

BIJDRAGEN

Is het tijd voor wijziging van artikel 139 Wetboek van Militair Strafrecht, de dienstweigering?

door

MW MR DRS I.E.W. GONZALES¹⁾

Inleiding

Voldoet artikel 139 Wetboek van Militair Strafrecht (WMSr), de dienstweigering, nog wel heden ten dage gelet op de veranderde taakstelling van de Nederlandse krijgsmacht?

Deze vraag heeft bij een tweetal strafzaken in 2007 centraal gestaan. In beide zaken kreeg de militair te horen dat hij op missie naar Afghanistan zou gaan en weigerde hij. Bij de militaire kamer van de rechtbank te Arnhem zijn beiden veroordeeld dan wel schuldig verklaard op grond van art. 139 WMSr.²⁾ Het gerechtshof te Arnhem heeft een ander juridisch oordeel geveld.³⁾ Er is geen cassatie ingesteld, mede gelet op de nadere motivering van het hof bij de vrijspraken.

Door beide zaken is wel jurisprudentie tot stand gekomen die direct betrekking heeft op de taakstelling van de huidige krijgsmacht en de reikwijdte van art. 139 WMSr.

In deze bijdrage wordt kort ingegaan op de taakstelling van de huidige krijgsmacht en de bijzondere rechtspositie van de militair. Vervolgens zal aandacht worden gegeven aan de artikelen 139 en 125 WMSr, zoals deze ook aan de orde zijn geweest bij de militaire kamer van het gerechtshof te Arnhem. Hoewel het strafrecht zeker toegepast kan worden om de inzetbaarheid van de krijgsmacht te borgen, blijft het de vraag of gelet op de huidige taakstelling van de krijgsmacht art. 139 WMSr geen wijziging behoeft.

Taakstelling huidige krijgsmacht en de bijzondere rechtspositie van de militair.

De Nederlandse krijgsmacht is meegegaan met de maatschappelijke ontwikkelingen van de laatste decennia. De val van de muur in Berlijn, het verdwijnen van het IJzeren Gordijn heeft geleid tot herbezinning over de taken van de krijgsmacht. Politiek bezien is overwogen de dienstplicht af te schaffen. Besloten is evenwel in 1992 de dienstplicht te handhaven. Wel is de opkomstplicht opgeschort. In augustus 1996 is door defensie afscheid genomen van de laatste dienstplichtigen. Vanaf dat moment kent Nederland een vrijwilligerskrijgsmacht, inclusief reservisten.

De taken van deze vrijwilligerskrijgsmacht zijn eveneens aan ontwikkeling onderhevig geweest. De internationale verhoudingen en daarmee verbonden internationale veiligheids-situaties hebben de Nederlandse krijgsmacht een andere taak verschaft dan voorheen het geval was.

Een veelgehoorde stelling vanuit de krijgsmacht is dat nu Nederland een vrijwilligerskrijgsmacht heeft er ook daadwerkelijk aan internationale missies kan worden deelgenomen. Overigens heeft Nederland in het verleden ook bijgedragen aan diverse missies, met

¹⁾ Advocaat-generaal ressortsparket Arnhem.

²⁾ Rechtbank Arnhem (militaire kamer) 6 november 2006, LJN AZ1537, MRT 2007, p. 20 resp. Rechtbank Arnhem (militaire kamer) 29 december 2006, LJN AZ5334, MRT 2007, p. 114.

³⁾ Hof Arnhem (militaire kamer) 28 december 2007, LJN BC0942 resp. Hof Arnhem (militaire kamer) 12 april 2007, MRT 2007 p. 305 met naschrift van M.M. Dolman.

dienstplichtige militairen. De organisaties van die missies waren evenwel lastiger qua management omdat de dienstplichtigen niet verplicht konden worden uitgezonden voor internationale missies. Dit ligt nu anders.

In het vonnis van de militaire rechtbank Arnhem van 6 november 2006 is opgemerkt welke grondwettelijke aanpassingen betreffende de krijgsmacht hebben plaatsgevonden. Op grond van 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 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 wordt genomen door de regering, die het oppergezag over de krijgsmacht heeft.

De militairen die deel uit maken van deze moderne krijgsmacht zijn anders gemotiveerd dan de dienstplichtige die voor zijn nummer moest dienen. Op vrijwillige basis wordt voor een aantal jaren een verbintenis aangegaan. Het bijzondere van deze verbintenis is de rechtspositie van de militair in vergelijking met andere ambtelijke rechtsposities: de (initiele) dienverplichting, verregaande beperkingen op grondrechten, stakingsverbod etc.

De vermaatschappelijking van de krijgsmacht heeft weliswaar stapsgewijs geleid tot een verambtelijking van de rechtspositie van de militair, maar gaat niet zo ver dat binnen de dienverplichting de aanstelling op elk willekeurig moment kan worden beëindigd. Noch van de kant van de Nederlandse staat (tenzij er sprake is van bijzondere of schrijnende gevallen), noch van de kant van de militair is die optie aanwezig. Zo is onlangs weer bevestigd door de Centrale Raad van Beroep op 8 februari 2007.⁴⁾

1. Artikel 139 WMSr, de dienstweigerings.

In de literatuur (Van den Bosch c.s., Militair straf- en tuchtrecht, aantekening 2 op art. 139 WMSr) wordt de geschiedenis van dit artikel geschetst. Dienstweigerings is in de loop der tijd vaker voorgekomen. Afhankelijk van de tijdsgeest is daarop gereageerd, zoals bijvoorbeeld door het verlenen van vrijstelling wegens ernstige gewetensbezwaren conform de Wet gewetensbezwaren militaire dienst, wanneer een dienstplichtige een beroep deed op deze wet. Een geheel andere reactie volgde bij de zogenaamde ‘totaalweigerings’ die geen beroep op de Wet gewetensbezwaren militaire dienst wilden doen. Deze dienstweigerings kwamen wel met het strafrecht in aanraking.

Bij het bepalen van de strafmaat diende de totaalweigerings geen aantrekkelijk alternatief te worden voor de vervulling van de dienstplicht. Het Hoog Militair Gerechtshof (HMG)⁵⁾ overwoog in dat verband dat het ervan uitging dat de verdachte in de toekomst dienst zou

⁴⁾ Centrale Raad van Beroep, 8 februari 2007, 06/626 MAW, LJN: AZ8750, MRT 2008, afl. 1 blz. 13-17 met naschrift G.L. Coolen.

⁵⁾ Kenbaar uit HR 20 november 2007, NJ 2007/630; met name de conclusie van AG Knigge punt 10 en 11; in dezen is alleen van belang NJ 1989, 774.

blijven weigeren. Op zichzelf geen onbegrijpelijke veronderstelling. De vraag die hierop volgt is dan wel of de verdachte niet gestraft wordt voor feiten die hij nog niet heeft gepleegd. De Hoge Raad heeft zich in diverse bochten moeten wringen om de strafmotivering overeind te houden. Zo overweegt de HR op 30 mei 1989, NJ 1989/774: “dat het HMG de omstandigheid dat de beklaagde heeft doen blijken dat hij elk dienstbevel zou hebben geweigerd en ook zal weigeren...(..).. mede in aanmerking genomen bij de beoordeling van de ernst van het gepleegde strafbare feit en de persoon van de beklaagde. Het hof heeft aldus kunnen oordelen zonder strijd met enige rechtsregel”.

Toch past enige terughoudendheid bij het strafbaar stellen van een handeling die nog niet gepleegd is. Deze vraag is dan ook bij de wegeraars voor de missie naar Afghanistan aan de orde gekomen. Het was duidelijk voor de verschillende bataljonscommandanten dat de desbetreffende personen niet op missie wilden gaan. Vervolgens liep de procedure langs twee sporen, een rechtspositioneel en een strafrechtelijk. In beide zaken is er hoor en wederhoor toegepast, in die zin dat de desbetreffende bataljonscommandant de weigerachtige militair heeft verzocht langs te komen en hem nader heeft ondervraagd. Overigens blijkt uit de twee processen-verbaal dat deze gang van zaken geen gesneden koek is. De ene commandant heeft wel de juridische officier tevoren geraadpleegd, de andere niet. Bij de ene commandant is de militair wel bijgestaan door een juridisch geschoolde raadsman, bij de andere niet omdat de raadsman (de advocaat) verhinderd was. Het mag voor zich spreken dat het tevoren informatie inwinnen bij de eigen juridische dienst raadzaam is en dat het recht op juridische bijstand voor de te horen militair dient te worden nageleefd.

Juist omdat de rechtspositie van de militair een bijzondere is, dienen mijns inziens de regels van zorgvuldigheid met betrekking tot hoor en wederhoor stipt te worden nagekomen. Hierbij mag evenmin over het hoofd worden gezien dat de bataljonscommandant gebruik kan maken van een eigen juridische dienst, terwijl de militairen ambtshalve hiervan verstoken zijn. De ongelijkwaardigheid van beide posities komt beter in balans wanneer de militair ook daadwerkelijke juridische bijstand krijgt. Het is in dezen de vraag of het wel zo verstandig is het horen te laten doorgaan wanneer de raadsman van de militair verhinderd is, ondanks het feit dat juridische bijstand niet verplicht is.

Na het horen bij de commandant is in beide zaken gekozen voor voordracht voor ontslag en voor aangifte bij de KMar. Uit beide aangiften van de commandanten bleek niet alleen dat de desbetreffende weigerachtige persoon terstond geschorst was, maar ook dat hij desgevraagd geen enkele dienst tot zover had geweigerd. Op grond waarvan zou dan een veroordeling moeten volgen voor het weigeren van iedere dienst?

De weigering zou dan een te verwachten toekomstig handelen zijn. Juist hierin is de Hoge Raad⁶⁾ terughoudend, zeker wanneer niet blijkt dat iemand eerder strafrechtelijk is veroordeeld. Uit de functioneringsformulieren bleek dat beide soldaten tot dan goed gefunctioneerd hadden. De militaire kamer van het hof Arnhem heeft dan ook in beide zaken⁷⁾ geoordeeld dat niet is voldaan aan het wettelijk criterium “iedere dienst, van welke soort ook” zoals bepaald in art. 139 WMSr en heeft in beide zaken op dit punt verdachten vrijgesproken.

2. Het dienstbevel, art. 125 WMSr

Op basis van het proces verbaal heeft het Openbaar Ministerie in de zaak onder parketnr.

21-004580-06 ook het weigeren van een dienstbevel ten laste gelegd. Op geen enkele

⁶⁾ HR 20 november 2007, NJ 2007/630.

⁷⁾ Hof Arnhem, 12 april 2007, nr. 21-000105-07, MRT 2007, p. 305 met naschrift van M.M. Dolman en 28 december 2007, nr. 21-004580-06, LJN BC0942.

wijze kon evenwel bewezen worden dat een dienstbevel was gegeven. Hoewel het dienstbevel zowel mondeling als schriftelijk mogelijk is, is dit in geen van beide vormen gegeven. Navraag tijdens verhoren bij de rechter-commissaris bij zowel de compagniescommandant als de bataljonscommandant leverde als resultaat op dat de ene commandant dacht dat de andere commandant het bevel wel zou hebben gegeven. Tevens heerste het misverstand dat door het begrip dienstbevel aan te stippen bij het horen van de soldaat bij de bataljonscommandant voldaan zou zijn aan het mondeling geven van een dienstbevel. Een melding van algemene strekking of een vraag in de trant van: “Weet je wel wat de gevolgen zouden kunnen zijn van je weigering” is evenwel geen mondeling dienstbevel.

Wat wel als een schriftelijk dienstbevel beschouwd kan worden is de uitzendbeschikking. Deze beschikking, die iedere individuele militair toegezonden zou moeten krijgen voor zijn uitzending, bevat in één document zowel een bestuursrechtelijke beschikking als een dienstbevel volgens de strafrechtelijke definitie. Het niet (doen) verstrekken van deze beschikking, opdat er geen bezwaar aangetekend kan worden in bestuursrechtelijke zin (zoals door de raadsman ter zitting naar voren gebracht), betekent dat tegelijkertijd geen schriftelijk dienstbevel is gegeven. Een vrijspraak op dit punt was dan ook onvermijdelijk en het hof heeft de eis daartoe van de advocaat-generaal dan ook gevolgd. In de nadere motivering geeft het hof aan dat in ieder geval moet kunnen worden vastgesteld wie (welke militaire meerdere), waar en wanneer een dienstbevel heeft gegeven en wat de exacte inhoud van dat bevel was. Ook dient nauwkeurig te worden vastgesteld hoe en onder welke omstandigheden werd geweigerd dit bevel op te volgen.

3. *Wijziging art. 139 WMSr?*

Het hof heeft in de eerste vrijspraak uitdrukkelijk opgemerkt dat deze vrijspraak niet betekent dat het de militairen in het algemeen vrij zou staan naar believen uitzending te weigeren of zelf te bepalen welke diensten zij wel of niet willen verrichten. Deze stelling past geheel in het rechtssysteem van de bijzondere rechtspositie van de militair en is niet in strijd met het EVRM. In het laatste arrest heeft het hof zijn oordeel, dat strafrechtelijke handhaving in dit soort gevallen wel degelijk mogelijk is, gehandhaafd.

De taakstelling van de huidige krijgsmacht vraagt in geval van uitzending veel voorbereiding. Het verplaatsen van mensen en materieel naar verre oorden kan niet één dag voor uitzending geregeld worden. Zo wordt het management van de krijgsmacht in een lastige positie geplaatst wanneer een militair aangeeft niet mee te willen op missie. Indien de persoon bij zijn beslissing blijft, zal op enig moment die persoon vervangen moeten worden. Het is niet in het belang van de taakstelling van de krijgsmacht af te moeten wachten tot het moment waarop de weigerachtige militair wel of niet op het vliegtuig richting missie stapt en alvorens op grond van art. 139 WMSr te kunnen optreden. Het toepassen van art. 106 WMSr (het zich opzettelijk onttrekken aan de vervulling van een bepaald soort van dienverplichting) biedt in zoverre te weinig soulaas dat dit artikel ziet op het (actief) bewerkstelligen dat de militair fysiek niet beschikbaar is voor het vervullen van een bepaalde dienverplichting. Het weigeren op missie te gaan is daarmee niet gelijk te stellen evenmin als de schorsing van de werkzaamheden in het kader van het bestuursrecht. Het geven van een dienstbevel kan wel duidelijkheid bewerkstelligen.

Is het niet veel meer koninklijk art. 139 WMSr aan te passen aan de nieuwe taakstelling van de krijgsmacht en bijvoorbeeld als extra lid toe te voegen: “de militair die weigert op (vredes)missie, zoals bepaald door de Nederlandse regering, te gaan of opzet-

telijk nalaat iedere dienst die betrekking heeft op het vervullen van een (vredes)missie, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste XX jaar”, of “de militair die weigert aan een opgedragen operatie deel te nemen of weigert dan wel opzettelijk nalaat iedere dienst die betrekking heeft op een dergelijke operatie uit te voeren, wordt gestraft met...”.

Conclusie

Natuurlijk realiseer ik mij dat een wijziging van een Rijkswet niet van de ene op de andere dag te realiseren is. De wijziging van art. 38 WMSr is daar een mooi voorbeeld van. Toch werd ook die wijziging noodzakelijk geacht gelet op de nieuwe taakstelling van de huidige krijgsmacht. Enige jurisprudentie heeft ook daaraan een bijdrage geleverd.

Het strafrecht is op zichzelf geen doel maar een middel. Als zodanig kan het worden ingezet bij de borging van de taken van de krijgsmacht. Het middel dient dan wel doeltreffend te zijn. Dit laatste is niet het geval geweest in de twee (hier besproken) recente militaire rechtszaken. Ook nu kan de jurisprudentie een aanzet vormen voor een aanpassing aan moderne tijden.
