieke wettelijke bepaling voorstaan. De Commissie acht – in samenhang met de conclusie van de Commissie ten aanzien van artikel 38 Wetboek van Militair Strafrecht – een nader onderzoek door de wetgever naar de mogelijkheden hiertoe gewenst.’<sup>53)</sup>

Met andere woorden: onderzocht dient te worden of een bepaling in het (militaire) strafrecht moet worden opgenomen, waarin de strafuitsluitende werking van geweldsinstructies een grondslag vindt. De Commissie geeft een voorzet voor de omschrijving van een dergelijke ‘nieuwe’ strafuitsluitingsgrond in *aanbeveling* 3. Dit is de enige aanbeveling in het rapport die gericht is tot de (formele) wetgever; alle overige aanbevelingen zijn bestemd

<sup>49)</sup> Zie: Brief van de minister van Defensie van 1 februari 2006 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal naar aanleiding van de hoorzitting van prof. dr. mr. G.J.J. Knoops op 30 januari 2006 ter voorbereiding op de voorgenomen missie in Uruzgan (Kamerstukken II 2005-2006, 27925, nr. 202).

<sup>50)</sup> Gelet op art. 84 lid 3 Sr (‘Allen die tot de gewapende macht behoren worden mede als ambtenaren beschouwd’) is elk dienstbevel tevens een ambtelijk bevel (Coolen, *Militair straf- en strafprocesrecht*, p. 45).

<sup>51)</sup> Th.W. van den Bosch c.s., *Militair straf- en tuchtrecht*, aantekening WMSr art. 125-2; Coolen, *Militair straf- en strafprocesrecht*, p. 105. In de MvT bij art. 135 MSr wordt verder nog opgemerkt: ‘Voorschriften die geen algemene strekking hebben kunnen onder het begrip dienstbevel worden gebracht’ (MvT 16813, nr. 5, p. 80).

<sup>52)</sup> De Commissie had slechts oog voor de kwalificatie van *geweldsinstructies*. Zij spreekt zich niet uit over de vraag of *ieder* dienstvoorschrift in de zin van art. 135 MSr tevens kan (of moet) worden gekwalificeerd als ambtelijk bevel in de zin van art. 43 Sr. Beantwoording van deze onmiskenbaar materieelrechtelijke vraag viel dan ook in beginsel niet binnen de aan de Commissie gegeven onderzoeksopdracht.

<sup>53)</sup> § 4.3.1, p. 69 rapport Borghouts.

voor Defensie, OM (in Arnhem) en de KMar en moeten leiden tot regelingen en afspraken ten aanzien van beleid en samenwerking. Het ‘nader onderzoek’ naar de mogelijkheden van deze specifieke wettelijke bepaling hoefde de Commissie gelet op haar taak en opdracht ook niet zelf uit te voeren; zij kon zich beperken tot de procedures en de toepassing daarvan in het militaire strafprocesrecht.

De door de Commissie voorgestelde strafuitsluitingsgrond zou mijns inziens kunnen worden opgenomen in een tweede lid bij art. 38 MSr. In gewapende conflicten wordt de bevoegdheid om geweld te gebruiken begrensd door de regels van het humanitaire oorlogsrecht. Nu ROE veelal een omschrijving geven van de gevallen waarin in het kader van een vredesoperatie (buiten tijd van oorlog of gewapend conflict dus) geweldgebruik is toegestaan, hebben de ROE in dergelijke niet-gewapende conflicten dezelfde aard als de regels van het oorlogsrecht in gewapende conflicten: de bevoegdheid om geweld te gebruiken wordt tijdens crisisbeheersings- en/of vredesoperaties begrensd door het bepaalde in de ROE. Opneming in een tweede lid bij art. 38 MSr doet recht aan dit min of meer gelijke karakter van de strafuitsluitende werking van ROE.<sup>54)</sup>

## 6. Beoordelingskader

Op grond van de derde onderzoeksvraag diende het rapport een beschrijving te bevatten van de criteria waaraan de procedures binnen het huidige stelsel van het militair strafprocesrecht en de hantering daarvan dienen te voldoen. Aan de hand hiervan kon worden vastgesteld in hoeverre in de praktijk toepassing van de procedures voldoet en of deze aanvulling behoeven. Dit heeft geleid tot het volgende beoordelingskader of normenkader.<sup>55)</sup>

1. Nederlandse militairen vertegenwoordigen de Nederlandse Staat. Hun gedragingen dienen te passen bij de opgedragen taken, mogen niet in strijd zijn met het recht en representeren voor het overige waar mogelijk de Nederlandse waarden.

2. De militair die functioneel geweld toepast dient een zo groot mogelijke rechtszekerheid te worden geboden.

3. De militair moet er op kunnen vertrouwen dat wanneer hij zich houdt aan de dienstvoorschriften, dienstbevelen en geweldsinstructies, hij in beginsel niet strafrechtelijk zal worden vervolgd.

4. Defensie, het OM en de KMar kunnen er over en weer op vertrouwen dat ieder zijn verantwoordelijkheden neemt en de opgedragen taken op professionele en zorgvuldige wijze uitvoert.

5. Defensie, het OM en de KMar stellen elkaar over en weer in staat de respectieve verantwoordelijkheden te nemen en de opgedragen taken naar behoren uit te voeren.

## 7 Conclusies

### 7.1 Procedures

Reeds tijdens de onderzoeksperiode is een aantal maatregelen genomen ter verbetering van enkele procedures binnen de strafvordering in militaire zaken. Een belangrijke ontwikkeling is geweest de totstandkoming van de *Aanwijzing positie militairen bij geweldsaanwending* van het College van procureurs-generaal van 28 oktober 2004, waarin

<sup>54)</sup> Al eerder, reeds in 1997, werd voorgesteld in art. 38 MSr een strafuitsluitingsgrond op te nemen voor militairen die op grond van ROE geweld gebruiken, zie: W.B. Kroon en M. Jacobs, ‘Rules of Engagement. Een verkenning’, *Militaire Spectator* 1997, p. 127.

<sup>55)</sup> § 4.2, p. 67 rapport Borghouts.

de strafrechtelijke positie van de militair bij geweldsaanwending nader is geregeld.<sup>56)</sup> Deze Aanwijzing is afgeleid van de gelijksoortige *Instructie positie politiefunctionarissen bij geweldsaanwending*. Op grond van de Aanwijzing wordt, bij een onderzoek naar een geweldsincident, de militair die in de uitoefening van zijn taken geweld heeft toegepast, net als een politiefunctionaris in principe niet als verdachte maar als getuige aangemerkt. Tevens wordt hem de cautie gegeven, zodat hij zichzelf door beantwoording van vragen niet behoeft te benadelen.<sup>57)</sup>

De Commissie vindt niet dat er bij de rechterlijke macht onvoldoende kennis is van de militaire omstandigheden waaronder strafbare feiten zijn begaan; de mogelijk tot het instellen van mobiele rechtbanken hoeft niet te worden uitgebreid.<sup>58)</sup> Tevens acht de Commissie het niet noodzakelijk, en gelet op de vereiste onafhankelijkheid ook niet wenselijk, dat de officier van Justitie die met militaire zaken is belast een militair in werkelijke dienst is.

Hoewel er verder enkele procedures zijn aangepast, blijft volgens de Commissie een groot aantal procedures voor verbetering vatbaar en is het zinvol tot enkele procedurele wijzigingen te komen. Wat er vooral aan schort is dat zo weinig procedures en afspraken tussen Defensie, het Openbaar Ministerie en de Koninklijke Marechaussee zijn geformaliseerd, waardoor een waarborg ontbreekt dat zij ook in de toekomst zullen gelden. In het rapport wordt uiteengezet op welke punten de huidige procedures, die gelden bij operaties van Nederlandse militairen naar risicogebieden, nog niet voldoen aan de normen van het beoordelingskader. Deze punten zijn:<sup>59)</sup>

- Bij Defensie is niet formeel geregeld dat een militair, voorafgaand aan zijn deelname aan een militaire operatie, een instructiekaart geweldgebruik krijgt uitgereikt. (4)

- Indien een aan een militaire operatie deelnemende militair wordt verdacht van een (ernstig) strafbaar feit, gepleegd tijdens de uitvoering van militaire taken, is er geen verplichting de commandant van de militair gedurende het opsporingsonderzoek als getuige te horen. Hierdoor wordt mogelijk geen gebruik gemaakt van voorhanden zijnde kennis van operationele omstandigheden en over de persoon van de militair en zijn staat van dienst. Deze informatie kan van belang zijn voor de vervolgingsbeslissing van het OM.<sup>60)</sup> (5 en 6)

- Tussen Defensie, het OM en de KMar kunnen conflicterende belangen bestaan ten aanzien van de beslissing omtrent de vraag of een van een strafbaar feit verdachte militair in het operatiegebied dient te blijven of moet worden gerepatriëerd. (7)

<sup>56)</sup> *Positie van militairen bij geweldsaanwending*. Aanwijzing van het College van procureurs-generaal van 28 oktober 2004, nr. PaG/BJZ/7612, aan de hoofdofficier van Justitie te Arnhem. Inmiddels is deze vervangen door de brief van 20 november 2006 van het College van procureurs-generaal gericht aan de hoofdofficier van Justitie te Arnhem, inhoudende de *Handelwijze bij geweldsaanwending militairen* (Stct. 29 november 2006, nr. 233).

<sup>57)</sup> De *Aanwijzing positie militairen bij geweldsaanwending* is uitgebreid besproken in: P.A.L. Duchaine en G.F. Walgemoed, 'Militair functioneel geweld en de positie van militairen na "rake zaken"', *Militaire Spectator* 2005, nr. 2, p. 48-67. Ook verschenen in het *Marineblad februari* 2005, p. 38-56.

<sup>58)</sup> Dit moet volgens de Commissie beperkt blijven tot de buitengewone omstandigheden waarover in de MvT bij de Wet militaire strafrechtspraak wordt gesproken.

<sup>59)</sup> Bij de navolgende opsommingen is gebruik gemaakt van verschillende passages uit het rapport. Tussen haakjes wordt het nummer van de corresponderende aanbeveling vermeld.

<sup>60)</sup> De Commissie heeft inzage gehad in een concept-Protocol 'Onderzoek Geweldsincident' van 22 juni 2006, waarin wordt gesproken over de verplichting bij ernstige geweldsincidenten de direct leidinggevende van de van het strafbaar feit verdachte militair te horen. De Commissie is van oordeel dat de commandant in ernstige zaken verplicht als getuige moet worden gehoord en spreekt de wens uit dat de procedure in dit concept-Protocol ook daadwerkelijk wordt geformaliseerd.

- Er is niet formeel geregeld dat Defensie voorafgaand aan een operatie alle van toepassing zijnde geweldsinstructies ter beschikking stelt van het Arnhemse OM. (8)

- Indien een huishoudelijk onderzoek wordt gevolgd door een strafrechtelijk onderzoek, kan een militair die eerst in zijn hoedanigheid van militair ambtenaar een verklaring heeft afgelegd later als verdachte worden aangemerkt. De kans bestaat dat de militair tijdens het voorafgaande huishoudelijk onderzoek een voor zichzelf strafrechtelijk belastende verklaring aflegt. Er moet voor worden gewaakt dat deze gang van zaken niet in strijd komt met het *nemo tenetur* beginsel. (9)

- Voorafgaand aan een militaire operatie hebben de commandant, de officier van Justitie en de detachementscommandant KMar doorgaans bijeenkomsten. Ondanks het belang van een dergelijke bijeenkomst is deelname niet verplicht. (10)

- De in de nota van 28 mei 1998 van het Openbaar Ministerie te Arnhem neergelegde aanwijzingen voldoen niet meer, gelet op de huidige en toekomstige vormen van operationele inzet van Nederlandse militairen.<sup>61)</sup> (11)

## 7.2 Toepassing procedures

De Commissie heeft geconstateerd dat er mede naar aanleiding van de zaak Eric O. veel maatregelen zijn getroffen om de hantering van de procedures en voorschriften in de praktijk te verbeteren.<sup>62)</sup> Een aantal positieve ontwikkelingen zijn:

- oprichting district Landelijke en Buitenlandse Eenheden van KMar, met daarbinnen de brigade Buitenlandmissies;

- de intentie tot een procedure te komen op grond waarvan de KMar in de toekomst niet iedere vorm van geweldstoepassing zal hoeven te onderzoeken;

- vaststelling 'Plan van aanpak versterking militaire (straf)rechtshandhaving voor het Openbaar Ministerie';

- het aanwijzen door het OM te Arnhem van een 'gebiedsofficier', een vast aanspreekpunt voor elk operatiegebied;

- oprichting Militair Juridische Dienst Krijgsmacht (MJDK).

Ondanks deze ontwikkelingen wordt in het rapport de conclusie getrokken 'dat de kennis en kunde, bij Defensie, het Openbaar Ministerie en de Koninklijke Marechaussee, die vereist zijn om de taken naar behoren te vervullen, nog niet altijd toereikend zijn. Bovendien laat de *samenwerking en communicatie* tussen de verschillende betrokken organisaties soms te wensen over. Voor een belangrijk deel is dit terug te voeren op cultuurverschillen en gebrek aan begrip voor elkaars taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden'.<sup>63)</sup> Volgens de Commissie behoeven de volgende aspecten nog nadere aandacht:

### *Kennis en kunde*

- Het kennisniveau van het straf- en strafprocesrecht van commandanten is niet altijd voldoende;

- Ten aanzien van de functie van verbindingsofficier voor de Krijgsmacht bij het OM

<sup>61)</sup> In deze Nota is vastgelegd op welke wijze het Openbaar Ministerie invulling geeft aan het beleid inzake de opsporing en behandeling van militaire en commune misdrijven en overtredingen ten aanzien van militairen (Nota van het Hoofd Militaire Zaken/Bijzondere Wetten bij het arrondissementsparket Arnhem van 28 mei 1998, betreffende aanwijzingen ten behoeve van de opsporing en behandeling van militaire en commune misdrijven met militair aspect, kenmerk Ah.3304 20556/98).

<sup>62)</sup> § 4.3.3, p. 72 rapport Borghouts.

<sup>63)</sup> § 4.3.3, p. 73 rapport Borghouts.

te Arnhem ontbreekt thans een door het Openbaar Ministerie en Defensie formeel vastgestelde functiebeschrijving.

#### *Communicatie en cultuur*

- Na incidenten stemmen Defensie, het OM en de KMar onderling te weinig af waardoor er soms te weinig gecoördineerd met de pers wordt gecommuniceerd. Door het ontbreken van concrete afspraken tussen de afzonderlijke persvoorlichtingsdiensten kan ontijdig gevoelige opsporingsinformatie bij de pers belanden en de beeldvorming in de media kleuren. Dit is hinderlijk voor de strafvordering in militaire zaken.

- Bij militairen leeft de gedachte dat verantwoording afleggen in het kader van een strafrechtelijk onderzoek, gelijk is aan het schuldig zijn aan een strafbaar feit.

- De Koninklijke Marechaussee stuit in de uitoefening van haar militaire politietaken soms op onbegrip bij de operationele militaire eenheden waaraan zij is toegevoegd.

- Het is niet altijd duidelijk *welke informatie* aangaande strafrechtelijke aangelegenheden de KMar mag verstrekken aan de commandant en in *welke* fase van het strafrechtelijk onderzoek dat mag plaatsvinden.

#### *8 Tot slot*

De Ministers van Justitie en Defensie hebben de Tweede Kamer na ontvangst van het rapport laten weten dat zij de Commissie zeer erkentelijk zijn en dat zij de gedane aanbevelingen onderschrijven en deze zullen overnemen.<sup>64</sup>) Zij hebben toegezegd vóór 1 november met een gezamenlijk implementatieplan voor alle aanbevelingen (behoudens *aanbeveling 3*) te komen. In tegenstelling tot de overige aanbevelingen richt aanbeveling 3 zich in eerste instantie tot de regering (of eigenlijk: de wetgever). De ministers hebben toegezegd het in deze aanbeveling genoemde onderzoek direct ter hand te nemen en hierover nog vóór de Kamerverkiezingen van 22 november de Tweede Kamer het standpunt van het kabinet te doen toekomen.

Door vertegenwoordigers van de afzonderlijke krijgsmachtonderdelen, het Ministerie van Defensie en het OM te Arnhem wordt op dit moment gewerkt aan de implementatie van de aanbevelingen van de Commissie. Het onderzoek naar aanleiding van aanbeveling 3 zal moeten worden verricht in overleg met de wetgevingsjuristen van Justitie; ook hiermee is inmiddels een begin gemaakt. Mocht uit dit nadere onderzoek blijken dat het inderdaad wenselijk is een nieuwe militaire strafuitsluitingsgrond te ontwerpen, dan zal dit uiteraard via de normale procedure voor aanpassing of aanvulling van een (rijks)wet dienen te gebeuren. Dit zal uiteraard meer tijd in beslag nemen dan implementatie van de overige aanbevelingen. Vooralsnog hebben de ministers hun toezeggingen aan de Kamer – presentatie van een implementatieplan vóór 1 november en standpuntbepaling omtrent aanbeveling 3 vóór 22 november – nog niet kunnen nakomen.

Hoe dan ook, het lijkt erop dat het rapport in ieder geval zijn uitwerking inmiddels niet heeft gemist; het zal overigens ook in de toekomst nog een rol kunnen spelen. Want de laatste aanbeveling (nr. 22) die de Commissie heeft gedaan is om twee jaar na inwerkingtreding van de aanbevelingen een evaluatie te doen uitvoeren die tot doel heeft vast te stellen op welke wijze invulling is gegeven aan de aanbevelingen en wat daarvan de effecten zijn geweest. Wellicht dus een nieuwe evaluatiecommissie in de herfst van 2008?

<sup>64</sup>) Brief van de Minister van Justitie, mede namens de Minister van Defensie, aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, d.d. 31 augustus 2006 (Kamerstukken II 2005-2006, 30 300 X, nr. 136), inhoudende aanbieding van het Rapport van de Commissie evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij uitzendingen.

## *Bijlage, Aanbevelingen*

Hieronder worden de aanbevelingen van de Commissie integraal weergegeven.

### *Aanbevelingen wettelijk kader*

1. Informeer militairen altijd voldoende over de context waarin zij opereren en de mogelijke juridische gevolgen daarvan (toepasselijkheid van de strafuitsluitingsgrond van artikel 38 Wetboek van Militair Strafrecht én van strafverzwaringen). Dit houdt in dat elke uit zenden militair voorafgaand aan en tijdens deelname aan militaire operaties frequent wordt geïnformeerd over de aard en het doel van de militaire operatie en over relevante bepalingen in de daarvoor vastgestelde Rules of engagement.

2. In het vervolgingsbeleid – dat in overleg tussen het Openbaar Ministerie en Defensie tot stand komt – terzake geweldgebruik tijdens militaire operaties, wordt de strafuitsluitende werking van geweldsinstructies opgenomen als grond om van vervolging af te zien. Dit impliceert dat voorafgaand aan elke militaire operatie duidelijkheid bestaat over de inhoud van de geweldsinstructies en het kader waarbinnen de vervolgingsbeslissing wordt genomen.

3. De wetgever onderzoekt op welke wijze – in aanvulling op het bestaande wettelijk kader – kan worden voorzien in een op de huidige en toekomstige vormen van inzet van Nederlandse militairen toegesneden specifieke wettelijke bepaling waarin de legitimatie van geweldgebruik conform de geweldsinstructies wordt opgenomen. In het onderzoek wordt het navolgende voorstel voor een wettelijke bepaling in overweging genomen: “Niet strafbaar is de militair die geweld gebruikt in de rechtmatige uitoefening van zijn taak tot handhaving of bevordering van de internationale rechtsorde en in overeenstemming met de regels die voor de uitvoering van deze taak zijn vastgesteld 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.”

### *Aanbevelingen procedures*

4. Defensie stelt een formele regeling op waarin wordt voorzien dat een militair, voorafgaand aan zijn deelname aan een militaire operatie een instructiekaart geweldgebruik krijgt uitgereikt met daarop in klare taal de voor hem geldende bepalingen over het gebruik van geweld.

5. De commandant van de militair wordt in het opsporingsonderzoek als getuige gehoord indien, gedurende een militaire operatie, een militair van zijn eenheid tijdens de uitvoering van militaire taken handelingen verricht die een vermoeden van een ernstig strafbaar feit opleveren.

6. De officier van Justitie overlegt persoonlijk, voorafgaand aan zijn besluit een van een strafbaar feit verdachte militair naar Nederland over te laten brengen, met de commandant van de militair.

7. Indien de officier van Justitie het noodzakelijk vindt dat een verdachte militair in het belang van het opsporingsonderzoek en/of de uitvoering van de (voortgezette) vrijheidsbeneming naar Nederland terugkeert en de commandant van de militair niet bereid is daaraan mee te werken, neemt de officier van Justitie contact op met de hoofdofficier van Justitie. De hoofdofficier bespreekt de terugkeer met de directeur Operaties bij de Commandant der Strijdkrachten. Indien Defensie ook daarna niet bereid is aan de terugkeer mee te werken, kan de officier van Justitie niettemin - gebruikmakend van zijn bevoegdheid - opdracht geven tot overbrenging.

8. De afspraak tussen Defensie en het Openbaar Ministerie te Arnhem dat het Openbaar



Ministerie te Arnhem op snelle en eenvoudige wijze over geweldsinstructies kan beschikken, wordt geformaliseerd. Rules of engagement zijn daarbij inbegrepen.

9. Tijdens een huishoudelijk onderzoek wordt nadrukkelijk rekening gehouden met de bijzondere positie van de betrokken militair als bron van informatie in relatie tot een mogelijk later in te stellen strafrechtelijk onderzoek.

10. Voorafgaand aan een militaire operatie worden in een formeel overleg tussen de commandant, de detachementscommandant Koninklijke Marechaussee en de officier van Justitie, afspraken gemaakt over de wijze waarop, door wie, en wanneer gedurende de operatie wordt gecommuniceerd.

11. De nota van 28 mei 1998 van het Openbaar Ministerie te Arnhem betreffende aanwijzingen ten behoeve van de opsporing en behandeling van militaire en commune misdrijven met militair aspect, wordt herzien.

#### *Aanbevelingen kennis en kunde*

12. De commandant Koninklijke Marechaussee maakt zichtbaar op welke wijze, tot welk niveau, met welke voorzieningen en in welke fasering hij de kwaliteit van de opsporingsonderzoeken en het ervaringsniveau van de opsporingsambtenaren verbetert.

13. De militair die als commandant zal deelnemen aan een militaire operatie in het buitenland, neemt voorafgaand daaraan deel aan een nader door Defensie te bepalen cursus straf- en strafprocesrecht.

14. De taken, verantwoordelijkheden, bevoegdheden en de opleidings- en ervaringseisen van de bij het bureau Verbindingsofficieren voor de Krijgsmacht werkzame functionarissen worden door Defensie en de hoofdofficier te Arnhem geëvalueerd en vervolgens gezamenlijk (opnieuw) vastgesteld. De functieinformatieformulieren worden vastgesteld. Het vastgestelde functieinformatieformulier wordt aan de gedetacheerde militair uitgereikt.

15. Alvorens de functie verbindingsofficier voor de Krijgsmacht aan een militair toe te wijzen, wordt de hoofdofficier te Arnhem tijdig in de gelegenheid gesteld daarover een advies aan Defensie uit te brengen.

#### *Aanbevelingen communicatie en cultuur*

16. Defensie, het Openbaar Ministerie en de Koninklijke Marechaussee stellen een protocol op met betrekking tot het informeren van de pers en het publiek over publiciteitsgevoelige incidenten.

17. Het besef bij militairen dat iedereen die geweld gebruikt daarvoor verantwoording dient af te leggen wordt door Defensie vergroot.

18. Het begrip bij militairen voor de uitvoering door de Koninklijke Marechaussee van de militaire politietaak wordt door Defensie vergroot.

19. Bij grotere militaire operaties of als dit om andere reden geraden lijkt, is de rang van de van het detachement van de Koninklijke Marechaussee deeluitmakende hulpofficier van Justitie tenminste kapitein.

20. Ter verdere verbetering van de communicatie en afstemming tussen Openbaar Ministerie, Koninklijke Marechaussee en Defensie vindt bij militaire operaties op structurele basis overleg plaats tussen de procureur-generaal, de commandant der Strijdkrachten en de commandant Koninklijke Marechaussee. Dit overleg wordt mede gevoed door informatie en voorstellen afkomstig uit de driehoeksoverleggen op lager niveau.

21. Het Openbaar Ministerie en de Koninklijke Marechaussee maken inzichtelijk welke informatie, in welke gevallen mag worden verstrekt aan de commandant.

*Tot slot*

22. Tot slot beveelt de Commissie aan twee jaar na inwerkingtreding van de aanbevelingen een evaluatie te doen uitvoeren die tot doel heeft vast te stellen op welke wijze invulling is gegeven aan de aanbevelingen en wat daarvan de effecten zijn geweest.

---