

REACTIE

Reactie op de bijdrage van prof. mr. G.A. Knoops, De vervolgbaarheid van Nederlandse militairen van de Task Force Uruzgan voor het Internationaal Strafhof,

MRT 2008, p. 161-172,

DOOR MAJOR MR. G.D. MAASSEN EN KAPITEIN MR. A.F. VINK¹⁾

Inleiding

In de editie van juni 2008 van dit tijdschrift verscheen een artikel van de hand van mr. Knoops inzake de mogelijke vervolgbaarheid van Nederlandse militairen van de Task Force Uruzgan voor het Internationaal Strafhof.²⁾ De eerste pagina's geven nauwkeurig doch bondig weer hoe de missie in Afghanistan opgebouwd is. Echter, met een aantal (juridische) standpunten die verder in het artikel betrokken worden, kunnen wij ons moeilijk verenigen. Hierop zal in deze reactie worden ingegaan; de auteurs zullen zich echter beperken tot twee kwesties.

De positie van de KMar

In zijn artikel behandelt mr. Knoops op pagina 166 en 167 de voorwaarden waaraan voldaan moet worden voordat het Internationaal Strafhof een zaak in behandeling kan nemen. Eén daarvan betreft de ontvankelijkheid van zaken. Indien een staat kortweg *unwilling* of *unable* blijkt een persoon te vervolgen en voldaan is aan andere randvoorwaarden, kan het Hof ex artikel 17 van het Statuut, overgaan tot het in behandeling nemen van die zaak. Een staat is bijvoorbeeld *unwilling* indien blijkt dat zij een persoon willen afschermen van strafrechtelijke aansprakelijkheid door bijvoorbeeld niet te vervolgen of een schijnproces te houden. Een staat kan *unable* zijn indien bijvoorbeeld het rechtssysteem of haar handhavingsmiddelen niet meer bestaan of niet meer deugdelijk functioneren.

Daarna wordt op pagina 167 en 168 het Nederlandse vervolgingsbeleid van militairen behandeld. Zoals bekend bedient het openbaar ministerie zich van de Koninklijke Marechaussee

¹⁾ Gerrit Maassen en Jos Vink zijn beide militair jurist bij de Koninklijke Landmacht en in die hoedanigheid werkzaam als stafofficieren juridische zaken bij het Opleidings- en Trainingscentrum Operatiën te Amersfoort respectievelijk de 101 Gevechtssteunbrigade te Apeldoorn. Gerrit Maassen is als *legal advisor (legad)* uitgezonden geweest naar Afghanistan ten tijde van de Nederlandse bijdrage aan *Operation Enduring Freedom (OEF)*. Ten tijde van het schrijven van dit artikel is Jos Vink op uitzending als *legal advisor (SO2 legal)* naar Afghanistan (TFU-5).

²⁾ G.G.J. Knoops, 'De vervolgbaarheid van Nederlandse Militairen van de Task-Force Uruzgan voor het Internationaal Strafhof', *MRT 2008*, p. 161-172.

(KMar) bij ‘militaire’ opsporing.³⁾ Uit het arrest Eric O.⁴⁾ zou blijken dat “de onafhankelijkheid van de KMar als het gaat om onderzoek naar mogelijke misdrijven gepleegd door een Nederlandse militair tijdens een buitenlandse missie, in twijfel [is/wordt] getrokken”. Het gebrek aan onafhankelijkheid gedurende het onderzoek zou blijken uit het feit dat het Hof heeft gesteld dat het openbaar ministerie onvoldoende *situational awareness* had. Voorts is in een andere zaak door het Hof Arnhem vastgesteld dat het onderzoek, zoals uitgevoerd door de KMar, te eenzijdig gericht was op het vaststellen van de schuld van de verdachte militairen.⁵⁾

Bij bestudering van het arrest Eric O. blijkt het door mr. Knoops gebruikte woord ‘onafhankelijk(heid)’ in relatie tot de positie van het OM dan wel de KMar niet voor te komen. De door het openbaar ministerie te ontwikkelen *situational awareness* wel.⁶⁾ Wij vragen ons af of het Hof met het benoemen van de te ontwikkelen *situational awareness* van het openbaar ministerie heeft bedoeld te stellen dat de onafhankelijkheid van de KMar (...) in twijfel kan worden getrokken. Het door mr. Knoops aangehaalde voorbeeld van een schietincident bij het politiekorps Amsterdam/Amstelland verschaft echter begrip voor deze aanname.⁷⁾ In dit arrest is door het Straatsburgse Hof vastgesteld dat – naast allerhande technische gebreken – het onderzoek naar voornoemd schietincident niet voldoende onafhankelijk (*not sufficiently independent*) was uitgevoerd.⁸⁾ Het onderzoek was namelijk in eerste instantie uitgevoerd door directe collegae van de schutter die werkzaam waren bij het(zelfde) korps Amsterdam/Amstelland. Eerst na vijftien en een half uur nam de Rijksrecherche het onderzoek over terwijl gebleken is dat dit binnen anderhalf uur had kunnen geschieden⁹⁾. Hoofdzakelijk vanwege deze vertraging kon worden gesproken van een “*not sufficiently independent*” onderzoek. Mr. Knoops vervolgt en vraagt zich in het licht van voornoemde zaak af “in hoeverre een onderzoek (...) door de KMar, die onderdeel vormt van hetzelfde defensie apparaat als waartoe een Nederlandse ISAF militair behoort, het predicaat ‘onafhankelijk’ kan wegdragen”. Deze stelling verwondert ons om drie redenen:

I. Mr. Knoops stelt in de beoordeling van de mate van onafhankelijkheid van een onderzoek, militairen van *verschillende* krijgsmachtdelen gelijk aan collega’s uit *hetzelfde* politiekorps. Wij vragen ons af onder welke omstandigheden - in de visie van mr. Knoops - de KMar dan wel voldoende onafhankelijk kan zijn om een onderzoek naar andere militairen (van een ander krijgsmachtdeel) uit te voeren. Zolang politieambtenaren niet van eenzelfde korps deel uit maken zijn zij in Straatsburgse ogen namelijk wel voldoende

³⁾ Overeenkomstig artikel 6, eerste lid en onder b, Politiewet 1993.

⁴⁾ Hof Arnhem 4 mei 2005, LJN AT4988 (Eric O.).

⁵⁾ H.C.J.L. Borghouts e.a., *Evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij uitzendingen*, Haarlem: 2006, p. 53 en p. 95-96. De veroordelende vonnissen van de Rechtbank Arnhem aangaande de aldaar besproken zaken zijn gepubliceerd op www.rechtspraak.nl (Rb Arnhem 9 februari 2004, LJN AO3295 en Rb Arnhem 9 februari 2004, LJN AO3301); de arresten van het Hof Arnhem zijn gepubliceerd in *MRT* 2006, p. 22 resp. p. 25.

⁶⁾ Hof Arnhem 4 mei 2005, LJN AT4988 (Eric O.), Overwegingen te overvloede, onder d. Het Hof stelt in zijn arrest overigens ook vast dat de raadsman van Eric O. het zogenaamde Zwolsmancriterium (HR 19 december 1995, NJ 1996, 249) “niet geheel correct geciteerd” heeft “en daardoor ogenschijnlijk iets opgerekt heeft ten opzichte van de (...) door de Hoge Raad gebezigde formulering”.

⁷⁾ EHRM 15 mei 2007, NJ 2007, 618 (Ramsahai e.a. tegen Nederland).

⁸⁾ EHRM 15 mei 2007, NJ 2007, 618 (Ramsahai e.a. tegen Nederland), paragraaf 341.

⁹⁾ EHRM 15 mei 2007, NJ 2007, 618 (Ramsahai e.a. tegen Nederland), paragraaf 339.

onafhankelijk.¹⁰⁾ Wij merken in dit verband op dat de onafhankelijkheid van de KMar is gewaarborgd. De KMar is in geval van 'strafrechtelijk' optreden onder gezag van het Openbaar Ministerie geplaatst en draagt in dit optreden louter verantwoording af aan dat Openbaar Ministerie.¹¹⁾ Ons is niet gebleken dat dit strijdig is met het EVRM.¹²⁾

2. Voorts doet zich de vraag voor in welk licht de mate van onafhankelijkheid gezien moet worden indien men de ontvankelijkheidscriteria van het Internationaal Strafhof beziet. Een staat is *unwilling* indien die lidstaat zijn militair probeert af te schermen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het openbaar ministerie is echter verweten dat zij met 'een zekere mate van vasthoudendheid' de veroordeling en bestraffing van Eric O. heeft nagestreefd.¹³⁾ In de andere zaak is het openbaar ministerie verweten dat het onderzoek van het openbaar ministerie te eenzijdig gericht was op het vaststellen van de schuld van de verdachte militairen.¹⁴⁾ Het Hof kan zaken ontvankelijk verklaren indien sprake is van *unwillingness*; hier is juist sprake van *willingness*.

3. Tot slot vraagt mr. Knoops zich af of het Nederlandse militaire strafrecht in staat (*able*) is te achten om op onafhankelijke wijze bewijs te vergaren om een eigen opsporingsonderzoek effectief te kunnen uitvoeren in de zin van artikel 17, derde lid, van het Statuut.¹⁵⁾ Ontvankelijkheid bestaat in dit kader indien *due to a total or substantial collapse or unavailability of its natural judicial system*, de lidstaat niet in staat is de verdachte en het benodigde bewijs te vergaren of anderszins niet in staat is om het onderzoek uit te voeren. Zonder in detail te treden is te volstaan met aan te geven dat de KMar gedurende een uitzending nadrukkelijk aanwezig is: elk geweldgebruik in een missiegebied gerapporteerd aan de aldaar aanwezige KMar.¹⁶⁾ Ergo: het Nederlandse stelsel is ingestort noch is het afwezig waardoor niet gesteld kan worden dat de KMar de aanleiding vormt de Nederlandse rechtsstaat *unable* te achten.

Geen tijd van oorlog en gevolgen voor strafhof-vervolgning

Op pagina 170 van het artikel stelt mr. Knoops "dat onder het ISAF-regime de betreffende militair naar alle waarschijnlijkheid minder snel een beroep zal kunnen doe op de strafuitsluiting

¹⁰⁾ Gewezen moet in dit verband worden op het feit dat het Straatsburgse Hof in de eerdergenoemde zaak heeft vastgesteld dat de Rijksrecherche, die onderdeel vormt van hetzelfde politieapparaat als waartoe de politieagent, werkzaam bij Amsterdam-Amstelland, behoort, wel het predicaat onafhankelijk kan wegdragen maar stelt dat de Rijksrecherche in dit geval de zweem van het gebrek aan onafhankelijkheid van het onderzoek niet meer kon wegnemen (EHRM 15 mei 2007, NJ 2007, 618 (Ramsahai e.a. tegen Nederland) paragraaf 340 e.v.).

¹¹⁾ Zie onder meer artikel 6 van de Politiewet.

¹²⁾ Het EHRM oordeelde reeds in 1976 dat zelfs het systeem van een krijgsraad als zodanig niet in strijd is met artikel 6 EVRM. (EHRM 8 juni 1976, NJ 1978, 223, Engel e.a. tegen Nederland) als het gaat om de eis dat een gerecht onpartijdig en onafhankelijk moet zijn. Vanzelfsprekend gaat de regel zoals neergelegd in deze uitspraak slechts op bij procedures die betrekking hebben op militairen. Er moet grote terughoudendheid worden betracht bij het berechten van burgers door krijgsraden, militaire tribunalen of rechterlijke colleges waar een militair lid in plaatsneemt; zie: EHRM 12 maart 2003, Application nr. 46221/99, NJB 2003, nr. 20 (Öcalan tegen Turkije).

¹³⁾ Hof Arnhem 4 mei 2005, LJN AT4988 (Eric O.), Ontvankelijkheid van het hoger beroep.

¹⁴⁾ H.C.J.L. Borghouts e.a., Evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij uitzendingen, Haarlem: 2006, p 53 (Onrust op de basis in Banja Luca).

¹⁵⁾ Artikel 17, derde lid, Statuut: 'In order to determine inability in a particular case, the Court shall consider whether, due to a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system, the State is unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or otherwise unable to carry out its proceedings.'

¹⁶⁾ Aanwijzing A-301 van de Commandant der Strijdkrachten (CDS) van 11 september 2006 (Informatievoorziening en rapportages bij vredesoperaties) en de brief van het College van procureurs-generaal van 20 november 2006, kenmerk PaG/BJZ/B-11030, inzake handelwijze bij geweldsaanwending militairen (Strct. 2006, nr. 233).

tingsgrond van artikel 33 van het Strafhof-Statuut”. Dit artikel bepaalt in het eerste lid dat een persoon van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden ontslagen als hij handelt op grond van een bevel van een meerdere of de regering indien:

- a. de persoon wettelijk verplicht was bevelen van de desbetreffende regering of meerdere op te volgen;
- b. de persoon geen kennis had van het feit dat het bevel onwettig was; en
- c. het bevel niet onmiskenbaar onwettig was.¹⁷⁾

De auteur vervolgt door te stellen: “Het spreekt voor zich dat in de context van een ‘tijd van oorlog’, waarbij het oorlogsrecht van toepassing is verklaard, eerder door een ISAF-militair (...) aan deze vereisten zal kunnen zijn voldaan dan in geval de ISAF-missie, zoals thans, louter als een crisisbeheersings- of stabilisatiemissie wordt aangemerkt.”

Met deze stelling kunnen wij ons niet verenigen. De verplichting om een dienstbevel op te volgen wordt niet beïnvloed door het feit of al dan niet ‘tijd van oorlog’ is afgekondigd: dienstbevelen moeten worden opgevolgd¹⁸⁾ want ‘de ondergeschiktheid is de ziel van den militairen dienst’.¹⁹⁾ Onrechtmatige dienstbevelen dienen evenwel te worden geweigerd.²⁰⁾ Voor een mogelijke toepassing van artikel 33 van het Statuut maakt het derhalve geen verschil of de militair behoort tot een eenheid die overeenkomstig artikel 71 MSr is aangewezen als zijnde in ‘tijd van oorlog’. Indien de redenering van mr. Knoops gevolgd wordt, zou dit tot gevolg hebben dat bevelen gedurende een crisisbeheersingsoperatie sneller (*manifestly unlawful* - en dus strafbaar – zijn dan gedurende tijd van oorlog. Ons inziens zijn de omstandigheden van het geval bepalend voor het antwoord op de vraag of een bevel al dan niet (*manifestly unlawful*) is.

Conclusie

Twee van de peilers onder het pleidooi van mr. Knoops blijken bij een nadere bestudering minder stevig te zijn dan wij verwachtten. Er is geen aanleiding om te denken dat de militaire strafvervolging door de Koninklijke Marechaussee mogelijk kan resulteren in *unwillingness* van de Nederlandse rechtsstaat als het gaat om strafvervolging van internationale misdrijven waarover ook het Internationaal Strafhof jurisdictie heeft. Voorts is de Nederlandse rechtsstaat niet *collapsed* of op andere wijze komen te vervallen zodat de Nederlandse rechtsstaat ook niet *unable* geacht kan worden. De kans op ontvankelijkheid bij het Hof lijkt dan ook nog kleiner dan mr. Knoops in zijn artikel doet vermoeden.

¹⁷⁾ Artikel 33, tweede lid, Statuut: ‘For the purposes of this article, orders to commit genocide or crimes against humanity are manifestly unlawful.’

¹⁸⁾ Artikel 125 MSr e.v., artikel 15 Wmt.

¹⁹⁾ Artikel 2, eerste lid, van het inmiddels ingetrokken Reglement betreffende de Krijgstucht, Kb van 31 juli 1922, Stb. 1922, 476.

²⁰⁾ Artikel 131 MSr e.v., artikel 16 Wmt. Artikel 131 MSr bepaalt dat het niet opvolgen van dienstbevelen niet strafbaar is als de bevolen gedraging onrechtmatig is. De militair meerdere die het onrechtmatige bevel geeft pleegt minimaal het tuchtvergriep van artikel 28 Wmt. Houdt het onrechtmatige bevel een opdracht in om een misdrijf te plegen, dan wordt door de bevelgever het strafbare feit van artikel 150 MSr gepleegd. Het uitvoeren van een onrechtmatig bevel, terwijl de militair wist of kon weten dat het bevel onrechtmatig is, slaat volgens artikel 43, tweede lid, Sr dan wel artikel 11, tweede lid, van de Wet internationale misdrijven de bodem uit onder een succesvol beroep op superior orders.

REACTIE

Ook de conclusie dat het niet afkondigen van ‘tijd van oorlog’ voor de ISAF-missie strafrechtelijk nadelig kan zijn indien een militair zich in zijn verdediging wil beroepen op *superior orders* ondersteunen wij niet. Een militair is – ongeacht of hij in tijd van oorlog of in tijd van vrede werkzaam is – altijd verplicht rechtmatige bevelen op te volgen. Indien deze afkondiging wel van invloed is zou dat betekenen dat een bevel in tijd van oorlog minder snel (*manifestly*) *unlawful* is dan gedurende een vredesoperatie.

Antwoord op de reactie van majoor mr. G.D. Maassen en kapitein mr. A.F. Vink

De twee commentatoren merken op dat in het arrest Eric O. het woord ‘onafhankelijkheid’ in relatie tot de positie van het OM/KMAR niet voorkomt. Diegene die het proces nauwgezet hebben gevolgd weten dat de niet-onafhankelijkheid van de KMAR weldegelijk als een rode draad door het pleidooi van de verdediging heeft gelopen.

Aangehouden werd immers dat er van de zijde van de KMAR totaal geen onderzoek naar ontlastend materiaal werd gedaan. Zo bleken de KMAR en ook het OM ten tijde van de start van het proces geheel onbekend te zijn met het systeem van de *Rules of Engagement*, en dus hierna geen enkel onderzoek te hebben gedaan, terwijl evident was dat een juist onderzoek – hetgeen wel de verdediging deed en aandroeg bij de rechtbank- evidentelijk voor Eric O. ontlastend was.

Voorts verzuimde de betreffende opsporingsdienst om deugdelijk onderzoek te doen naar de *situational reports* die voor Eric O. eveneens ontlastend bleken te zijn. Tenslotte, maar niet uitputtend, verzuimde men om deugdelijk forensisch-technisch onderzoek te doen naar bijvoorbeeld de inschot-opening bij het pretense Irakese slachtoffer, zulks terwijl dit onderzoek wel op verzoek van de verdediging werd gedaan door een drietal externe experts, welke forensische onderzoeken voor Eric O. hoogst ontlastend waren. Een van de drie experts, een vooraanstaande FBI-onderzoeker, schreef de verdediging dat hij in zijn veertigjarige praktijk nog nooit een dergelijk incompetent onderzoek had gezien als door opsporingsautoriteiten verricht ter zake het forensisch-technisch gedeelte. Een alles zeggend voorbeeld was dat NFI, onder auspiciën van het OM/KMAR, proefschoten deed uitvoeren met eenzelfde wapen als dat van Eric O. op betonnen tegels, terwijl de verdedigingsdeskundigen er terecht op wezen dat in Irak de ondergrond niet van beton was, maar een kleiachtige substantie kende.

Daarmee is ook alles gezegd over het gebrek aan onafhankelijkheid dat in deze zaak werd tentoongespreid vanwege de opsporingsautoriteiten in kwestie.

Helaas verwarren de commentatoren derhalve hier het begrip *situational awareness* en onafhankelijkheid die ook van opsporingsinstanties in militaire strafzaken mag worden verwacht. Dat het hof de term onafhankelijkheid niet in het arrest gebruikt, laat uiteraard onverlet dat deze zaak daarvan wel een voorbeeld is. Overigens heeft het hof wel degelijk vastgesteld dat het opsporingsonderzoek onvolledig is geweest (zo werd bijvoorbeeld de bataljonscommandant niet eens gehoord, wiens verhoor in hoger beroep eveneens ontlastend was in de zin van het creëren van een duidelijker beeld van het mandaat). Onvolledigheid en niet-onafhankelijkheid liggen in elkaars verlengde.

Auteur dezes is dan ook een voorstander om in dit soort zaken niet langer de KMAR dit soort onderzoeken te laten doen, maar door gespecialiseerde teams die niet gelieerd zijn aan de krijgsmacht, hetgeen de KMAR voor een bepaalde taak wel is. Daarmee is dan ook de vraag

REACTIE

beantwoord van de commentatoren ‘...onder welke omstandigheden...de KMAR dan wel voldoende onafhankelijk kan zijn om een onderzoek naar andere militairen uit te voeren’.

Artikel 17 lid 3 van het ICC Statuut, dat door de commentatoren wordt geciteerd, is uitdrukkelijk niet als uitputtend bedoeld, zo blijkt ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van dit artikel. Daarnaast staat in dit artikel letterlijk opgenomen de woorden: ‘...or otherwise unable to carry out its proceedings’.

Hieruit volgt dat de kwestie van een ‘collapse’ van een bepaalde staat niet het enige geval is waarin volgens het Strafhof sprake kan zijn van ‘unable’ zijn. Bovendien bestaat op dit punt nog geen jurisprudentie van het Strafhof die een vastomlijnd beeld geeft van dit criterium zodat de conclusies van de commentatoren op dit punt op zijn minst voorbarig zijn.

Auteur dezes heeft aangegeven, mede geleid door rechtspraak van de ICTY, dat het op zijn minst onzeker is of binnen het kader van artikel 33 van het ICC statuut, een Nederlandse militair wel een geslaagd beroep toekomt op toepassing van geweld conform zijn eigen nationale geweldsinstructies. Anders gezegd, de internationaal strafrechtelijke betekenis van dit soort instructies is nog verre van duidelijk. Het is in deze context dat de opmerking is gemaakt dat voorstelbaar zou kunnen zijn dat in de context van een oorlogssituatie, in tegenstelling tot die van een ‘vredesmissie’, de internationale strafrechter deze context kan laten meewegen bij de vraag of een militair mocht afgaan op zijn eigen nationale geweldsinstructies. Daarmee is geenszins gezegd dat bevelen tijdens een ander type operatie, zoals de commentatoren impliceren, ‘sneller (manifestly) unlawful’ zouden zijn.

G.G.J. Knoops
