

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie

Jaargang C

april 2007

Aflevering

4

INHOUD

Bijdragen

Recht op leven voor ‘opposing forces’: rechtvaardiging van geweldstoepassing in vredesmissies onder artikel 2 EVRM, door mr. D.F. de Bijl, LL.M.....	97
Opmerkelijke zaken. Het OM niet en evenmin de rechter, door prof. Mr. G.L. Coolen	111

Strafrechtspraak

Ah 29.12.06. Dienstweigering Afghanistan 2 Militair geeft in de periode dat zijn eenheid zich voorbereidt op uitzending naar Afghanistan zijn commandanten meerdere malen te kennen dat hij weigert mee te gaan naar Afghanistan. Rechtbank verklaart dienstweigering bewezen en verwerpt beroepen op strafuitsluitingsgronden. Veroordeling tot gevangenisstraf voor de duur van twee maanden.....	114
---	-----

Bestuursrechtspraak

Rb Den-Haag Is een ongeval tijdens de “Groene Dagen” een dienstongeval? 15.12.2006. De Staatssecretaris van Defensie heeft het aan een adjudant van de KLu overkomen ongeval met ernstig nekletsel aangemerkt als een bedrijfsongeval. De rechtbank verklaart het ter zake ingestelde beroep gegrond: er is sprake van een dienstongeval (Naschrift W.J.S.).....	120
--	-----

Opmerkingen en mededelingen

Liber Amicorum Simon Stolwijk.....	128
------------------------------------	-----

BIJDRAGEN

Recht op leven voor ‘opposing forces’?: rechtvaardiging van geweldstoepassing in vredesmissies onder artikel 2 EVRM

door

MR. D.F. DE BIJL LL.M.

1. Inleiding

De toepassing van dodelijk geweld door ‘law enforcement officials’ ter uitvoering van de aan hen opgedragen taken (‘functioneel geweldgebruik’¹) wordt onder andere genormeerd door het strafrecht en door de rechten van de mens. Een belangrijk verschil is gelegen in het ‘voorwerp’ van de aansprakelijkstelling: waar het strafrecht de gedragingen van de individuele politieagent of militair met straf bedreigt wanneer deze in strijd zijn met de wettelijke regels voor geweldgebruik, kent het mensenrechtenrecht de individuele burger een recht op leven toe zodat hij (of zijn nabestaanden) de Staat aansprakelijk kan stellen voor een schending van dat recht indien de geweldstoepassing niet te rechtvaardigen is. In dat geval is het optreden van ‘de Staat’ voorwerp van rechterlijke toetsing. Staatsaansprakelijkheid kan in de nationale rechtsorde gevestigd worden op grond van de bepaling inzake onrechtmatig handelen, artikel 6:162 BW; de civiele rechter in ’s-Gravenhage is dan de eerste rechterlijke instantie die een oordeel geeft over de rechtvaardiging van de geweldstoepassing.

Deze bijdrage gaat over de normering van geweldstoepassing door artikel 2 Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM), dat het recht op leven voor een ieder erkent. In deze bijdrage wordt nagegaan welke normen op grond van artikel 2 EVRM van toepassing zouden kunnen zijn op de toepassing van dodelijk geweld door militairen in een vredesmissie. Daartoe wil ik eerst een schets geven van de normen die gelden voor ‘domestic law enforcement operations’. Vervolgens wil ik een beeld geven van de enigszins afwijkende normen die gelden voor ‘military operations’.

Alvorens een beschouwing te geven van het beoordelingskader van artikel 2, moet enige uitleg gegeven worden bij enkele gebruikte termen. In de eerste plaats de term ‘dodelijk geweld’; artikel 2 beheerst de toepassing van ‘potentieel dodelijk geweld’, geweld dat dodelijke slachtoffers kan veroorzaken. Het gaat zodoende om het bestaan van een substantiële kans dat de geweldstoepassing leidt tot de dood van een persoon, en niet of er daadwerkelijk een persoon overleden is als gevolg van de geweldstoepassing.²) Het gebruik van vuurwapens zal in de meeste gevallen zo een kans met zich meebrengen.³)

¹) Zie P.A.L. Ducheine en G.F. Walgemoed, Militairen na ‘rake zaken’: de strafrechtelijke positie van militairen na functioneel geweldgebruik, MRT 2004, p.309 – 324, p. 309.

²) EHRM 20 december 2004, Makaratzis v. Greece, paragraaf 49. Alle uitspraken van het EHRM (zowel de volledige tekst van de uitspraak als een samenvatting daarvan in een ‘pressrelease’) zijn te vinden via <http://cmispk.echr.coe.int/>.

³) EHRM 23 februari 2006, Tzekov v. Bulgarije, paragraaf 64. In deze zaak werd het gebruik van plastic ‘stop cartridges’ beoordeeld onder artikel 3, op grond waarvan een zelfde noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets plaatsvindt.

In de tweede plaats de term ‘law enforcement officials’; deze term behelst overheidspersoneel (‘State agents’) met opsporingsbevoegdheden en met bevoegdheden de openbare orde te handhaven. De hoedanigheid van dat personeel kan civiel zijn (de ‘gewone’ politie) of militair. Ook kan het gaan om militairen die geen opsporingsambtenaar zijn en door enkel geweldgebruik de rechtshandhaving ondersteunen.⁴⁾ Dit sluit aan bij de derde term: ‘domestic law enforcement operations’ betreffen dat optreden van ‘law enforcement officials’, namelijk rechtshandhaving. Met ‘military operations’ worden bedoeld vormen van optreden die te beschouwen zijn als gevechtsacties.

2. Domestic law enforcement operations

2.1. Beoordelingskader

Artikel 2 EVRM luidt voor zover van belang voor geweldstoepassing:

“1. Everyone’s right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally (...)

2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:

(a) in defence of any person from unlawful violence;

(b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;

(c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.”

Een ‘beperking’ van het recht op leven, door de toepassing van dodelijk geweld door ‘law enforcement officials’ moet gerechtvaardigd zijn onder het tweede lid: dit betekent dat de geweldstoepassing ‘no more than absolutely necessary’ moet zijn ter bereiking van de in het tweede lid van artikel 2 opgesomde doelcriteria, namelijk noodweer (sub a), het uitvoeren van een arrestatie (sub b) en het onderdrukken van een oproer of opstand (sub c).

Voor het EHRM betekent die eis dat ‘recourse to lethal force’ en daarmee de kans op verlies van leven geminimaliseerd moet worden en verder dat de autoriteiten niet ‘negligent in their choice of action’ mogen zijn. Deze formuleringen blijven nog redelijk abstract. Meer concreet gesteld: het leven van verdachten mag niet meer in gevaar gebracht worden dan noodzakelijk is (een proportionaliteitstoets), waarbij nagegaan wordt hoe de situatie waarin de geweldstoepassing plaatsvond is ontstaan (een beoordeling of de autoriteiten op enig moment nalatig zijn geweest). In het beoordelingskader komen een aantal elementen van de geweldstoepassing aan de orde; ‘all the surrounding circumstances’ van de daadwerkelijke geweldstoepassing worden beoordeeld.⁵⁾ Ten aanzien van de daadwerkelijke geweldstoepassing vindt een noodzakelijkheidstoets en een (‘eigenlijke’) proportionaliteitstoets plaats (of een dreiging bestond en of de reactie op die dreiging in verhouding stond tot die dreiging).

Hoewel de hierboven weergegeven formuleringen lijken te wijzen op een strenge be-

⁴⁾ De militairen van de Bijzondere Bijstandseenheden van de Krijgsmacht zijn over het algemeen geen opsporingsambtenaar; zie echter het Besluit buitengewoon opsporingsambtenaar DSI 2006 (Staatscourant 124, 2006).

⁵⁾ EHRM 7 september 1995, McCann and others v. the UK (Grand Chamber judgement), paragraaf 150.

oordeling waarin geweldsminimalisatie een belangrijke rol speelt, is er eerder sprake van een redelijkheidstoets. Het EHRM komt bijvoorbeeld tot het oordeel dat het ‘honest belief’ omtrent de dreiging van de ‘law enforcement official’ niet onredelijk was en dat ‘reasonably believed’ mocht worden dat de geweldstoepassing in reactie op die dreiging noodzakelijk was. Een reden hiervoor is dat het EHRM niet te veel met de ‘benefit of hindsight’ wil oordelen over wat achteraf gezien de beste manier van handelen zou zijn geweest.⁶ Een redelijkheidstoets is gezien die houding meer op zijn plaats.

2.2. *Beoordeling op meerdere niveaus*

De beoordeling van het EHRM vindt op meerdere niveaus plaats; beoordeeld worden behalve de daadwerkelijke geweldstoepassing door de ‘law enforcement official’, de beslissing omtrent het bestaan van een dreiging en de reactie daarop, de ‘planning and control’ van de operatie⁷) waarbinnen de geweldstoepassing plaatsvond, en het wettelijk kader dat in de nationale rechtsorde de geweldstoepassing beheerst.

Op ieder niveau kan een schending van artikel 2 EVRM gevonden worden. In de zaak *McCann and others v. UK* oordeelde het EHRM dat de schending van artikel 2 niet gelegen was in het optreden van de SAS-leden, maar in de ‘planning and control’ van de operatie. De zaak betrof de geweldstoepassing door militairen van de SAS. Zij hadden drie IRA-verdachten doodgeschoten omdat zij meenden dat de verdachten met behulp van een ‘button job’ een autobom wilden laten afgaan. Die geweldstoepassing werd door het EHRM gerechtvaardigd geacht nu deze gebaseerd was op een ‘honest belief, perceived for good reasons’. Echter, op het niveau van de ‘planning and control’ werd ‘de autoriteiten’ een verwijt gemaakt: ‘de autoriteiten’ hadden verzuimd de IRA-leden op een eerder moment te arresteren en hadden te weinig pogingen gedaan om de plannen en mogelijkheden van de verdachten te verifiëren alvorens de SAS-leden te ‘briefen’ dat de bomaanslag gepleegd zou worden met een ‘button job’.

De beoordeling van de ‘planning and control’ betreft zodoende een wat hoger niveau van optreden en beslissen, namelijk van de hogere echelons van de autoriteiten. Aangaande de ‘planning and control’ stelt het EHRM dat deze de toepassing van dodelijk geweld niet onvermijdelijk mag maken.⁸) Beoordeeld wordt onder andere of de operatie blijk geeft van voldoende pogingen om tot een vreedzame oplossing van de situatie te komen (bijvoorbeeld door de inzet van een onderhandelaar), en of de informatievoorziening (vergaring en analyse) adequaat is geweest. Wanneer besloten wordt tot de inzet van een interventie-eenheid, zouden de tactiek en de uitrusting van de interventie-eenheid in beginsel moeten voorzien in de mogelijkheid tot niet-dodelijk optreden.⁹) Een belangrijk aspect van de ‘planning and control’ is het ‘operationeel kader’; de ‘law enforcement officials’ moeten in een ‘chain of command’ opgenomen worden, om te voorkomen dat ze een ‘wide autonomy of action’ hebben en dat ‘unconsidered initiatives’ genomen worden.¹⁰)

⁶) Zie bijvoorbeeld EHRM 9 oktober 1997, *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, paragraaf 181 en EHRM 17 maart 2005, *Bubbins v. the UK*, paragraaf 147.

⁷) EHRM 7 september 1995, *McCann and others v. the UK* (Grand Chamber judgement).

⁸) *ibidem*, paragraaf 210.

⁹) EHRM 25 april 2006, *Erdoğan and others v. Turkey*, paragraaf 79; EHRM 19 september 2006, *Sultan Karabulut v. Turkey*, paragraaf 66.

¹⁰) EHRM 20 december 2004, *Makaratzis v. Greece*, paragraaf 68 en 70.

Er moet ook een nationaal wettelijk kader zijn dat de toepassing van dodelijk geweld beheerst. Het EHRM stelt dat de situaties waarin en de voorwaarden waaronder dodelijk geweld toegepast kan worden aangegeven moeten worden, zodat bescherming bestaat tegen ‘arbitrariness and abuse of force’.¹¹⁾ Aangesloten zou moeten worden bij ‘international legal materials’ zoals de UN ‘Code of Conduct’¹²⁾ en de UN ‘Basic Principles’.¹³⁾ De afwezigheid van een wettelijk kader levert in de meeste gevallen een schending van artikel 2 op,¹⁴⁾ nu het instellen van een wettelijk kader gezien wordt als een ‘positive obligation’.¹⁵⁾ Training van de ‘law enforcement officials’ in geweldstoepassing volgens het wettelijk kader is ook een ‘positive obligation’.

2.3. *Proportioneel geweldgebruik*

Proportioneel geweldgebruik vereist allereerst een dreiging voor de ‘law enforcement officials’ of voor derden (ieder doelcriterium wordt zo geïnterpreteerd dat er een ‘threat’, geweld of een dreiging met geweld, moet zijn als noodzakelijkheidsvereiste). Wanneer de ‘law enforcement official’ in zijn beoordeling van de situatie komt tot een ‘honest belief, perceived for good reasons’ omtrent het bestaan van die dreiging, is in beginsel geweldstoepassing gerechtvaardigd. De beoordeling door het EHRM geschiedt niet strikt: ook al is er geen bewijs dat de ‘impression’ van de ‘law enforcement official’ ondersteunt, dan kan het oordeel toch als niet ‘unreasonable’ worden beschouwd.¹⁶⁾

Problematisch zijn de situaties van geweldstoepassing waarin niet een directe dreiging bestaat, maar waar een meer ‘operationeel belang’ geweldstoepassing vereist, zoals het stoppen van een voertuig om het enkele feit dat de bestuurder van dat voertuig een check point negeert, het op afstand houden of uit elkaar drijven van een menigte (‘Crowd and Riot Control’), of het weren van personen uit een veiligheidszone, zonder dat een directe dreiging bestaat voor de ‘law enforcement officials’ of voor derden. Een dergelijk ‘operationeel belang’ rechtvaardigt volgens het EHRM niet de toepassing van dodelijk geweld. In geval van een arrestatie bijvoorbeeld stelt het EHRM dat verlies van een mogelijkheid tot arrestatie niet opweegt tegen het recht op leven van de verdachte, waar het niet gaat om een verdenking van een geweldsdelict of om een gewelddadige verdachte.¹⁷⁾ In die situaties kan geweldstoepassing met ‘non lethal weapons’ mogelijk-kerwijs schending van artikel 2 voorkomen, maar het gebruik van die ‘non lethal’ middelen kan, wanneer die ernstig letsel veroorzaken, in strijd komen met artikel 3.¹⁸⁾

¹¹⁾ *ibidem*, paragraaf 58.

¹²⁾ Code of Conduct for Law Enforcement Officials (Adopted by General Assembly resolution 34/196 of 17 December 1979 (<http://www.ohchr.org/english/law/codeofconduct.htm>)).

¹³⁾ Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials (Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990) (<http://www.ohchr.org/english/law/firearms.htm>).

¹⁴⁾ Zie bijvoorbeeld EHRM 20 december 2004, *Makaratzis v. Greece*, paragrafen 62 en 71 en EHRM 23 februari 2006, *Tzekov v. Bulgaria*, paragraaf 53.

¹⁵⁾ Een ‘positive obligation’ betekent dat ‘the securing of those rights requires the State to take steps to ensure their observation’; Clare Ovey/Robin C. A. White, *Jacobs and White: the European Convention on Human Rights*, fourth edition, Oxford, 2006, p.51.

¹⁶⁾ EHRM 14 september 2004, *Oláh v. Hungary* (admissibility decision).

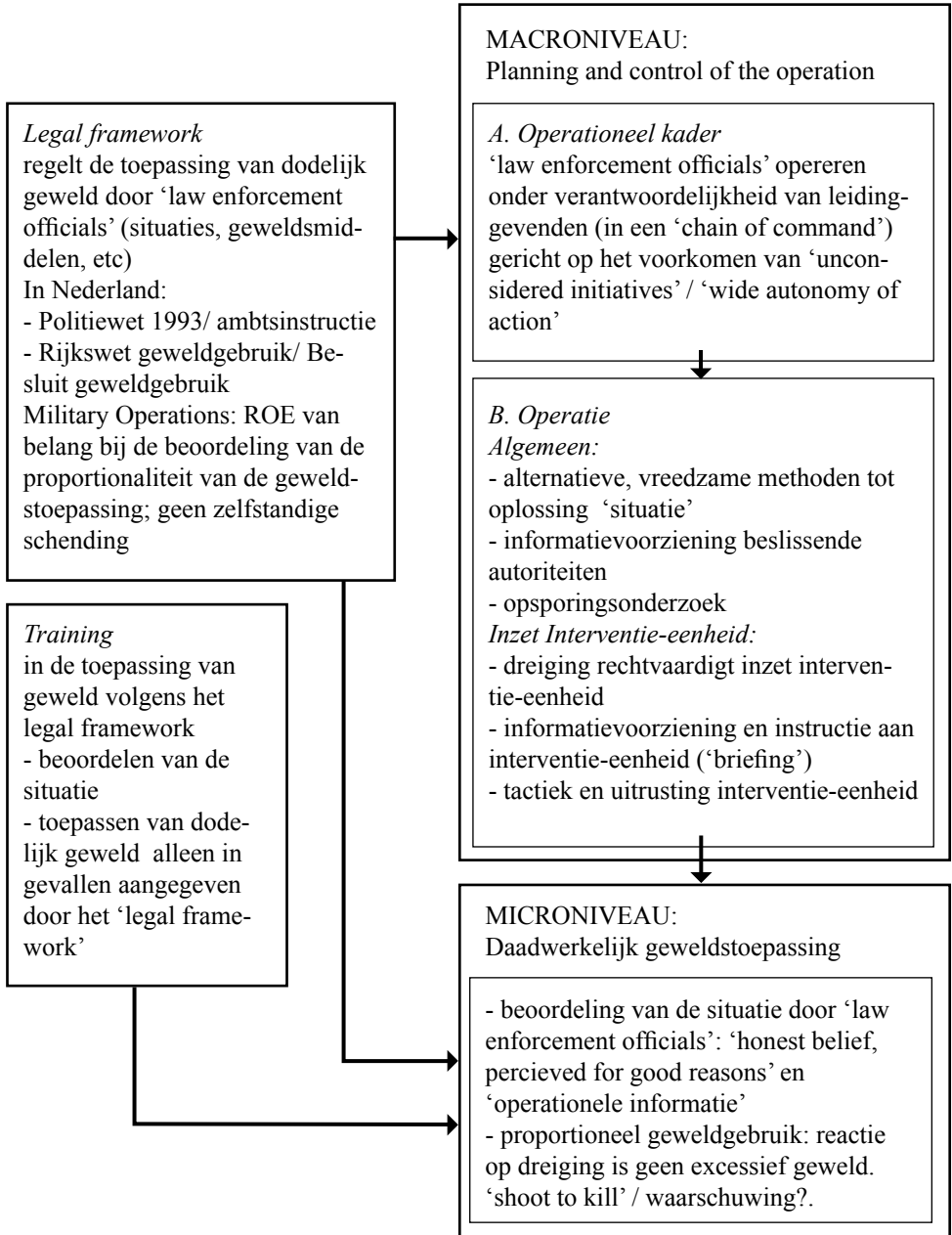
¹⁷⁾ EHRM 26 februari 2004, *Nachova v. Bulgaria*, paragraaf 105.

¹⁸⁾ EHRM 23 februari 2006, *Tzekov v. Bulgaria*, paragraaf 66. Artikel 3 beschermt de fysieke integriteit van personen door een verbod op foltering en onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen. Wanneer bij een aanhouding disproportioneel geweld gebruikt wordt dat een minimum ‘level of severity’ overschrijdt, is er sprake van een schending van artikel 3 (er is sprake van onmenselijke behandeling).

Figuur 1: beoordelingskader op grond van artikel 2 EVRM

POSSITIVE OBLIGATIONS

TOEPASSING VAN DODELIJK GEWELD



Wanneer er wel een dreiging aangenomen kan worden, wordt beoordeeld of de geweldstoepassing als reactie op die dreiging proportioneel is of althans niet excessief is. Die beoordeling hangt mede af van de mate van dreiging waarmee de ‘law enforcement officials’ geconfronteerd werden; het middel moet gerechtvaardigd zijn gezien het doel. Wanneer er sprake is van een (putatieve) noodweersituatie, geweldstoepassing door ‘law enforcement officials’ als reactie op geweld, zal niet snel een schending van artikel 2 gevonden worden. Neutralisatie van de persoon die de dreiging vormt kan geschieden met vuurwapens; niet behoeven eerst ‘non lethal’ middelen ingezet te worden.¹⁹⁾ Het geven van een waarschuwing is in een noodweersituatie niet vereist, hoewel dat gegeven wel een element in de beoordeling lijkt te zijn.²⁰⁾

In de meeste situaties worden vuurwapens door ‘law enforcement officials’ gebruikt om een dreiging te ‘neutraliseren’, zonder het voornemen te doden, ook al bestaat een substantiële kans dat er een dodelijk slachtoffer valt; het intreden van de dood is dan een ‘involuntary’ gevolg van de geweldstoepassing. Een ‘shoot to kill beleid’ betreft wel een voornemen om dodelijk geweld toe te passen om de persoon volledig te immobiliseren. Het EHRM lijkt een ‘shoot to kill beleid’ te accepteren ter bescherming van het leven van de ‘law enforcement officials’ en derden; iedere kans dat de verdachte een gevaar blijft vormen kan uitgesloten worden door hem dood te schieten.²¹⁾ Wel is van belang dat het besluit te schieten om te doden genomen wordt in de concrete situatie door de ‘law enforcement officials’; een ‘vooropgezet’ ‘shoot to kill beleid’ lijkt strijdig met artikel 2.

3. Artikel 2 EVRM in de ‘Isayeva zaken’²²⁾

3.1. feiten

De ‘Isayeva zaken’ gaan over het optreden van het Russische leger tegen Tsjetsjeense rebellen eind 1999 begin 2000 (volgens de Russische autoriteiten betrof het ‘law enforcement operations’). De Isayeva zaak betrof een grootschalige aanval op rebellen die vanuit Grozni de bergen in het zuiden van Tsjetsjenië probeerden te bereiken; zij wisten een dorp op die route, Katyr-Yurt, in te nemen. Daarop lanceerde het Russische leger een operatie om de rebellen te ‘eliminieren’ (‘conducting the military stage of the counter-terrorist operation’²³⁾); de posities van de rebellen werden onder andere bestookt door gevechtsvliegtuigen en artillerie. De klaagster is een inwoner van het dorp die door een bombardement van SU-25 ‘Frogfoot’ gevechtsvliegtuigen familieleden verliest, juist toen zij gebruikt maakten van de door het leger aangekondigde humanitaire corridor. De Isayeva, Yusupova and Bazayeva zaak betrof een aanval van twee SU-25 gevechtsvliegtuigen, en ook hier worden

¹⁹⁾ Wel wijst het EHRM op de ‘algemene’ mogelijkheid van ‘non lethal weapons’. EHRM 25 april 2006, Erdoğan and others v. Turkey, paragraaf 79; EHRM 19 september 2006, Sultan Karabulut v. Turkey, paragraaf 66.

²⁰⁾ EHRM 25 april 2006, Erdoğan and others v. Turkey, paragraaf 79.

²¹⁾ EHRM 9 oktober 1997, Andronicou and Constantinou v. Cyprus, paragraaf 192. In de zaak McCann and others v. the UK plaatste het EHRM nog een kritische noot plaats bij de ‘drills’ van de SAS-leden (een ‘reflex action’ die niet thuishoorde in een democratische samenleving); gesteld werd dat terroristen mogelijk enkel verwond zouden kunnen worden om te voorkomen dat ze hun bom af zouden laten gaan (paragraaf 212). De ‘dissenting Judges’ merken daarover op dat dat een ‘highly dangerous course’ zou zijn geweest.

²²⁾ EHRM 24 februari 2005, Isayeva v. Russia en van dezelfde datum Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia.

²³⁾ EHRM 24 februari 2005, Isayeva v. Russia, paragraaf 66.

burgers die gebruik maken van een humanitair corridor getroffen. Volgens het leger was de aanval gericht op twee trucks met rebellen die de vliegtuigen bestookten met zwaar kaliber machinegeweren; de piloten reageerden met het afvuren van twaalf (ongeleide) 240 mm S-24 raketten. Erkend wordt dat burgers getroffen zijn, maar dat geen verwijt gemaakt kan worden aan de vliegers, nu de voertuigen waarin de burgers zaten, pas verschenen toen de raketten al afgevuurd waren. De klagers, die familieleden verloren in de aanval, stellen dat er geen rebellen waren en dat de gevechtsvliegtuigen een duidelijk als zodanig gemarkeerd Rode Kruis konvooi aanvielen.

3.2. *Beoordeling onder artikel 2*

Het EHRM behandelt de zaken onder artikel 2; de normale beginselen inzake dat artikel worden aangehaald maar de beoordeling wijkt af van een ‘normale artikel 2 zaak’. Het EHRM oordeelt dat de inzet van het Russische leger als ‘exceptional measure’ gerechtvaardigd was gezien de situatie in Tsjetsjenië.²⁴⁾ In de Isayeva zaak acht het EHRM de aanwezigheid van een ‘very large group of armed fighters in Katyr-Yurt, and their active resistance to the law-enforcement bodies’ een mogelijke rechtvaardiging voor de toepassing van dodelijk geweld.²⁵⁾ Wel wordt opgemerkt dat de beoordeling van de zaak moet geschieden tegen een ‘normal legal background’.²⁶⁾ In de Isayeva, Yusupova and Bazayeva zaak wordt de aanval op de gevechtsvliegtuigen een mogelijke rechtvaardiging voor de geweldstoepassing geacht (vraag blijft daarmee of het enkele feit dat rebellen gesignaleerd werden, ook zou volstaan voor het uitvoeren van een aanval).²⁷⁾

Hoewel het EHRM stelt dat er een balans gevonden moet worden ‘between the aim pursued and the means employed to achieve it’, blijkt dat beoordeling ‘whether the planning and conduct of the operation were consistent with Article 2 of the Convention’²⁸⁾ voornamelijk gericht is op de bescherming van de burgerbevolking tegen de gevolgen van de geweldstoepassing. Het EHRM overweegt dat staatsaansprakelijkheid aangenomen kan worden wanneer niet ‘all feasible precautions in the choice of means and methods of a security operation’ genomen worden om ‘incidental loss of civilian life’ te voorkomen of althans te minimaliseren.²⁹⁾

Het EHRM komt tot de conclusie dat die norm niet gehaald wordt: de operatie was niet gepland en uitgevoerd met ‘the requisite care for the lives of the civilian population’.³⁰⁾ In de Isayeva zaak is de meest fundamentele kritiek gericht op de ‘means and methods of attack’: volgens het EHRM zijn ‘indiscriminate weapons within a populated area’ gebruikt, zonder dat er maatregelen genomen werden om de burgers te evacueren of althans hen vooraf te waarschuwen.³¹⁾ In de Isayeva, Yusupova and Bazayeva zaak oordeelt het EHRM

²⁴⁾ EHRM 24 februari 2005, *Isayeva v. Russia*, paragraaf 180, EHRM 24 februari 2005, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, paragraaf 178.

²⁵⁾ EHRM 24 februari 2005, *Isayeva v. Russia*, paragraaf 180.

²⁶⁾ *ibidem*, paragraaf 191.

²⁷⁾ EHRM 24 februari 2005, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, paragraaf 178.

²⁸⁾ EHRM 24 februari 2005, *Isayeva v. Russia*, paragraaf 181.

²⁹⁾ EHRM 24 februari 2005, *Isayeva v. Russia*, paragraaf 176 met verwijzing naar EHRM 28 juli 1998, *Ergi v. Turkey*, paragraaf 79. EHRM 24 februari 2005, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, paragraaf 177.

³⁰⁾ EHRM 24 februari 2005, *Isayeva v. Russia*, paragraaf 200, EHRM 24 februari 2005, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, paragraaf 199.

³¹⁾ EHRM 24 februari 2005, *Isayeva v. Russia*, paragraaf 189.

dat ‘the military used an extremely powerful weapon for whatever aims they were trying to achieve’;³²) de S-24 raketten die gebruikt werden hadden een ‘damage radius’ van 300 meter en zorgden voor 4000 ‘pieces of shrapnel’ wanneer zij explodeerden. Daardoor was iedereen in de nabijheid in ‘mortal danger’. Het exacte aantal burgerslachtoffers is niet bekend, maar het EHRM gaat uit van ‘apparent disproportionality in the weapons used’.³³)

Het EHRM ziet ook andere problematische aspecten van de operatie. In beide zaken had het bestaan van een humanitair corridor moeten leiden tot terughoudendheid in het uitvoeren van gevechtsacties. In de Isayeva, Yusupova and Bazayeva zaak was de afwezigheid van een ‘forward air controller’ een voorwerp van zorg;³⁴) een factor die er mede toe leidde dat burgers eerder ‘perceived as suitable targets by military pilots’ zouden worden.³⁵) In beide zaken werd niet voldaan aan de ‘positive obligation’ om een ‘legal framework’ de operaties te laten beheersen. In de Isayeva zaak werd gewezen op een bepaling in het ‘Military Manual’: ‘Shame on the commander who, fearing responsibility, fails to act and does not involve all forces, measures and possibilities for achieving victory in battle’.³⁶) In de Isayeva, Yusupova and Bazayeva zaak ontbrak het ‘legal framework’.³⁷) Echter, dit betekende geen schending van de ‘positive obligations’ onder artikel 2 maar volgens het EHRM wel van belang voor de beoordeling van de proportionaliteit van de reactie van de vliegers op de ‘alleged attack’.³⁸)

3.3. *Commentaar*

De overwegingen waarmee het EHRM in de Isayeva zaak vast lijkt te willen houden aan een beoordeling van de geweldstoepassing tegen een ‘normal background’³⁹) doen wat merkwaardig aan; het lijkt aannemelijk dat het conflict in Tsjetsjenië de ‘threshold’ van gewapend conflict overschrijdt. Mogelijkerwijs dacht het EHRM er wijs aan te doen de kwalificatie van de Russische autoriteiten over te nemen (‘normale’ ‘law enforcement operations’) om zich zo niet al te zeer te mengen in de ‘domestic affairs’ van Rusland. Formeel juridisch heeft het EHRM gelijk: voor het invoeren van de derogatiebepaling in artikel 15 is kennisgeving aan de Raad van Europa vereist en verder het uitroepen van de noodtoestand in de nationale rechtsorde. Wanneer artikel 15 ingeroepen wordt, is derogatie van artikel 2 mogelijk; afwijkingen van dat artikel moeten wel ‘lawful acts of war’ zijn, wat een verwijzing lijkt naar het humanitair oorlogsrecht (HOR).

Het lijkt echter dat het EHRM toch de beoordelingsnormen ontleent aan het HOR, en met name aan het beginsel van onderscheid dat inhoudt dat burgers zoveel mogelijk ontzien moeten worden bij het uitvoeren van een aanval. Dit beginsel ligt besloten in artikel 48 Aanvullend Protocol I bij de Geneefse Conventies (AP I). Het EHRM gaat na in hoeverre het Russische leger moeite heeft gedaan om de burgerbevolking te ontzien, wat geformuleerd wordt als ‘precautions in the choice of means and methods of a security operation’.

³²) EHRM 24 februari 2005, Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia, paragraaf 197.

³³) *ibidem*.

³⁴) *ibidem*, paragraaf 188.

³⁵) *ibidem*, paragraaf 189.

³⁶) EHRM 24 februari 2005, Isayeva v. Russia, paragraaf 199.

³⁷) EHRM 24 februari 2005, Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia, paragraaf 198.

³⁸) *ibidem*.

³⁹) EHRM 24 februari 2005, Isayeva v. Russia, paragraaf 191. Zie ook de opmerking ‘outside war-time’ in die paragraaf.

Deze formulering vertoont gelijkenis met het tweede lid van artikel 57 AP I (aangaande ‘precautions in attack’) onder sub a (ii). Ook stelt het EHRM dat ‘massive use of indiscriminate weapons’ niet verenigbaar is met de ‘standard of care’ vereist voor een operatie waarin dodelijk geweld toegepast wordt. Een soortgelijke regel is ook terug te vinden in artikel 51 AP I, waarin ‘indiscriminate attacks’ verboden worden.

De kern van het verwijt van het EHRM aan de Russische autoriteiten is gelegen in het feit dat de burgerbevolking geëvacueerd had moeten worden of dat de ‘means and methods of attack’ gezien de aanwezigheid van burgers aangepast hadden moeten worden. Het gebrek aan ‘the prerequisite care for the lives of the civilian population’ in de operatie betekent een schending van artikel 2.⁴⁰⁾ Dit komt overeen met een belangrijke notie van het HOR, die eist dat maatregelen genomen worden om te voorkomen dat burgers in de ‘firing line’ terechtkomen.

De vraag is echter of daarmee de toepassing van dodelijk geweld jegens de ‘opposing forces’ gerechtvaardigd geacht kan worden; in de uitspraken wordt niet ingegaan op de vraag of de gebruikte middelen ‘significantly jeopardised the lives of the suspects’⁴¹⁾ (in casu de ‘opposing forces’). Het EHRM wordt ook niet gevraagd een oordeel te geven over de geweldstoepassing jegens de ‘opposing forces’; de klagers zijn nabestaanden van burgers die als ‘collateral damage’ slachtoffer geworden zijn van optreden van het Russische leger. De conclusie dat de geweldstoepassing niet gerechtvaardigd is onder artikel 2, nu niet voldoende maatregelen genomen zijn ter bescherming van de burgerbevolking, houdt niet in een oordeel over de toepassing van dodelijk geweld jegens de ‘opposing forces’.

Echter, de mogelijkheid dat het EHRM een nabestaande van een Tsjetsjeense opstandeling die een schending van artikel 2 claimt omdat ‘excessive force was used’ jegens de ‘opposing forces’, in het gelijk stelt lijkt mij niet heel reëel. In de beide zaken acht het EHRM de inzet van militaire middelen (waaronder artillerie en gevechtsvliegtuigen) ‘to suppress the illegal armed insurgency’ gezien de situatie in Tsjetsjenië gerechtvaardigd. Deze middelen scoren over het algemeen vrij hoog wanneer beoordeeld naar de mate waarin deze ‘jeopardised the lives of the suspects’. Verder wordt in de uitspraken niet verwezen naar de gevolgen van de aanvallen voor de ‘opposing forces’. Hieruit kan worden herleid dat de bestrijding van ‘opposing forces’ volgens de regels van het HOR kan geschieden, zodat de toepassing van dodelijk geweld jegens hen over het algemeen toegestaan zal zijn, ook in situaties van proactief optreden.

Daarbij, in een grootschalige conflict met een hoog geweldsniveau is het moeilijk iedere geweldstoepassing te beoordelen aan de hand van de ‘aim/means proportionality’. Het blijkt dat wanneer de militairen met een hoog niveau van geweld geconfronteerd worden, het EHRM de geweldstoepassing niet snel disproportioneel lijkt te beschouwen. In de zaak

⁴⁰⁾ In de uitspraak in de zaak *Ergi v. Turkey* (EHRM 28 juli 1998) oordeelde het EHRM dat ‘requisite care for the lives of the civilian population’ betekende dat ‘steps of precaution’ genomen moesten worden om te voorkomen dat burgers vast zouden komen te zitten (‘caught up’) in de gevechtsacties. Daarbij moest het optreden van de tegenpartij meegenomen worden in de ‘planning and control’ van de operatie: van de autoriteiten kon worden aangenomen dat zij terughoudend zouden reageren, van de ‘terroristen’ was deze terughoudendheid niet te verwachten. Zie ook EHRM 19 oktober 2006, *Kamer Demir and others v. Turkey*, paragraaf 36.

⁴¹⁾ EHRM 25 april 2006, *Erdoğan and others v. Turkey*, paragraaf 79.

Ahmet Özkan and others v. Turkey, waar Turkse gendarmes vanuit een dorp beschoten worden door PKK-strijders (35 hulzen en 3 AK-47 Kalashnikovs werden in het dorp gevonden), beoordeelt het EHRM ‘the security forces’ tactical reaction’ op die beschieting mede aan de hand van het feit ‘that, apart from Abide Akin, no civilians were injured as a result of the security forces’ intensive firing.’⁴²⁾ Geoordeeld wordt dat de reactie van gendarmes niet beschouwd kan worden als ‘entailing a disproportionate degree of force’; ‘intensive firing’ met automatische wapens en RPG’s als reactie op 35 met een Kalashnikov geloste schoten is niet disproportioneel. De opvatting van het EHRM lijkt te zijn dat de rechtvaardiging van de toepassing van dodelijk geweld in situaties die als gevechtsacties te beschouwen zijn afhangt van de gevolgen van die geweldstoepassing voor de burgerbevolking; minder wordt beoordeeld of die geweldstoepassing als middel proportioneel is met het doel (‘aim/means proportionality’).

3.4. Conclusie

In beide zaken wordt de kern van de schending van artikel 2 gevormd door de overweging dat de Russische autoriteiten de aanvallen niet hadden mogen uitvoeren gezien de aanwezigheid van burgers; waar die operaties wel uitgevoerd werden hadden de ‘means and methods of the attack’ aangepast moeten worden aan de aanwezigheid van de burgers, zodat onderscheid gemaakt kon worden tussen burgers en ‘opposing forces’. Het bestaan van een humanitaire corridor had moeten leiden tot een onderbreking van de operaties in het gebied of althans moeten leiden tot terughoudendheid bij het uitvoeren van aanvallen. De schending van artikel 2 is gelegen in het ontbreken van ‘requisite care’ voor de levens van burgers bij de geweldstoepassing. Gesteld kan worden dat het EHRM deze beginselen afleidt uit het HOR. Daarmee kan ook worden aangenomen dat wanneer gevechtsacties plaatsvinden, er geen recht op leven bestaat voor ‘opposing forces’ zolang zij zich verzetten.

4. Artikel 2 EVRM in vredesmissies

Het beoordelingskader van artikel 2 zou een bijdrage kunnen leveren aan de normering van de toepassing van dodelijk geweld door militairen in vredesmissies,⁴³⁾ nu daarmee een min of meer coherent systeem van internationale normen voor geweldstoepassing de toepassing van dodelijk geweld in die missies gaat beheersen.

Allereerst moet daarbij gesteld worden dat artikel 1 de toepassing van het EVRM aan de ‘jurisdictie’ van de Staat relateert. Uit de jurisprudentie van het EHRM is nog geen eenduidig beeld ontstaan of door het uitvoeren van militaire operaties buiten het eigen land een Staat jurisdictie verkrijgt in het gebied waar de operatie uitgevoerd wordt.⁴⁴⁾ Dit formele

⁴²⁾ EHRM 6 april 2004, Ahmet Özkan and others v. Turkey, paragraaf 305.

⁴³⁾ Dick Leurlijk onderscheidt zes verschillende typen missies waaronder robuuste peacekeeping en inzet van militairen in tijd van oorlog; Dick Leurlijk, Nederlandse militairen op vredesmissie: de scenario’s, Atlantisch perspectief 2006, nummer 6, p.7 – 11. Het meest reële scenario voor de toepassing van het beoordelingskader van artikel 2.

⁴⁴⁾ “According to the relevant principles of international law, a State’s responsibility may be engaged where, as a consequence of military action – whether lawful or unlawful – that State in practice exercises effective control of an area situated outside its national territory”; EHRM 16 november 2004, Issa and others v. Turkey, paragraaf 69. Zie ook EHRM 23 maart 1995, Loizidou v. Turkey (preliminary objections, Grand Chamber judgement), paragraaf 62 en EHRM 8 juli 2004, Ilaşcu and others v. Moldova and Russia, paragraaf 314 en de admissibility decision in de zaken Banković and others v. Belgium and 16 other Contracting States (EHRM 12 december 2001, Grand Chamber decision) en Hussein v. Albania and 20 other Contracting States (EHRM 14 maart 2006).

Figuur 2: 'no more than absolutely necessary' in 'law enforcement operations' en 'military operations'

	Law enforcement operations	Military operations
dreiging	'Honest belief, perceived for good reasons'. Een in de beoordeling van de politieagenten directe dreiging noodzakelijk voor de toepassing van dodelijk geweld.	Een algemene dreiging volstaat; De aanwezigheid van een groep georganiseerde en goed bewapende tegenstanders ('opposing forces') is in beginsel voldoende voor de toepassing van dodelijk geweld.
reactie	De reactie op de dreiging staat in verhouding tot die dreiging ('aim/means proportionaliteit') 'Requisite care for the lives of the suspects', door te zoeken naar vreedzame oplossingen van de situatie en de inzet van 'non-lethal' middelen.	Verhouding reactie/dreiging is minder van belang; de inzet van militaire middelen voor 'proactief optreden' is mogelijk. Criterium voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de toepassing van dodelijk geweld is 'requisite care for the lives of the civilian population'; het belang van de 'requisite care' verschuift van de 'verdachten' naar derden.

vraagstuk blijft verder buiten beschouwing in deze bijdrage; verondersteld wordt dat de mogelijkheid bestaat dat door een vredesmissie 'effective control' in het missiegebied uitgeoefend kan worden en dat daarmee individuen in het missiegebied binnen de jurisdictie van de Staat gebracht kunnen worden.

In beginsel is toepassing van het beoordelingskader van artikel 2 mogelijk in situaties uiteenlopend van 'law enforcement' optreden en optreden in het kader van antiterrorisme tot proactief optreden⁴⁵⁾ tegen 'opposing forces'. Een vredesmissie met als taak stabilisatie zal wat geweldsniveau betreft zodoende binnen dit kader kunnen vallen.⁴⁶⁾

In situaties van handhaving van de rechtsorde (specifiek het verrichten van arrestaties, huiszoekingen en persoonscontroles, het bemannen van check points en Crowd and Riot Control) zou het beoordelingskader van 'law enforcement operations' van belang kunnen zijn. In deze situaties, die enigszins vergelijkbaar zijn met 'domestic law enforcement op-

⁴⁵⁾ Het uitvoeren of het 'initieren' van gevechtsacties, Nederlandse Defensie Doctrine (NDD), §426, p. 84.

⁴⁶⁾ Zie de NDD, p.103 voor de definitie van 'stabilisatie' (DT20); waar stabilisatie in figuur 2-A op p. 41 onder rechtshandhaving is opgenomen, wordt op p.103 gesteld dat die taak onder '(dreigende) gevechtsomstandigheden' plaatsvindt. Optreden in het gehele geweldspectrum kan aan de orde zijn; §426, p.84. Volgens Rob de Wijk houdt stabilisatie 'het midden tussen gevechts- en vredesoperaties'; Rob de Wijk, Dilemma's voor het toekomstige landoptreden, Atlantisch perspectief 2005, nummer 2, p. 7 – 13, p. 11.

erations', kunnen de beoordelingsnormen gehanteerd worden die het EHRM gebruikt in geval van geweldstoepassing door politieagenten in de nationale rechtsorde.

Echter, ten aanzien van die beoordelingsnormen kan worden gesteld dat het niet mogelijk is deze normen zonder meer toe te passen in geval van een vredesmissie. De omstandigheden waarin de militairen optreden zijn niet te vergelijken met de omstandigheden in de nationale rechtsorde van de lidstaten van de Raad van Europa, waar de zaken aangaande artikel 2 tot nu toe ontstonden. In die Staten bestaat over het algemeen een vreedzame situatie, waar de autoriteiten controle hebben over het territorium van de Staat. Stabilisatie betreft juist die Staten waar een gebrek aan overheidsstructuur een onveilige situatie creëert, wat een weerslag kan hebben op het niveau van de geweldstoepassing.

Gewezen kan worden op twee aspecten waar verschil tussen beoordelingsnormen in nationale rechtsorde en in vredesmissies zou kunnen bestaan. De 'operationele belangen' ten aanzien waarvan het EHRM stelt dat gebruik van vuurwapens niet te rechtvaardigen is, zouden anders gewaardeerd kunnen worden in een vredesmissie; dat kan ook gelden voor de bescherming van goederen, welk niet valt onder 'noodweer' zoals geformuleerd in artikel 2 lid 2 sub a.⁴⁷⁾ Verder zou de uitrusting van Nederlandse militair, het standaardwapen is de Diemaco C-7, kunnen botsen met de voorkeur van het EHRM voor 'non-lethal weapons'; indien geweldstoepassing plaatsvindt met dat wapen bestaat er een substantiële kans op ernstig letsel of de dood van het slachtoffer. In geval van geweldstoepassing zal een militair snel aangewezen zijn op dat wapen (wanneer fysiek geweld en verbale waarschuwingen niet volstaan).⁴⁸⁾ Door 'non lethal' middelen aan de uitrusting toe te voegen, zou een extra niveau in de geweldstoepassing gecreëerd kunnen worden.⁴⁹⁾

Waar militairen geconfronteerd worden met 'opposing forces', goed georganiseerde en goed bewapende strijders die goed gecoördineerde aanvallen kunnen uitvoeren, zouden de normen kunnen gelden die het EHRM geformuleerd heeft in de 'Isayeva zaken'. Gezien de ongevoeligheid van het EHRM voor het lot van de 'opposing forces' in de Isayeva zaken, zou aangenomen kunnen worden dat het EHRM ook de normen van het HOR toepast aangaande de geweldstoepassing jegens 'opposing forces'. De normering van de geweldstoepassing verloopt dan grotendeels via het HOR: het beginsel van onderscheid is dan bepalend voor de rechtvaardiging van de geweldstoepassing. De operaties zullen blij moeten geven van de 'requisite care for the lives of the civilian population'. Die eis betekent een minder vergaande normering dan de normering aan de hand van een beoordeling van de 'aim/means proportionality'; niet iedere geweldstoepassing zal individueel beoordeeld worden in het licht van het doel. Over het algemeen zullen 'opposing forces' aangevallen mogen worden zolang zij zich verzetten.⁵⁰⁾

⁴⁷⁾ Overigens bestaat daaromtrent een discrepantie tussen artikel 2 en het 'Besluit Geweldgebruik', dat gebruik van vuurwapens toestaat wanneer een misdrijf gepleegd wordt tegen een 'vitaal object'.

⁴⁸⁾ Volgens Diemaco is de 40 mm 'underslung grenade launcher' geschikt voor 'less lethal munitions'.

⁴⁹⁾ Zie bijvoorbeeld Kees Homan in Trouw van 13 juli 2004, 'Rust vredestroepen uit met rubberkogels'. Voor verdere analyse omtrent de toepassing van 'non lethal' middelen, zie David A. Koplow, *Non-Lethal Weapons*, Cambridge, 2006.

⁵⁰⁾ Wel moet gewezen worden op het feit dat gevangengenomen 'opposing forces' zich zonder meer in de jurisdictie van de Staat wiens 'agents' hen gevangen nemen bevinden; zij hebben aanspraak op de rechten in het EHRM, waaronder artikel 2; zie EHRM 27 juli 2006, Barzorkina v. Russia.

Maar ook wanneer militairen geconfronteerd worden met geweld van ‘opposing forces’ (bijvoorbeeld een hinderlaag), zal de geweldstoepassing als reactie in die situaties beoordeeld naar ‘law enforcement’ normen te rechtvaardigen zijn als noodweer, nu de geweldstoepassing een gevolg is van het geweld van de ‘opposing forces’. ‘Neutralisatie’ om gevaar voor leven te minimaliseren zal niet geëist worden.

Een formeel aspect betreft het voorwerp van beoordeling van artikel 2; hoewel in beginsel de klacht de daadwerkelijke toepassing van dodelijk geweld betreft, beoordeelt het EHRM vooral de kaders waarin de geweldstoepassing plaatsvond, zoals de ‘planning and control’ van de operatie, waaronder het operationeel kader, en het wettelijk kader (bijvoorbeeld de Rules of Engagement (ROE)). In die zin is de beoordeling met artikel 2 van geweldstoepassing deels ‘complementair’ aan het strafrecht, dat voornamelijk gericht is op de ‘individuele gedraging’; het EHRM beoordeelt meer elementen van de geweldstoepassing dan enkel de gedragingen van de individuele militairen. Het gaat het om optreden van ‘de autoriteiten’; ook het optreden van de hogere echelons van de autoriteiten wordt beoordeeld (‘de autoriteiten’ zijn de ‘verdachte’). Het lijkt dat het EHRM het inkaderen van de daadwerkelijke toepassing van dodelijk geweld belangrijker vindt dan die daadwerkelijke geweldstoepassing; het wettelijk kader en het operationeel kader zouden gericht moeten zijn op het voorkomen van niet te rechtvaardigen geweld. Deze kaders gelden zodoende als een ‘first line of defence’ tegen schendingen van artikel 2. Verder blijkt het dat het EHRM meer zijn pijlen richt op de hogere echelons van de autoriteiten en in mindere mate de individuele ‘law enforcement official’ verwijten maakt.

5. Slot

De toepassing van artikel 2 in vredesmissies betekent een ontwikkeling van een rechtsgebied voor situaties waarvoor het in eerste instantie niet bedoeld was. Toepassing van het EVRM in militaire operaties buiten het territorium van de Staat leek niet voor de hand te liggen. Een interpretatie van artikel 1 die inhoudt dat in het gebied waarin een contingent militairen opereert in het kader van een vredesmissie ‘effective control’ uitgeoefend wordt door die militairen en dat de bevolking daardoor valt in de jurisdictie van de Staat die het contingent militairen levert zal op de nodige weerstand stuiten. De vraag kan worden gesteld wat het overwinnen van die weerstand zal opleveren.

Nu blijkt dat differentiatie van beoordelingsnormen naar de situatie mogelijk is, is het materieel gezien mogelijk dat een groot deel van het geweldsspectrum beheerst zou kunnen worden door het beoordelingskader van artikel 2. Echter, over het algemeen zal een beoordeling van de toepassing van dodelijk geweld door militairen in een vredesmissie onder artikel 2 aansluiten bij algemeen gangbare normering van geweldgebruik, zoals die ook in de ROE opgenomen zal zijn.⁵¹⁾

Formeel gezien is de beoordeling van geweldstoepassing onder artikel 2 wat ruimer dan in het strafrecht. Het optreden van zowel de individuele militair als de hogere echelons van de autoriteiten zal worden beoordeeld op conformiteit met de normen ontwikkeld in de jurisprudentie van het EHRM.

Waaraan de toepassing van artikel 2 in vredesmissies wel bijdraagt is de verantwoording

⁵¹⁾ Zie NDD § 218, p. 35.

van geweldstoepassing, doordat personen die zich slachtoffer achten van niet te rechtvaardigen geweldstoepassing daarover hun beklag kunnen doen bij een rechterlijke instantie en compensatie kunnen vragen.⁵²⁾ Voor deze rechtsgang kan pleiten dat deze bijdraagt aan het winnen van de 'hearts and minds' van de bevolking in het missiegebied; bereidheid verantwoording af te leggen tegenover slachtoffers kan vertrouwen in optreden doen vergroten.⁵³⁾ Wat tegen kan pleiten is dat een veroordeling voor een schending van artikel 2 geen goede publiciteit is voor een vredesmissie.

Echter, voor een al te weinig reële beoordeling hoeft niet gevreesd te worden: het EHRM zal zeker het optreden van 'de autoriteiten' kritisch beschouwen, maar niet voorbij gaan aan de ruimte die 'de autoriteiten' nodig hebben om adequaat op te treden.

⁵²⁾ Wel zal dit een wat 'problematische' rechtsgang zijn, nu niet een ieder die zich slachtoffer acht zijn weg naar 's-Gravenhage zal vinden.

⁵³⁾ Zie NDD § 216, p. 34: "Juridisch legitiem optreden draagt bij aan de geloofwaardigheid van de troepenmacht en aan behoud van draagvlak bij de bevolking in het operatietoneel en in het vaderland".

OPMERKELIJKE ZAKEN (9)

Het OM niet en evenmin de rechter

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

Een bijdrage waarin wordt aangetoond dat ook rechters, zelfs raadsheren, niet onfeilbaar zijn, althans niet altijd.

Inleiding

Begin jaren dertig. Het is een roerige tijd. Binnen de krijgsmacht heerst grote onrust. Dienstplichtigen maken zich regelmatig schuldig aan strafbare feiten als opruiing en ondermijning van de krijgstucht. Tegen hen wordt hard opgetreden. Zo wordt op 2 mei 1933 een dienstplichtig soldaat wegens opruiing tot enig in het Wetboek van Militair Strafrecht omschreven misdrijf veroordeeld tot een gevangenisstraf van tien maanden, met ontslag uit de dienst.¹⁾ Hij had op zaterdag, 25 maart 1933, op een soldatenkamer in de Infanteriekazerne No. 1 te Ede, enkele medesoldaten toegesproken met de woorden: 'Ik hoop niet, dat jullie me zult verraden, maar één ding zeg ik jullie: leert goed schieten; en als het zoover komt, schiet dan niet op den vijand die vóór je staat, maar draai je om en schiet op de meerderen die achter je staan. Gooi daarna de wapens maar neer.'

Ook gewone burgers maken zich van tijd tot tijd schuldig aan opruiing tot militaire delicten. Aldus een zekere Petrus van Lier.²⁾ Hij hangt in de zomer van het jaar 1932 voor het raam van zijn aan de C.Th. Kamphuisstraat te Zaandam gelegen woning, een bord waarop met grote letters geschreven staat: *WEIGERT MILITAIRE DIENST*. Voorbijgangers zien het en waarschuwen een politieagent die - zich bewust van zijn plichten - meteen proces-verbaal opmaakt.

De tenlastelegging

Als het proces-verbaal op het parket van de rechtbank te Haarlem binnenkomt, ontstaat enige verwarring: tot welk delict is opgeruid? Raadpleging van het in de bibliotheek aanwezige Crimineel Wetboek voor het Krijgsvolk te Lande leert dat dienstweigering strafbaar is gesteld in artikel 95. Aan Van Lier wordt vervolgens ten laste gelegd:

'dat hij omstreeks eind Mei en begin Juni 1932 te Zaandam voor het raam van zijn aan den openbaren weg, de C.Th. Kamphuisstraat nr. 27, gelegen woning openlijk heeft ten toon gesteld en aangeslagen gehad, duidelijk zichtbaar en leesbaar voor een ieder, die zich daar ter plaatse op genoemden openbaren weg bevond, zoo ook voor in militaire dienst opgeroepen of op te roepen personen, een bord, waarop met duidelijke letters stond vermeld: *WEIGERT MILITAIRE DIENST*, zijnde een geschrift, waarin wordt opgeruid tot een feit, strafbaar gesteld bij artikel 95 van het Crimineel Wetboek voor het Krijgsvolk te Lande, althans tot een strafbaar feit, zulks met het oogmerk om aan den opruienden inhoud ruchtbaarheid te geven of de ruchtbaarheid daarvan te vermeerderen'.

¹⁾ Krijgsraad Den Bosch 2 mei 1933, MRT 1933/34, (deel XXIX), p. 362 e.v. Bevestigd bij sententie van het Hoog Militair Gerechtshof van 16 juni 1933.

²⁾ De naam is verzonnen.

Rechtbank en hof achten het primair tenlastegelegde bewezen

In september 1932 wordt de tegen Van Lier aangespannen strafzaak door de rechtbank te Haarlem behandeld. Op 22 september doet de rechtbank uitspraak. Zij acht, evenals de officier van justitie, het primair tenlastegelegde wettig en overtuigend bewezen. Van Lier wordt vervolgens veroordeeld wegens: het openlijk tentoonstellen van een geschrift waarin wordt opgeruid tot een feit, strafbaar gesteld bij artikel 95 van het Crimineel Wetboek voor het Krijgsvolk te Lande.³⁾ Het Crimineel Wetboek voor het Krijgsvolk te Lande is dan echter al enige jaren niet meer van kracht. Het is, samen met het Crimineel Wetboek voor het Krijgsvolk te Water, per 1 januari 1923 ingetrokken en vervangen door het (voor de gehele krijgsmacht geldende) Wetboek van Militair Strafrecht. Kennelijk is dit niet alleen de officier van justitie, maar ook de meervoudige kamer van de rechtbank geheel ontgaan.

Van Lier stelt hoger beroep in bij het gerechtshof te Amsterdam. Herstel van de gemaakte fout is dus nog mogelijk. Tijdens de behandeling van de zaak door het hof komt de vraag of het Crimineel Wetboek voor het Krijgsvolk te Lande nog wel van kracht is, echter in het geheel niet aan de orde. Op 29 december 1932 doet het hof uitspraak. Ook het hof acht het primair tenlastegelegde wettig en overtuigend bewezen en veroordeelt Van Lier deswege tot een gevangenisstraf van acht dagen.⁴⁾

Beroep in cassatie

Van Lier besluit beroep in cassatie in te stellen bij de Hoge Raad. Als raadsman kiest hij mr. E.O. Goldstein, advocaat en procureur te Amsterdam. Als Goldstein het dossier doorneemt, valt hem de door de rechtbank en het hof gemaakte fout onmiddellijk op. Hij aarzelt echter - Is hem iets ontgaan? - en noemt in de *cassatieschriftuur* de fout pas als vijfde en laatste middel.

In maart 1933 wordt de zaak door de Hoge Raad behandeld. De procureur-generaal aarzelt niet en stelt in zijn *Conclusie*: 'De middelen I t/m IV lijken mij alle onjuist, doch de motieven daarvoor zal ik maar niet vermelden, daar het (...) vijfde middel mij gegronde voorkomt. Het hof heeft immers beslist, dat onderwerpelij sprake is van een geschrift, waarin wordt opgeruid tot een feit, strafbaar gesteld bij artikel 95 van het Crimineel Wetboek voor het Krijgsvolk te Lande (...). Bedenkt men echter, dat dit Wetboek is afgeschaft bij artikel 32, sub 1, der Wet van 5 Juli 1921, Stb. 841, en sedert 1 Januari 1923 is vervangen door het alstoen (...) in werking getreden Wetboek van Militair Strafrecht, dan meen ik te mogen beweren, dat de bestreden uitspraak niet voldoende met redenen is omkleed, waardoor zijn geschonden de artikelen 350, 358 en 359 in verband met artikel 425 van het Wetboek van Strafvordering.'

Op 20 maart 1933 doet de Hoge Raad uitspraak.⁵⁾ Het arrest van het hof wordt vernietigd, echter uitsluitend ten aanzien van de kwalificatie van het bewezenverklaarde. Weliswaar, aldus de Hoge Raad, heeft het hof ten onrechte aangenomen dat het bij artikel 95 van het Crimineel Wetboek voor het Krijgsvolk te Lande strafbaar gestelde feit nog steeds een strafbaar feit is in de zin van artikel 132 van het Wetboek van Strafrecht, maar - indien aan het deel van de bewezenverklaring dat op artikel 95 betrekking heeft, geen aandacht wordt geschonken - is nog steeds bewezen dat requirant (Van Lier) een bord, waarop met duidelijke letters stond vermeld WEIGERT MILITAIRE DIENST, met het oogmerk om aan de inhoud daarvan

³⁾ Rechtbank Haarlem 22 september 1932, MRT 1933/34 (deel XXIX), p. 153-154.

⁴⁾ Hof Amsterdam 29 december 1932, MRT 1933/34 (deel XXIX), p. 153-154.

⁵⁾ Hoge Raad 20 maart 1933, MRT 1933/34 (deel XXIX), p. 153 e.v., m.nt. J.M.v.B.

ruchtbaarheid te geven, openlijk heeft ten toon gesteld en aangeslagen gehad.⁶⁾

Vervolgens kwalificeert de Hoge Raad het bewezenverklaarde als: ‘een geschrift, waarin tot eenig strafbaar feit wordt opgeruid, met het oogmerk om aan den opruienden inhoud ruchtbaarheid te geven of de ruchtbaarheid daarvan te vermeerderen, openlijk ten toon stellen.’⁷⁾

Reacties

Het arrest van de Hoge Raad wordt in het Militair Rechtelijk Tijdschrift geplaatst met een annotatie van J.M. van Bemmelen. Wat de door rechtbank en hof gemaakte fout betreft beperkt de annotatie zich tot de opmerking dat ‘de zaak een goede illustratie oplevert voor den regel: ieder wordt geacht de wet te kennen’.

Hoe anders reageert de redactie van het Militair Rechtelijk Tijdschrift. Zij schrijft in een naschrift bij het arrest: ‘Het is haast ontstellend, dat noch de Haarlemsche officier van justitie, noch een der drie leden van de rechtbank, noch de advocaat-generaal, noch een der drie raadsheeren van het Amsterdamsche Gerechtshof bekend waren met het feit dat het in de telastlegging genoemde Crimineel Wetboek voor het Krijgsvolk te Lande reeds tien jaren geleden was afgeschaft.’ Ook vindt de redactie de opgelegde straf van 8 dagen gevangenisstraf veel te licht. Zij schrijft: ‘Verder trok onze aandacht de buitengewoon lichte straf welke wegens een voor de militaire tucht zeer gevaarlijk misdrijf werd opgelegd. (...). Is het te verwonderen dat bij een zoodanige waardeering het begrip gezag in Nederland bij een groot deel van het volk verloren gaat, de krijgstucht bij de weermacht wordt geschaad en het voor de verantwoordelijke chefs hoe langer hoe meer onmogelijk wordt gemaakt die tucht behoorlijk te handhaven.’

Het arrest wordt ook opgenomen in de *Nederlandse Jurisprudentie*, voorzien van een naschrift van B.M. Taverne.⁸⁾ Ook Taverne vindt het een vreemde zaak. Hij schrijft: ‘De steller der dagvaarding, de Rechtbank en het Hof - ook de griffiers mag men gerust meerekenen, want als maar iemand het had ontdekt, ware de fout vermeden - hebben het sinds 1 Januari 1923 afgeschafte Crimineel Wetboek voor het Krijgsvolk te Lande van 1814 rustig laten voortbestaan. Hieruit mag wel worden afgeleid dat de onbekendheid van het militaire strafrecht bij de juristen vrij algemeen is. Mag dit zoo blijven? Ik geloof niet dat dit juist zoude zijn. Wellicht is hier een taak weggelegd voor de hoogleeraren in het strafrecht aan onze Universiteiten.’

Slotopmerking

Of de laatste opmerking iemand heeft wakker geschud, weet ik niet. Wel is vele, vele jaren later - in 1970 - aan de Universiteit van Amsterdam een bijzondere leerstoel militaire recht gevestigd, aanvankelijk onderhouden door de Koninklijke Vereniging ter Beoefening van de Krijgswetenschap, thans door de Militair Rechtelijke Vereniging.

⁶⁾ Artikel 132 van het Wetboek van Strafrecht stelt strafbaar het openlijk tentoonstellen of aanslaan van een geschrift of afbeelding waarin tot enig strafbaar feit wordt opgeruid.

⁷⁾ Het strafbare feit waartoe is opgeruid, is volgens de Hoge Raad het delict, omschreven in artikel 114 van het Wetboek van Militair Strafrecht: het weigeren of opzettelijk nalaten aan enig dienstbevel te gehoorzamen. Van Bemmelen en de redactie van het MRT stellen terecht vraagtekens bij dit standpunt. In artikel 114 (thans artikel 126 e.v.) gaat het om een bepaald dienstbevel, gegeven aan een militair. Veeleer komt in aanmerking het misdrijf, omschreven in (tot voor kort) artikel 46, tweede lid, van de Dienstplichtwet.

⁸⁾ Aflevering van 15 juli 1933, p. 925.

STRAFRECHTSPRAAK

Rechtbank Arnhem

Militaire Kamer

Uitspraak van 29 december 2006¹⁾

Voorzitter: Mr. E.G. Smedema; *lid:* mr. A.G. Broek-de Stigter en *militair lid:* kolonel mr. J.P.M. Schwillens

Dienstweigering Afghanistan 2

Militair geeft in de periode dat zijn eenheid zich voorbereidt op uitzending naar Afghanistan zijn commandanten meerdere malen te kennen dat hij weigert mee te gaan naar Afghanistan. Rechtbank verklaart dienstweigering bewezen en verwerpt beroepen op strafuitsluitingsgronden. Veroordeling tot gevangenisstraf voor de duur van twee maanden.

(MSr art. 139)

UITSpraak

In de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen B, geboren op [...], wonende te [...].

Raadsvrouw: mr. A.M. Crouwel, advocaat te Groningen.

1. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd dat:

hij als militair op een of meer tijdstippen in of omstreeks de periode van 1 februari 2006 tot en met 30 maart 2006, te of nabij Steenwijk, gemeente Steenwijkerland, in elk geval in Nederland, heeft geweigerd en/of opzettelijk heeft nagelaten iedere dienst, van welke soort ook, te verrichten, immers heeft verdachte toen en daar opzettelijk - na te zijn aangewezen als deelnemer aan de missie in Afghanistan - een of meerdere malen, te kennen gegeven (mondeling en/of schriftelijk) aan (onder meer) kapitein P. van [naam] (verdacht detachementscommandant) en/of (vervolgens) Luitenant-Kolonel I.M. de [naam] (verdacht bataljonscommandant) dat hij, verdachte, weigerde mee te (zullen) gaan naar Afghanistan en/althans heeft besloten niet mee te (zullen) gaan naar Afghanistan;

art. 139 lid 1 Wetboek van Militair Strafrecht

2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is laatstelijk op 18 december 2006 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mevrouw mr. A.M. Crouwel, advocaat te Groningen.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 2 (twee) maanden onvoorwaardelijk.

¹⁾ Tegen deze uitspraak is hoger beroep ingesteld. Een eerdere uitspraak van de rechtbank Arnhem over dienstweigering Uruzgan van 6 november 2006 is gepubliceerd in: MRT 2007, aflevering 1, p. 20 ev.

Verdachte en zijn raadvrouw hebben het woord ter verdediging gevoerd.

3. De beslissing betreffende het bewijs

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

De raadvrouw heeft aangevoerd dat niet bewezen is dat verdachte opzettelijk heeft geweigerd iedere dienst, van welke soort ook, te verrichten. Zij stelt – samengevat – dat de regering op 3 februari 2006 heeft besloten om naar Afghanistan te gaan. Verdachte heeft op 27 februari 2006 officieel door middel van een ontslagbrief laten weten niet mee te willen, zodat pas vanaf die datum gesproken kan worden van een strafbaar feit. In de periode van 1 februari tot en met 27 februari was nog geen sprake van een weigering. Verdachte werd op 29 maart 2006 geschorst met onmiddellijke ingang. Tot die datum heeft verdachte elke dag gewoon gewerkt en heeft hij zeker niet nagelaten iedere dienst van welke soort ook te verrichten. Verdachte heeft dus ook in het tweede deel van de tenlastegelegde periode niet iedere dienst geweigerd van welke soort dan ook.

De militaire kamer is van oordeel dat het aangevoerde verweer op de volgende gronden dient te worden verworpen.

Volgens artikel 97 van de Grondwet, in werking getreden op 18 juli 2000, is er een krijgsmacht ten behoeve van de verdediging en ter bescherming van de belangen van het Koninkrijk, evenals ten behoeve van de handhaving en de bevordering van de internationale rechtsorde.

Deze, met betrekking tot de internationale rechtsorde uitgebreide, taakstelling is in de Defensienota 2000 in die zin vertaald, dat de krijgsmacht onder meer in staat moet zijn deel te nemen aan vredes(afdwingende) operaties.

In het regeerakkoord van 16 mei 2003 merkt het kabinet op te kiezen voor internationale samenwerking teneinde bij te dragen aan de ontwikkeling van arme landen en de stabiliteit in de wereld te vergroten door versterking van de internationale rechtsorde.

De defensieorganisatie wordt steeds meer op deze taken toegesneden, wat onder meer inhoudt dat voor bepaalde periodes bepaalde eenheden worden aangewezen om ten behoeve van deze taken te worden uitgezonden naar landen buiten het Koninkrijk.

Het besluit tot uitzending – dat overigens ook voor individuele militairen kan gelden – wordt genomen door de regering, die het oppergezag over de krijgsmacht heeft.

De eenheid, waartoe verdachte behoorde, was voor een dergelijke missie aangewezen. Toen de regering besloot, dat Nederland een militaire bijdrage zou leveren aan optreden in Afghanistan, kreeg de eenheid van verdachte opdracht zich daarvoor gereed te maken. Dit houdt in, dat alle militairen, tot wie het operatiebevel zich uitstrekt – en dus ook verdachte – mee moeten doen aan de voorbereiding van de missie, en vervolgens naar het operatiegebied – in casu Afghanistan – worden verplaatst, waar zij verder hun dienst moeten verrichten. Enige andere dienst, dan hiervoor vermeld, was voor verdachte niet voorzien; hem was geen andere keus gelaten. Uit het voorgaande moet worden geconcludeerd, dat verdachte, door niet mee te willen gaan, iedere dienst, van welke soort ook, geweigerd heeft.

Verdachte heeft in de tenlastegelegde periode meermalen kenbaar gemaakt aan zijn toenmalige detachementcommandant kapitein P. van [naam] (kort na 5 februari, medio

februari en op 27 februari 2006) en aan zijn toenmalige bataljonscommandant luitenant-kolonel I.M. de [naam] (tijdens de hoorzitting op 16 maart 2006 en vervolgens op 29 maart 2006) dat hij, verdachte, niet met zijn onderdeel mee wilde gaan naar Afghanistan. Ook ter terechtzitting heeft verdachte bevestigd die uitlatingen te hebben gedaan. Niet blijkt, dat hij zijn uitlatingen niet willens en wetens heeft gedaan. Ook een mondelinge weigering is naar het oordeel van de militaire kamer een weigering als bedoeld in het Wetboek van Militair Strafrecht.

Uit deze uitlatingen van verdachte blijkt naar het oordeel van de militaire kamer dat bij verdachte in de periode dat hij die uitlatingen deed, de gezindheid bestond om niet met zijn onderdeel naar Afghanistan te zullen gaan. Het moet verdachte duidelijk zijn geweest, dat zijn opstelling feitelijk ertoe leidde, dat zijn deelname aan de opdracht van de eenheid werd geblokkeerd en dat dit voor zijn commandanten niet acceptabel was. Verdachte is niet begonnen aan de opleiding voor de uitzending wat een uitvloeisel is van de weigering van verdachte mee te gaan op uitzending. Door zich op deze wijze aan deze uitzending te onttrekken heeft verdachte naar het oordeel van de militaire kamer iedere verdere dienst geweigerd.

Dat verdachte tot op het moment van schorsing nog werkzaamheden heeft verricht doet daaraan naar het oordeel van de militaire kamer niet af, aangezien deze werkzaamheden geen verband hielden met de periode van opwerking naar de uitzending toe.

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

hij als militair op tijdstippen in de periode van 1 februari 2006 tot en met 30 maart 2006, te of nabij Steenwijk, gemeente Steenwijkerland, heeft geweigerd iedere dienst, van welke soort ook, te verrichten, immers heeft verdachte toen en daar opzettelijk - na te zijn aangevoerd als deelnemer aan de missie in Afghanistan - meerdere malen, te kennen gegeven (mondeling en schriftelijk) aan onder meer kapitein P. van [naam] (verdacht detacheementcommandant) en vervolgens luitenant-kolonel I.M. de [naam] (verdacht bataljonscommandant) dat hij, verdachte, weigerde mee te zullen gaan naar Afghanistan althans heeft besloten niet mee te zullen gaan naar Afghanistan;

Wat verdachte meer of anders is tenlastegelegd is niet bewezen. Verdachte moet daarvan worden vrijgesproken.

De beslissing dat verdachte het bewezenverklaarde heeft begaan, is gegrond op de feiten en omstandigheden die in de bewijsmiddelen zijn vervat.

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

4a. De kwalificatie van het bewezenverklaarde

Het bewezenverklaarde levert op:

“als militair weigeren iedere dienst, van welke soort ook, te verrichten”,
MEERMALEN GEPLEEGD.

4b. De strafbaarheid van de feiten

De feiten zijn strafbaar.

5. De strafbaarheid van verdachte

De raadvrouw heeft aangevoerd dat verdachte van alle rechtsvervolgning behoort te worden ontslagen.

Ten eerste voert zij aan dat verdachte verminderd toerekeningsvatbaar is op grond van de uitgebrachte pro justitia rapportage wegens de geconstateerde ADHD stoornis, welke aanwezig was ten tijde van het tenlastegelegde en welke ook nu nog aanwezig is. De keuze om niet mee te gaan naar Afghanistan past aldus de raadvrouw bij het impulsieve kenmerk van onbehandelde ADHD bij volwassenen. Gezien de geconstateerde persoonlijkheidsstoornis moet worden geconcludeerd dat verdachte nauwelijks inzicht heeft gehad in de gevolgen van zijn onvermogen om te beslissen, aldus de raadvrouw, en dat verdachte daarom zal moeten worden ontslagen van alle rechtsvervolgning.

De militaire kamer verwerpt dit verweer. Op grond van de over verdachte uitgebrachte pro justitia rapportage kan het tenlastegelegde verdachte niet geheel worden aangerekend. Verdachte wordt verminderd toerekeningsvatbaar geacht. Nu geen sprake is van ontoerekeningsvatbaarheid, kan niet worden gezegd dat verdachte niet strafbaar is en gaat een beroep op ontslag van alle rechtsvervolgning niet op.

Ten tweede voert de raadvrouw aan dat sprake is bij verdachte van afwezigheid van alle schuld doordat hij heeft gehandeld in een verontschuldigbare onbewustheid van het ongeoorloofde van de hem verweten gedraging. In dit geval is sprake van dwaling ten opzichte van de wederrechtelijkheid omdat de meerdere verdachte niet heeft geïnformeerd over de mogelijke strafrechtelijke consequenties van zijn handelen.

De militaire kamer verwerpt dit verweer. Uit de stukken en het onderzoek ter terechtzitting is gebleken dat aan verdachte op 16 maart 2006 tijdens het verhoor bij zijn bataljonscommandant luitenant-kolonel I.M. de [naam] is uitgelegd dat de Koninklijke Landmacht zwaar tilt aan dit geval en dat verdachte zowel rechtspositioneel als strafrechtelijk het een en ander staat te wachten; dat er aangifte moet worden gedaan bij de Koninklijke marechaussee door kapitein Van [naam] en dat na onderzoek van de Koninklijke marechaussee het Openbaar Ministerie de zaak krijgt aangeboden.

Naar aanleiding hiervan had verdachte zich moeten laten informeren als hem op grond hiervan al niet duidelijk was dat hij door zijn weigering in het strafrechtelijke circuit zou kunnen verzeild raken. Het is niet zo dat kapitein Van [naam] aan verdachte straffeloosheid heeft voorgehouden. Het blijkt ook niet bij [verdachte] door zijn meerderen het vertrouwen is opgewekt dat het met de ontslagzaak klaar zou zijn. Onder deze omstandigheden had verdachte kunnen en moeten weten dat hij strafrechtelijk zou kunnen worden vervolgd wegens overtreding van een bepaling van het Wetboek van Militair Strafrecht. In het licht hiervan gaat naar het oordeel van de militaire kamer een beroep op afwezigheid van alle schuld wegens dwaling niet op.

Ook overigens is niet gebleken van feiten of omstandigheden die de strafbaarheid van verdachte geheel uitsluiten.

6. De motivering van de sanctie(s)

Voorts is door de raadvrouw nog aangevoerd dat in het Integraal Zorgconcept Vredesoperatie, versie april 2006, regels zijn neergelegd die moeten worden nageleefd bij het aanwijzen van militairen voor uitzending. Eén van de regels luidt dat de commandant actief moet nagaan of het personeel geschikt is voor uitzending en dat ingeval van sociale problemen de MDD op schriftelijk verzoek van de commandant de situatie van de militair in beschouwing neemt. De raadvrouw stelt dat de directe meerderen van verdachte op geen enkele manier actief zijn nagegaan of verdachte wel geschikt was voor uitzending, terwijl het voor de detachementcommandant glashelder was dat er sociale problemen waren maar deze het desondanks niet nodig heeft geoordeeld de MDD voor advies in te schakelen. De raadvrouw verzoekt dit mee te wegen bij de beoordeling van deze zaak.

De regelgeving die de raadvrouw heeft aangevoerd dateert van april 2006, dus gelegen na de weigering. De militaire kamer gaat ervan uit dat een soortgelijke regelgeving ook gold ten tijde van de weigering.

De detachementcommandant en de bataljonscommandant hebben verdachte gevraagd naar de reden voor zijn weigering naar Afghanistan te gaan. Verdachte heeft aangegeven dat zijn familie erop tegen was dat hij naar Afghanistan zou gaan. De detachementcommandant heeft verdachte een week de tijd gegeven een en ander met zijn familie te bespreken. Ook hierna heeft verdachte bij zijn weigering gepersisteerd. Tevens heeft verdachte niet vanaf het begin de situatie met zijn vriendin goed voor het voetlicht gebracht. Zowel de door verdachte ingeschakelde humanistisch raadsman als de detachementcommandant hebben gemeend dat de problemen samenhangen met de familie van verdachte.

De militaire kamer is van oordeel dat de enkele weerstand van de ouders c.q. familie van verdachte met betrekking tot de uitzending naar Afghanistan niet als sociaal probleem in de zin van de hiervoor genoemde regelgeving kan worden beschouwd. Familieleden zullen in het algemeen niet van harte ondersteunen en zich er ongerust over maken dat de militair op uitzending gaat. De gevoelens van onrust en bezorgdheid zullen doorgaans toenemen naarmate de uitzending meer gevaar in zich herbergt. Daarnaast is verdachte meerderjarig en heeft hij al drie keer zijn contract met Defensie verlengd.

Ook heeft verdachte zich eerder aangemeld voor uitzending naar o.a. Bosnië.

De militaire kamer is van oordeel dat het in beginsel aan de commandant is om te beoordelen of er sprake is van dusdanige sociale problemen dat de MDD moet worden ingeschakeld om van advies te dienen over de uitzending van de desbetreffende militair.

In het onderhavige geval behoeft de commandant naar het oordeel van de militaire kamer niet de MDD in te schakelen voor zodanig advies.

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

- de aard en de ernst van het bewezenverklarde en de omstandigheden waaronder dit is begaan;
- de persoon en de persoonlijke omstandigheden van verdachte, waarbij onder meer is gelet op:
 - het uittreksel uit het algemeen documentatieregister betreffende verdachte, gedateerd 26 oktober 2006, waaruit blijkt dat verdachte niet eerder met justitie in aanraking is geweest;

- een voorlichtingsrapportage van de Reclassering Nederland, Unit Arnhem, gedateerd 31 augustus 2006, betreffende verdachte; en
- een multidisciplinair rapport betreffende verdachte, gedateerd 27 november 2006, opgesteld door drs. A.N. Fieten, psychologe en kolonel-arts R.J.M. Mooren, psychiater, afdeling Forensische en Sociale Psychiatrie te Amersfoort.

De militaire kamer overweegt in het bijzonder het navolgende.

Gezien de ernst van dit feit en de gevolgen die een feit als dit voor het functioneren van de krijgsmacht heeft, is oplegging van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf, mede uit een oogpunt van generale preventie, naar het oordeel van de militaire kamer in beginsel een passende strafrechtelijke reactie.

De militaire kamer is van oordeel dat de officier van justitie in zijn eis ook al rekening heeft gehouden met alle omstandigheden van deze zaak en in het bijzonder de persoonlijke omstandigheden van verdachte.

De militaire kamer is voorts van oordeel dat, ondanks het feit dat verdachte niet eerder met justitie in aanraking is geweest en gelet op de ernst van het feit en de beoogde generale preventie, er in deze zaak geen dusdanige contra-indicaties zijn dat afgezien zou moeten worden van het opleggen van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf. De militaire kamer acht een gevangenisstraf als door de officier van justitie gevorderd een passende strafrechtelijke reactie.

7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is gegrond op de artikelen 10, 57 en 91 van het Wetboek van Strafrecht en op artikel 139 van het Wetboek van Militair Strafrecht.

8. De beslissing

De militaire kamer, rechtdoende:

Verklaart bewezen dat verdachte het tenlastegelegde, zoals vermeld onder punt 3, heeft begaan.

Verklaart niet bewezen wat verdachte meer of anders is tenlastegelegd dan hierboven bewezen is verklaard en spreekt verdachte daarvan vrij.

Verstaat dat het aldus bewezenverklaarde oplevert de strafbare feiten zoals vermeld onder punt 4.

Verklaart verdachte hiervoor strafbaar.

Veroordeelt verdachte wegens het bewezenverklaarde tot

een gevangenisstraf voor de duur van 2 (twee) maanden.

BESTUURSRECHTSPRAAK**Rechtbank 's-Gravenhage**

sector bestuursrecht

derde afdeling, enkelvoudige kamer

Uitspraak van 15 december 2006, reg. nr. AWB 05/8538 ABP

Voorzitter: mr. E. Kouwenhoven**Is een ongeval tijdens de “Groene Dagen” een dienstongeval?**

Een adjudant van de KLu heeft tijdens deelname aan de Groene Dagen een ongeval gehad met ernstig nekletsel tot gevolg. Aan de hand van het ter zake opgemaakte proces-verbaal van ongeval heeft de Staatssecretaris van Defensie beslist dat het ongeval niet als een dienstongeval kon worden aangemerkt maar als een zgn. bedrijfsongeval met recht op een verhoogd arbeidsongeschiktheidspensioen. Eiser is het hier niet mee eens en gaat in beroep bij de Rechtbank. Deze is van mening dat het aan de adjudant overkomen ongeval toch als een dienstongeval moet worden aangemerkt; het beroep wordt gegrond verklaard en het bestreden besluit wordt vernietigd. Daarbij baseert de rechtbank zich op het begrip oefening, zoals neergelegd in artikel 54 a van het AMAR en de brief van 13 augustus 2002 van de Directeur Personeel en Organisatie.

(artikel 147 AMAR cq. artikel 2 van het Besluit aanvullende arbeidsongeschiktheids- en invaliditeitsvoorzieningen militairen)

UITSPPRAAK

in het geding tussen A, wonende te B, eiser, en de Staatssecretaris van Defensie, verweerder.

I. Ontstaan en loop van het geding

1. Eiser, aangesteld als beroepsmilitair voor onbepaalde tijd en adjudant bij de Koninklijke Luchtmacht, heeft deelgenomen aan de “Groene Dagen 2005”. Hierbij is eiser op 9 juni 2005 tijdens het oefenen van het gebruik van touwbanen (en in het bijzonder het gebruik daarvan in een hindernis) ten val gekomen en heeft daarbij zijn zesde nekwerfel gebroken.

Van dit ongeval is op 13 juni 2005 een proces-verbaal opgemaakt.

Bij besluit van 1 juli 2005 heeft verweerder beslist dat dit ongeval niet als een bijzonder dienstongeval kan worden aangemerkt, maar als een normaal bedrijfsongeval. Verweerder heeft dit besluit gebaseerd op artikel 147 van het Algemeen militair ambtenarenreglement (hierna verder: AMAR) in samenhang met artikel 2 van het Besluit aanvullende arbeidsongeschiktheids- en invaliditeitsvoorzieningen militairen.

Tegen dit besluit heeft eiser bij brief van 25 juli 2005 een bezwaarschrift bij verweerder ingediend.

2. Bij besluit van 26 oktober 2005 heeft verweerder het bezwaar van eiser ongegrond verklaard. Tegen dit besluit heeft eiser bij brief van 28 november 2005 beroep ingesteld.

Verweerder heeft de op de zaak betrekking hebbende stukken overgelegd en tevens bij brief van 15 maart 2006 een verweerschrift ingediend.

3. Het beroep is op 9 november 2006 ter zitting behandeld. Eiser is in persoon verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde mr. T.H. ten Wolde.

Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. P.J.H. Souren.

II. Motivering

1. In dit geschil dient de rechtbank te beoordelen of het bestreden besluit in rechte stand kan houden.

2. Eiser kan zich niet verenigen met het bestreden besluit en stelt zich op het standpunt dat ten tijde van het ongeval sprake was van een militaire oefening op grond waarvan sprake was van buitengewone (of daarmee vergelijkbare) omstandigheden. Eiser is van mening dat uit het OTC-order van de Commandant OTCVUST, de brief van 13 augustus 2002 van de Directeur Personeel en Organisatie, uit het proces-verbaal en uit overige informatie blijkt dat de zogenoemde Groene Dagen wel degelijk zijn aangemerkt als een militaire oefening.

Eiser stelt zich op het standpunt dat er geen grondslag is voor de stelling van verweerder dat er bij een militaire oefening sprake dient te zijn van oorlogsnabootsende omstandigheden of van het niet van toepassing zijn van de Arbowetgeving. Gelet hierop is het secundaire standpunt van eiser dat er wel degelijk sprake was van oorlogsnabootsende omstandigheden vanwege de invulling van de oefening en het verhoogde risico.

3. Verweerder heeft aan de handhaving van zijn beslissing ten grondslag gelegd dat niet is gebleken dat er sprake is van een oefening waarbij de arbowetgeving niet van toepassing is of waarbij oorlogsnabootsende omstandigheden plaatsvonden. Ook anderszins zijn er geen buitengewone omstandigheden die tot een kwalificatie dienstongeval zouden kunnen leiden.

4. Ingevolge artikel 147, eerste lid, van het AMAR wordt, naar regels bij ministeriële regeling te stellen, van elk ongeval dat aan een militair in werkelijke dienst tijdens de uitoefening van de dienst is overkomen, zo spoedig mogelijk een proces-verbaal opgemaakt. De militair is verplicht, zodra hij daartoe redelijk in staat is, kennis te geven van een hem overkomen ongeval als vorenbedoeld aan zijn commandant.

Ingevolge het derde lid van dit artikel beslist Onze Minister of het ongeval waarop een proces-verbaal betrekking heeft, wel of niet geacht wordt in verband te staan met de uitoefening van de dienst, van welke beslissing de militair schriftelijk in kennis wordt gesteld.

Ter uitvoering van artikel 147 van het AMAR is de Regeling proces-verbaal van ongeval en rapportage medische aangelegenheden (hierna: de Regeling) vastgesteld. Ingevolge artikel 4 van de Regeling doet de functionaris, belast met het opmaken van het proces-verbaal, mededeling van zijn bevindingen, waarbij hij behalve al hetgeen hij nader ter zake meent te moeten opmerken, in ieder geval vermeldt:

a. of tijdens het ongeval sprake was van buitengewone of daarmee vergelijkbare omstandigheden, waarbij onder buitengewone of daarmee vergelijkbare omstandigheden wordt verstaan:

- staat van oorlog, staat van beleg, toestand van verhoogde waakzaamheid of burgerlijke uitzonderingstoestand;
- het deelnemen aan vredesoperaties;
- het verlenen van bijstand in het kader van handhaving van de openbare orde;
- militaire oefening;
- andere omstandigheden, die bijzonder van aard zijn, waarbij sprake is van een verhoogd risico en waarbij de gebruikelijke veiligheidsmaatregelen ter bescherming van de gezond-

heid geheel of gedeeltelijk niet kunnen worden toegepast, dan wel geheel of gedeeltelijk door de minister van defensie buiten werking zijn gesteld.

b. of er tijdens de omstandigheden als genoemd onder a tevens sprake was van uitoefening van de militaire dienst, waarbij onder uitoefening van de militaire dienst wordt verstaan:

- de uitvoering van expliciet of impliciet gegeven dienstopdracht of dienstbevel;
- het verrichten van handelingen of activiteiten in het kader van de algemene of bijzondere dienstverrichting;
- activiteiten, die gezien het daaraan verbonden dienstbelang als uitoefening van de militaire dienst kunnen worden aangemerkt.

5. In het onderhavige geschil staat ter beoordeling of het ongeval dat eiser is overkomen op 9 juni 2005 moet worden aangemerkt als bijzonder dienstongeval. Dit betekent dat moet worden beoordeeld of dit ongeval heeft plaatsgevonden tijdens de uitoefening van de militaire dienst in geval van buitengewone of daarmee vergelijkbare omstandigheden, meer in het bijzonder dient de vraag te worden beantwoord of de zogenoemde “Groene Dagen 2005” moeten worden aangemerkt als militaire oefening.

6. De rechtbank gaat bij deze beoordeling uit van de volgende feiten.

De Directeur Personeel en Organisatie van verweerders ministerie heeft bij schrijven van 13 augustus 2002 een nadere toelichting gegeven op onder meer het begrip ongevallen, het begrip dienst en de toepasselijke rechtspositionele regelingen. In deze brief is - voor zover relevant - vermeld dat er bij oefeningen sprake is van buitengewone omstandigheden. De definitie van het begrip oefenen luidt: “Elk door defensiepersoneel in de praktijk brengen van onderwezen bekwaamheden teneinde aldus de bedrevenheid in het uitvoeren van aan de krijgsmacht opgedragen operationele taken te verwerven, te vergroten of te onderhouden.” Deze definitie spoort met de praktijk waarin niet alleen wordt geoefend als voorbereiding op oorlog maar met name als voorbereiding op vredesoperaties, aldus de brief.

In deze brief heeft de Directeur er tevens op gewezen dat het voor zowel de werkgever als voor de werknemers van het grootste belang is om vooraf volstrekt duidelijk te maken onder welke noemer een bepaalde activiteit plaatsvindt.

De rechtbank stelt tevens vast dat deze definitie gelijklopend is aan de definitie van oefening die is neergelegd in artikel 54a, onder m, van het AMAR.

De Commandant Opleidings- en Trainingscentrum Vuursteun (Kolonel [kolonel], hierna: Commandant OTC) heeft eiser bij OTC-order 02/05 van 31 maart 2005 opgedragen om deel te nemen aan de “Groene dagen 2005”. In deze order is opgenomen dat iedere militair te allen tijde de militaire basisvaardigheden dient te beheersen omdat iedere militair kan worden aangewezen voor uitzending. De “Groene dagen 2005” zijn bedoeld om (onder meer) de militaire basisvaardigheden op peil te houden. Deelname aan de oefening wordt voor zowel burgers als militairen aangemerkt als dienst. Hierdoor kunnen ongevallen als dienstongeval aangemerkt worden.

Het proces-verbaal dat is opgemaakt naar aanleiding van het ongeval dat eiser op 9 juni 2005 is overkomen op de “Groene dagen 2005” heeft de Commandant OTC verklaard dat het betrokkene overkomen ongeval naar zijn mening verband houdt met het gestelde in artikel 4 van de Regeling, aangezien het ongeval plaatsvond tijdens een militaire oefening waar betrokkene aan deelnam.

7. Naar het oordeel van de rechtbank vallen de “Groene Dagen 2005”, gelet op het doel ervan, onder de definitie van (militaire) oefening zoals verwoord in de brief van de Directeur Personeel en Organisatie van 13 augustus 2002 en zoals neergelegd in artikel 54a, onder m, van het AMAR.

Op basis hiervan dient te worden geconcludeerd dat er tijdens de “Groene Dagen 2005” en het ongeval sprake was van buitengewone of daarmee vergelijkbare omstandigheden als bedoeld in artikel 4, onder a van de Regeling. Tevens was hierbij sprake van uitoefening van de militaire dienst als bedoeld in artikel 4, onder b van de Regeling, nu in ieder geval sprake was van een expliciet gegeven dienstopdracht en blijkens het proces-verbaal van ongeval eveneens sprake was van algemene dienstverrichtingen en dienstbelang.

8. Verweerder heeft in het verweerschrift gesteld dat de Commandant OTC op pagina 3, onder vraag 1 van het proces-verbaal van ongeval heeft aangegeven dat geen sprake was van gevallen van bijzondere aard, waarbij de gebruikelijke veiligheidsmaatregelen buiten werking zijn gesteld, en dat de “Groene Dagen 2005” om die reden niet kunnen worden aangemerkt als een militaire oefening. Verweerder heeft in dit verband verwezen naar de toelichting op de Regeling, waarin is vermeld dat bij militaire oefeningen als bedoeld in artikel 4 sprake is van partiële uitzondering van de toepasselijkheid van de Arbeidsomstandighedenwet tijdens, direct voor en direct na oefeningen en dat de militair in die situatie aan een hoger risico kan worden blootgesteld. Ook stelt verweerder dat bij buitengewone of daarmee vergelijkbare omstandigheden zoals een militaire oefening altijd sprake dient te zijn van oorlogsnabootsende omstandigheden.

Ten slotte kan volgens verweerder geen sprake zijn van een militaire oefening, nu de “Groene Dagen 2005” ook openstonden voor deelname van burgers.

9. De rechtbank kan verweerder hier niet in volgen. Hiertoe wordt overwogen dat artikel 4, onder a van de Regeling, een facultatieve opsomming bevat van gevallen waarin sprake is van buitengewone of daarmee vergelijkbare omstandigheden. De rechtbank leest het laatstgenoemde geval van artikel 4, onder a, in samenhang met de toelichting op dit artikel aldus, dat met “andere omstandigheden, die bijzonder van aard zijn, waarbij sprake is van een verhoogd risico en waarbij de gebruikelijke veiligheidsmaatregelen ter bescherming van de gezondheid geheel of gedeeltelijk niet kunnen worden toegepast, dan wel geheel of gedeeltelijk door de minister van defensie buiten werking zijn gesteld”, wordt bedoeld dat dit gevallen zijn die niet onder de vier eerstgenoemde gevallen zijn onder te brengen, maar waarbij wel extra vereisten worden gesteld in de vorm van een verhoogd risico en het niet kunnen toepassen of het buiten werking stellen van veiligheidsmaatregelen.

De antwoordmogelijkheden zoals weergegeven op pagina 3, onder vraag 1 van het proces-verbaal van ongeval, geven - conform de aanwijzingen voor het opmaken van het proces-verbaal in de toelichting op de Regeling - een verkorte weergave van de in artikel 4, onder a van de Regeling genoemde gevallen. De omstandigheid dat de Commandant bij deze vraag heeft aangekruist dat er sprake is van “oefeningen”, en niet van “gevallen van bijzondere aard, waarbij de gebruikelijke veiligheidsmaatregelen buiten werking zijn gesteld” betekent naar het oordeel van de rechtbank slechts dat er geen sprake was van een situatie die niet onder de eerste mogelijkheden was onder te brengen.

Hieruit valt echter niet af te leiden dat de Commandant heeft aangegeven dat bij de militaire oefening de gebruikelijke veiligheidsmaatregelen niet (partieel) buiten werking waren gesteld.

Voorts wordt overwogen dat de eis van oorlogsnabootsende omstandigheden niet volgt

uit artikel 54a, onder m van het AMAR. Naar het oordeel van de rechtbank strookt dit ook met de vaststelling van de Directeur Personeel en Organisatie dat tegenwoordig niet alleen wordt geoeffend als voorbereiding op oorlog maar met name als voorbereiding op vredesoperaties. Dat deze term (nog) wel in andere wet- en regelgeving is opgenomen, doet daar naar het oordeel van de rechtbank niet aan af, mede gelet op hetgeen onder 6. is overwogen.

De omstandigheid dat burgerpersoneel op de dag van het ongeval op onderdelen kon deelnemen aan de “Groene Dagen 2005” kan naar het oordeel van de rechtbank geenszins aan het vorenstaande afdoen. Ter zitting heeft eiser overigens uiteengezet dat de aan de “Groene Dagen 2005” deelnemende burgerambtenaren niet aan alle activiteiten op dezelfde voet als de militaire ambtenaren hebben deelgenomen.

Ten slotte wordt overwogen dat de uitleg die verweerder thans geeft, gelet op de brief van de Directeur Personeel en Organisatie van 13 augustus 2002 en de order van de Commandant OTC van 31 maart 2005, in strijd zou zijn met het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel.

Uit het voorgaande volgt dat de “Groene Dagen 2005” naar het oordeel van de rechtbank vallen onder het begrip militaire oefening en dat het eiser overkomen ongeval moet worden aangemerkt als een bijzonder dienstongeval.

10. Gelet op het vorenstaande is het beroep gegrond. Het bestreden besluit dient te worden vernietigd wegens strijd artikel 7:12 van de Awb.

Verweerder wordt veroordeeld in de door eiser in verband met de behandeling van het beroep gemaakte kosten. Deze kosten zijn op de voet van het bepaalde in het Besluit proceskosten bestuursrecht vastgesteld op € 644,-, bestaande uit de kosten van het door een beroepsmatige rechtsbijstandverlener indienen van een beroepschrift (1 punt) en het verschijnen ter zitting (1 punt), waarbij per punt € 322,- voor vergoeding in aanmerking komt, met een wegingsfactor 1 (zaak van gemiddeld gewicht).

III. Beslissing

De Rechtbank ‘s-Gravenhage,

RECHT DOENDE:

1. verklaart het beroep gegrond;
2. vernietigt het bestreden besluit;
3. draagt verweerder op nieuwe besluiten te nemen met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen;
4. bepaalt dat de Staat der Nederlanden (Ministerie van Defensie) aan eiser het griffierecht ten bedrage van € 138,- dient te vergoeden;
5. veroordeelt verweerder in de proceskosten ten bedrage van € 644,- welke kosten voormelde rechtspersoon aan de gemachtigde van eisers moet vergoeden.

NASCHRIFT

1. Inleiding

In deze zaak heeft de Rechtbank Den Haag de vraag te beantwoorden of een ongeval tijdens de zgn. “Groene Dagen” kan worden aangemerkt als een dienstongeval. Door de Staatssecretaris van Defensie is het aan een adjudant van de KLu overkomen ongeval

aangemerkt als een zgn. bedrijfsongeval. De Rechtbank is echter van oordeel dat in deze zaak sprake is van een dienstongeval. Het door eiser ingestelde beroep is dan ook gegrond verklaard.

In dit naschrift ga ik allereerst terug naar 1998, in welk jaar in de militaire pensioenwetgeving een belangrijk onderscheid is aangebracht tussen een dienstongeval en een bedrijfsongeval. Vervolgens beoordeel ik of en in welke mate de Rechtbank zich in de onderhavige uitspraak heeft laten leiden door de geldende wetgeving of door mogelijk andere omstandigheden.

2. Historie

Per 1 januari 1998 is de Wet overheidspersoneel onder de werknemersverzekeringen ingevoerd (wet-OOW van 24 december 1997, Stb. 1997, 768). Als gevolg van die OOW-operatie is onder meer de WW en de WAO op het militair personeel van toepassing verklaard. Zie voor de voor militairen van belang zijnde ontwikkelingen ook het Themanummer Pensioenen en Sociale Zekerheid voor militairen (MRT juli/augustus 1998).

Voor deze casus is echter van belang dat de destijds geldende Algemene militaire pensioenwet (Amp-wet) ook op een ander vlak ingrijpend is gewijzigd. Die wijziging hield verband met het kabinetsbesluit tot heroverweging van het militair invaliditeitspensioen. Uitgangspunt van die heroverweging vormde daarbij de aanscherping van het criterium invaliditeit met dienstverband tot die situaties, waarin duidelijk sprake is van een (in vergelijking met het burgerlijk overheidspersoneel) verhoogd risico. De toegangscriteria tot het militair invaliditeitspensioen werden bij die wijzigingen van de Amp-wet (met name in de artikelen E 11 en E 11a van de wet) flink aangescherpt. Het begrip invaliditeit met dienstverband en daarmee de toekenning van het militair invaliditeitspensioen werd exclusief gereserveerd voor ziekten of gebreken, opgelopen onder oorlogsomstandigheden of daarmee vergelijkbare buitengewone omstandigheden, waaronder ook zijn begrepen internationale vredesmissies en militaire oefeningen. Het niveau van het militair invaliditeitspensioen werd niet aangetast.

Naast dit in de wet al bestaande invaliditeitsbegrip met recht op een militair invaliditeitspensioen werd per 1 januari 1998 in de AMP-wet de term arbeidsongeschiktheid met dienstverband geïntroduceerd, zoals die ook al voorkwam in de rechtspositie van burgerlijke overheidswerknemers. Dit wil zeggen dat de arbeidsongeschiktheid is ontstaan ten gevolge van een ongeval in vreedstijd. Een dergelijk ongeval wordt aangeduid met de term bedrijfsongeval.

Per 1 januari 1998 kende de Amp-wet voor de militair dan ook een gelaagde opbouw in aanspraken:

- bij arbeidsongeschiktheid bestaat er aanspraak op een WAO-uitkering plus bovenwettelijke uitkering (tot 70% van de laatstgenoten bezoldiging),
- bij arbeidsongeschiktheid met dienstverband (bedrijfsongeval) bestaat er aanspraak op een verhoogde WAO plus bovenwettelijke uitkering (tot 90%),
- bij invaliditeit met dienstverband bestaat er aanspraak op een invaliditeitspensioen (tot 100%) alsmede onder bepaalde voorwaarden een bijzondere invaliditeitsverhoging, variërend van 5% tot 40% van de pensioengrondslag.

3. Van toepassing zijnde regelgeving

Per 1 juni 2001 is het militaire pensioenstelsel ingrijpend gewijzigd (zie hiervoor ook het artikel van mr. J.G.F.M. van Kessel, Militairen onder ABP-pensioenreglement, MRT september 2001, pag. 307 e.v.). De Amp-wet alsmede de nog van toepassing zijnde vroegere

militaire pensioenwetten zijn ingetrokken en vervangen door een nieuw pensioenstelsel, waarvan de Kaderwet militaire pensioenen (wet van 13 december 2000, Stb. 2001, 37) als hoofdwet geldt. Aan de Kaderwet werden een aantal besluiten en regelingen opgehangen. De vóór 1 juni 2001 al bestaande aanspraken op arbeidsongeschiktheids- en invaliditeitspensioen werden tot 65 jaar neergelegd in het Besluit aanvullende arbeidsongeschiktheids- en invaliditeitsvoorzieningen militairen, verder te noemen Besluit AO/IV (Stb. 2001, 140). Voor de tijd na 65 jaar ging het Besluit bijzondere militaire pensioenen gelden (Stb. 2001, 139).

De criteria van de met ingang van 1998 in de artikelen E 11 en E 11a van de Amp-wet opgenomen bijzondere aanspraken bij dienstongeval en bedrijfsongeval zijn sinds juni 2001 neergelegd in artikel 2 van het Besluit AO/IV.

De procedurele uitwerking van de van toepassing zijnde criteria is neergelegd in de Regeling proces-verbaal van ongeval en medische aangelegenheden, de Ministeriële regeling van 19 december 1997, MP bundel 31-109, 1150. In artikel 4 van die regeling zijn de criteria neergelegd met betrekking tot het dienstongeval onder bijzondere omstandigheden, verder aangeduid als dienstongeval en in artikel 5 van die regeling zijn de criteria verwoord met betrekking tot een ongeval onder vredesomstandigheden, verder aangeduid als bedrijfsongeval.

4. Beslissing door de Staatssecretaris van defensie

Op grond van artikel 147 AMAR wordt, naar regels door de minister te stellen, van elk ongeval dat aan een militair in werkelijke dienst tijdens de uitoefening van de dienst is overkomen, een proces-verbaal opgemaakt.

Het derde lid van artikel 147 AMAR bepaalt dat onze minister beslist of een ongeval waarop een proces-verbaal betrekking heeft wordt geacht wel of niet in verband te staan met de uitoefening van de militaire dienst, van welke beslissing de militair schriftelijk in kennis wordt gesteld. Door de Staatssecretaris van defensie (namens deze in mandaat door ABP, Bijzondere Regelingen Defensie) wordt elk proces-verbaal getoetst aan de ter zake geldende regels zoals neergelegd in artikel 2 van het Besluit AO/IV en de bepalingen van de Regeling proces-verbaal van ongeval met toelichting.

Tegen de genomen beslissing kan, indien de betrokken militair het met die beslissing niet eens is, langs de daartoe gebruikelijke weg bezwaar worden ingediend.

Op basis van de hierboven onder 2 en 3 weergegeven wet- en regelgeving is – voor zover relevant in het kader van het begrip militaire oefening in deze casus – als dienstongeval te kwalificeren een ongeval, dat verband houdt met de verplichte deelname aan een militaire oefening, waaronder dient te worden verstaan het onder oorlogsnabootsende omstandigheden in de praktijk brengen van theoretisch onderwezen bekwaamheden teneinde aldus de bedrevenheid in het uitvoeren van oorlogstaken (inclusief vredesmissies) te verwerven, op te voeren of te onderhouden, voor zover daarbij sprake is van een verhoogd risico, een en ander voor zover daarbij de gebruikelijke veiligheidsmaatregelen ter bescherming van de gezondheid geheel of gedeeltelijk buiten werking zijn gesteld.

Het aan de adjudant van de KLu tijdens de Groene Dagen overkomen ongeval is, hoe ernstig ook, door de staatssecretaris niet als een dienstongeval maar als een bedrijfsongeval aangemerkt. Steun voor die stelling kan onder meer gevonden worden in het ter zake opgemaakte proces-verbaal van ongeval, waarin is aangegeven dat ten tijde van het ongeval de gebruikelijke veiligheidsmaatregelen ter bescherming van de gezondheid niet buiten

werking waren gesteld. Dat ten tijde van het ongeval sprake was van oorlogsnabootsende omstandigheden is nergens uit gebleken. Op die dag deden ook burgers mee aan de Groene Dagen. Dit om het burgerpersoneel in kennis te stellen met de militaire aspecten van het Opleidings- en Trainingscentrum Vuursteun en tevens om de onderlinge saamhorigheid te bevorderen. Van een (in vergelijking met het burgerlijk overheidspersoneel) verhoogd risico, zoals de wetgever dat bij de wetwijziging in 1998 ook uitdrukkelijk als voorwaarde heeft gesteld en zoals dit in de regel inherent is aan exclusief militaire oefeningen, is in deze casus evenmin kunnen blijken.

5. De uitspraak van de Rechtbank nader bekeken.

Het komt mij voor, de uitspraak lezend en interpreterend, dat de Rechtbank zich bij haar overwegingen met name heeft laten leiden door de definitie van het begrip oefening in artikel 54a, onder m van het AMAR en door de brief van 13 augustus 2002 van de Directeur Personeel en Organisatie van Defensie.

Het begrip oefening van het AMAR is echter niet relevant bij de beoordeling van de rechtspositionele regelingen bij invaliditeit met dienstverband. In dat kader geldt het bepaalde in artikel 2 van het Besluit AO/IV.

Mijn conclusie moet dan ook zijn dat het door de Rechtbank gehanteerde toetsingskader onjuist is. Nu het hier niet gaat om een militaire oefening onder buitengewone of daarmee vergelijkbare omstandigheden, zoals bedoeld in artikel 2, zesde lid, van het Besluit AO/IV, kan er op grond van de geldende regelgeving in feite geen sprake zijn van een dienstongeval maar enkel van een bedrijfsongeval.

Eiser mocht op basis van de brief van 13 augustus 2002 van de Directeur Personeel en Organisatie van Defensie, in combinatie met de order van zijn commandant van 31 maart 2005, misschien wel verwachten dat het ongeval tijdens de Groene Dagen als een dienstongeval zou worden aangemerkt. In dat licht lag een gegrondverklaring louter op grond van het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel door de Rechtbank naar mijn mening eerder in de reden.

Wil de Staatssecretaris vasthouden aan de principiële keuze die in 1998 is gemaakt ten aanzien van de begrippen dienstongeval en bedrijfsongeval, dan zal zeker ook de brief van 13 augustus 2002 van de Directeur Personeel en Organisatie opnieuw door hem onder de loep moeten worden genomen. Zowel voor de werkgever alsook voor de werknemer moet het volstrekt duidelijk zijn onder welke noemer en met welke rechtspositionele gevolgen een bepaalde activiteit plaatsvindt.

In deze zaak is door de Staatssecretaris hoger beroep ingesteld. Ik zie dan ook met belangstelling de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep tegemoet.

W.J.S.

OPMERKINGEN EN MEDEDELINGEN**Liber amicorum Simon Stolwijk**

Bij het afscheid van prof. mr. S.A.M. Stolwijk als hoogleraar Strafrecht aan de Universiteit van Amsterdam op 12 januari 2007 is hem een Liber amicorum met de titel 'Geleerde lessen' aangeboden. In dit mooi uitgevoerde boek met meer dan 20 bijdragen is een viertal stukken direct van betekenis voor het militaire recht.

In de eerste plaats is er een beschouwing van G.L. Coolen over de zaak *Eric O.* en de zaak van de slapende mariniers. Hij betreft hierbij ook het rapport van de Commissie-Borghouts *Evaluatie toepassing strafprocesrecht bij uitzendingen*.

A.J.H. Swart bespreekt de ontwikkelingen die zich na 2001 hebben voorgedaan op het terrein van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van militaire commandanten en andere meerderen in het kader van het humanitair oorlogsrecht (internationaal humanitair recht). Aan de hand van recente uitspraken van internationale tribunalen gaat hij eerst in op de vraag waarvoor een meerdere aansprakelijk is en vervolgens op de vraag wat een meerdere behoort te weten van hetgeen zijn ondergeschikten doen of nalaten. Daarbij maakt hij ook een vergelijking tussen de Canadese, de Duitse en de Nederlandse wetgeving (Wet internationale misdrijven).

De bijdrage van G.F. Walgemoed handelt over de bevoegdheid van de militaire strafrechter in Nederland vanuit historisch perspectief. In de 18e eeuw werd nog gesproken van *'t Gedrogt der ongelimiteerde militaire jurisdictie*. Welke momenten zijn bepalend geweest in de ontwikkeling naar de huidige situatie, waarbij de strafrechtspraak over militairen is geïntegreerd in de commune strafrechtspraak.

Ten slotte de bijdrage van H.G. van der Wilt over de nationale berechting van internationale misdrijven: hij plaatst enkele kanttekeningen bij recente uitspraken van Nederlandse rechters. Daarbij komen ook verschillende aspecten van de Wet internationale misdrijven aan de orde.

M.M. Dolman, P.D. Duyx en H.G. van der Wilt (red.), Geleerde lessen (Liber amicorum Simon Stolwijk), Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2007, ISBN 978-90-5850-252-0

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

Auteursaanwijzingen

Bijdragen voor het Militair Rechtelijk Tijdschrift worden bij voorkeur aangeleverd per e-mail (JED.Voetelink@nlda.nl) als WORD-bestand. Auteurs worden verzocht om de volgende richtlijnen in acht te nemen:

- Géén afbreekstreepjes gebruiken.
- Geen tabs, inspringingen of verschillende lettertypes gebruiken.
- Geen hele woorden in kapitalen, zoals NASCHRIFT e.a. gebruiken.
- Zo weinig mogelijk ‘opmaken’ van de tekst, doch zoveel mogelijk achter elkaar door typen. Slechts bij het begin van een nieuwe alinea ‘Enter’ gebruiken.

REDACTIECOMMISSIE:

Voorzitter	Mr. <i>A.C. Zuidema</i> , Brigade-generaal b.d. van de Militair Juridische dienst;
Secretaris/penningmeester	Mr. <i>J.E.D. Voetelink</i> , Luitenant-kolonel van de Koninklijke Luchtmacht;
Leden:	
voor de Koninklijke Landmacht:	Mr. <i>A.J. Ruysendaal</i> , Kolonel van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke Luchtmacht:	Mr. <i>P.T. Hebly</i> , Kolonel van de Koninklijke Luchtmacht;
voor de Koninklijke Marine:	Mr. <i>R.R.H. Laurens</i> , Kapitein ter zee;
voor de Koninklijke Marechaussee:	Mr. <i>C.P.C. Kuijs</i> , Kolonel der Koninklijke Marechaussee;
voor de Bestuursstaf:	Mr. <i>J.J. Buirma</i> , Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie; Mr. <i>R. in het Veld</i> , Brigade-generaal van de Militair Juridische Dienst, Hoofd Militair Juridische Dienst Krijgsmacht;
Prof. Dr. <i>T.D. Gill</i> ,	Hoogleraar militair recht aan de Universiteit van Amsterdam en Nederlandse Defensie Academie en tevens universitair hoofddocent Volkenrecht aan de Universiteit van Utrecht;
Mr. <i>R. van den Heuvel</i> ,	Vice-president en voorzitter van de Militaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem;
Prof. Mr. <i>Th. A. de Roos</i> ,	Advocaat en Procureur, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Universiteit van Tilburg;
Mr. <i>W.J. Schmitz</i> ,	Hoofd Beleidsondersteuning Bijzondere Regelingen Defensie van ABP;
Mr. <i>G.F. Walgemoed</i> ,	Kolonel b.d. van de Militair Juridische Dienst;
Adres van de Redactiecommissie:	NLDA/FMW/Sie recht, t.a.v. Luitenant-kolonel Voetelink, Postbus 90002, 4800 PA Breda.

VASTE MEDEWERKERS:

Prof. Mr. *G.L. Coolen*, Schout bij nacht b.d., em. hoogleraar in het militaire recht aan de Universiteit van Amsterdam;
Prof. Dr. *R.A. Lawson*, hoogleraar Rechten van de mens en Integriteit van het individu aan de Universiteit Leiden;
Dr. *M. Boot-Mathijssen*, wetenschappelijk medewerker verbonden aan het Nederlands Instituut voor Internationale Betrekkingen 'Clingendael'.

WIJZE VAN UITGAVE:

Het M.R.T. verschijnt tien keer per jaar.

De prijs per jaargang bedraagt met ingang van 1-1-2007 € 55,-. Men abonneert zich bij abonnementen administratie M.R.T. postbus 45666, 2504 BB Den Haag, tel.: 070-3590713, E-mail: ABO@adrepak.nl. Het abonnement loopt van januari t/m december. Opzeggingen dienen vóór 31 oktober schriftelijk te geschieden bij de abonnementen administratie M.R.T. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 7,25. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar tegen de prijs van € 25,-. Auteurs van bijdragen van meer dan één pagina ontvangen een vergoeding van € 35,- p.p., tot een maximum van € 230,- per aflevering, benevens vijf presentexemplaren van de desbetreffende aflevering. Het auteursrecht wordt met de publicatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan abonnementenadministratie M.R.T. postbus 45666, 2504 BB Den Haag. Zij die het M.R.T. van rijkswege verstrekt krijgen, dienen zich voor kennisgeving van adreswijzigingen te wenden tot het hoofd van de sectie juridische zaken van het krijgsmachtdeel waartoe zij behoren.

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