

# Militair Rechtelijk Tijdschrift

Jaargang 104 - 2011

Aflevering 4

## IN DIT NUMMER

### Bijdragen

*P.A.L. Ducheine en mr. J.P. Spijk*, Religie, recht en oorlog

*G.F. Walgemoed*, Schorsing als ordemaatregel

*P.A. Kingma*, De herziening van de artikelen 38 en 71 Wetboek van Militair Strafrecht; symbool of noodzaak?

### Strafrechtspraak

*Rb Ah*, Salduz-verweer in militaribus

*Hof Ah*, Openlijk geweld op vliegbasis Woensdrecht (vervolg)

### Bestuursrechtspraak

*CRvB*, De niet alerte/waakzame Marechaussee

*CRvB*, Terechte korting op militair invaliditeitspensioen in verband met AOW-uitkering?

*CTG*, Verkeerde diagnose?

Wetgevingsoverzicht

# INHOUD

## BIJDRAGEN

### TOESPRAAK

Religie, recht en oorlog, door mr. dr. P.A.L. Ducheine en mr. J.P. Spijk MA.....	189
--	-----

### BESCHOUWING

Schorsing als ordemaatregel, door mr. G.F. Walgemoed.....	195
De herziening van de artikelen 38 en 71 Wetboek van Militair Strafrecht; symbool of noodzaak? door Mr. P.A. Kingma.....	207

## STRAFRECHTSPRAAK

Rb Ah 25.01.2010	<b>Salduz-verweer in militaribus. Verlaten wachtpost: was schade voor de veiligheid te duchten?</b> Verdachte is voorafgaand aan haar verhoor door de Marechaussee niet geweest op haar recht een advocaat te raadplegen; bewijsuitsluiting. Verklaring ter terechtzitting kan wel tot het bewijs worden gebezigd; schorsing teneinde verdachte in de gelegenheid te stellen zich van rechtsbijstand te voorzien staat daaraan niet in de weg. Hoewel verdachte slechts korte tijd haar post – een Forward Operating Base die uitzicht gaf op de toegangsweg tot Camp Hadrian – heeft verlaten, moet gezien de omstandigheden ter plaatse worden geoordeeld dat schade voor de veiligheid te duchten is geweest (Naschrift M.M.D.).....	221
Hof Ah 10.02.10	<b>Openlijk geweld op vliegbasis Woensdrecht (vervolg)</b> Geen (medeplegen van) openlijk geweld tegen een persoon, maar feitelijke aanranding door verdachte alleen. Straffeloosheid vanwege noodweer: verdachte – die een handgemeen trachtte op te breken – handelde ter verdediging van eens anders lijf. (Naschrift M.M.D.) .....	228

## BESTUURSRECHTSPRAAK

CRvB 18.06.2009	<b>De niet alerte/waakzame Marechaussee</b> Niet gezegd kan worden dat een marechaussee tijdens zijn wachtdienst zijn ogen gesloten had en hierdoor verregaand nalatig is geweest in de vervulling van de plichten die verbonden zijn aan de functie van beveiliging bij de Koninklijke Marechaussee.....	232
CRvB 27.08.2009	<b>Terechte korting op militair invaliditeitspensioen in verband met AOW-uitkering?</b> Op het militair invaliditeitspensioen is een korting toegepast wegens samenloop met een AOW-uitkering. De korting is niet strijdig met het levenslange karakter van het toegekende pensioen. Verder geen bijzondere omstandigheden om af te zien van de korting en geen sprake van onjuiste informatie. (Naschrift J.v.K.).....	237
CTG 09.11.2010	<b>Verkeerde diagnose?</b> Centraal Tuchtcollege oordeelt dat het onderzoek zoals verricht door de militair (huis)arts gegeven de omstandigheden niet onvoldoende was. Bij een tweede, telefonisch consult heeft onvoldoende onderzoek plaatsgevonden waardoor de arts zich de kans heeft ontnomen een juiste diagnose te stellen .....	242

## WETGEVING

Wetgevingsoverzicht .....	250
---------------------------	-----

# Religie, recht en oorlog

Toespraak ter gelegenheid van het Symposium 'Vredesoperaties, idealen en de harde werkelijkheid. Religieuze ethiek en oorlog', Den Haag, 4 april 2011<sup>1</sup>

### Excellentie, geëerde aanwezigen,

Ik dank allereerst de organisatoren van dit symposium voor de gelegenheid die mij geboden wordt om enkele gedachten over religie en oorlogsrecht met u te kunnen delen. Voor mij als Hoofd van de Militair Juridische Dienst van de Krijgsmacht is de thematiek van vandaag – vanzelfsprekend - van zeer groot belang. Naar mijn mening adresseren we vandaag vier cruciale en onderling verweven thema's:

1. Oorlog;
2. Het recht in de oorlog;
3. De relatie religie en oorlogsrecht;
4. de toepassing van oorlogsrecht door militairen.

Bij deze vier thema's wil ik graag met u stilstaan en tot slot nog een enkel woord zeggen over de relatie tussen ethiek en recht.

### Het Fenomeen Oorlog

Allereerst het fenomeen "oorlog". Om een technische discussie over de juiste interpretatie van het begrip 'oorlog' te vermijden, hanteren juristen sinds de Tweede Wereldoorlog vaak de term "gewapend conflict". Een 'gewapend conflict' wordt afgemeten aan de feiten, niet aan de formaliteiten. Anders gezegd: zodra een situatie aan bepaalde feitelijke criteria voldoet, is er sprake van oorlog.

Naast deze formele benadering hanteert de socioloog Thomas een zeer pragmatische benadering. Zijn zogeheten Thomas theorama komt er - kort gezegd – op neer dat 'wanneer mensen situaties als werkelijk definiëren, die situaties werkelijke gevolgen hebben'. Naar de krijgsmacht vertaald: als militairen een situatie als 'oorlog' ervaren, dan is het voor hen 'oorlog'.<sup>2</sup>

Oorlog en oorlogsgeweld zijn de centrale thema's in de zojuist aangeboden brochure. De pijnlijke karakteristieken van oorlog kunnen we niet verhelen: Oorlog kenmerkt zich door dood en verderf, door fysiek geweld, door onbedoelde en ongewilde burgerslachtoffers, door schade aan infrastructuur, economie, huis en haard. In de woorden van rabbijn Marx (pagina 10):

<sup>1</sup> Auteurs: Mr. dr. P.A.L. Ducheine, Kolonel van de Militair Juridische Dienst, Faculteit Militaire Wetenschappen, Nederlandse Defensie Academie; mr. J.P. Spijk MA, Brigade Generaal van de Militair Juridische Dienst, Hoofd van de Militair Juridische Dienst Krijgsmacht. Uitgesproken door de laatstgenoemde ter gelegenheid van het Symposium 'Vredesoperaties, idealen en de harde werkelijkheid. Religieuze ethiek en oorlog', Den Haag, 4 april 2011. De auteurs spreken hun dank uit aan drs. J.F.R. Boddens Hosang en dr. M.C. Zwanenburg voor hun constructieve commentaar op een eerdere versie van deze tekst.

<sup>2</sup> Merton, R.K. (1995) 'The Thomas Theorem and the Matthew Effect' in *Social Forces* 72(2): 379-424, December 1995.

“Het is onvermijdelijk dat in een oorlog mensen worden gewond en gedood, dat hun leefomgeving wordt beschadigd of zelfs vernietigd.”

Professor Yoram Dinstein, een eminent rechtsgeleerde die zelf als kind tijdens WO II een Italiaans bombardement op Tel Aviv meemaakte, heeft dit op een vergelijkbare wijze getypeerd:

“Some people, no doubt animated by the noblest humanitarian impulses, would like to see zero-casualty warfare. However, this is an impossible dream. War is not a chess game. Almost by definition, it entails human losses, suffering and pain.”<sup>3</sup>

Het is precies deze werkelijkheid van menselijke verliezen en lijden die hebben geleid tot morele overtuigingen hoe in dit soort omstandigheden te handelen. Die overtuigingen zijn neergeslagen in regels, en vervolgens van regels tot oorlogsrecht.

## De relatie tussen oorlog en recht

In de loop van de geschiedenis is vaak – en soms ook heden ten dage nog – gedacht dat in tijden van grote nood, of in tijden waarin staatsvijanden met het zwaard bestreden moesten worden, voor recht geen plaats meer was. Van Marcus Tullius Cicero (106-43 BC) is de bekende uitspraak: “*Silent enim leges inter arma*”.<sup>4</sup> Vrij vertaald komt het neer op: ‘het recht zwijgt als de wapens spreken’.

Gelukkig heeft de geschiedenis Cicero geen gelijk gegeven. Eén van mijn leermeesters, professor Frits Kalshoven, draaide de stelling om, in zijn klassieke werk “*Zwijgt het recht als de wapens spreken?*”. Het antwoord op die vraag is een volmondig “neen”. Het recht spreekt - uiteraard - óók in tijden van oorlog. De Militair Juridische Dienst van de krijgsmacht, die ik hier vandaag mag vertegenwoordigen, mag daarvan als levend bewijs dienen. Ik kom daar aan het slot nog graag kort op terug.

Maar ook door de eeuwen heen is Cicero’s adagium telkens weer weerlegd. Te midden van ernstig oorlogsgeweld, vermeld ik er meteen bij, maar toch. Ik noem u enkele historische voorbeelden.

Abu Bakr, de eerste kalief na Mohammed’s overlijden (632) stelde duidelijke regels voor de gewapende strijd vast. “Het bloed van vrouwen, kinderen en oude mensen mag uw overwinning niet bezoedelen” en “vernietig geen palmbomen, verbrand geen huizen en korenvelden en kap geen vruchtbare bomen”.

Saladin (1137-1193), Sultan van Egypte, was exemplarisch in zijn handhaving van de wetten en gebruiken van de oorlog: hij gebod in de strijd tegen de Kruisvaarders dat gewonden van beide zijden buiten de muren van Jeruzalem verzorgd moesten worden en dat de leden van de Johanniter Orde daartoe in de gelegenheid dienden te worden gesteld.<sup>5</sup>

St. Augustinus (354-430), bisschop van Hippo, theoloog, filosoof en kerkvader legde in het westen de basis voor een tweezijdige benadering van het oorlogsrecht. In zijn ideeën voor de rechtvaardige oorlog, schetste hij een raamwerk dat enerzijds betrekking had op de overwegingen om een oorlog aan te vangen en anderzijds de strijd zelf reguleerde.

<sup>3</sup> Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflicts* (Cambridge University Press, 2004). p. 1.

<sup>4</sup> Marcus Tullius Cicero, *Oratio Pro Annio Milone IV*.

<sup>5</sup> Christopher Greenwood, *Historical Development and Legal Basis, in The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (Dieter Fleck ed., Oxford, 1995). p. 17 v.

Deze twee elementen van de *just war doctrine* zijn vandaag nog herkenbaar als dé normatieve raamwerken die oorlog omgeven. Het *ius ad bellum* beschrijft de gronden waarop oorlog gevoerd mag worden. Het *ius in bello* bepaalt de regels van de oorlogvoering zelve, ook wel genoemd het humanitair oorlogsrecht of *International Humanitarian Law*.

Voor de goede orde memoreer ik dat de doctrine van de rechtvaardige oorlog als zodanig geen normatieve waarde meer toekomt. Zij behoudt haar belang in het verklaren van de posities die staten in het internationale verkeer innemen, en de argumenten die zij gebruiken om hun handelingen te verklaren.

Aan het *ius ad bellum* en aan het *ius in bello*, het (humanitair) oorlogsrecht, meten we het gedrag van staten, hun regeringsleiders, commandanten en individuele militairen daadwerkelijk af. De vele hier in Den Haag gevestigde rechtsprekende instituties demonstreren dit. Denkt u bijvoorbeeld maar aan het *Internationaal Gerechtshof* (gevestigd in het Vredespaleis), het *Joegoslavië-tribunaal*, het Haagse kantoor van het *Rwanda-tribunaal*, het *Sierra Leone-tribunaal* en als jongste loot het *Internationaal Strafhof*.

Ik keer terug naar oorlogsrecht en Cicero's ongelijk. Het oorlogsrecht tracht orde te scheppen in de spanning tussen de realiteit van oorlog en humaniteit. Het oorlogsrecht reguleert de strijd zelf en beschermt daarnaast onschuldigen. Het kent twee belangrijke bronnen: verdragen en gewoonterecht.

Een aantal verdragen heeft een nauwe band met onze huidige verblijfplaats Den Haag. Ik noem kort:

- het Vierde Haagse verdrag uit 1907 met bijbehorend Landoorlogsreglement, dat de strijd op het land regelt en waaraan we nog steeds het bezettingsrecht en de status van combatanten ontleen.
- de Haagsche Verdragen inzake neutraliteit en oorlog op zee uit datzelfde jaar
- De Haagsche regels voor de luchtoorlogvoering uit 1923
- Het Culturele Goederenverdrag uit 1954

Naast de Haagsche verdragen zijn er de wellicht meer bekende vier Geneefse conventies met de drie aanvullende protocollen.

De tweede bron van oorlogsrecht zijn de regels van gewoonterecht. Een deel van het geldend recht is de resultante van jarenlange zogenaamde statenpraktijk. Wanneer Staten zich gedurende langere tijd aan bepaalde regels conformeren en er blijk van geven dat zij die regels als bindend ervaren, worden die regels na verloop van tijd algemeen bindend als "gewoonterecht". Dat gewoonterecht is om twee redenen buitengewoon belangrijk:

- Uit het gewoonterecht zijn de vier oorlogsrechtelijke grondbeginselen ontleend, die richting geven aan alle buitenlandse militaire operaties waarbij geweld gebruikt kan worden. Het gaat om de principes van humaniteit, militaire noodzaak, onderscheid en proportionaliteit. Ik kom daar zo op terug.

- En in de tweede plaats: gewoonterecht staat los van geopolitieke overwegingen om toe te treden tot verdragen. Gewoonterecht geldt dus óók voor staten die – om welke reden dan ook – geen partij willen zijn bij bepaalde verdragen.

Aangekomen bij de inhoud van die verschillende regels van het oorlogsrecht sta ik graag stil bij de bijzondere relatie met religie, het derde thema.

## Oorlogsrecht en religie

Zoals de brochure<sup>6</sup> zeer overtuigend aantoont, zijn religieuze invloeden overal terug te vinden in het moderne oorlogsrecht. Dat begint al bij de vier hiervoor genoemde grondbeginselen. Ik noem enkele voorbeelden.

Humaniteit, dragend beginsel van alle wereldreligies, springt het meest in het oog. Dit humanitaire aspect speelde ook een doorslaggevende rol bij de totstandkoming van het VN Handvest in 1945. In de preambule van het Handvest is dit als volgt verwoord:

“Vastbesloten

- komende geslachten te behoeden voor de gesel van de oorlog, die tweemaal in ons leven onnoemelijk leed over de mensheid heeft gebracht, en
- opnieuw ons vertrouwen te bevestigen in de fundamentele rechten van de mens, in de waardigheid en de waarde van de menselijke persoon, [..].”

En voorts: de vier Geneefse Conventies uit 1949 benadrukken in het Gemeenschappelijke Artikel 3 dat “Personen, die niet rechtstreeks aan de vijandelijkheden deelnemen, [...], onder alle omstandigheden menslievend behandeld [moeten worden], [...]”.

Vooral zwakkeren zoals ouderen, kinderen, gewonden genieten extra bescherming tegen de gruwel van oorlog.

Door de geschiedenis heen hebben verschillende religies uiting gegeven aan humaniteit. Ik volsta hier met een verwijzing naar het gebod “gij zult uw naaste liefhebben als uzelve”. Deze tekst heeft waarde voor onder andere de drie monistische godsdiensten. De plicht om de gewonden van de vijand net zo goed te behandelen als onze eigen gewonden, vindt daarin duidelijk zijn grondslag.

Het tweede principe – militaire noodzaak – betekent dat oorlogvoerenden alleen geweld mogen aanwenden voor zover *noodzakelijk* is om de vijand te verslaan. Onnodig en willekeurig geweld is verboden. De Islam leert ons: de ‘vijand mag niet onnodig schade worden toegebracht’. (Brochure, p. 26.)

Het spreekt voor zich dat humaniteit en geweldstoepassing kunnen conflicteren. Dit potentiële conflict wordt geadresseerd door twee afgeleide beginselen: onderscheid en proportionaliteit.

Onderscheid wil zeggen dat aanvallen alleen gericht mogen zijn tegen militaire doelen. Burgerobjecten, burgers, gewonden, et cetera genieten bescherming tegen aanvallen. Deze regels gaan ver in de tijd terug, en ook Hindoeïtradities kennen hier waarde aan toe, zo stelt drs. Van den Burg in de brochure (p. 31).

De tekst van dr. Abdallah (p. 26-27) over de regels in de islamtradities leert ons dat ‘als het kwaad van de vijand met een zachter middel bestreden kan worden, mag er niet voor een harder middel gekozen worden’. U herkent hierin het beginsel van de proportionaliteit.

Tot slot het laatste thema.

## De krijgsmacht, de militair en oorlogsrecht

Ik wil stilstaan bij onze krijgsmacht in het algemeen, en bij onze militairen en hun commandanten in het bijzonder.

<sup>6</sup> Tijdens het symposium aangeboden aan de minister van Defensie. “Hoe zien religies geweld? Visies op oorlog in jodendom, christendom, islam, hindoeïsme en boeddhisme”. Uitgave: Raad van Kerken in Nederland, Amersfoort, 2011.

In de eerste plaats het bestaansrecht en zo u wilt het wezen van de krijgsmacht. Artikel 97 van onze Grondwet bepaalt dat er een krijgsmacht is, ten behoeve van de verdediging en ter bescherming van de belangen van het Koninkrijk, alsmede ten behoeve van de handhaving en de bevordering van de internationale rechtsorde.

Met name dat laatste deel van die bepaling is wel heel erg actueel. Militairen worden daartoe uitgezonden – *in harm's way* – zo zegt men wel. Of, met verwijzing naar President Roosevelt's beroemde toespraak: niet in de rol van toeschouwer, maar als degene die er daadwerkelijk voor staat: als *'the man in the arena'*<sup>7</sup>.

Daarbij zijn wij verplicht het humanitair oorlogsrecht te respecteren, óók in een wereld waarin anderen dat niet doen. Dat zijn wij reeds in het algemeen omdat wij gehouden zijn de internationale rechtsorde te bevorderen. Maar ook heel concreet omdat ons Koninkrijk zich daartoe verplichtte bij de ondertekening en ratificatie van al die al genoemde verdragen. *Pacta sunt servanda*.

En, vanuit een rechtsstatelijke optiek, omdat de krijgsmacht een (gewelds)instrument van onze democratische rechtstaat is, waarin rechtmatigheid van overheidshandelen uitgangspunt is.

Natuurlijk rijst dan bij u de vraag: en hoe borgen we het respect voor het oorlogsrecht in de praktijk. Dat doen we op verschillende manieren.

Allereerst via onderwijs in alle militaire opleidingen, een directe invulling van de verdragsverplichting uit het Eerste Aanvullende Protocol (AP I art. 83 lid 1). In onze officiersopleiding besteden we extra aandacht aan oorlogsrecht: het zijn immers deze toekomstige commandanten die respect voor het oorlogsrecht moeten garanderen, afdwingen, zo nodig schendingen moeten herkennen en rapporteren, en *last but not least* het zijn die zelfde commandanten die strafrechtelijk ter verantwoording worden geroepen indien zij hierin zouden falen.

Dat onderwijs brengen we via trainingen in de praktijk. In oefeningen wordt commandanten geleerd oorlogsrecht in complexe situaties toe te passen, waarbij op een gestructureerde manier afwegingen over bijvoorbeeld militaire noodzaak, proportionaliteit en *collateral damage* moeten worden gemaakt.

Ten derde: Zowel in oefensituaties als bij daadwerkelijke inzet worden commandanten ondersteund door juridische adviseurs, eveneens een verdragsverplichting waaraan Nederland inhoud geeft (art. 82 AP I).

Ik ben er van overtuigd dat deze combinatie van oorlogsrechtelijk onderwijs en training, ervaring met het nemen van verstrekkende beslissingen en de fysieke aanwezigheid van juridische adviseurs helpt om potentiële dilemma's voor onze commandanten te voorkomen.

Ik sprak met u over de relaties tussen oorlog, oorlog en recht en tussen oorlogsrecht en religie.

Ik paraphraseer Prof. Dr. Desirée Verweij wanneer ik zeg: het oorlogsrecht kan worden beschouwd als een verzameling uitgekristalliseerde, zo u wilt gestolde, morele oordelen<sup>8</sup>.

Dáár ligt in mijn overtuiging de verbinding met religieuze en andere ethische normen die

<sup>7</sup> Zie de toespraak "Citizenship In A Republic", uitgesproken aan de Sorbonne, Paris, 23 April, 1910. Geraadpleegd op <http://www.theodore-roosevelt.com/trsorbonnespeech.html>, 1 april 2011.

<sup>8</sup> D.E.M. Verweij, *Ethiek als de alfa en omega van recht. Het belang van ethiek en ethiekonderwijs*, in De Advocatenstandaard (W.M.J. Bekkers, M. van Hooijdonk, S.C.J.J. Kortmann, J.J.H. Suyver, eds., Den Haag, 2007.). P. 41.

## TOESPRAAK

– zoals we hebben gezien - hun duidelijke sporen hebben achtergelaten. En daarmee is ook gegeven dat niet *iedere* afwegingsvraag telkens een moreel of ethisch dilemma behoeft te zijn.

Dit oorlogsrecht geeft handvatten voor de afwegingen die commandanten en militairen moeten maken. Het feit dat oorlogsrecht de neerslag vormt van morele oordelen en van een langdurige praktijk en gewoonten draagt bij aan de verankering van dit instrument. Het kan tegen een stootje.

Juist omdat de vier genoemde grondbeginselen uit het gewoonterecht zo'n belangrijke rol spelen, is het oorlogsrecht flexibel genoeg om ook nieuwe (bijvoorbeeld technologische) uitdagingen tegemoet te treden.

Ook vanuit mijn persoonlijke ervaring kan ik u verzekeren dat in onze krijgsmacht militair juridische adviseurs gereed staan om te velde onze commandanten bij interpretatie-vraagstukken te adviseren. Commandanten die – laat ik dat nog maar eens benadrukken – met regelmaat letterlijk en overal ter wereld in de vuurlinie staan, ter bevordering van de internationale rechtsorde.

Op die commandanten en misschien wel met name hun adviseurs rust de voortdurende plicht Cicero's adagium te weerleggen. Ik had u beloofd daar nog op terug te komen. Het is dáárom dat de wapenspreuk van de Militair Juridische Dienst al ruim 60 jaar luidt: "Et inter arma vigent leges". En in de strijd *heersen* de wetten.

---



## Schorsing als ordemaatregel

DOOR MR. G.F. WALGEMOED

*Geregeld worden er militairen geschorst in hun ambt. In 2004 zijn de bepalingen in het Algemeen militair ambtenarenreglement over schorsing gewijzigd. Zij vertonen nu grote gelijkheid met de schorsingsbepalingen die gelden voor rijksambtenaren en burgerambtenaren bij Defensie. In aansluiting op een beschouwing uit 2008 over de ontwikkeling van het begrip schorsing in de militaire rechtspositie (MRT 2008, p. 257-268), wordt in deze bijdrage ingegaan op rechterlijke uitspraken die betekenis hebben voor het schorsen van militairen als maatregel van orde.*

### Inleiding

In 2008 is in dit tijdschrift een bijdrage verschenen waarin de ontwikkeling werd gezien van het begrip schorsing in de militaire rechtspositie; een beschouwing aan de hand van de relevante wettelijke bepalingen. Daarin werden ook de huidige schorsingsbepalingen in het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) aan een kritische beschouwing onderworpen.<sup>1</sup> In deze bijdrage wordt ingegaan op de jurisprudentie met betrekking tot schorsing. Omdat meerdere AMAR-bepalingen aangaande schorsing grote gelijkheid vertonen met bepalingen in het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR) en met die in gemeentelijke ambtenarenreglementen, zal ook veelvuldig worden verwezen naar uitspraken betreffende deze bepalingen.

In het in 2004 gewijzigde artikel 34 van het AMAR<sup>2</sup> wordt onderscheid gemaakt tussen schorsing van rechtswege en schorsing bij besluit van het bevoegde gezag. Een onderscheid dat van oudsher bestaat bij schorsing van ambtenaren. Schorsing van rechtswege is aan de orde wanneer de militair krachtens wettelijke maatregel van zijn vrijheid is beroofd. Bij schorsing door de commandant, in bepaalde gevallen door de minister, is uiteindelijk het belang van de dienst de bepalende factor. Een commandant kan het in velerlei omstandigheden noodzakelijk oordelen een militair te schorsen, bijvoorbeeld bij ernstige conflicten op de werkplek, of indien gedragingen van de militair aanleiding zijn voor een mogelijk ontslag. In deze bijdrage staat de schorsing als ordemaatregel centraal; de facultatieve schorsing zoals geregeld in het tweede lid van artikel 34.

Artikel 34, tweede lid, van het AMAR luidt als volgt:

“De militair kan voorts in zijn ambt worden geschorst:

- a. indien een strafrechtelijke vervolging ter zake van misdrijf tegen hem is ingesteld;
- b. wanneer hem is medegedeeld dat hij in aanmerking zal worden gebracht voor ontslag als bedoeld in artikel 39, tweede lid, onderdeel k, l, m of n, dan wel als bedoeld in artikel 12g, tweede lid, van de Militaire Ambtenarenwet 1931;
- c. wanneer het belang van de dienst zulks vordert.”

<sup>1</sup> G.F. Walgemoed, Schorsing in de militaire rechtspositie, MRT 2008, p. 257-268.

<sup>2</sup> Besluit van 1 juni 2004, Stb. 268.

Schorsing van rechtswege, zoals geregeld in het eerste lid van artikel 34 komt dus hier niet aan de orde. Schorsing als disciplinaire straf, zoals bijvoorbeeld geregeld in het ARAR en in het Burgerlijk ambtenarenreglement defensie (BARD), komt evenmin aan bod. Het disciplinair recht – tuchtrecht – voor militairen is van oudsher in een afzonderlijke wet geregeld, thans de Wet militair tuchtrecht.

### Bevoegdheid

Welke bestuursorganen binnen de krijgsmacht, welke commandanten, zijn bevoegd een schorsing op te leggen? Het gaat hier om de formele bevoegdheid. Schorsing als bedoeld in artikel 34, tweede lid, geschiedt door de commandant, aldus het eerste lid van artikel 35. De commandant is bevoegd een militair te schorsen. Maar wie is precies de commandant? Volgens artikel 1, eerste lid, onder j, van het AMAR is de 'commandant' een bij ministeriële regeling aan te wijzen functionaris. Uit artikel 2 van de Regeling aanwijzing commandanten defensie blijkt dat onder commandant moet worden verstaan de commandant in de bijlagen bij deze regeling, ieder voor de militairen die onder zijn bevel zijn gesteld.<sup>3</sup> Zo zijn onder meer bevoegd tot schorsing de bevelvoerend officier van een vaartuig van de marine, de commandant van een bataljon bij de landmacht, de commandant van een vliegbasis en de commandant van een district bij de marechaussee.

Een schorsing mag alleen worden opgelegd door de bevoegde commandant. Een onbevoegd genomen schorsingsbesluit zal door de bestuursrechter vernietigd worden. Een bevoegdheidsgebrek bij een schorsingsbesluit kan echter in de bezwaarschriftprocedure hersteld worden. Een aan een primair besluit klevend bevoegdheidsgebrek kan naar vaste rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep worden geheeld indien de beslissing op bezwaar op correcte wijze door het bevoegde orgaan is genomen.<sup>4</sup>

### Schriftelijk

Uit de samenhang van meerdere bepalingen uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb) vloeit voort dat een schorsing schriftelijk moet worden opgelegd. Met name zijn hierbij van belang de definitie van het begrip besluit (artikel 1:3, eerste lid), de bekendmaking van een besluit (artikel 3:41) en de vermelding van de motivering bij de bekendmaking van een besluit (artikel 3:47). Het derde lid van artikel 35 van het AMAR sluit hierbij aan: een schorsing als bedoeld in artikel 34, tweede lid, gaat in op het tijdstip, waarop deze de betrokken militair bekend wordt gemaakt. Indien het gedurende zes dagen feitelijk niet mogelijk is de militair het schorsingsbesluit ter kennis te brengen, gaat de schorsing in op de zevende dag na de dagtekening van het schorsingsbesluit. In de nota van toelichting bij artikel 35 wordt nog rekening gehouden met een mondelinge aanzegging voorafgaand aan het schorsingsbesluit. Het schorsingsbesluit wordt, eventueel na een mondelinge aanzegging, onverwijld – zonder uitstel – schriftelijk aan de militair bekend gemaakt.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> [http://mpbundels.mindef.nl/31\\_serie/31\\_101\\_1210b](http://mpbundels.mindef.nl/31_serie/31_101_1210b).

<sup>4</sup> CRvB 10 oktober 2002, LJN AE8966, TAR 2003, 39; zie ook CRvB 15 oktober 2009, LJN BK1872.

<sup>5</sup> Besluit van 1 juni 2004, Stb. 268, Nota van toelichting, p. 10.

## Ordemaatregel – omstandigheden

De ratio van een schorsing is de noodzaak om rust en orde binnen de eenheid te handhaven of te herstellen of om de mogelijkheden daartoe te onderzoeken. Uitgangspunt is daarbij dat schorsing een tijdelijk karakter dient te hebben. Er moet sprake zijn van een zodanige situatie dat in redelijkheid niet kan worden gewacht tot een definitieve oplossing is gevonden voor de (dreigende) verstoring van de rust en orde binnen de eenheid.

Artikel 34, tweede lid, geeft een limitatieve opsomming van de omstandigheden waaronder de commandant tot schorsing kan besluiten. Het betreft de volgende omstandigheden:

- er is een strafrechtelijke vervolging ter zake van een misdrijf tegen de militair ingesteld;
- de militair is meegedeeld dat hij in aanmerking zal worden gebracht voor ontslag op grond van 'verregaande nalatigheid in de vervulling van zijn plichten', 'wangedrag in de dienst, dan wel buiten de dienst', 'een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan', dan wel omdat hij uit een vertrouwensfunctie moet worden ontheven;
- het belang van de dienst vordert schorsing.

Bij de schorsing van burgerambtenaren gaat het in veel gevallen om de verdenking dat de ambtenaar zich aan ernstig plichtsverzuim schuldig heeft gemaakt. Volgens burgerambtelijke rechtspositiereglementen omvat plichtsverzuim zowel het overtreden van enig voorschrift als het doen of nalaten van iets, hetwelk een goed ambtenaar in gelijke omstandigheden behoort na te laten of te doen.<sup>6</sup> Hoewel het begrip plichtsverzuim in de militaire rechtspositieregelingen niet voorkomt, biedt het ook bij de schorsing van een militair dikwijls een algemene verwoording voor de omstandigheden die leiden tot schorsing. In veel gevallen lijkt het feitelijk te gaan om de verdenking dat de militair een ernstig strafbaar feit heeft begaan.

De Centrale Raad van Beroep verwijst in vele uitspraken naar een overweging uit een zaak betreffende de schorsing bij wijze van ordemaatregel van een ambtenaar van het ministerie van Verkeer en Waterstaat uit 2000.<sup>7</sup> In het algemeen heeft, aldus de Raad, het bevoegd gezag "voldoende grond voor het treffen van een ordemaatregel indien er sprake is van een concrete verdenking van ernstig plichtsverzuim van de ambtenaar waardoor aan diens integriteit moet worden getwijfeld en waardoor het noodzakelijk in de ambtenaar te stellen vertrouwen dermate is geschaad dat het niet aanvaardbaar is dat hij zijn werkzaamheden blijft of gaat verrichten."<sup>8</sup> Ook in uitspraken betreffende militairen komt deze overweging – met gebruikmaking van de term '(zeer) ernstig plichtsverzuim' voor. Zie bijvoorbeeld de schorsing van een militair van de Koninklijke Marine vanwege het bezit van harddrugs.<sup>9</sup>

Vervolgens is van belang dat volgens vaste rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een ordemaatregel uitgangspunt is dat niet beslissend is of de juistheid van de gegevens die aanleiding vormden tot het treffen van die maatregel onbetwist vast staat, maar of die gegevens - voor zover niet apert onjuist - van dien aard en ernst zijn dat daaraan redelijkerwijs de conclusie kon worden verbonden dat de ambtenaar niet

<sup>6</sup> Zie bijvoorbeeld art. 80, tweede lid, ARAR en art. 99, tweede lid, BARD.

<sup>7</sup> CRvB 19 oktober 2000, LJN AA8869, TAR 2000, 158.

<sup>8</sup> CRvB 16 juni 2005, LJN AT8228.

<sup>9</sup> CRvB 14 februari 2002, LJN BJ6174, MRT 2002, p. 396, m.nt. G.L.C.

kon worden gehandhaafd in zijn functie.<sup>10</sup> Deze uitspraak uit 2007 betrof een politieambtenaar die buiten functie was gesteld. De militaire rechtspositie kent de ordemaatregel buitenfunctiestelling niet, maar vanwege het voorlopige karakter van de ordemaatregel schorsing geldt ook daarbij als uitgangspunt dat de feiten ten tijde van het schorsingsbesluit niet volstrekt vast behoeven te staan.

Soms vindt schorsing plaats bij een arbeidsconflict, bij verstoorde arbeidsverhoudingen die ertoe hebben geleid dat er geen sprake meer is van een werkbaar situatie. Zo'n arbeidsconflict zal veelal samenhangen met plichtsverzuim, het niet opvolgen van uitdrukkelijk gegeven werk-instructies, het negeren van de noodzaak aan het werk te gaan, of het voortdurende verzet tegen een reorganisatie.<sup>11</sup> Een bijzondere casus betrof de schorsing in 2001 van een officier van de Koninklijke Luchtmacht, werkzaam bij het dienstvak Inlichtingen en Veiligheid, nadat bij een hernieuwd veiligheidsonderzoek was gebleken dat zij een relatie had met een kaderlid van de Nederlandse Volksunie.<sup>12</sup>

Niet altijd hoeft er sprake te zijn van verwijtbaar handelen van de ambtenaar. De verstoring van de orde bij de eenheid kan mede door andere factoren zijn teweeggebracht. Naar aanleiding van de schorsing van een burgerambtenaar van Defensie, werkzaam bij 54th Area Support Group in Schinnen, overwoog de Centrale Raad van Beroep dat gegeven de jegens betrokkene gerezen verdenking van diefstal en verduistering, het bevoegd gezag in redelijkheid ertoe heeft kunnen komen betrokkene in het belang van de dienst te schorsen. "Naar het oordeel van de Raad kan hieraan niet afdoen de omstandigheid dat eiser geen aandeel zou hebben gehad in de op de werkplek ontstane onrust (...). Voor ordemaatregelen als de onderhavige is immers niet van beslissende betekenis of – en zo ja, in welke mate – degene jegens wie die maatregelen worden getroffen (enig) verwijt valt te maken."<sup>13</sup>

Aangenomen moet worden dat het AMAR – met het hoofdstuk Schorsing – een uitputtende regeling voor ordemaatregelen bevat. De achtergrond hiervan is dat een zo zware ingreep in de rechtspositie van de militair met voldoende waarborgen moet zijn omkleed. Dit betekent dat een maatregel die qua doel en strekking overeenkomt met een schorsing, zodat er materieel sprake is van schorsing, ook formeel een schorsing dient te zijn. Van belang is hierbij dat ordemaatregelen als het ontzeggen van de toegang tot de werkplek<sup>14</sup> en de buitenfunctiestelling zoals geregeld in het Besluit algemene rechtspositie politie<sup>15</sup> niet zijn opgenomen in het AMAR. De commandant beschikt voor wat betreft militairen alleen over het middel schorsing. Vermeldenswaard is in dit verband de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep betreffende een wachtmeester der eerste klasse van de Koninklijke Marechaussee. Haar werd op 30 april 1998, nadat zich een verschil van mening had voorgedaan over de door haar te verrichten diensten, per brief door de brigadecommandant meegedeeld dat haar diensten tot en met 5 mei 1995 werden opgeschort en dat appellante voorlopig tot en met die datum de toegang tot

<sup>10</sup> CRvB 8 maart 2007, LJN BA1638.

<sup>11</sup> CRvB 29 juni 2006, LJN AY3781, TAR 2006, 155; CRvB 3 november 2006, LJN AZ2045 en CRvB 10 april 2008, LJN BD0902.

<sup>12</sup> CRvB 7 oktober 2004, LJN AR3644, MRT 2005, p. 189, m.nt. G.L.C.

<sup>13</sup> CRvB 19 mei 1994, TAR 1994, 155.

<sup>14</sup> Zie bijvoorbeeld art. 77, eerste lid, ARAR en art. 96, eerste lid, BARD.

<sup>15</sup> Besluit van 16 maart 1994, Stb. 214, art. 84, tweede lid.

de brigade (...) werd ontzegd. De Raad overweegt dan het volgende: “De ten aanzien van appellante getroffen maatregelen, waardoor zij, hoewel beschikbaar, gedurende een aantal dagen haar werkzaamheden niet heeft kunnen verrichten en haar werkplek niet heeft kunnen betreden, overstijgen naar het oordeel van de Raad het niveau van een regeling van de dagelijkse werkzaamheden of van een interne ordemaatregel die gedaagde in het kader van een normale bedrijfsvoering kan treffen. De Raad neemt daarbij in aanmerking dat de opschorting van appellantes diensten naar haar aard en uitwerking op één lijn is te stellen met een schorsing, terwijl de ontzegging van de toegang tot de brigade een in het verlengde van die schorsing liggende, verder gaande inbreuk betekent op appellantes positie van militair ambtenaar. De Raad is dan ook met appellante van oordeel dat de onderhavige maatregelen ertoe strekken in te grijpen in haar rechtspositie en derhalve op – extern – rechtsgevolg waren gericht. De Raad kan zich dan ook niet verenigen met het door gedaagde (Commandant Brigade Koninklijke Marechaussee, GFW) ingenomen en door de rechtbank onderschreven standpunt dat het primaire besluit geen besluit is in de zin van artikel 1:3 van de Awb.”<sup>16</sup>

De consequentie van dit alles is dat de ruimte voor een commandant beperkt is; indien hij meent dat een maatregel van orde moet worden getroffen, kan hij in het algemeen niet om schorsing heen. Slechts een maatregel van korte duur die voortvloeit uit de normale bedrijfsvoering lijkt niet de rechtspositie te raken.

## Gevolgen

Schorsing is een maatregel die tot doel heeft de militair zijn ambt niet langer te laten uitoefenen. Schorsing uitsluitend in de functie die wordt vervuld, is naar huidige inzichten niet mogelijk. De schorsing strekt zich uit tot alle werkzaamheden en alle diensten.<sup>17</sup> De geschorste militair mag zijn uniform niet dragen; hij heeft ook geen toegang tot de kazerne, tenzij door zijn commandant ontboden. Op grond van artikel 19 van het Inkomstenbesluit militairen kan in bepaalde gevallen (een gedeelte van) zijn bezoldiging worden ingehouden.<sup>18</sup> Voor het overige worden de rechten en verplichtingen van de militair in beginsel niet beïnvloed. Het dienstverband wordt niet verbroken. Zo zal de geschorste militair zich bij ziekte volgens de gebruikelijke regels moeten ziekmelden. De geschorste militair dient te zorgen dat hij te allen tijde bereikbaar is. Hoewel hij zijn uniform niet mag dragen, verliest hij niet de hoedanigheid van militair. Het militair straf- en tuchtrecht blijft ook op hem van toepassing.

## Discretionaire bevoegdheid

In artikel 34, tweede lid, van het AMAR staat niet dat een militair *moet* worden geschorst wanneer bijvoorbeeld een strafvervolgung ter zake van een misdrijf tegen hem is ingesteld. De militair *kan* in zijn ambt worden geschorst indien (...). Een zogenaamde ‘kan-bepaling’; het gaat om een discretionaire bevoegdheid van de commandant. Men spreekt ook wel van een vrije bevoegdheid, de facultatieve schorsing. De wettelijke regeling geeft het bestuursorgaan – de commandant – beleidsvrijheid. Het discretionaire karakter van de bevoegdheid

<sup>16</sup> CRvB 11 april 2002, LJN AE3211, TAR 2002, 112.

<sup>17</sup> G.F. Valgemoed, supra noot 1, p. 257.

<sup>18</sup> Besluit van 22 december 1995, Stb. 1996, 27; gewijzigd bij besluit van 1 juni 2004, Stb. 268.

brengt met zich mee dat de commandant alle daarvoor in aanmerking komende belangen moet afwegen alvorens tot schorsing over te gaan.<sup>19</sup> Die verplichting vloeit voort uit artikel 3:4 van de Awb: het bestuursorgaan weegt de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af. Globaal gezien moet de commandant een afweging maken tussen het belang van de dienst en het belang van de militair. Welke omstandigheden zullen in het algemeen een rol spelen bij de belangenafweging? In de eerste plaats de aard en de ernst van de aan de schorsing ten grondslag liggende feiten. Daarnaast de weerslag van deze feiten voor de functievervulling van de militair en voor het functioneren van de eenheid. Ook de schade die is of bij voortzetting van de werkzaamheden mogelijk wordt toegebracht aan het aanzien van de krijgsmacht. Vervolgens ook de nadelige gevolgen van de schorsing voor de militair, inbegrepen zijn belang bij het voortzetten van zijn werkzaamheden.<sup>20</sup> Er wordt in het kader van de belangenafweging wel opgemerkt dat moet worden bezien of een zo zware maatregel als schorsing kan worden vermeden door voor een andere maatregel te kiezen.<sup>21</sup> In de militaire rechtspositie lijkt de ruimte voor een alternatief beperkt. Het ontzeggen van de toegang tot de werkplek en buitenfunctiestelling komen zoals gezegd niet voor in de militaire rechtspositie. De commandant die bevoegd is tot schorsing is veelal niet bevoegd de militair van zijn functie te ontheffen.

Schorsing mag geen automatisme zijn. Meerdere malen heeft de Centrale Raad van Beroep overwogen dat het enkele feit dat een ontslagvoornemen bestaat, ontoereikend is om van de bevoegdheid tot schorsing gebruik te maken.<sup>22</sup> Een schorsingsbesluit moet berusten op een – op basis van een grondig onderzoek – zorgvuldige afweging van de belangen van de militair en van de dienst.<sup>23</sup> Schorsing mag dan een voorlopig karakter hebben; zeker is dat de maatregel zeer ingrijpend is en dikwijls onomkeerbare gevolgen heeft voor de positie van de militair. Vaak zal die positie zodanig beschadigd zijn dat het weer uitoefenen van de functie problematisch is. Daarbij is ook van belang dat schorsing door de militair als naamsbeschadigend (diffamerend) wordt ervaren; hij meent veelal dat hij de smet van die gebeurtenissen zal blijven meedragen. Voor wat betreft schorsing in het belang van de dienst heeft de Centrale Raad van Beroep in de laatste jaren herhaaldelijk overwogen dat schorsing op deze grond in beginsel neutraal is en niet diffamerend voor de ambtenaar die is geschorst.<sup>24</sup> Bij de schorsing in het belang van de dienst van een controlemedewerker van de Belastingdienst nadat deze ter zake van valsheid in geschrifte met betrekking tot zogenaamde zichtrappen was veroordeeld, overwoog de CRvB dat de omstandigheid dat betrokkene de schorsing als diffamerend heeft ervaren, voortvloeit uit de feiten die tot de schorsing aanleiding hebben gegeven.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> Zie bijvoorbeeld A.P. Klap, Rechter en bestuur: communicerende vaten of concurrerende machten?, NTB 2007, p. 183-194 en D.A. Verburg, De bestuursrechtelijke uitspraak en het denkmodel dat daaraan ten grondslag ligt, Zeist: Uitgeverij Kerckebosch, 2008, p. 76-77. Zie bijvoorbeeld ook CRvB 5 januari 2006, LJN AU9628.

<sup>20</sup> Zie bijvoorbeeld ook Vzgnr Rechtbank Zwolle 18 juli 2006, LJN AY4157, TAR 2006, 147.

<sup>21</sup> Th.A. Velo, Inzicht in het ambtenarenrecht, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu, 2<sup>e</sup> herziene uitgave, 2008, p. 153.

<sup>22</sup> CRvB 15 augustus 1991, TAR 1991, 184, en CRvB 28 augustus 2008, LJN BE9839.

<sup>23</sup> Vergelijk Rechtbank Arnhem 8 juli 2008, TAR 2008, 128.

<sup>24</sup> CRvB 3 mei 2007, LJN BA5257, Sociaal Recht 2007, p. 261, nt. P.J. Schaap; CRvB 8 jan 2009, LJN BG8844, TAR 2009, 89, en CRvB 26 februari 2009, LJN BH5456.

<sup>25</sup> CRvB 21 augustus 2008, LJN BG0089.

## Terughoudende toetsing

Een discretionaire bevoegdheid betekent dus dat het bestuursorgaan bij de belangenafweging een zekere vrijheid heeft. De rechter dient bij zijn toetsing die marge te respecteren. Bij de schorsing bij wijze van ordemaatregel van een gemeentebestuurder in 1996 overwoog de Centrale Raad van Beroep dat het college van Burgemeester en Wethouders de noodzaak aanwezig heeft kunnen achten om appelland niet meer op de werkplek te laten verschijnen, in afwachting van de bevindingen bij nader onderzoek en de daaraan te verbinden consequenties. In zijn noot bij deze uitspraak zegt Hennekens dat hem deze benadering juist lijkt. “Hoewel het duidelijk is dat een ambtenaar schorsing van de uitoefening van zijn functie als een ernstige maatregel zal ervaren en deze bij hem en anderen als ‘disciplinair’ ervaren zal worden, zal de rechter er begrip voor dienen te hebben dat het bestuursorgaan om uiteenlopende redenen van andere dan disciplinaire aard het nodig kan vinden zo’n schorsingsbesluit te nemen.”<sup>26</sup>

Een voorbeeld uit de militaire sfeer betreft een uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage uit 2006. Hierbij ging het om de schorsing van een matroos van de Onderzeedienst in september 2004 met toepassing van artikel 34, tweede lid, onder a van het AMAR. De rechtbank overwoog als volgt: “Het besluit van verweerder (Commandant Onderzeedienst, GFW) om een militair te schorsen draagt een discretionair karakter en zal door de rechtbank terughoudend worden getoetst. De rechtbank dient te beoordelen of verweerder in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat de strafrechtelijke vervolging ter zake van misdrijf de schorsing van eiser in zijn ambt vorderde.”<sup>27</sup>

Naar aanleiding van de schorsing van een groepsleerkracht op een openbare basisschool – hij was geschorst omdat ‘het belang van de instelling’ dat naar het oordeel van het bestuur vereiste – overwoog de Centrale Raad van Beroep dat “gezien het karakter van het onderhavige besluit (...) de rechter hier een terughoudende toetsing (past) in die zin dat, indien geoordeeld moet worden dat het besluit op een toereikende feitelijke grondslag berust, er voor ingrijpen slechts plaats is indien het bestuursorgaan in redelijkheid niet tot schorsing heeft kunnen besluiten. (...) De Raad is van oordeel dat niet gezegd kan worden dat (de Stichting, GFW) in redelijkheid niet tot schorsing van appelland heeft kunnen besluiten.”<sup>28</sup>

Afrondend, de rechter beoordeelt de toepassing van de discretionaire bevoegdheid tot schorsing terughoudend. Hij gaat niet na of ook hij het zo zou hebben gedaan, maar of het bestuursorgaan – de commandant – in redelijkheid de gemaakte keus kon maken, of het oordeel van het bestuursorgaan niet onredelijk kan worden genoemd. Men spreekt ook van marginale toetsing.<sup>29</sup>

## Strafrechtelijke vervolging wegens een misdrijf

Op grond van artikel 34, tweede lid, onder a, van het AMAR kan een militair worden geschorst indien een strafrechtelijke vervolging ter zake van misdrijf tegen hem is ingesteld. Deze bepaling komt overeen met de bepaling in artikel 91, eerste lid, onder a, van het ARAR en art.

<sup>26</sup> CRvB 23 december 1999, AB 2000, 163, m.nt. H.H.

<sup>27</sup> Rechtbank 's-Gravenhage 25 september 2006, TAR 2006, 178.

<sup>28</sup> CRvB 8 januari 2009, LJN BG8844. Zie ook CRvB 30 juli 2009, LJN BJ4369.

<sup>29</sup> F.C.M.A. Michiels, Hoofdzaken van het bestuursrecht, Deventer: Kluwer, 5<sup>e</sup> druk, 2009, p. 103-104.

109, eerste lid, onder a, van het BARD. Bij de uitleg van het begrip ‘strafrechtelijke vervolging’ moet blijken de wat oudere rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep *aansluiting worden gezocht* bij wat hieronder wordt verstaan in het Wetboek van Strafvordering.<sup>30</sup> Er is sprake van strafrechtelijke vervolging wanneer de officier van justitie een onderzoek of een beslissing van de rechter uitlokt. Dit kan de officier van justitie doen door van de rechter-commissaris te vorderen dat hij een gerechtelijk vooronderzoek instelt dan wel door tot dagvaarding over te gaan. De Rechtbank 's-Gravenhage lijkt in haar uitspraak van 15 september 2006 over de schorsing van een matroos van de Onderzeedienst te zeggen dat de term ‘strafrechtelijke vervolging’ dezelfde betekenis toekomt als in het Wetboek van Strafvordering.<sup>31</sup> Ter wille van de duidelijkheid lijkt dat een juiste benadering. Zeker is dat het opsporingsonderzoek van politie of marechaussee niet tot de strafrechtelijke vervolging behoort; het kan dus geen grond zijn voor schorsing met toepassing van artikel 34, tweede lid, onder a. Van belang is ook dat indien de militair krachtens wettelijke maatregel van zijn vrijheid is beroofd, hij op grond van artikel 34, eerste lid, van het AMAR, van rechtswege is geschorst. Dit is onder meer het geval bij invordering, bewaking en gevangenhouding.<sup>32</sup>

Het ingesteld zijn van een strafrechtelijke vervolging wegens een misdrijf ontslaat de commandant niet van de plicht zelf te onderzoeken en te beslissen of een schorsing noodzakelijk is. Schorsing mag geen automatisme zijn. Ook in een dergelijk geval moet een afweging met het dienstbelang worden gemaakt. Er zijn situaties denkbaar dat de gegevens die aanleiding gaven tot een strafrechtelijke vervolging zover af liggen van de krijgsmacht en de functie die de militair vervult, dat er geen dienstbelang wordt geschaad indien de militair zijn dienst blijft vervullen.

### Mededeling voornemen ontslag

Op grond van artikel 34, tweede lid, onder b, van het AMAR kan een militair worden geschorst wanneer hem is meegedeeld dat hij in aanmerking zal worden gebracht voor ontslag als bedoeld in artikel 39, tweede lid, onderdeel k, l, m of n, dan wel als bedoeld in artikel 12g, tweede lid, van de Militaire Ambtenarenwet 1931. Het gaat hier om het voornemen tot ontslag op één van de volgende gronden:

- ‘verregeande nalatigheid in de vervulling van zijn plichten’;
- ‘wangedrag in de dienst, dan wel buiten de dienst’;
- ‘een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan’;
- ‘misleiding bij indiensttreding’;
- omdat hij uit een vertrouwensfunctie moet worden ontheven.

In het ARAR en in het BARD is een en ander anders geformuleerd: de ambtenaar kan worden geschorst wanneer hem het voornemen tot bestraffing met onvoorwaardelijk ontslag is te kennen gegeven, dan wel hem die straf is opgelegd (ARAR artikel 91, tweede lid, onder b, en BARD artikel 109, eerste lid, onder b). De militaire rechtspositie kent niet het disciplinair ontslag zoals geregeld in hoofdstuk 8 van het ARAR en hoofdstuk 8 van het BARD. In de nota van

<sup>30</sup> CRvB 23 oktober 1986, TAR 1987, 5.

<sup>31</sup> Rechtbank 's-Gravenhage 15 september 2006, TAR 2006, 178.

<sup>32</sup> Wetboek van Strafvordering art. 57 e.v.



toelichting bij de wijziging van het AMAR in 2004 worden deze schorsingsbepalingen in AMAR respectievelijk BARD evenwel aangeduid als dezelfde vorm van schorsing. De strekking van AMAR artikel 34, tweede lid, onder b, is gelijk aan die van BARD artikel 109, eerste lid, onder b, en ARAR artikel 91, eerste lid, onder b.

Er zijn vele uitspraken gepubliceerd met betrekking tot de bepaling uit de burgerambtelijke rechtspositie. In 2008 deed de Centrale Raad van Beroep een uitspraak over de schorsing van een cateringmanager bij Defensie met toepassing van artikel 109, eerste lid, onder b, van het BARD. Bij deze burgerambtenaar draaide het om meerdere misdragingen in zijn functie binnen het tijdsbestek van één jaar.<sup>33</sup> Volgens vaste jurisprudentie moet, indien het voornemen tot het opleggen van de disciplinaire straf van ontslag te kennen is gegeven, de vraag worden beantwoord of dat voornemen op een toereikende grondslag berust. Voor het antwoord op die vraag is niet beslissend of van de beschikbare gronden een zodanige overtuigingskracht uitgaat dat daarop de bestraffing met onvoorwaardelijk ontslag kan worden gebaseerd, maar of daaraan voldoende gewicht kon worden toegekend om te komen tot het voornemen tot die bestraffing.<sup>34</sup>

Het aantal gepubliceerde uitspraken over artikel 34, tweede lid, onder b, is nog zeer beperkt. Met name een uitspraak van de Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage is hier van belang. Deze betrof de schorsing van een sergeant der eerste klasse van de Koninklijke Landmacht nadat bekend was geworden dat hij verdachte was in een strafrechtelijk onderzoek naar het bezit van drugs.<sup>35</sup> De voorzieningenrechter vergelijkt de bepalingen van artikel 34, tweede lid, onder b, en van BARD artikel 109, eerste lid, onder b, en overweegt dat er bij de militair geen sprake hoeft te zijn van een door het daartoe bevoegde gezag, te weten de Staatssecretaris van Defensie, te kennen gegeven voornemen tot ontslag. "Schorsing op grond van artikel 34, tweede lid, aanhef en onder b, van het AMAR is alleen mogelijk indien aan de militair is meegedeeld dat hij in aanmerking zal worden gebracht voor ontslag als bedoeld in artikel 39, tweede lid, onderdeel k, l, m of n van het AMAR. Aan de militair dient derhalve te worden medegedeeld dat hij zal worden voorgedragen voor ontslag. De mededeling in het bestreden besluit dat de gedragingen van verzoeker aanleiding geven tot de verwachting dat hij op grond van artikel 39, tweede lid, aanhef en sub k, l, m of n, van het AMAR uit de militaire dienst kan worden ontslagen, acht de voorzieningenrechter onvoldoende." Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is er derhalve geen sprake van een mededeling als bedoeld in artikel 34, tweede lid, onder b, van het AMAR. Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat de mededeling dat de militair in aanmerking zal worden gebracht voor ontslag op een van de gronden genoemd in artikel 34, tweede lid, onder b, uitdrukkelijk moet worden gedaan.<sup>36</sup>

## In het belang van de dienst

De militair kan voorts in zijn ambt worden geschorst wanneer het belang van de dienst zulks vordert, aldus artikel 34, tweede lid, aanhef en onder c van het AMAR. De vergelijkbare bepaling

<sup>33</sup> CRvB 26 juni 2008, LJN BD6310.

<sup>34</sup> Zie ook bijvoorbeeld CRvB 31 juli 2008, LJN BD9714, TAR 2009, 40, en CRvB 3 december 2009, LJN BK7366, TAR 2010, 45.

<sup>35</sup> Vzgnr Rechtbank 's-Gravenhage 17 augustus 2007, MRT 2008, p. 125, m.nt. G.L.C.

<sup>36</sup> In CRvB 18 juni 2009, LJN BJ0805, is artikel 34, tweede lid, onder b, ook aan de orde.

die gold van 1982 tot 2004 luidde “indien het belang van de dienst zulks nadrukkelijk vordert.”<sup>37</sup> Het woord ‘nadrukkelijk’ is geschrapt. Ook valt op dat de woorden ‘naar het oordeel van het bevoegd gezag’, zoals die bijvoorbeeld zijn opgenomen in artikel 91 ARAR en artikel 109 BARD, niet in artikel 34 van het AMAR staan.

Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat het belang van de dienst schorsing daadwerkelijk dient te vorderen. Hierbij komt het bestuursorgaan – de commandant – een zekere beoordelingsvrijheid toe. Met name is die er voor wat betreft de vaststelling van de feiten en de uitleg van het wettelijk voorschrift.<sup>38</sup> Ook wanneer er in de betreffende bepaling geen frase is opgenomen als ‘naar het oordeel van’ zal de bestuursrechter terughoudend zijn in zijn oordeel vanwege de aard van de bepaling en de specifieke kennis die met het oog op het ‘dienstbelang’ aanwezig is bij het bestuursorgaan. Dit betekent geenszins dat er een vrijbrief is om tot schorsing over te gaan. Dat ondervond de Staatssecretaris van Defensie in 1995 bij de beoordeling door de Centrale Raad van Beroep van de schorsing van een sergeant-majoor van de Koninklijke Luchtmacht. Deze had al meer dan een jaar geen werkzaamheden verricht. Gedurende een korte aanvangsperiode was zijn afwezigheid op grond van medische motieven gerechtvaardigd. Nadien was de afwezigheid nog slechts terug te voeren op de tussen de luchtmachtleiding en de sergeant-majoor bestaande conflictsituatie. De Raad overwoog als volgt: “Dit artikel (AMAR art. 35 oud, GFW) biedt de tot schorsing bevoegde autoriteit een ruime beoordelingsvrijheid ten aanzien van de vraag of er een dienstbelang aanwezig is dat schorsing vordert en zo ja, of dit dienstbelang bij afweging tegen de overige in aanmerking te nemen belangen zo zwaarwegend is dat van de schorsingsbevoegdheid gebruik moet worden gemaakt. Deze ruime beoordelingsvrijheid brengt een dienovereenkomstig beperkte rechterlijke toetsing mee.” Alles overziende, oordeelde de Raad “dat niet kan worden staande gehouden dat gedaagde (Staatssecretaris van Defensie, GFW) zich onder de hierboven omschreven omstandigheden in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het belang van de dienst eisers schorsing nadrukkelijk vorderde. Dit brengt mee dat het bestreden schorsingsbesluit wegens strijd met artikel 35, eerste lid, AMAR moet worden nietig verklaard (...)”<sup>39</sup>

De eis dat het belang van de dienst de schorsing daadwerkelijk vordert, brengt mee dat tussen hetgeen aanleiding geeft tot de schorsing en de oplegging van de schorsing een niet te lange periode dient te zijn gelegen. Na het verstrijken van langere tijd is het belang van de dienst bij schorsing immers niet meer geloofwaardig. Iets dergelijks deed zich voor bij de schorsing van een militair van de Koninklijke Marechaussee die tijdens zijn wachtdienst zou hebben geslapen. De Rechtbank 's-Gravenhage overwoog hierbij niet in te zien dat het belang van de dienst schorsing per 25 januari 2006 vorderde, nu daartoe niet spoedig na het bekend worden van het proces-verbaal van 7 november 2005 was overgegaan.<sup>40</sup> Bij het oordeel over de schorsing van een ambtenaar van de gemeente Amsterdam gaf de Centrale Raad van Beroep meer ruimte: “Dat het college (Burgemeester en Wethouders, GFW) lang heeft gewacht met het nemen van een besluit met betrekking tot de status van appellante na 20 augustus 2003, betekent niet dat

<sup>37</sup> Besluit van 25 februari 1982, Stb. 279.

<sup>38</sup> Supra noot 19, D.A. Verburg, p. 78 e.v.

<sup>39</sup> CRvB 10 februari 1995, TAR 1995, 114; MRT 1995, p. 322.

<sup>40</sup> CRvB 18 juni 2009, LjN BJ0805, r.o. 1.6. De Raad concludeerde overigens op andere gronden dat er geen basis was voor een schorsing.

het college in februari 2004, na te hebben geconcludeerd dat voortzetting van de werkzaamheden door appellante niet was gewenst, niet meer van zijn schorsingsbevoegdheid gebruik mocht maken.<sup>41</sup> Hier was sprake van gesprekken over herstel van de verstoorde verhoudingen in de periode tussen augustus 2003 en februari 2004.

Daarnaast zal de duur van de schorsing in het belang van de militair zoveel mogelijk beperkt moeten worden. Het bevoegd gezag – commandant, Minister – moet voortvarend handelen met betrekking tot een definitief besluit over de positie van de militair. Bij de schorsing van een ambtenaar van de gemeente Alphen-Chaam was de duur van de schorsing niet gerelateerd aan de duur van het onderzoek naar het vermeende plichtsverzuim, en de eventuele maatregelen ter normalisatie van de situatie, maar gekoppeld aan het moment dat de ambtenaar met leeftijdsontslag zou gaan. Zo'n besluit kon de rechterlijke toetsing niet doorstaan. De duur van een schorsing mag niet langer zijn dan door het dienstbelang wordt gevorderd.<sup>42</sup>

Tenslotte zij nog gewezen op twee betrekkelijk recente uitspraken waarbij de bepalingen over schorsing in het belang van de dienst uit het AMAR aan de orde waren:

CRvB 13 mei 2004, LJN AO9640, Korporaal van de Koninklijke Luchtmacht geschorst met toepassing van artikel 35-oud wegens het bezit van vijf XTC-pillen en CRvB 28 augustus 2008, LJN BF0128, Militair van de Koninklijke Marine geschorst wegens zijn leidende rol bij de 'ontgroening' van twee matrozen.

## Horen van betrokkene

Aan het slot van dit overzicht nog een enkel woord over het horen van een militair voordat het schorsingsbesluit wordt genomen. Bestaat er een verplichting de betrokken militair te horen? Ten aanzien van de geadresseerde van een ambtshalve te nemen beschikking is in artikel 4:8 van de Algemene wet bestuursrecht bepaald dat voordat een bestuursorgaan een beschikking geeft waartegen een belanghebbende naar verwachting bedenkingen zal hebben, het die belanghebbende in de gelegenheid dient te stellen zijn zienswijze naar voren te brengen. Op grond van artikel 4:8 zal de militair moeten worden gehoord alvorens tot schorsing wordt overgegaan. Artikel 4:11 van de Awb bevat evenwel enkele uitzonderingen op deze regel. De belangrijkste hiervan is dat het bestuursorgaan van het voorafgaand horen kan afzien voor zover 'de vereiste spoed zich daartegen verzet'. In een uitspraak betreffende de schorsing van een gemeenteambtenaar overwoog de Centrale Raad van Beroep naar aanleiding van de grief van de ambtenaar dat hij voorafgaande aan het schorsingsbesluit niet in de gelegenheid was gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen, "dat het horen van belanghebbende in de hier aan de orde zijnde fase van besluitvorming niet primair ziet op de rechtsbescherming van belanghebbende, maar op een juiste vaststelling van de feiten en belangen van de bij het besluit direct betrokkenen. Tegen de achtergrond van het vorenstaande leidt het gegeven dat gedaagde overigens ampele gelegenheid heeft gehad zijn zienswijze te geven over het aan de schorsing en de inhouding ten grondslag liggende feitencomplex en de omstandigheid dat door of namens niet is gesteld dat hij door evenbedoeld gebrek in zijn belangen zou zijn geschaad, de Raad tot de conclusie dat niet kan worden gesproken van een zodanig gebrek in de besluitvorming dat daarvan niet kan

<sup>41</sup> CRvB 7 juni 2007, LJN BA6999, TAR 2007, 187.

<sup>42</sup> CRvB 5 maart. 1998, TAR 1998, 77, m.nt. P.L. de Vos, p. 627.

## BESCHOUWING

worden gezegd dat zulks in de bezwaarfase – welke fase een integrale heroverweging van het primaire besluit beoogt – niet genoegzaam is hersteld.”<sup>43</sup> De grief over het niet-horen slaagt dus niet; het horen vóór de schorsing ziet niet primair op de rechtsbescherming, maar op het zo nodig juist vaststellen van feiten en belangen. Deze lijn is in latere uitspraken door de Raad doorgetrokken. In een uitspraak over de schorsing van een ambtenaar van de gemeente Roermond overweegt de Raad: “Nog daargelaten of het college zich met recht op het standpunt heeft gesteld dat er voorafgaand aan de schorsing voldoende spoedeisend belang was om met toepassing van artikel 4:11, aanhef en onder a, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) af te zien van het horen van appellant, kan de Raad niet inzien dat appellant door de onmiddellijke schorsing zou zijn geschaad in zijn verdediging, nu hij nadien eerst in het kader van het onderzoek naar plichtsverzuim en vervolgens in het kader van het bezwaar tegen de schorsing in de gelegenheid is gesteld zijn verhaal te doen.”<sup>44</sup>

Het is passend hier woorden van De Waard uit een noot bij een schorsingsuitspraak van de Centrale Raad van Beroep uit 1988 aan het halen – vóór de Algemene wet bestuursrecht dus: Zelfs als het horen juridisch gezien niet nodig is, en een eventueel horen geen enkele invloed op de te nemen beslissing zou kunnen hebben, is het toch in het algemeen fatsoenshalve geboden de betrokkene mondeling, in een gesprek mededeling te doen van de voorgenomen beslissing, alvorens formeel de beslissing te nemen.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> CRvB 26 juni 1997, TAR 1997, 188, m.nt. H.P. Kallenbach, TAR 1998, p. 490.

<sup>44</sup> CRvB 12 april 2007, LJN BA3110. Zie ook CRvB 26 februari 2009, LJN BH5456 en CRvB 26 februari 2009, LJN BH6138.

<sup>45</sup> Noot B.V.N. de Waard, TAR 1989, p. 48, bij CRvB 30 juni 1988, TAR 1988, 184.

# De herziening van de artikelen 38 en 71 Wetboek van Militair Strafrecht; symbool of noodzaak?

DOOR MR. P.A. KINGMA<sup>1</sup>

*Op 6 november 2010 is in werking getreden de wijziging van het Wetboek van Militair Strafrecht in verband met het opnemen van een strafuitsluitingsgrond voor rechtmatig geweldgebruik door militairen.<sup>2</sup> Eén van de belangrijkste doelen die de wetgever met deze wijziging wil bereiken is het 'vergroten van de rechtszekerheid van militairen op uitzending'. In dit artikel wordt betoogd dat, ongeacht deze op zichzelf lovenswaardige doelstelling, het wetsvoorstel in ieder geval niet gekenmerkt wordt door een doordachte aanpak en vooral het gevolg lijkt te zijn van een gebrekkig institutioneel geheugen van de wetgever. Aan de rechtszekerheid van militairen wordt door deze wijziging van het Wetboek van Militair Strafrecht in ieder geval niets toegevoegd ten opzichte van het bestaande regime.*

## Aanleiding voor het wijzigingsvoorstel

Hoewel het opschrift anders kan doen vermoeden, wordt niet alleen een nieuw artikel(lid)<sup>3</sup> toegevoegd aan de bestaande regeling, maar wordt ook de tekst van artikel 71 Wetboek van Militair Strafrecht (WMSr) integraal herzien.<sup>4</sup> Deze laatstgenoemde herziening vond haar aanleiding in schriftelijke vragen van de Tweede Kamerleden Van den Doel en Niederer van 9 november 2000. Hier werd de minister gevraagd of hij kennis had genomen van een toen recent verschenen publicatie in dit tijdschrift van de hand van prof. G.L. Coolen, waarin door de auteur gesteld werd dat het begrip 'tijd van oorlog' geduid moest worden als een inmiddels verouderd begrip en derhalve vervangen zou moeten worden door een begrip dat beter bij de 'huidige tijd' aan zou sluiten.<sup>5</sup> De minister van Defensie berichtte op 22 april 2005 aan de Tweede Kamer dat op dat moment gewerkt werd aan een brede Rijksreparatiewet waarin ook dit gebrek hersteld zou gaan worden.

De afgelopen decennia is de belangstelling voor het geweldgebruik door militairen alleen maar toegenomen, wat onmiskenbaar verband houdt met de omstandigheid dat Nederlandse militairen de afgelopen jaren hebben deelgenomen en nog steeds deelnemen aan buitenlandse missies met

<sup>1</sup> Petra Kingma is werkzaam als promovenda bij de vakgroep Staatsrecht en Internationaal recht aan de Rijksuniversiteit Groningen waar zij een dissertatie voorbereidt over de 'reikwijdte' van de Grondwet. Deze bijdrage is een bewerking van de gelijknamige scriptie die zij heeft geschreven ter afronding van de master Publiekrecht: richting militair recht/strafrecht aan de Universiteit van Amsterdam. Met dank aan mr. dr. M.M. Dolman voor zijn kritische opmerkingen tijdens de begeleiding van deze scriptie.

<sup>2</sup> Rijkswet van 14 oktober 2010, Stb. 2010, 745, Kamerstukken 31 487 (R 1862).

<sup>3</sup> In het voorstel van Rijkswet wordt – inzake de 'nieuwe' strafuitsluitingsgrond – een nieuw 'tweede' lid aan artikel 38 WMSr toegevoegd.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 2007/08, 31 487 (R1862), nr. 3; Kamerstukken II 2004/05, 27 925, nr. 172; Kamerstukken I 2005/06, 30 300 X, A); *Handelingen II 2000-2001*, nr. 325.

<sup>5</sup> G.L. Coolen, 'Tijd van oorlog, een verouderd begrip', *MRT 2000*, vol. 93, p. 270-274.

een gevarieerd karakter. Ook een uit deze praktijk geboren situatie welke zich voordeed in de zaak van de marinier Eric O. heeft de belangstelling voor de juridische kaders van dit thema in een stroomversnelling doen geraken. Zo is in de literatuur de afgelopen jaren veel geschreven over onder andere de vraag wat de status is van zogeheten *Rules of Engagement* en daarmee samenhangend de rechtsbescherming van militairen op uitzending. Ook op het niveau van de politiek is deze zaak niet aan de aandacht ontsnapt; de Tweede Kamer heeft na de uitspraak in de zaak Eric O. een motie aangenomen waarin de Regering verzocht werd om een onafhankelijke onderzoekscommissie in te stellen. Deze kreeg kort gezegd de taak het bestaande militaire strafprocesrecht onder de loep te nemen – met name het functioneren daarvan tijdens uitzendingen van militairen in het buitenland – en daar waar de huidige regeling (in de praktijk) niet (meer) zou volstaan aanbevelingen te doen.<sup>6</sup> Dat rapport kwam er<sup>7</sup> en hoewel de opdracht van de onderzoekscommissie (hierna: de Commissie-Borghouts) er formeel niet toe strekte om zich bezig te houden met het materiële militaire strafrecht, stuitte de Commissie-Borghouts tijdens het onderzoek op de nog niet uitgekristalliseerde discussie, onder andere gevoerd in het Militair Rechtelijk Tijdschrift, aangaande de reikwijdte van het begrip ‘tijd van oorlog’ in het Wetboek van Militair Strafrecht.

Ofschoon de Commissie-Borghouts in haar rapport tot de conclusie kwam dat er geen hiaten bestaan in de rechtsbescherming van de militair, zowel tijdens uitzendingen waarop het humanitair oorlogsrecht van toepassing is, alsook wanneer dit niet het geval is, deed zij toch een aanbeveling gericht aan de wetgever om enerzijds te onderzoeken of de terminologie in het Wetboek van Militair Strafrecht wel alle vormen van operationele inzet van de krijgsmacht omvatte en anderzijds om te onderzoeken of in ditzelfde wetboek geen afzonderlijke, specifiek tot militairen gerichte strafuitsluitingsgrond opgenomen zou moeten worden voor de situatie waarin militairen deelnemen aan een internationale missie waarop het humanitair oorlogsrecht niet van toepassing is.

In het bovengenoemde voorstel van Rijkswet heeft de Regering uitvoering gegeven aan de in het rapport-Borghouts tot haar gerichte aanbeveling. Wanneer men het voorstel van Rijkswet inhoudelijk bestudeert ziet men dat de tekst van artikel 71 WMSr *integraal* wordt herzien en het huidige artikel 38 WMSr er een tweede lid bij krijgt. Een vraag die in dit verband rijst en die tot op heden voor zover ik kan zien onvoldoende naar voren gekomen is, is of dit voorstel van Rijkswet daadwerkelijk voorziet in een voorondersteld hiaat waar het de rechtsbescherming van militairen tijdens uitzendingen betreft of dat het een fraai voorbeeld is van zogenoemde symboolwetgeving. Anders gezegd, is deze voorgestelde wijziging vanuit juridisch perspectief noodzakelijk? Het is deze vraag die ik in deze bijdrage wil proberen te beantwoorden.

## Het ‘probleem’ volgens prof. G.L Coolen

Coolen neemt in het betoog dat in zekere zin de aanleiding is geweest voor deze wetgevingsoperatie het standpunt in dat de term ‘tijd van oorlog’, welke op een aantal plaatsen voorkomt in zowel het WMSr als het commune Wetboek van Strafrecht<sup>8</sup>, problematisch geworden is en

<sup>6</sup> *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 300 X, nr. 136.

<sup>7</sup> Evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij uitzendingen, Haarlem 31 augustus 2006, aangeboden aan de Tweede Kamer bij brief van de minister van Justitie d.d. 31 augustus 2006, Kamerstukken II 30300 X nr 136, (Hierna aan te duiden als: Rapport commissie-Borghouts).

<sup>8</sup> De term ‘tijd van oorlog’ komt voor in 46 artikelen in het Wetboek van Militair Strafrecht en in 9 artikelen in het commune Wetboek van Strafrecht.

dat deze term per artikel dient te worden vervangen door een nieuwe aanduiding die beter bij de huidige tijd aansluit.<sup>9</sup> Het begrip ‘tijd van oorlog’ wordt volgens Coolen in de wet niet nader verklaard. Volgens hem ziet de term oorlog, volgens de toelichting van de regering, op een klasieke oorlog in volkenrechtelijke zin, welke thans praktisch niet meer voorkomt, aangezien het gebruik van in oorlog verklaren sinds de Tweede Wereldoorlog is uitgestorven. Samengevat lijkt het eerste probleem dat door Coolen naar voren gebracht wordt, hoofdzakelijk een definitiekwestie te zijn. Deze ‘oude’ terminologie, zo legt Coolen uit, ziet derhalve op een situatie die niet meer bestaat, waardoor de artikelen die nog steeds spreken van deze verouderde terminologie hun gelding als het ware hebben verloren.<sup>10</sup> Hoewel Coolen dit niet expliciet stelt, lijkt dit vooral een probleem te vormen in het kader van deelname van Nederlandse militairen aan internationale operaties waar geweldgebruik toegestaan is. In dezelfde bijdrage, waarin hij bovenstaand probleem geconstateerd heeft, komt hij overigens tot de conclusie dat de wet voor deze kwestie zelf een oplossing biedt in artikel 71 WMSr. Het probleem hierbij is volgens hem echter dat dit artikel door de regering verkeerd wordt uitgelegd en uit politieke overwegingen uiterst terughoudend wordt toegepast. Coolen beweert dat een zodanig gebruik van artikel 71 WMSr in gaat tegen de tekst van het artikel en dat dit ook niet met de bedoeling van de wetgever strookt. Samengevat zou men kunnen zeggen dat het door Coolen geconstateerde probleem dat volgens hem aanleiding zou moeten zijn tot het aanpassen van de term ‘tijd van oorlog’, gekwalificeerd kan worden als een discrepantie in opvatting over de juridische betekenis van a) de term ‘tijd van oorlog’ als zodanig en b) de toepassing van artikel 71 WMSr in het bijzonder.

### Het geldingsbereik van de term ‘tijd van oorlog’

Coolen schrijft in zijn artikel, mijns inziens terecht, “of tijd van oorlog aanwezig is, dient niet af te hangen van het antwoord op de vraag of regering en parlement bereid zijn het Koninkrijk in oorlog te verklaren.”<sup>11</sup> De volkenrechtelijke definitie van het begrip ‘oorlog’ is beperkter dan de definitie die een soevereine staat aan dezelfde term kan geven in het nationale recht. De volkenrechtelijke betekenis van de term is alleen relevant tussen staten onderling. Zolang een staat niet handelt in strijd met zijn volkenrechtelijke verplichtingen, bestaan er voor andere staten geen bevoegdheden om juridische maatregelen jegens die andere staat te treffen, laat staan in de interne rechtsorde van die staat in te grijpen. Een staat is derhalve soeverein over de inrichting van zijn eigen rechtsorde. Dit betekent dat een staat in zijn nationale rechtsorde vrij is de definities te gebruiken die hem goed dunkt, en die niet behoeven overeen te komen met gelijkkluidende volkenrechtelijke begrippen. Het volkenrechtelijke begrip oorlog (‘war’, ‘guerre’) – tegenwoordig gewapend conflict (‘armed conflict’) – wordt vaak omschreven als een rechtstoestand welke intreedt wanneer “staten die elkander – of althans de een de ander – met gebruikmaking van militaire machtsmiddelen bestrijden. Bovendien moet tenminste een der partijen zich in staat van oorlog beschouwen,

<sup>9</sup> G.L. Coolen, ‘Tijd van oorlog, een verouderd begrip’, *MRT* 2000, vol. 93, p. 273.

<sup>10</sup> *Idem.*, p. 270-272.

<sup>11</sup> G.L. Coolen, ‘Tijd van oorlog, een verouderd begrip’, *MRT* 2000, vol. 93, p. 272.

de *animus belligerendi* hebben.”<sup>12</sup> Oorlog of gewapend conflict brengt dus een verandering van rechtstoestand mee, waardoor andere regels gaan gelden. Zo wordt onder andere het humanitaire oorlogsrecht van toepassing. Dat geldt in beginsel ook voor het nationale begrip ‘tijd van oorlog’, met dien verstande dat deze in beginsel beperkt is tot de eigen rechtsorde. Als deze rechtstoestand intreedt, dan geldt in beginsel voor zowel militairen als burgers een uitgebreider en zwaarder strafrechtelijk regime. Zo brengt ‘tijd van oorlog’ ten opzichte van ‘tijd van vrede’ een hele serie nieuwe delicten mee en gelden er veelal zwaardere straffen voor reguliere delicten gepleegd in ‘tijd van oorlog’. De Nederlandse wetgever heeft echter bepaald dat ‘tijd van oorlog’ ook kan gelden indien geen sprake is van een oorlog of gewapend conflict op eigen grondgebied. Met artikel 71 WMSr heeft de wetgever ervoor gekozen de mogelijkheid te creëren om in bepaalde situaties ‘tijd van oorlog’ uitsluitend ten aanzien van een onderdeel van de krijgsmacht aanwezig te verklaren. Met andere woorden: de term tijd van oorlog zoals deze gebruikt wordt in het Nederlandse strafrecht is breder dan het volkerenrechtelijke begrip oorlog, daar artikel 71 het Wetboek van Militair Strafrecht ook andere situaties dan oorlog in volkerenrechtelijke zin onder tijd van oorlog brengt.

Het is dan ook in dat licht enigszins merkwaardig dat Coolen de conclusie lijkt te trekken dat de wetgever het strafrechtelijk intreden van ‘tijd van oorlog’ juist wel afhankelijk stelt van de volkerenrechtelijke oorlogsverklaring. Het probleem dat Coolen schetst – t.w. dat de strafverzwarende omstandigheid ‘tijd van oorlog’ zich in deze tijd niet meer zal voordoen – waarmee hij feitelijk constateert dat aan bepalingen die deze term bezigen in de huidige tijd materieel gezien geen gelding meer toekomt, lijkt gebaseerd te zijn op een, mijns inziens, foutieve vooronderstelling.<sup>13</sup> De Regering lijkt naar mijn mening en in tegenstelling tot wat Coolen beweert, in de betreffende passage uit de Memorie van Toelichting, van het standpunt uit te gaan dat het begrip ‘tijd van oorlog’ zowel in het volkerenrecht als in het nationale strafrecht een ‘eigen’ omschrijving kent en dat de definitie in het volkerenrecht derhalve niet leidend is bij de aanname van ‘tijd van oorlog’ in het nationale strafrecht. Ook de regering lijkt derhalve uit te gaan van het standpunt dat ‘tijd van oorlog’ in het strafrecht iets anders betekent dan ‘oorlog’ in volkerenrechtelijke zin.<sup>14</sup>

## Ontstaansgeschiedenis van artikel 71 WMSr

In de ontwerpwet van 1892 werd reeds rekening gehouden met het verschil tussen een feitelijke oorlog en situaties die aan oorlog gelijk gesteld zouden kunnen worden, zonder dat er sprake was van directe vijandelijkheden op Nederlandse grondgebied; artikel 48 Ontw. 1892.<sup>15</sup> Bestudeert men vervolgens de Kamerstukken dan leest men dat er over de uiteindelijke tekst

<sup>12</sup> Th.W. Van den Bosch, *Huidig en toekomstig militair straf- en tuchtrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1981, p. 120.

<sup>13</sup> G.L. Coolen, *Tijd van oorlog, een verouderd begrip*, MRT 2000, vol. 93, p. 271.

<sup>14</sup> H.J. Smidt I, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Eerste deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 538.

<sup>15</sup> Artikel 53 Ontw. 1897; artikel 55 WMSr 1903. Artikel 55 WMSr luidde: “Zoodra aan een gedeelte der krijgsmacht op de door Ons te bepalen wijze is bekendgemaakt, dat het door het militair gezag is aangewezen, hetzij ter deelneming aan eene militaire expeditie, hetzij ter bestrijding eener vijandelijke macht, hetzij ter handhaving der onzijdigheid van den staat, hetzij ter voldoening aan eene vordering van het bevoegd gezag in geval van oproerige beweging, wordt ten aanzien van dat gedeelte, totdat die taak is geëindigd, tijd van oorlog aanwezig geacht, en worden, ten aanzien van datzelfde gedeelte, de personen tegenover wie het geweld der wapenen wordt of kan worden aangewend, gelijkgesteld met den vijand.”



uitvoerig tussen Kamers en Regering gedebatteerd is.<sup>16</sup> Ten tijde van het ontwerp van het Wetboek van Militair Strafrecht aan het einde van de negentiende eeuw werd er door de wetgever duidelijk onderscheid gemaakt tussen feitelijke oorlogsomstandigheden en situaties die hiermee voor het strafrecht gelijk gesteld konden worden.<sup>17</sup> De ontstaansgeschiedenis geeft derhalve, naar mijn mening, ook geen aanknopingspunten voor de opvatting van Coolen dat de wetgever voor de werking van het (militaire) strafrecht uit zou gaan van de volkenrechtelijke betekenis van het begrip ‘tijd van oorlog’.

### Is artikel 71 WMSr door de tijd ingehaald?

Toch zou men kunnen betogen dat, hoewel artikel 53 (55) WMSr in beginsel een uitbreiding van het ‘feitelijke oorlogsbegrip’ beoogde, deze uitbreiding sinds de Tweede Wereldoorlog enigszins door de werkelijkheid is ingehaald, doordat de uitbreiding in dit artikel geen specifieke grond bevat voor het zogenoemde ‘nieuwe oorlogvoeren’, zoals men dat tegenkomt in bijvoorbeeld het Handvest van de Verenigde Naties en het NAVO-verdrag.<sup>18</sup> De omstandigheid dat het beginnen van een oorlog ongeoorloofd geoordeeld is, alsmede de introductie van het fenomeen ‘collectieve zelfverdediging’ en het ontbreken van een internationale krijgsmacht, heeft directe invloed gehad op het takenpakket van de Nederlandse krijgsmacht, waardoor een relatief groot gedeelte van de krijgsmacht met enige regelmaat taken uitvoert buiten de grenzen van het Koninkrijk. Is het goed doordachte juridische systeem van artikel 53 (55) WMSr uit 1903 in de loop der tijd misschien toch ingehaald door de internationale ontwikkelingen?

In de hierboven aangehaalde bijdrage van Coolen, wordt enigszins de indruk gewekt dat het Wetboek van Militair Strafrecht en het commune Wetboek van Strafrecht in de naoorlogse jaren op dit punt niet aangepast zouden zijn. Weliswaar heeft de wetgever er niet voor gekozen om de terminologie ‘tijd van oorlog’ zelf aan te passen, maar wanneer men de Kamerstukken raadpleegt, ziet men dat de relevante artikelen destijds wel degelijk zijn aangepast aan de (toen) recente internationale ontwikkelingen. In 1952 is het Wetboek van Strafrecht op dit punt gewijzigd en in 1965 het Wetboek van Militair Strafrecht.<sup>19</sup> De tekst van artikel 71 WMSr werd als volgt aangepast: “In artikel 71 wordt achter de woorden: ‘onzijdigheid van den staat’, ingevoegd: hetzij tot enig optreden ofwel tot collectieve of tot individuele zelfverdediging, ofwel tot handhaving of herstel van de internationale orde en veiligheid.”<sup>20</sup> Uit de MvT blijkt dat de wetgever met bovengenoemde wijzigingen beoogt het Nederlandse strafrecht aan te passen aan de nieuw ontstane volkenrechtelijke situatie. Er wordt door de wetgever duidelijk onderscheid gemaakt tussen de wijziging in het Wetboek van Strafrecht, dat hoofdzakelijk geldt voor burgers en waarvan de werking beperkt is tot binnen de landsgrenzen van het land Nederland, en de wijziging van artikel 71 van het Wetboek van Militair Strafrecht, dat uitsluitend geldt voor

<sup>16</sup> H. van der Hoeven, *Militair straf- en tuchtrecht. Eerste deel. Geschiedenis van het wetboek van militair strafrecht*, 's-Gravenhage/Leiden: Gebr. Belifante/E.J. Brill 1903, p. 553, 553-590.

<sup>17</sup> H. van der Hoeven, 1903, p. 565: “(...) Zij mogen niet worden van kracht verklaard voor toestanden die misschien in een uiterste geval aan den oorlogstoestand analoog, maar in den regel daarvan ten eenenmale te onderscheiden zijn.”

<sup>18</sup> Zie met name artikel 51 VN-verdrag en artikel 5 NAVO-verdrag.

<sup>19</sup> Zo dient vermeld te worden dat indertijd het nieuwe artikel 107a Sr in werking is getreden (*Stb.* 1952, 408) en dat in 1965 de tekst van artikel 71 van het Wetboek van Militair Strafrecht is aangepast (*Stb.* 1965, 80).

<sup>20</sup> *Kamerstukken II 1957/58*, 5169 (R 112), nr. 3, p. 3.

militairen, grotendeels ter uitvoering van taken van de krijgsmacht buiten de nationale grenzen. De nieuwe term 'gewapend conflict' dient volgens de wetgever logischerwijs in het eerste geval beperkt uitgelegd te worden en in het tweede geval juist ruim. Men zal derhalve tot de conclusie moeten komen dat artikel 71 (53 oud) WMSr niet door de tijd achterhaald is geraakt, maar door de wetgever in de afgelopen decennia juist aangepast is aan de nieuwe ontwikkelingen, waardoor het systeem van artikel 71 (53) WMSr zoals dat door de wetgever in 1903 ontworpen is, juridisch gezien nog steeds staat als een huis.

## Andere opvattingen binnen de literatuur

Hoewel dit onderwerp in de literatuur, buiten Coolen, niet veel aandacht heeft gekregen, komt men her en der toch enige opvattingen tegen.<sup>21</sup> In de literatuur wordt in meer of mindere mate expliciet aangenomen dat het begrip 'tijd van oorlog' in het strafrecht een autonome werking heeft, d.w.z. dat deze in ieder geval het staats-, c.q. volkenrechtelijke oorlogsbegrip uitbreidt. Daarnaast is steun te vinden voor de opvatting dat, zoals uit de wetgevingsgeschiedenis blijkt, door de wetgever bewust bepaald is welke strafrechtelijke bepalingen beperkt of daarentegen juist ruim uitgelegd moeten worden. Daarnaast kan men in de literatuur de opvatting vinden dat het begrip 'tijd van oorlog' de tand des tijds wel degelijk heeft doorstaan, dan wel voldoende aan de huidige omstandigheden is aangepast waardoor het zijn juridische waarde nog immer behouden heeft.

<sup>21</sup> Th. W. van den Bosch, *Huidig en toekomstig Militair Straf- en Tuchtrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1981, p. 127. Bij Van den Bosch leest men over de reikwijdte van het begrip 'tijd van oorlog' het volgende: "Het strafrechtelijk begrip 'tijd van oorlog' is een uitbreiding van het feitelijke begrip 'oorlog' of 'geval van oorlog'. Die uitbreiding is te vinden in de artt. 87 Sr en 71, 71a en 72 WMSr." H.A. Demeersseman, *De autonomie van het materiële strafrecht*, diss. VU, Arnhem: Gouda Quint BV 1985, p. 527-533. Op p. 533 komt hij tot de conclusie dat: "Ofschoon in de wetgeschiedenis wel enige aanwijzing is gelegen voor een autonome uitleg van de uitdrukkingen 'oorlog' en 'tijd van oorlog' in het Wetboek van Strafrecht, [...] hiervan met betrekking tot de term 'oorlog' (nog) niet gesproken [kan] worden. Rechtspraak en literatuur stellen zich, o.i. ten onrechte, tot op heden op een vrij formeel standpunt. Overwegingen van staats- dan wel volkenrechtelijke aard geven de doorslag bij het bepalen van het antwoord op de vraag of voor de toepassing van strafrechtelijke bepalingen oorlog moet worden aangenomen. Dit is anders bij de uitdrukking 'tijd van oorlog'. In de loop der tijd heeft men zich losgemaakt van het formele grondwettelijke begrip 'oorlogsgevaar'." Op pagina 528-529 leest men het volgende: "Krachtens artikel I van het Wetboek van Militair Strafrecht zullen de uitdrukkingen 'oorlog' en 'tijd van oorlog' in dit Wetboek in dezelfde zin verstaan moeten worden als in het Wetboek van Strafrecht. In artikel 71 WMSr is evenwel een uitbreiding gelegen van het begrip 'tijd van oorlog' [...]. Onze vooronderstelling, dat de strafrechter zich bij de uitleg van de begrippen 'oorlog' en 'tijd van oorlog' niet gebonden zal voelen aan formaliteiten van staats- dan wel volkenrechtelijke aard, is gebaseerd op de wetgeschiedenis en enkele rechterlijke uitspraken. Duidelijk is de opmerking van de regering bij de parlementaire behandeling van het huidige artikel 87 Sr dat het tijdstip van de aanvang van de oorlog strafrechtelijk niet afhankelijk mag worden gesteld van volkenrechtelijke vragen of formaliteiten (Smidt I, blz. 538). Wij menen in deze opmerking een vingerwijzing te mogen zien om de in het Wetboek van Strafrecht voorkomende begrippen 'oorlog' en 'tijd van oorlog' uit zichzelf uit te leggen, welke mening nog versterkt wordt door het feit, dat de regering en de Commissie van Rapporteurs uit de Eerste Kamer het erover eens waren, dat de vraag wanneer oorlog dreigende is niet beantwoord kan worden met een verwijzing naar de Grondwet (Smidt I, blz. 539)." Ook in de driedelige losbladige uitgave van Van den Bosch e.a., *Militair straf- en tuchtrecht*, Deventer: Kluwer Losbl., aantekening 2 op artikel 71a WMSr; suppl. 48, (juni 2009) wordt melding gemaakt van de 'strafrechtelijke' uitbreiding van het begrip 'tijd van oorlog'. N. Huisman, *Tijd van oorlog in Afghanistan*, MRT 2006, afl. 1, p. 1-9, p. 5. Huisman schrijft in een publicatie in het Militair rechterlijk tijdschrift in 2006 het volgende: "Zoals reeds aangegeven is er een limitatief aantal gronden waarop toepassing van het artikel [71 WMSr – PAK] mogelijk is. Echter, door de toevoeging in 1963 is de toepassing tot handhaving of herstel van internationale orde en veiligheid mogelijk gemaakt!"

## Onjuist gebruik van artikel 71 WMSr?

In de hierboven reeds kort aangestipt, komt prof. Coolen in zijn afscheidsrede, na zijn eerste uiteenzetting waarin hij het standpunt inneemt dat het begrip ‘tijd van oorlog’ verouderd is en om die reden aangepast zou moeten worden, tot een op het eerste gezicht enigszins merkwaardige conclusie, namelijk dat artikel 71 WMSr een oplossing zou kunnen bieden voor het eerder door hem geschetste probleem, ware het niet dat dit artikel verkeerd wordt uitgelegd en daardoor niet wordt toegepast. Mijns inziens doet de volgorde die Coolen hier aanhoudt enigszins merkwaardig aan, omdat het in eerste instantie meer voor de hand lijkt te liggen te beginnen met de bespreking van artikel 71 WMSr, nu dit artikel expliciet de reikwijdte van het begrip ‘tijd van oorlog’ uitbreidt tot een aantal in dat artikel specifiek aangeduide situaties. Artikel 71 WMSr fungeert als het ware als een overkoepelend artikel, dat alle bepalingen die spreken van ‘tijd van oorlog’ van toepassing kan verklaren op één van de in artikel 71 WMSr genoemde situaties. Deze situaties zijn in de loop der jaren uitgebreid en aangepast aan bijvoorbeeld deelname van militairen aan internationale vredesmissies, waardoor de terminologie ‘tijd van oorlog’ een breder toepassingsbereik heeft dan men op het eerste gezicht wellicht zou denken. Kortom, wanneer men schrijft over het geldingsbereik van het begrip ‘tijd van oorlog’ kan men niet om artikel 71 WMSr heen.

Coolen heeft echter gekozen voor een andere benadering. Hij lijkt juist niet uit te gaan van deze overkoepelende juridische constructie, maar het probleem te benaderen vanuit de taalkundige betekenis van de term ‘tijd van oorlog’, zoals deze in verschillende bepalingen in het strafrecht voorkomt, waarvan artikel 71 WMSr er slechts één is. Om zijn standpunt te staven, dat artikel 71 WMSr niet juist toegepast wordt, geeft hij een tweetal voorbeelden waar artikel 71 WMSr, volgens hem, toegepast had kunnen worden: Libanon (1979) en de Golfoorlog (1990).<sup>22</sup> Voor zover ik heb kunnen nagaan is met betrekking tot de situatie in Libanon slechts kort over de mogelijke toepassing van artikel 71 WMSr gediscussieerd. De afweging die de minister destijds heeft gemaakt om artikel 71 WMSr niet toe te passen getuigt volgens Coolen van een onjuiste interpretatie van het artikel, zowel vanuit grammaticaal, wetshistorisch als teleologisch perspectief.<sup>23</sup> Om erachter te komen of de opvatting van Coolen juist is waar het gaat om het gebruik van artikel 71 WMSr door de Regering, ligt het in de rede te onderzoeken hoe volgens de Regering – blijkens de wetsgeschiedenis, ook die van de wet van 1903 – de daadwerkelijke toepassing van artikel 71 WMSr in zijn werk dient te gaan.

Het is, mijns inziens, niet helemaal duidelijk waarom Coolen verwijst naar de twee hiervoor genoemde situaties, omdat die situaties waarnaar hij verwijst mij geen illustratie lijken te zijn voor zijn opvatting: alles afwegende kwam de minister namelijk tot het oordeel dat voor de toepassing van art. 71 geen aanleiding bestond, zodat bezwaarlijk van een verkeerd gebruik van

<sup>22</sup> Idem, p. 273. “Zo merkte de minister van Defensie op 1 februari 1979 in de Tweede Kamer tijdens het debat over de uitzending van Nederlandse militairen naar Libanon op, dat hij zich nog zou beraden over de vraag of aan deze militairen de bekendmaking, bedoeld in artikel 71 van het Wetboek van Militair Strafrecht, wel zou worden gedaan. Later deelde hij de Kamer schriftelijk mede dat hij, na advies van de Minister van Justitie, had besloten dat de bekendmaking achterwege zou worden gelaten, dit om het intreden van tijd van oorlog te voorkomen. Ook aan de bemanning van de in 1991 aan de Golfoorlog deelnemende marineschepen is destijds de bekendmaking, uit zuiver politieke overwegingen, niet gedaan.”

<sup>23</sup> Idem., p. 273.

de bepaling gesproken kan worden. In de tweede plaats toont een dergelijke analyse aan dat de opvatting die Coolen toegedaan lijkt, (namelijk dat het om een tweetal onlosmakelijk verbonden beslissingen gaat, waarbij het besluit van de minister om artikel 71 WMSr van toepassing te verklaren er onherroepelijk toe leidt dat militairen ook daadwerkelijk onder de werking van deze norm gebracht worden en de beslissing van het militair gezag slechts relevant is voor het tijdstip waarop dit geschiedt, vanuit een praktisch politiek standpunt alleszins te verdedigen, maar naar mijn stellige overtuiging rehtens niet vol te houden is. Het gaat niet (uitsluitend) om twee in de tijd gescheiden, maar overigens onlosmakelijk verbonden besluiten, maar om twee zelfstandige beslissingen, waarbij de eerste, die van de minister, noodzakelijk is om de bevoegdheid in het leven te roepen militairen onder de werking van artikel 71 WMSr te brengen, maar de tweede, die van het militair gezag, evenzeer noodzakelijk is om dit ook feitelijk te doen. De betreffende regeling, het Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht (*Stb.* 1999, 497; hierna aan te duiden als Rijksbesluit) maakt dit ook duidelijk door in artikel 8 met “aanwijzing als bedoeld in artikel 71 van het Wetboek van Militair Strafrecht”, te verwijzen naar de passage “door het militair gezag is aangewezen”. De passage in artikel 71 WMSr “op de door Ons te bepalen wijze” ziet, volgens mij, uitsluitend op de ‘manier’ waarop deze bekendmaking dient te geschieden, niet op de bevoegdheid wie over deze beslissing gaat. Overeenkomstig deze opdracht van de wetgever opgenomen in artikel 71 WMSr, heeft de Kroon dit gedaan in artikel 8 van het Rijksbesluit. Oftewel het militair gezag komt op basis van artikel 71 WMSr een bevoegdheid toe om ‘tijd van oorlog’ in het concrete geval ook ‘feitelijk’ van toepassing te verklaren op het onderdeel van de krijgsmacht waarvoor artikel 71 WMSr ‘actieve’ gelding heeft gekregen door een daartoe eerder genomen besluit van de minister van Defensie, geen verplichting.<sup>24</sup>

## Hoe is het nieuwe artikel 71 WMSr gaan luiden?

De nieuwe tekst van artikel 71 WMSr luidt als volgt: “In dit wetboek wordt onder oorlog mede verstaan: een gewapend conflict dat niet als oorlog kan worden aangemerkt en waarbij het Koninkrijk is betrokken, hetzij ter individuele of collectieve zelfverdediging, hetzij tot herstel van internationale vrede en veiligheid.” Deze tekst sluit derhalve aan bij de formulering gebruikt in artikel 107a Sr. De bedoeling van de Regering is om de tekst in lijn te brengen met andere wettelijke regelingen, waarin al gesproken wordt van ‘gewapend conflict’. De motivering die de Regering geeft waar het de consequenties van deze wijziging aangaat is op z’n minst interessant te noemen. In de artikelsgewijze toelichting legt de Regering namelijk uit dat het van toepassing verklaren van artikel 71 WMSr in de praktijk in onbruik is geraakt en dat de toepassing in 2005 bij gelegenheid van de uitzending van een taakgroep Special Forces naar de operatie ‘*Enduring*

<sup>24</sup> Artikel 8 luidt: “1. De bekendmaking van een aanwijzing als bedoeld in artikel 71 van het Wetboek van Militair Strafrecht geschiedt kort voor de vermoedelijke aanvang van de opgedragen taak mondeling door de militair die over het aangewezen gedeelte van de krijgsmacht het bevel voert. 2. Bij de bekendmaking wordt eveneens medegedeeld dat onmiddellijk daarna en totdat de opgelegde taak is geëindigd, ten aanzien van voormeld gedeelte voor de toepassing van de strafwet tijd van oorlog aanwezig wordt geacht en de personen tegenover wie het geweld van de wapens kan worden aangewend, worden gelijkgesteld met de vijand. 3. Van de bekendmaking en de mededeling wordt door degene die de bekendmaking en mededeling heeft gedaan, proces-verbaal opgemaakt, dat aan Onze Minister van Defensie wordt gezonden.”

*Freedom*' in Afghanistan hierop een uitzondering vormt.<sup>25</sup> De opmerking dat toepassing van artikel 71 WMSr in de praktijk in onbruik is geraakt is opmerkelijk, aangezien het betreffende artikel in de afgelopen 100 jaar slechts drie keer is toegepast, waaronder heel recent in 2005, zoals de Regering nota bene zelf aangeeft. Zoals gebleken is uit de ontstaansgeschiedenis van het Wetboek van Militair Strafrecht is het artikel vooral geschreven met het oog op uitzonderingssituaties. Het is derhalve wat merkwaardig dat de Regering suggereert dat het gebruik van artikel 71 WMSr in de praktijk in onbruik is geraakt.

In de Memorie van Toelichting wordt vermeld dat de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) heeft gewezen op “een aantal veronderstelde gevolgen van de integrale uitbreiding in het Wetboek van Militair Strafrecht van het begrip ‘oorlog’ tot een ‘gewapend conflict’.”<sup>26</sup> Zij wijst mijns inziens terecht op de strafverzwaringen die gelden ten tijde van oorlog. En zo stelt zij “dat de reikwijdte van de voorgestelde bepaling tot gevolg heeft dat de strafverzwaringen straks op de gehele krijgsmacht van toepassing zullen zijn op het moment dat slechts een deel van de krijgsmacht bij een gewapend conflict betrokken is.”<sup>27</sup> Dat lijkt een zinvolle opmerking aangezien er in de nieuw geformuleerde bepaling van artikel 71 WMSr niet meer gesproken wordt van ‘een gedeelte van de krijgsmacht’.

Volgens de Regering berust deze veronderstelling echter op een misverstand, aangezien het “in de eerste plaats niet aannemelijk [is] dat het Openbaar Ministerie de strafverzwarende omstandigheid in ‘tijd van oorlog’ ten laste zal leggen wanneer het strafbare feit buiten die toestand is gepleegd. Daarnaast bevat artikel 71a WMSr, zoals hierboven reeds vermeld, een correctie op het oorlogsbegrip van dat wetboek.”<sup>28</sup> Deze redenering van de Regering is enigszins verrassend, aangezien de voorgestelde wijzigingen voornamelijk ingegeven zijn door het streven naar meer rechtszekerheid voor bij de krijgsmacht werkzame militairen. In de nieuwe formulering van artikel 71 WMSr wordt de beperking, gelegen in de toepassing ‘op een gedeelte van de krijgsmacht’ en de limitatieve opsomming van situaties waarop het verzwaarde strafrechtelijke regime ‘tijd van oorlog’ van overeenkomstige toepassing kan worden verklaard losgelaten en geldt vanaf heden voor iedere bij de Nederlandse krijgsmacht werkzame militair het verzwaarde strafrechtelijke regime automatisch vanaf het moment dat Nederland bij een oorlog, dan wel bij een gewapend conflict dat niet als oorlog aangemerkt kan worden wordt betrokken. De beslissing of dit verzwaarde regime daadwerkelijk bij de vervolging in een concreet geval toegepast zal worden, wordt overgelaten aan het openbaar ministerie.<sup>29</sup>

Waar ligt de grens tussen het wel of niet van toepassing verklaren van het verzwaarde regime in ‘tijd van oorlog’? Deze beoordeling zal in situaties waarvan het op voorhand evident is dat een militair niet betrokken is geweest bij een uitzending niet tot problemen leiden, maar er zijn zonder meer voldoende situaties te construeren waarbij het niet op voorhand duidelijk is of hiervoor nu wel of niet een verzwaarde strafrechtelijk regime zou

<sup>25</sup> *Kamerstukken II 2007/08*, 31 487 (R1862), nr. 3, p. 7-8.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 8.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 8.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 8.

<sup>29</sup> Relevant is derhalve niet zozeer wat de officier van justitie in een concreet geval zal vorderen, maar het feit dat hem hiertoe thans door de wetgever een zeer ruime discretie wordt geboden. Reeds in 1903 werd vanuit de Tweede Kamer gewezen op de potentiële gevaren van een dergelijke ruimte: zie *infra*, voetnoot 40.

moeten gelden. De Regering stelt met dit wijzigingsvoorstel wel erg veel vertrouwen in het beoordelingsvermogen van het openbaar ministerie. Gezien de zaak van de marinier Eric O., welke nota bene aanleiding is geweest voor het instellen van de Commissie-Borghouts en waarvan een gedeelte van het huidige wetsvoorstel de uitwerking is, lijkt het misschien een wat te optimistische gedachte van de Regering om deze beoordeling over te laten aan de individuele Officier van Justitie zonder daarbij een duidelijk wettelijk kader te schetsen. Dat militairen van te voren niet weten of en vanaf wanneer er voor hen een verzaamd strafrechtelijk regime geldt draagt niet bij aan het vergroten van de rechtszekerheid voor militairen, maar resulteert eerder in het tegenovergestelde. Dit is te meer het geval wanneer men daarbij in acht neemt dat het niet uitsluitend gaat om *strafverzwaring* van bepaalde in het Wetboek van Militair Strafrecht genoemde delictsomschrijvingen, maar ook om delictsomschrijvingen die pas een strafbaar feit opleveren indien er sprake is van 'tijd van oorlog'. Militairen (die deelnemen aan een uitzending) kunnen thans als gevolg van deze wetswijziging vervolgd worden voor het plegen van een strafbare feit, terwijl zij niet op voorhand (kunnen) weten dat zij dit strafbare feit kunnen plegen, omdat pas achteraf door de Ovj vastgesteld en door de rechter beoordeeld wordt of er sprake is van tijd van oorlog waardoor een feitelijke handeling achteraf voldoet aan een 'bestaande' delictsomschrijving. Een dergelijke situatie lijkt op gespannen voet te staan met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel.

## De aanpassing van artikel 38 WMSr

De in de literatuur bestaande discussie over het geldingsbereik van artikel 38 WMSr was aanvankelijk een vrij bescheiden discussie. Deze bescheiden discussie is enigszins ondergesneeuwd door de aanverwante en in het verlengde daarvan liggende discussie, die sinds de zaak Eric O. de literatuur bezig heeft gehouden, betreffende de juridische status van internationale geweldsinstructies welke vastgesteld worden per (vredes)missie.<sup>30</sup> Hierdoor werd de discussie betreffende de gebruikte terminologie in artikel 38 WMSr uitgebreid naar de vraag in hoeverre artikel 38 WMSr van toepassing was op het huidige en toekomstige takenpakket van de krijgsmacht. Anders gezegd, de discussie betreffende artikel 38 WMSr verschoof van de juiste terminologische aanduiding van oorlogsomstandigheden naar de vraag of een militair die, wanneer hij taken dient uit te voeren onder oorlogsomstandigheden, indien nodig een beroep kan doen op de strafuitsluitingsgrond genoemd in artikel 38 WMSr. Ook in deze discussie speelden, zeker aanvankelijk, de publicaties van de hand van prof. Coolen omtrent het geldingsbereik van artikel 38 WMSr een belangrijke rol. De kern van zijn betoog komt er op neer dat de term 'tijd van oorlog' gezien de huidige

<sup>30</sup> Zie bijvoorbeeld: J.F.R. Boddens Hosang, 'Rules of Engagement: het politiek-juridische struikelblok voor de militaire commandant', *MRT* 2003, p. 354-370; M.M. Dolman, P.A.L. Ducheine, T.D. Gill, G.F. Walgemoed, 'Functioneel geweldgebruik in internationale operaties: een spiegel van rechtspraak en praktijk', *MRT* 2005, p. 369-420; N. Jörg, 'Een opmerking over de reikwijdte van het beroep op ambtelijk bevel en een opmerking over de delictskeuze van de officier van justitie in militaribus', *MRT* 2003, p. 392; P.A.L. Ducheine, 'Geweldgebruik, bevoegdheidsgrondslagen en verantwoordelijkheid. Een nabeschuiving op het symposium Geweldgebruik in het kader van vredesoperaties', *MRT* 2003, p. 393-396; en J.F.R. Boddens Hosang, 'Bevelen en voorschriften in het strafrecht: het arrest in de zaak O. is geen grondslag voor aanpassing van het militaire strafrecht', *MRT* 2005, p. 342.

staat van het oorlogsrecht een beperking is op de werking van artikel 38 WMSr en daarmee tegen de oorspronkelijke bedoeling van het artikel in gaat.<sup>31</sup>

### Is artikel 38 WMSr te redden door interpretatie?

Wanneer men de wetgevingsstukken met betrekking tot artikel 38 WMSr bestudeert, leest men dat de wetgever al vroeg begreep dat het vaststellen van een allesomvattende definitie van zogenoemde oorlogsomstandigheden een moeilijke, zo niet onmogelijke opgave zou zijn, aangezien het oorlogsrecht voornamelijk in internationale verdragen geregeld is. De wetgever heeft in 1903 derhalve een zo abstract mogelijk geformuleerde definitie willen geven die door de rechter ruim uitgelegd zou kunnen worden.<sup>32</sup> Het is dan ook enigszins opmerkelijk te noemen dat in de literatuur betoogd is dat de tekst van artikel 38 WMSr door veranderde volkenrechtelijke terminologie achterhaald en daardoor niet meer toepasbaar is. De wetgever poogde in 1903 met de gekozen abstracte formulering van het artikel juist een ruim toepasbare norm te creëren die ontwikkelingen op het terrein van het oorlogsrecht zou kunnen ondervangen. Er zijn goede gronden om aan te nemen dat de wetgever hierin geslaagd is. De term ‘tijd van oorlog’ is niet verouderd waar het de situatie betreft dat Nederland in oorlog raakt met een vreemde mogendheid (zeker niet wanneer deze uitgevochten wordt op Nederlands grondgebied)<sup>33</sup>, waar het wijzigingen in de terminologie betreft die bepalen of het internationale humanitaire oorlogsrecht op een bepaalde situatie van toepassing is, zou men voor de bepaling van de reikwijdte van de tekst van artikel 38 WMSr bijvoorbeeld de wetshistorische interpretatiemethode toe kunnen passen. In de wetgevingsstukken van 1903 wordt met zoveel woorden gewezen op de eventualiteit dat de internationale criteria voor toepasselijkheid van het oorlogsrecht veranderen.

Of artikel 38 WMSr ook van toepassing zou moeten zijn op de nieuwe verruimde taakstelling van de krijgsmacht is een vraag van een andere orde. De wetgever heeft in 1903 reeds rekening gehouden met een uitbreiding van de term ‘tijd van oorlog’ door in de wet het hiervoor besproken artikel 71 WMSr op te nemen. Hij had echter niet kunnen vermoeden dat de krijgsmacht honderd jaar later frequenter ingezet zou worden om vrede en veiligheid buiten het Nederlandse

<sup>31</sup> G.L. Coolen, ‘Geeoorloofd naar de regels van het oorlogsrecht. Artikel 38 WMSr nader beschouwd’, *MRT* 2005, afl. 9, p. 362. Een tweede bijdrage van Coolen over artikel 38 WMSr is verschenen ná de presentatie van het rapport van de commissie-Borghouts in 2006. Zie G.L. Coolen, De strafuitsluitingsgrond in artikel 38 WvMS, *MRT* 2007, afl. 2, p. 45.

<sup>32</sup> Van der Hoeven, p. 420: “Daargelaten dat eene strafwet niet de geschikte plaats daarvoor zou zijn, zal het in ieder geval niet worden tegengesproken, dat vooral het oorlogsrecht voor eenzijdige wettelijke regeling ten eenenmale onvatbaar is. Zijn inhoud is voor een deel vastgesteld bij internationale overeenkomsten, die ieder oogenblik kunnen worden uitgebreid, ingekrompen of opgezegd; - in verband met andere denkbeelden, nieuwe uitvindingen of met verandering in de manier van oorlog voeren zal het zich telkens wijzigen; - en bovendien zou het zeer ongeraden zijn, de regelen of gebruiken, door onze troepen in acht te nemen, a priori bij de wet vast te stellen, omdat het niet zelden van de handelwijze der tegenpartij zal afhangen, of wij ons in een gegeven geval aan de eenmaal vastgestelde regelen zullen kunnen of mogen houden. De wet moet derhalve den militairen rechter vrijlaten in het onderzoek nopens hetgeen het oorlogsrecht in ieder bijzonder geval al of niet medebrengt.”

<sup>33</sup> Wanneer men de bepaling grammaticaal interpreteert, moet men tot de conclusie komen dat dit artikel nog steeds volstaat voor situaties met het oog waarop het hoofdzakelijk is geschreven. Het feit dat deze situatie zich de afgelopen 65 jaar niet heeft voorgedaan is geen reden om aan te nemen dat een dergelijke situatie zich nooit meer zal voordoen en de specifiek daarop gerichte bepalingen binnen het strafrecht om die reden hun waarde verloren hebben.

territorium te garanderen dan om het eigen territorium te verdedigen. Artikel 38 is aanvankelijk dan ook niet geschreven voor de situatie dat Nederlandse militairen betrokken zijn bij internationale vredesoperaties, aangezien dit in 1903 simpelweg niet bestond. Gaat men echter naar het beoogde doel van dit artikel kijken, t.w. te voorzien in een strafuitsluitingsgrond voor militairen die onder oorlogsomstandigheden handelen, dan lijkt de omstandigheid dat de wetgever van 1903 niet kon voorzien dat militairen 100 jaar later voornamelijk ter uitvoering van internationale afspraken in het buitenland zouden opereren in plaats van binnen de eigen landsgrenzen, niet relevant. Door het toepassen van de teleologische interpretatiemethode kan men de hindernis van de veranderde taakstelling van de krijgsmacht wegnemen, hetgeen eveneens leidt tot de conclusie dat de stelling dat artikel 38 zonder meer verouderd zou zijn onhoudbaar is.

### De opvatting van de commissie-Borghouts

De commissie-Borghouts heeft zich in haar rapport mede bezig gehouden met de betekenis van het huidige artikel 38 WMSr; hoewel haar onderzoekopdracht zich niet uitstrekte tot het materiële strafrecht.<sup>34</sup> De Commissie is naar eigen zeggen in de loop van haar onderzoek gestuit op de discussie in de literatuur omtrent het geldingsbereik van artikel 38 WMSr en heeft besloten daaraan aandacht te besteden. De uitbreiding die de regering in de voorgenomen Rijksreparatiewet wilde geven aan de reikwijdte van het begrip ‘tijd van oorlog’ en de daardoor beoogde vergroting van het geldingsbereik van artikel 38 WMSr gaat volgens de Commissie niet ver genoeg. Zij betoogt dat de uitbreiding van het begrip ‘tijd van oorlog’ in het Wetboek van Militair Strafrecht overeenkomstig de omschrijving opgenomen in artikel 107a Sr onvoldoende recht doet aan het feit dat Nederlandse militairen in toenemende mate ingezet worden bij internationale missies die niet of niet primair aangemerkt kunnen worden als gewapend conflict, maar waarbij wel het gebruik van geweld noodzakelijk kan zijn.<sup>35</sup> Omdat het hierbij geen deelname aan een oorlog of gewapend conflict betreft, kunnen militairen geen beroep doen op artikel 38 WMSr. De commissie-Borghouts vindt dit onwenselijk, vooral omdat Nederlandse militairen in toenemende mate zullen deelnemen aan internationale vredesmissies en daardoor vaker geconfronteerd zullen worden met situaties waarin zij geweld moeten gebruiken. Hoewel Nederlandse militairen, aangenomen dat zij zich aan hun geweldsinstructie hebben gehouden, zich bij legitiem geweldsgebruik kunnen beroepen op een aantal strafuitsluitingsgronden opgenomen in het commune wetboek van strafrecht, is de Commissie van oordeel dat juist in die gevallen waarin het humanitaire oorlogsrecht niet van toepassing is er een aparte strafuitsluitingsgrond – specifiek gericht op militairen op uitzending – dient te komen.

### Hoe is het nieuwe artikel 38 WMSr gaan luiden?

De regering is met de commissie-Borghouts van mening dat het wenselijk is om de strafuitsluitingsgrond opgenomen in artikel 38 WMSr, uit te breiden naar vredesmissies die niet onder het humanitair oorlogsrecht vallen en heeft overeenkomstig die aanbeveling artikel 38 WMSr

<sup>34</sup> Conform haar opdracht, zoals verwoord in de motie van Tweede Kamerleden Van Baalen en Eijnsink (*Kamerstukken II 2004-2005, 29 800 X, nr. 51*), heeft de Commissie-Borghouts zich primair bezig gehouden met de procedurele rechtsbescherming van militairen op uitzending.

<sup>35</sup> Rapport commissie-Borghouts, p. 41..



met een tweede lid uitgebreid. Dit tweede lid luidt: “Niet strafbaar is de militair die geweld gebruikt in de rechtmatige uitoefening van zijn taak en in overeenstemming met de regels die voor de uitoefening van die taak zijn vastgesteld.”

De regering voegt aan de argumenten van de commissie-Borghouts nog een eigen argument toe. De nieuw voorgestelde regeling zou de rechtszekerheid duidelijker vorm geven, omdat de ‘(om)weg’ van het ambtelijk bevel door de betrokken militair niet (meer) gebruikt hoeft te worden.<sup>36</sup> Ook uit de argumentatie van de regering blijkt derhalve dat de kwestie niet is of militairen die uitgezonden worden in verband met een vredesmissie waarop het humanitaire oorlogsrecht niet van toepassing is, een beroep kunnen doen op een strafuitsluitingsgrond. Inmiddels wordt zowel in de literatuur als in de rechtspraak aangenomen dat Rules of Engagements (RoE) die vastgesteld zijn voor een dergelijke vredesmissie na omzetting door de hoogste Nederlandse militaire bevelhebber binnen de Nederlandse rechtsorde door kunnen werken als dienstvoorschrift dan wel dienstbevel.<sup>37</sup> Wanneer een militair tijdens uitzending zich gehouden heeft aan deze RoE zou hij een beroep kunnen doen op artikel 42 of 43 VvSr. Aangezien RoE hebben te gelden als dienstvoorschrift dan wel dienstbevel zal de rechter bij de vaststelling of in het concrete geval terecht een beroep gedaan wordt op een van deze strafuitsluitingsgronden of op het nieuwe artikel 38 WvMsr in beide gevallen dezelfde toetsingscriteria toepassen. De rechter zal in beide gevallen moeten toetsen aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.<sup>38</sup> Voor de raadsman van de betrokken militair zal het eveneens om een puur technische aangelegenheid gaan, aangezien de nagestreefde uitspraak van de rechter ontslag van alle rechtsvervolging, dan wel vrijspraak zal zijn. Te dien einde zal hij zich uiteraard altijd op zoveel mogelijk wetsbepalingen beroepen. Het argument van de regering lijkt derhalve evenals het argument van de commissie-Borghouts, niet zozeer juridisch van aard te zijn, maar meer in de psychologische sfeer te liggen: het gaat er kennelijk om de individuele militair een ‘gevoel’ van grotere rechtszekerheid te geven. Goede juridisch-systematische argumenten voor de voorgestelde ingreep zijn gezien het bovenstaande eigenlijk niet te geven (en zijn ook niet gegeven).<sup>39</sup>

## Slotbeschouwing

Concluderend kan gesteld worden dat de wetswijziging ten aanzien van beide bepalingen overbodig is. Ten aanzien van artikel 71 bleek uit het bovenstaande dat de interpretatie zoals die

<sup>36</sup> *Kamerstukken II 2007/08, 31 487 (R1862)*, nr. 3, p. 2 e.v.

<sup>37</sup> Het bestek van deze beschouwing leent zich uiteraard niet voor een uiteenzetting over het karakter en de rechtskracht van Rules of Engagement. Hiervoor verwijs ik gaarne naar: LjN:AT4988, Gerechtshof Arnhem, 21-006275-04. In deze uitspraak komt de vraag niet ter sprake of RoE ook aangemerkt zouden kunnen worden als bevoegd gegeven ambtelijk bevel. Zie o.a. N. Jörg, ‘Een opmerking over de reikwijdte van het beroep op ambtelijk bevel en een opmerking over de delictskeuze van de officier van justitie in *militaribus*’, *MRT 2003*, p. 392; Van den Bosch c.s., ‘*Militair straf- en tuchtrecht*’, Deventer: Kluwer (supplement 43 oktober 2007); J.F.R. Boddens Hosang, ‘Bevelen en voorschriften in het strafrecht: het arrest in de zaak O. is geen grondslag voor aanpassing van het militaire strafrecht’, *MRT 2005*, p. 339 e.v.; P.A.L. Ducheine en G.F.V. Valgemoed, ‘Militair functioneel geweld en de positie van militairen na ‘rake zaken’’, *Militaire Spectator 2005*, p. 48.

<sup>38</sup> Zie ook: N. Jörg, ‘Een opmerking over de reikwijdte van het beroep op ambtelijk bevel en een opmerking over de delictskeuze van de officier van justitie in *militaribus*’, *MRT 2003*, p. 392 en J.F.R. Boddens Hosang, ‘Bevelen en voorschriften in het strafrecht: het arrest in de zaak O. is geen grondslag voor aanpassing van het militaire strafrecht’, *MRT 2005*, p. 342.

<sup>39</sup> *Kamerstukken II 2007/08, 31 487 (R1862)*, nr. 3, p. 2 e.v.; *Kamerstukken II 2007/08, 31 487 (R1862)*, nr. 4; *Kamerstukken I 2009/10, 31 487 (R1862)*, B.

## BESCHOUWING

met name door Coolen in de afgelopen jaren is gehanteerd niet overtuigt. De wetgever heeft bij het opstellen van het artikel en bij alle latere wijzigingen ervan terdege rekening gehouden met de verschillende modaliteiten die van toepassing kunnen zijn op Nederlandse militairen, waardoor het artikel zijn werking ook thans niet verloren heeft. De wetgever leek echter wel overtuigd van dit probleem en heeft met de nieuwe tekst van artikel 71 WMSr de strafverzwarringsconstructie van het begrip 'tijd van oorlog' vervangen door een (algemene) definitie-uitbreiding van het begrip 'tijd van oorlog'. Met de nieuwe tekst van artikel 71 WMSr zou het artikel in overeenstemming komen met de rest van het strafrecht, met name het commune Wetboek van Strafrecht. Hierbij lijkt de wetgever het feit dat het Wetboek van Strafrecht bindend is voor zowel burgers als militairen en het Wetboek van Militair Strafrecht uitsluitend voor militairen en de daarmee gepaard gaande verschillen in rechtsgevolgen over het hoofd te zien. Doordat voor militairen op voorhand niet meer duidelijk is of en wanneer in welke situatie het verzwaarde strafrechtelijke regime 'tijd van oorlog' van toepassing is en de keuze voor toepassing bij een eventuele vervolging overgelaten wordt aan de officier van justitie wordt de rechtszekerheid van militairen niet bepaald groter. Het feit dat de rechter op grond van artikel 71a WMSr in een concreet geval dient te toetsen of er daadwerkelijk sprake was van oorlogsomstandigheden om 'tijd van oorlog' aan te kunnen nemen doet aan het bovenstaande niets af<sup>40</sup>.

Ten aanzien van artikel 38 WMSr bleek dat de wetgever gekozen heeft voor een zeer open en abstract oorlogsbegrip dat ruimte moest laten voor latere technologische en juridische ontwikkelingen, ook onvoorziene. De wijziging van artikel 38 WMSr is eveneens weinig overtuigend om een tweede reden: ook zonder dat militairen onder de werking van deze norm vallen, komt hen een beroep toe op strafuitsluitingsgronden, zij het dat deze in het commune strafrecht hun grondslag vinden. Aangezien de rechter bij de concrete beoordeling van het geval in beide gevallen dezelfde toetsingscriteria zal hebben toe te passen, valt niet goed in te zien waar de winst van het voorgestelde artikel nu precies in gelegen is. Ook de regering zelf erkende zoals bleek dat het thans bestaande stelsel een adequate rechtsbescherming voor militairen oplevert. Ten aanzien van beide wijzigingen valt dan ook eigenlijk niet goed in te zien welke voordelen ten opzichte van het bestaande regime nu precies behaald worden. Al met al lijkt de operatie een schoolvoorbeeld van een gebrekkig inzicht in de systematiek van het militaire (straf)recht, dat vooral wordt ingegeven door een gebrekkig functionerend institutioneel geheugen van de wetgever.

---

<sup>40</sup> Immers, artikel 71a WMSr bestond reeds ten tijde van de oude tekst van artikel 71 WMSr. Bovendien werd er in 1902 al op gewezen dat men de rechter een duidelijk wettelijk kader moet geven omdat dat zijn enige houvast is: "Men moet niet zeggen (...) dat het zulk een vaart niet zal loopen, dat de rechter ook wel zal onderscheiden en dergelijke straffen niet zal toepassen in een tijd, waarvoor zij niet bedoeld zijn. Ik acht dit een gevaarlijke argumentatie, waartegen ik waarschuw, omdat wij door deze bepaling inderdaad den rechter (...) leiden op een verkeerden weg. Wanneer wij hier in de wet bepalen dat, zoodra de burgemeester de hulp van het garnizoen heeft ingeroepen, de tijd gedurende welken het garnizoen hulp verleent, oorlogstijd zal zijn, zal de rechter, die over militaire misdrijven te oordeelen heeft, zich stellen op het standpunt: de wetgever heeft gewild dat ik mij zal gedragen zooals ik zou doen wanneer de feiten gepleegd waren in tijd van oorlog tegenover den vijand. Men brengt den rechter zoodoende op een dwaalspoor, daar hij zal meenen: de gewone strafmaxima gesteld bij de wet heeft de wetgever voor dit geval niet voldoende geacht; ik ben verplicht mij daarnaar te gedragen." Van der Hoeven, 1903, p. 565.

## Rechtbank Arnhem

Militaire kamer

Vonnis van 25 januari 2010

LJN BL0936

Voorzitter: mr. E. de Boer, lid: mr. T.P.E.E. van Groeningen, militair lid: mr. B.F.M. Klappe.

### Salduz-verweer in militaribus. Verlaten wachtpost: was schade voor de veiligheid te duchten?

*Verdachte is voorafgaand aan haar verhoor door de Marechaussee niet gewezen op haar recht een advocaat te raadplegen: bewijsuitsluiting. Verklaring ter terechtzitting kan wel tot het bewijs worden gebezigd; schorsing teneinde verdachte in de gelegenheid te stellen zich van rechtsbijstand te voorzien staat daaraan niet in de weg.*

*Hoewel verdachte slechts korte tijd haar post – een Forward Operating Base die uitzicht gaf op de toegangsweg tot Camp Hadrian – heeft verlaten, moet gezien de omstandigheden ter plaatse worden geoordeeld dat schade voor de veiligheid te duchten is geweest.*

(EVRM art. 6 lid 3 onder c; WMSr art. 107)

In de zaak van de officier van justitie in het arrondissement Arnhem tegen: naam [verdachte], geboren op [geboortedatum] te [geboorteplaats], adres te [woonplaats], Raadsman: mr. M.P.K. Ruperti, advocaat te Amersfoort.

### I. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd dat:

“zij als militair op of omstreeks 18 februari 2009, te of nabij de Forward Operating Base Coyote (in de omgeving van Deh Rawod), in elk geval in Afghanistan, belast met het houden van de wacht op de zuidelijke wachtpost van/bij voornoemde basis, opzettelijk, althans in ernstige mate nalatig, zich heeft onttrokken aan, dan wel ongeschikt heeft gemaakt voor een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid; althans die verplichting niet heeft vervuld dan wel niet in staat was te vervullen, door toen en opzettelijk, althans in ernstige mate nalatig, verdachtes post (gedurende enige tijd) te verlaten, althans niet voortdurend paraat en waakzaam te zijn geweest, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade is ontstaan aan, althans te duchten is geweest voor de bestrijding van gemeen gevaar voor personen en/of goederen, dan wel de veiligheid, hierin bestaande dat daardoor geen voortdurend toezicht mogelijk was op het door haar, verdachte, te observeren gebied en/of (een gedeelte van) de route gelegen tussen kamp Hadrian en de Forward Operating Base Coyote”.

[...]

## 2. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is laatstelijk op 11 januari 2010 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr. M.P.K. Ruperti, advocaat te Amersfoort.

De officier van justitie, mr. H.J. Timmer, heeft op 17 augustus 2009 geëist dat verdachte ter zake van het tenlastegelegde zal worden veroordeeld tot een maand militaire detentie geheel voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren en voorts tot een werkstraf voor de duur van 120 uren subsidiair 60 dagen militaire detentie. De officier van justitie mr. J.C. Stikkelman heeft op 11 januari 2010 gepersisterd bij deze eis.

Verdachte en haar raadsman hebben het woord ter verdediging gevoerd.

## 3. De beslissing inzake het bewijs

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

### De standpunten

#### Ten aanzien van de gevorderde bewijsuitsluiting ('Salduz-verweer')

##### *Standpunt van de verdediging*

De verdediging voert aan dat cliënte niet gewezen is op het recht om een raadsman te raadplegen voorafgaand aan het eerste verhoor door de Koninklijke Marechaussee. Daarmee is, zoals volgt uit de arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mensen in de zaken Salduz en Panovits van respectievelijk 27 november en 11 december 2008, niet voldaan aan de waarborgen van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Dit levert een vormverzuim op dat, in lijn met de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, er toe dient te leiden dat de verklaringen van cliënte bij dit eerste verhoor niet als bewijs mogen worden gebruikt. Voorts stelt de verdediging dat ook de door cliënte in deze zaak afgelegde verklaringen tijdens de zitting van de militaire kamer van 17 augustus 2009 niet kunnen worden gebruikt voor het bewijs, aangezien zij toen nog steeds geen raadsman had. Pas na het requisitoir door de rechtbank is besloten de zaak aan te houden om verdachte alsnog de gelegenheid te geven een raadsman te zoeken. Het is aannemelijk dat zij zich daarvoor, zonder raadsman, niet vrij achtte een andere procespositie te kiezen dan bij de Koninklijke Marechaussee, te meer niet nu haar was verteld dat tijdens de zitting enkel de strafmaat zou worden bepaald. Die ter terechtzitting afgelegde verklaring is dan ook te beschouwen als bewijsmateriaal dat is verkregen als rechtstreeks gevolg van de voornoemde verklaring bij de Koninklijke Marechaussee en dient dan ook als vrucht van dit vormverzuim eveneens te worden uitgesloten voor de bewijslevering.

##### *Standpunt van de officier van justitie*

De officier van justitie erkent dat verdachte voor het verhoor van 23 februari 2009 niet is gewezen op haar – in beginsel ook tijdens een uitzending in Afghanistan geldende – recht een raadsman te consulteren. Ofschoon de situatie tijdens de uitzending mogelijk praktische problemen met zich brengt, had er op zijn minst een telefonisch contact met een advocaat tot stand gebracht kunnen worden. Dit betekent dat de verklaring zoals verdachte die tijdens het verhoor van 23 februari 2009 heeft afgelegd, niet voor de bewijsvoering kan worden gebruikt.

De andere bewijsmiddelen vloeien echter niet uit die verklaring voort en kunnen wel gebruikt worden, evenals de ter terechtzitting van 17 augustus 2009 afgelegde verklaring.

*Ten aanzien het tenlastegelegde*

*Standpunt van de officier van justitie*

De officier van justitie acht het feit op basis van de verklaringen van de getuigen [getuige 1] en [getuige 2] en de ter zitting afgelegde verklaring van verdachte wettig en overtuigend bewezen. Door de post te verlaten heeft verdachte het kamp en de collega's in gevaar gebracht. Dat daarmee schade voor de veiligheid te duchten was, volgt al uit de omgeving en de aard van de post, het betrof immers een vooruitgeschoven post in Afghanistan. Kort daarvoor waren er voorts in de buurt van het kamp pogingen ondernomen om een 'Improvised Explosive Device' in te graven. Verdachte was als enige belast met de wacht op deze post en vanaf deze post kon de omgeving waar dit was gebeurd goed worden geobserveerd. Verdachte had op de post moeten blijven.

*Standpunt van de verdediging*

Met uitsluiting van de verklaringen van verdachte resteert onvoldoende wettig en overtuigend bewijs. Immers, alle andere bewijsmiddelen stammen feitelijk af van slechts één bron, [getuige 2]. Verdachte dient daarom te worden vrijgesproken.

*Beoordeling van de standpunten*

*Ten aanzien van gevorderde bewijsuitsluiting ('Salduz-verweer')*

De militaire kamer stelt met de raadsman en de officier van justitie vast dat verdachte niet gewezen is op het recht een advocaat te raadplegen voorafgaand aan het verhoor door de Koninklijke Marechaussee van 23 februari 2009. Dit levert een schending op van de waarborgen van artikel 6 van het EVRM en dit leidt conform de vaste jurisprudentie tot bewijsuitsluiting. De militaire kamer zal het proces-verbaal dat is opgemaakt naar aanleiding van dit verhoor dan ook niet gebruiken als bewijsmiddel. Voor wat betreft de ter terechtzitting d.d. 17 augustus 2009 afgelegde verklaring geldt dit evenwel niet. De opvatting van de verdediging dat deze verklaring ook moet worden uitgesloten als bewijsmiddel vindt geen steun in het recht of in rechterlijke uitspraken. Verdachte heeft nadat zij na het verhoor van 23 februari 2009 was heengezonden en ook nog na ontvangst van de tenlastelegging voldoende gelegenheid gehad rechtskundig advies in te winnen. Zij had zich ter zitting van 17 augustus 2009 kunnen laten bijstaan door een advocaat, zoals vermeld staat op de achterzijde van de dagvaarding. Daarop staat ook vermeld hoe zij indien zij geen advocaat had, een advocaat kon vragen. Dat de verdere inhoudelijke behandeling ter terechtzitting van 17 augustus 2009 na het requisitoir is aangehouden om verdachte in de gelegenheid te stellen zich alsnog door een raadsman te doen bijstaan doet er niet aan af dat zij ook daarvoor reeds voldoende in de gelegenheid is gesteld zich te doen bijstaan. Van schending van de waarborgen van artikel 6 EVRM is dan ook geen sprake. Verdachte is voorafgaand aan de ondervraging ter terechtzitting geweest op haar zwijgrecht en uit niets is gebleken dat de verklaring ter terechtzitting onder druk tot stand is gekomen. De militaire kamer zal de bekennende verklaring van verdachte dan ook gebruiken als bewijsmiddel.

### *Ten aanzien van de tenlastelegging*

Verdachte was op 18 februari 2009 belast met het houden van wacht op de zuidelijke wachtpost van de Forward Operating Base (FOB) Coyote te Afghanistan. Zij had de wacht rond 07.00 overgenomen en zij was op deze post enig wachthebbende. Vanaf deze post had zij het zicht op een deel van de route van kamp Hadrian naar FOB Coyote. Gedurende korte tijd heeft verdachte haar post verlaten om iets te drinken te halen in de nabij gelegen voedseltent .

De militaire kamer is met de officier van justitie van oordeel dat door het verlaten van de wachtpost, ook al is dit van korte duur geweest, de veiligheid van de Forward Operating Base Coyote en de omgeving ervan in gevaar is gebracht. Verdachte was op genoemde dag en uur belast met de bewaking van het kamp (FOB Coyote) en de toenaderingen naar het kamp, waaronder de weg vanuit Camp Hadrian. Zij vervulde daarmee een cruciale rol betreffende de veiligheid van de collega-militairen werkzaam op het kamp. De militaire kamer acht het een feit van algemene bekendheid dat in een uitzendgebied als het onderhavige waarbij geen concrete frontlijnen zijn aan te geven, de kans te allen tijde aanwezig is dat kwaadwillende individuen zich mengen onder de gewone bevolking en op sluikse wijze voorbereidingshandelingen verrichten voor het plegen van aanslagen tegen de uitgezonden eenheden en de door hen gebruikte bases. Als gevolg van het onopgemerkt blijven van het ingraven van explosieven zijn in het uitzendgebied al veel slachtoffers gevallen, ook onder Nederlandse militairen. Volgens de compagniescommandant van verdachte was het continue bemannen van de post destijds extra noodzakelijk nu enkele dagen voor het onderhavige wachtcincident gepoogd is een Improvised Explosive Device in te graven op de weg van Camp Hadrian naar FOB Coyote. De door de compagniescommandant ter zitting afgelegde verklaring dat tijdens een relatief korte afwezigheid van de wachtpost voorbereidingshandelingen voor geweld tegen eigen mensen en materiaal kunnen worden uitgevoerd, ondersteunt het oordeel dat sprake geweest is van de gevaarstelling zoals ten laste gelegd.

### *Conclusie*

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

“zij als militair op 18 februari 2009, te of nabij de Forward Operating Base Coyote (in de omgeving van Deh Rawod), belast met het houden van de wacht op de zuidelijke wachtpost van/bij voornoemde basis, opzettelijk, zich heeft onttrokken aan, een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid, door toen en opzettelijk, verdachtes post (gedurende enige tijd) te verlaten, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade te duchten is geweest voor de veiligheid, hierin bestaande dat daardoor geen voortdurend toezicht mogelijk was op het door haar, verdachte, te observeren gebied en (een gedeelte van) de route gelegen tussen kamp Hadrian en de Forward Operating Base Coyote”.

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

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

*4.a. De kwalificatie van het bewezenverklaarde*

Het bewezenverklaarde levert op: als militair zich opzettelijk aan een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid onttrekken, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade te duchten is voor de veiligheid.

*4.b. De strafbaarheid van het feit*

Het feit is strafbaar.

*5. De strafbaarheid van verdachte*

Niet is gebleken van feiten of omstandigheden die de strafbaarheid van verdachte geheel uitsluiten.

*6. De motivering van de sanctie(s)*

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

- de aard en de ernst van het bewezenverklaarde 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 16 juli 2009.

*Standpunt van de officier van justitie*

De officier van justitie stelt dat er is sprake geweest van gevaarzetting door het verlaten van de wachtpost, ook in het bijzonder gelet op de destijds geconstateerde graafwerkzaamheden ter voorbereiding van het mogelijk plaatsen van een IED. Verdachte zat als enige op een post en had daar moeten blijven. De officier stelt voorts dat de relatief korte afwezigheid van de post is verdisconteerd in de eis.

*Standpunt van de verdediging*

De verdediging heeft geen strafmaatverweer gevoerd.

*Beoordeling van de standpunten*

Zoals overwogen vervulde verdachte een cruciale rol betreffende de veiligheid van de collega militairen werkzaam op het kamp. Verdachte is blijkens de verklaring van getuige [getuige 2] meerdere malen aangesproken op het te laat komen bij het aflossen van de wacht of het weglopen van de post, maar zag kennelijk onvoldoende het gevaarzettend karakter van haar handelen in, hetgeen haar ernstig te verwijten valt. Verdachte heeft een wachtpost van de FOB Coyote te Afghanistan opzettelijk verlaten om drinken te halen. Hierdoor is gedurende een korte tijdspanne sprake geweest van te duchten gevaar voor de veiligheid van eigen mensen en middelen. Ten voordele van verdachte spreekt dat zij, zoals zijzelf verklaart maar wat ook uit de verklaring van getuige [getuige 2] volgt, na het halen van het blikje drinken met spoed naar haar post is teruggekeerd. Zij is ook maar een korte tijd van haar post geweest.

De militaire kamer zal voor wat betreft de hoogte van de straf rekening houden met de door haar in vergelijkbare gevallen opgelegde straffen voor in uitzendgebieden gepleegde wachtdelic-

ten. Bij die wachtdelicten was echter overwegend sprake van zwaardere vormen van verzuim en de militaire kamer ziet daarin reden af te wijken van de eis van de officier van justitie. Alles overwegende is de militaire kamer van oordeel dat een geldboete van hier na te melden hoogte passend is.

### 7. De toegepaste wettelijke bepalingen

De beslissing is gegrond op de artikelen 24, 24a, 24c en 91 van het Wetboek van Strafrecht en het artikel 4 en 107 van het Wetboek van Militair Strafrecht.

[Volgt: veroordeling tot geldboete van € 600,—, subsidiair 12 dagen hechtenis – Red.]

### NASCHRIFT

*De verdachte militair onderscheidt zich als zodanig niet van andere verdachten; de regels die de rechtspositie van verdachten beheersen moeten ook ten aanzien van verdachte militairen in acht genomen worden. Dus als een verdachte het recht heeft zich voorafgaand aan of tijdens zijn verhoor door een raadsman te doen bijstaan, geldt dat ook voor de verdachte militair.<sup>1</sup> In veel gevallen zijn er ook geen praktische beletselen voor rechtsbijstand, maar als de verdachte zich in het buitenland bevindt, c.q. is uitgezonden ligt dat anders. De geografische afstand en de operationele omstandigheden in het uitzendgebied kunnen het verlenen van rechtsbijstand moeilijk, zo niet onmogelijk maken.*

*De hier besproken uitspraak roept vier onderscheiden – maar samenhangende – vragen op. In de eerste plaats moet de vraag worden beantwoord welke eisen uit art. 6 EVRM voortvloeien ten aanzien van rechtsbijstand tijdens politieverhoor. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft in de zaken-Salduz en –Panovits geoordeeld dat een meerderjarige verdachte voorafgaand aan zijn verhoor door de politie in de gelegenheid moet worden gesteld een raadsman te raadplegen; hij heeft geen recht op aanwezigheid van zijn raadsman tijdens het verhoor.<sup>2</sup> Zo zijn bedoelde uitspraken althans door de Hoge Raad uitgelegd.<sup>3</sup> Hij heeft in de zaak-Pishchalnikov<sup>4</sup> vooralsnog geen aanleiding gezien het recht op rechtsbijstand te verruimen<sup>5</sup>.*

*De tweede vraag is of het recht van de verdachte zich door een raadsman te doen bijstaan beperkt kan worden en, zo ja, op grond van welke omstandigheden. In het Panovits-arrest wordt overwogen dat “[t]he lack of legal assistance during an applicant’s interrogation would constitute a restriction of his defence rights in the absence of compelling reasons that do not prejudice the overall fairness of proceedings” [mijn cursivering, MMD].<sup>6</sup> Het ontbreken van de gelegenheid een raadsman te raadplegen schept m.a.w. een vermoeden van ‘unfairness’, behoudens klemmende omstandigheden waaraan in een eerlijk proces gewicht mag worden toegekend.<sup>7</sup>*

<sup>1</sup> Vgl. art. 1 lid 2 WMSv, dat uitdrukking is van een algemeen uitgangspunt dat aan de regeling van de militaire strafvordering ten grondslag ligt.

<sup>2</sup> EHRM 26 november 2008, NJ 2009, 214 (Salduz); EHRM 11 december 2008, NJ 2009, 215 (Panovits).

<sup>3</sup> HR 30 juni 2009, NJ 2009, 349; HR 30 juni 2009, NJ 2009, 350; HR 30 juni 2009, NJ 2009, 351.

<sup>4</sup> EHRM 24 september 2009, appl. no. 7025/04 (Pishchalnikov v. Russia), i.h.b. par. 79; zie daaromtrent A. de Swart, ‘Toch nog een raadsman bij het politieverhoor? Enkele ontwikkelingen na Salduz/Panovits’, NJB 2010, p. 223-226.

<sup>5</sup> HR 21 december 2010, LJN BN9293; HR 21 december 2010, LJN BO3408.

<sup>6</sup> EHRM 11 december 2008, NJ 2009, 215 (Panovits), par. 66.

<sup>7</sup> EHRM 26 november 2008, NJ 2009, 214 (Salduz), par. 55, ontbreekt deze kwalificatie van omstandigheden op grond waarvan toegang tot een raadsman mag worden beperkt.



Aan welke omstandigheden in dit verband gedacht moet worden is vooralsnog ongewis. Wat uitgezonden militairen betreft valt allereerst te denken aan logistieke omstandigheden: de verdachte bevindt zich ver weg, een burger-advocaat zal allicht niet genegen zijn spoorwegs naar het uitzendgebied af te reizen en dan is het nog de vraag hoe hij daar komt, c.q. wie zijn veiligheid moet waarborgen. Telefonische consultatie kan een alternatief zijn, maar die veronderstelt wel een werkzaam – en veilig: voor kwaadwillenden niet toegankelijk – netwerk.<sup>8</sup> Voorts kunnen zich beletselen van operationele aard voordoen: als een operatie op handen is, kan een militair die daarin een functie vervult niet worden gerepatriëerd. En als de militair verdachte wordt van strafbare feiten die verband houden met een lopende operatie, is de vraag of hij desbetreffende informatie met zijn raadsman mag delen.<sup>9</sup>

De derde vraag is of in geval een uitgezonden militair kan worden bijgestaan door een officier-raadsman. Hoewel de regering bij deze figuur een en andermaal dacht aan het geval dat de verdachte zich in het buitenland bevindt, ben ik met Vink van mening dat bijstand door een officier-raadsman niet aan de eisen van Straatsburg voldoet.<sup>10</sup> Het EHRM benadrukt dat de taak van een rechtsgeleerd raadsman is te verzekeren dat verdachtes recht zichzelf niet te belasten geëerbiedigd wordt, en aldus rechterlijke dwalingen te voorkomen. Een officier-raadsman is echter geen jurist; zijn functie in primair inzicht te verschaffen in de militaire context van de feiten. Militair juristen plegen niet als officier-raadsman op te treden; dat zou hen in een rollenconflict kunnen brengen.<sup>11</sup>

De vierde vraag ten slotte is hoe het regime dat het verhoor van verdachte militairen op uitzending beheerst moet worden vorm gegeven. Vink pleit op principiële, rechtstatelijke gronden voor een formeel-wettelijke regeling: de Staten-Generaal moeten zich uitspraken omtrent de kwestie hoe de rechtsbijstand aan uitgezonden militairen moet worden ingericht.<sup>12</sup> Dat is een sympathiek, maar weinig praktisch voorstel. Als het militaire strafprocesrecht bij het commune strafprocesrecht moet aansluiten, ligt het voor de hand te wachten op wijziging van het Wetboek van Strafvordering.<sup>13</sup> En als er gronden zijn om van de commune regeling af te wijken, dient dat bij Rijkswet te geschieden. De Wet militaire strafrechtspraak is een Rijkswet, en het wijzigen van Rijkswetten duurt lang.

M.M.D

<sup>8</sup> Jos Vink, 'Ook een raadsman bij het marechauseeverhoor? De impact van het arrest-Pishchalnikov op militaire strafzaken', *NJB* 2010, p. 1174-1175.

<sup>9</sup> Vink, a.w., p. 1175.

<sup>10</sup> *Kamerstukken II* 1982/83, 17804 (R 1228), nr. 5, p. 35; *Kamerstukken II* 2009/10, 31437 (R 1862), C, p. 2.

<sup>11</sup> Vink, a.w., p. 1176.

<sup>12</sup> Vink, a.w., p. 1176.

<sup>13</sup> Blijkens een brief van de minister van Veiligheid en Justitie wordt zodanige wetgeving thans voorbereid; in afwachting daarvan bepaalt de Aanwijzing rechtsbijstand politieverhoor van het College van Procureurs-Generaal hoe uitvoering moet worden gegeven aan het recht van de verdachte om voorafgaand aan het politieverhoor een raadsman te raadplegen; *Stcrt.* 2010, 4003 (i.w.tr. 1 april 2010).

# Gerechtshof Arnhem

Militaire kamer

Arrest van 10 februari 2010

Parketnr. 21-004718-08

Voorzitter: mr. R. van den Heuvel, lid: mr. P.A.H. Lemaire, militair lid: brigade-generaal (tit.) mr. J.S. van Duurling.

## Openlijk geweld op vliegbasis Woensdrecht (vervolg)

*Geen (medeplegen van) openlijk geweld tegen een persoon, maar feitelijke aanranding door verdachte alleen. Straffeloosheid vanwege noodweer: verdachte – die een handgemeen trachtte op te breken – handelde ter verdediging van eens anders lijf.*

[WMSr art. 140; Sr artt. 41 lid 1, 141]

Arrest van de militair kamer gewezen op het hoger beroep, ingesteld tegen het vonnis van de militaire kamer van de rechtbank Arnhem van 10 november 2008 in de strafzaak tegen: [verdachte], geboren [...], wonende [...], sergeant, registratienummer [...], 961 sgn vlb Woensdrecht.

## Het hoger beroep

De verdachte heeft tegen het hiervoor genoemde vonnis hoger beroep ingesteld.

## Onderzoek van de zaak

Dit arrest is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting van het hof van 27 januari 2010 en, overeenkomstig het bepaalde bij artikel 422 van het Wetboek van Strafvordering, het onderzoek op de terechtzitting in eerste aanleg.

Het hof heeft kennisgenomen van de vordering van de advocaat-generaal. Deze vordering is na voorlezing aan het hof overgelegd [...]. Het hof heeft voorts kennisgenomen van hetgeen door verdachte en zijn raadsman, mr. H.M. Dunsbergen, naar voren is gebracht.

## Het vonnis waarvan beroep

Het hof zal het vonnis waarvan beroep vernietigen omdat het tot een andere bewijsbeslissing en een andere beslissing over de strafbaarheid komt en daarom opnieuw rechtdoen.

## De tenlastelegging

Aan de verdachte is tenlastegelegd dat:

*primair:*

“hij in of omstreeks de periode van 7 maart en 8 maart 2008 te Woensdrecht met een ander of anderen, op een voor het publiek toegankelijke plaats of in een voor het publiek

toegankelijke ruimte, te weten een parkeerplaats op vliegbasis Woensdrecht, openlijk in vereniging geweld heeft gepleegd tegen [betrokkene 1], welk geweld bestond uit (met kracht) bij de keel/hals vastpakken en/of houden, schoppen en/of trappen en/of slaan en/of stompen, waarbij hij, verdachte, die [betrokkene 1] (met kracht) bij de keel/hals heeft vastgepakt en/of vastgehouden en/of geschopt en/of getrapt, [welk] door hem gepleegd geweld enig lichamelijk letsel (opgezwollen en/of pijnlijke gele plek op rechterbovenbeen en/of blauwe plek op rechteroog en/of pijn aan de rechterzijde aan de ribben en/of een schaafplek op de rechterhand) voor die [betrokkene 1] ten gevolge heeft gehad”;

*subsidiar:*

“hij als militair in of omstreeks de periode van 7 maart en 8 maart te of nabij Woensdrecht, in elk geval in Nederland, tezamen en in vereniging met anderen, althans alleen, opzettelijk [betrokkene 1], die toen militair was, althans die bij of ten behoeve van de krijgsmacht werkzaam was, feitelijk heeft bedreigd met geweld en/of feitelijk heeft aangerand door toen en daar opzettelijk die [betrokkene 1] te schoppen en/of te trappen en/of (met kracht) bij de keel/hals vast te pakken en/of te houden”.

Indien in de tenlastelegging taal- en of schrijffouten voorkomen, zijn deze verbeterd. De verdachte is daardoor niet geschaad in de verdediging.

## Beoordeling van de feiten

Na afloop van een feest op de vliegbasis Woensdrecht kreeg [betrokkene 1] ruzie met een andere jongen [betrokkene 2]. Verdachte zag dit en kwam tussenbeide. Verdachte pakte [betrokkene 1] op borst-/keelhoogte vast en duwde hem naar achteren teneinde de vechtenden te scheiden. Vervolgens kwamen er meer mensen bij en werd [betrokkene 1] geslagen, waardoor hij op de grond viel. Terwijl hij op de grond lag werd hij ook nog geschopt.

Hoewel deze geweldpleging plaatsvond op het terrein van de vliegbasis Woensdrecht, betekent dit niet dat er geen sprake kan zijn van openlijke geweldpleging. Ook de aldaar aanwezige militairen zijn publiek voor wie de geweldpleging waarneembaar was.

Uit de stukken en de behandeling ter terechtzitting is naar het oordeel van het hof niet bewezen dat verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan het primair tenlastegelegde feit. Uit de bewijsmiddelen blijkt immers niet dat verdachte in vereniging met anderen geweld heeft gepleegd. De getuigenverklaringen lopen op dit punt uiteen, óók waar het gaat over het moment waarop anderen geweld uitoefenden. Wel is er sprake van feitelijke aanranding van [betrokkene 1] door verdachte als bedoeld in het subsidiair tenlastegelegde feit, doordat verdachte [betrokkene 1] ruw vastpakte.

Nu verdachte heeft aangevoerd dat hij zich genoodzaakte voelde in te grijpen in de ruzie tussen [betrokkene 1] en [betrokkene 2] en de bewijsmiddelen aannemelijk maken dat er sprake was van een handgemeen tussen die beiden, is er naar het oordeel van het hof sprake van noodweer, waarbij verdachte handelde ter noodzakelijke verdediging van eens anders lijf tegen een ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding.

## Vrijspraak

Het hof heeft uit het onderzoek ter terechtzitting niet door de inhoud van wettige bewijsmiddelen de overtuiging bekomen dat verdachte het primair tenlastegelegde feit heeft begaan, zodat verdachte daarvan behoort te worden vrijgesproken.

## Bewezenverklaring

Door wettige bewijsmiddelen, waarin zijn vervat de redengevende feiten en omstandigheden waarop de bewezenverklaring steunt, heeft het hof de overtuiging gekregen en acht het hof wettig bewezen, dat verdachte het subsidiair tenlastegelegde heeft begaan, met dien verstande dat:

“hij als militair in de periode van 7 maart en 8 maart te of nabij Woensdrecht opzettelijk [A], die toen militair was feitelijk heeft aangerand door toen en daar opzettelijk die [A] bij de keel/hals vast te pakken”.

Het hof acht niet bewezen hetgeen verdachte meer of anders is tenlastegelegd dan hierboven is bewezenverklaard, zodat deze daarvan behoort te worden vrijgesproken.

## Strafbaarheid van het subsidiair bewezenverklaarde

Het bewezen levert op het misdrijf: als militair opzettelijk een andere militair feitelijk aanranden.

Nu verdachte handelde ter noodzakelijke verdediging van eens anders lijf tegen een ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding, is het feit niet strafbaar en dient verdachte ontslagen te worden van alle rechtsvervolgning.

## De vordering van de benadeelde partij [betrokkene I]

De benadeelde partij heeft zich in eerste aanleg in het strafproces gevoegd met een vordering tot schadevergoeding. Deze bedraagt € 32.790,35. De vordering is in het vonnis waarvan beroep toegewezen tot een bedrag van € 2500,-. De benadeelde partij heeft zich in hoger beroep niet opnieuw gevoegd. Het hof heeft in hoger beroep te oordelen over de gevorderde schadevergoeding voor zover deze in eerste aanleg is toegewezen.

De benadeelde partij is niet-ontvankelijk in haar vordering, nu aan verdachte geen straf of maatregel wordt opgelegd dan wel artikel 9a van het Wetboek van Strafrecht wordt toegepast.

## Toepasselijke wettelijke voorschriften

Het hof heeft gelet op artikel 140 van het Wetboek van Militair Strafrecht en artikel 41 van het Wetboek van Strafrecht. Deze voorschriften zijn toegepast, zoals zij golden ten tijde van het bewezenverklaarde.

[Volgt: Vrijspraak ter zake van het primair ten last gelegde, ontslag van alle rechtsvervolgning ter zake van het subsidiair ten laste gelegde. – Red.]

## NASCHRIFT

*Het vonnis van de Rechtbank in deze zaak is gepubliceerd en becommentarieerd in MRT 2010, p. 97 e.v. Daarbij werd evenwel over het hoofd gezien dat de uitspraak nog niet in kracht van gewijsde gegaan was, en dat is hachelijk als – zoals in dit geval – verschillend tegen de zaak aangekeken kan*

## STRAFRECHTSPRAAK

*worden. In de eerste plaats acht het Hof niet bewezen dat verdachte tezamen en in vereniging met anderen geweld pleegde, en spreekt het vrij van het primair ten laste gelegde. En in de tweede plaats – na bewezen verklaard te hebben dat verdachte het slachtoffer feitelijk aangerand had – oordeelt het Hof dat dit feit gerechtvaardigd was: verdachte trachtte degene met wie het slachtoffer in een handgemeen verwickeld was te ontzetten. Hoewel deze oordelen op onderscheiden rechtsvragen betrekking hebben, zijn zij wel verwant: de omstandigheid dat verdachte niet met de andere vechtersbaas samenwerkte maakte aannemelijker die hij die te hulp kwam.*

M.M.D

## Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 18 juni 2009

08/2885 MAW + 08/4586 MAW, LJN BJ0805

VOORZITTER: MR. J.G. TREFFERS; LEDEN: MR. G.P.A.M. GARVELINK-JONKERS EN MR. K.J. KRAAN

### De niet alerte/waakzame Marechaussee

*De staatssecretaris herriep zijn oorspronkelijke conclusie dat de marechaussee tijdens zijn dienst daadwerkelijk had geslapen, maar stelde dat wel voldoende was komen vast te staan dat de marechaussee zijn ogen enige tijd gesloten had. De marechaussee werd verweten dat hij enige minuten niet alert en niet waakzaam was geweest, terwijl het zijn taak juist was om het Koninklijke Staldepartement te bewaken. De Raad oordeelt evenwel dat niet gezegd kan worden dat de marechaussee verregaand nalatig is geweest in de vervulling van de plichten die verbonden zijn aan de functie van beveiliging bij de Koninklijke Marechaussee.*

Ontslag wegens plichtsverzuim. Schorsing  
(artikel 39, tweede lid, aanhef en onder k, AMAR)  
(artikel 34, tweede lid, aanhef en onder b, AMAR)

#### UITSpraak

op het hoger beroep van: [A], (hierna: appellant), tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 13 mei 2008, 08/2637 en 08/2638 (hierna: aangevallen uitspraak), in de gedingen tussen appellant en

1. de Staatssecretaris van Defensie (hierna: staatssecretaris)
2. de Commandant Koninklijke Marechaussee (hierna: commandant)

### I. Procesverloop

Appellant heeft hoger beroep ingesteld.

De staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 7 mei 2009. Appellant is verschenen, bijgestaan door mr. P. Reitsma, advocaat te Nijkerk. De staatssecretaris heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. T.A. Groenewoud-Kralt, werkzaam bij het ministerie van Defensie.

### II. Overwegingen

I. De Raad gaat uit van de volgende hier van belang zijnde feiten en omstandigheden.

I.1. Appellant was sedert 15 november 2004 voor de duur van vijf jaar aangesteld als militair bij het beroepspersoneel bij de Koninklijke Marechaussee en vervulde de functie van beveiligingsambtenaar bij de brigade [naam brigade].

I.2. Op 17 oktober 2005 had appellant van 13.30 tot 21.30 wachtdienst bij het Koninklijk

Staldepartement (hierna: KSD). Omstreeks 19.20 wilde kolonel W het terrein van het KSD verlaten. Toen de uitgangspoort van het KSD niet werd geopend, is W uit zijn auto gestapt en heeft hij door het raam van de wachtkamer gekeken en zag hij appelland en een collega in hun stoel achterover hangen. W heeft een aantal minuten staan kijken en geen enkele beweging of reactie gezien. Pas toen hij op het raam tikte, drukte appelland op de knop om de poort te openen. Nadat W van dit incident melding had gemaakt bij de brigade-commandant heeft de Koninklijke Marechaussee een onderzoek ingesteld, waarvan de resultaten zijn neergelegd in een proces-verbaal dat op 7 november 2005 is ingezonden.

1.3. Bij primair besluit van 25 januari 2006 is appelland door de commandant met ingang van 25 januari 2006 met toepassing van artikel 34, tweede lid, aanhef en onder c, van het Algemeen Militair Ambtenarenreglement (AMAR) in het belang van de dienst geschorst. Tevens is hem daarbij het voornemen tot ontslag medegedeeld.

1.4. Bij besluit van 12 juni 2006 heeft de staatssecretaris appelland met toepassing van artikel 39, tweede lid, aanhef en onder k, van het AMAR ontslag verleend wegens verregaande nalatigheid in de vervulling van zijn plichten. Naar het oordeel van de staatssecretaris is het, gelet op de verklaring van kolonel W, aannemelijk geworden dat appelland tijdens zijn dienst in slaap is gevallen, waardoor hij niet heeft voldaan aan de eisen van waakzaamheid en alertheid die aan een beveiliging in wachtdienst worden gesteld.

1.5. Bij besluiten van 5, respectievelijk 8 februari 2007 zijn de door appelland tegen voornoemde besluiten ingediende bezwaren ongegrond verklaard.

1.6. De rechtbank 's-Gravenhage heeft bij haar uitspraak van 21 december 2007 beide besluiten op bezwaar vernietigd wegens een ondeugdelijke motivering. Ten aanzien van de schorsing overwoog de rechtbank niet in te zien dat het belang van de dienst schorsing per 25 januari 2006 vorderde, nu daartoe niet spoedig na het bekend worden van het proces-verbaal van 7 november 2005 is overgegaan.

Met betrekking tot het ontslag oordeelde de rechtbank dat, mede op grond van de ter zitting van de rechtbank door kolonel W afgelegde verklaring, niet is komen vast te staan, noch voldoende aannemelijk is geworden, dat appelland heeft geslapen als was gesteld.

1.7. De commandant heeft tegen die uitspraak hoger beroep ingesteld. Ter uitvoering van die uitspraak heeft de commandant op 14 maart 2008 een nieuw besluit op bezwaar genomen, waarbij appelland met ingang van 26 januari 2006, toen hem het voornemen tot ontslag werd medegedeeld, is geschorst met toepassing van artikel 34, tweede lid, aanhef en onder b, van het AMAR. Daags voor de behandeling ter zitting heeft de commandant het hoger beroep ingetrokken.

2.1. De staatssecretaris heeft berust in de uitspraak van 21 december 2007 en heeft op 14 maart 2008 een nieuw besluit op bezwaar genomen, waarbij het ontslag wederom is gehandhaafd. Hoewel volgens de staatssecretaris niet kan worden geconcludeerd dat appelland tijdens dienst daadwerkelijk heeft geslapen, is volgens hem wel voldoende komen vast te staan dat appelland zijn ogen enige tijd gesloten had. Hierdoor is appelland enige minuten niet alert en niet waakzaam geweest, terwijl het zijn taak juist was om het KSD te bewaken.

2.2. De voorzieningenrechter van de rechtbank (hierna: voorzieningenrechter) heeft dit besluit bij de aangevallen uitspraak vernietigd; voorts zijn beslissingen inzake proceskosten in

beroep en griffierecht gegeven. Hiertoe heeft de voorzieningenrechter overwogen dat niet is komen vast te staan dat appelland zijn ogen enige tijd gesloten had, zodat het besluit op dit punt (opnieuw) ondeugdelijk is gemotiveerd. De voorzieningenrechter zag echter aanleiding de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand te laten, omdat de staatssecretaris op goede gronden heeft geconcludeerd dat appelland tijdens zijn wachtdienst enige tijd niet alert en niet waakzaam is geweest, waardoor appelland verregaand nalatig is geweest in de vervulling van zijn plichten. Gelet op de aard en ernst van appellands gedraging bestond er volgens de voorzieningenrechter geen grond voor het oordeel dat de staatssecretaris niet in redelijkheid van zijn ontslagbevoegdheid gebruik heeft kunnen maken.

3. Naar aanleiding van hetgeen partijen in hoger beroep hebben aangevoerd, overweegt de Raad het volgende.

3.1. Het ontslagbesluit van 14 maart 2008

3.1.1. Appelland wordt verweten dat hij, zittende in de zogenaamde 24-uursstoel van waaruit hij de monitoren in de wachtruimte in de gaten moest houden, enige minuten niet alert en waakzaam is geweest en als gevolg daarvan de auto van kolonel W niet heeft waargenomen, toen deze het terrein wilde verlaten. Daarbij is mede in aanmerking genomen dat degene die in de 24-uursstoel plaatsneemt een actieve wachttaak heeft en dat appelland er mede voor diende te waken dat onbevoegden het terrein zouden betreden. Door het observeren van de monitoren diende appelland de algehele bewaking van het KSD en moest hij garant staan voor de veiligheid van de leden van het Koninklijk Huis, aldus de staatssecretaris.

3.1.2. Appelland, die niet bestrijdt dat hij in de 24-uursstoel verantwoordelijk was voor de monitorobservatie, betwist dat hij onoplettend is geweest. Door zijn positie voor de monitoren had hij geen zicht op het raam waarlangs kolonel W kwam aangereden, terwijl diens auto ook niet op de monitor was waar te nemen. Even daarvoor had appelland nog wel gereageerd op een alarm dat aangaf dat er een auto vanuit het parkeerterrein van het KSD in de richting van de poort kwam rijden en had hij zijn stoel omgedraaid naar het raam. Toen er vervolgens geen auto “doorkwam”, heeft hij zich weer omgedraaid naar de monitoren. Niet lang daarna hoorde hij dat er op het raam werd getikt. Verder heeft appelland erop gewezen dat de wachtruimte is voorzien van kogelwerend glas, waardoor hij de auto en/of de kolonel ook niet kon horen aankomen.

3.1.3. Zoals ook in het “Proces-verbaal relaas onderzoek” van 4 november 2005 is vermeld, is in de “Algemene Instructie Objectbeveiliging Koninklijk Staldepartement” - voor zover hier van belang - bepaald dat de taak van de marechaussee(s) is (2) beveiliging van de gebouwen, terreinen en levende have door middel van patrouilles en waarneming monitoren, (3) bewaken van alarm-, brandmeldsignalerings- en beveiligingsapparatuur in het wachtverblijf en (4) zorgdragen dat de in het voorgaande punt genoemde alarmering ook is IN geschakeld of AAN staan. In de avond-nacht- en weekendsituatie (wanneer de toegangspoorten zijn gesloten) bestaat de taak van de marechaussee uit monitor-observatie.

3.1.4. De Raad merkt op dat appelland niet wordt verweten dat hij niet alert of niet waakzaam is geweest bij het bewaken van de monitoren. Evenmin is van de zijde van de staatssecretaris bestreden dat de auto van kolonel W, toen die voor de poort stond, niet op de monitoren kon worden waargenomen. Gelet voorts op de positie van de stoel ten opzichte van het raam,



de geluiddempende werking van het kogelwerend glas, alsmede het tijdstip waarop het incident plaatsvond (het was buiten donker, terwijl appelland zich in een verlichte ruimte bevond) acht de Raad het geenszins onmogelijk dat appelland, doordat hij zich concentreerde op de monitoren, de kolonel en/of diens auto niet heeft opgemerkt. Dat appellands collega H, die hoewel hij geen wachtdienst had samen met appelland in de wachtruimte verbleef, de kolonel had kunnen waarnemen, indien die collega, zoals hij ook heeft toegegeven, niet in slaap zou zijn gevallen, betekent niet dat appelland nalatig is geweest. Het was niet de taak van appelland, maar die van de wachtcommandant, om zorg te dragen voor een correcte uitvoering van het geheel van consignes. Het slapen van die collega, die overigens niet is ontslagen, maar over wie een ambtsbericht is opgemaakt, kan gezien het geheel van de situatie ten tijde van belang niet aan appelland worden toegerekend.

3.1.5. De Raad komt op grond van het vorenstaande tot de conclusie dat niet gezegd kan worden dat appelland verregaand nalatig is geweest in de vervulling van de plichten die verbonden zijn aan de functie van beveiligder bij de Koninklijke Marechaussee. Dit betekent dat de staatssecretaris niet van zijn ontslagbevoegdheid gebruik heeft kunnen maken. De voorzieningenrechter heeft derhalve wel terecht het bestreden besluit vernietigd, maar daarbij ten onrechte bepaald dat de rechtsgevolgen ervan in stand kunnen blijven. In zoverre kan de aangevallen uitspraak niet in stand blijven. Aangezien het gebrek dat aan het bestreden besluit kleeft eveneens kleeft aan het primaire besluit van 12 juni 2006 en dit gebrek niet bij een nieuw besluit op bezwaar hersteld kan worden, zal de Raad met toepassing van artikel 8:72, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) zelf in de zaak voorzien en het besluit van 12 juni 2006 herroepen.

### 3.2. Het schorsingsbesluit van 14 maart 2008

3.2.1. De Raad ziet aanleiding, met het oog op de finale beslechting van de geschillen tussen partijen, het schorsingsbesluit van 14 maart 2008 op de voet van het bepaalde in artikel 6:19 van de Awb in het geding te betrekken. Bij dit besluit is appelland geschorst op de grond dat hem is medegedeeld dat hij in aanmerking zal worden gebracht voor ontslag op één van de gronden genoemd in artikel 34, tweede lid, aanhef en onder b, van het AMAR.

3.2.2. Gezien de herroeping door de Raad van het primair ontslagbesluit van 12 juni 2006, is er naar het oordeel van de Raad geen basis meer voor een schorsing. De Raad acht het dan ook aangewezen het besluit van 14 maart 2008 te vernietigen alsmede zelf in de zaak te voorzien en het primaire besluit van 25 januari 2006 te herroepen, nu beide besluiten op hetzelfde feitencomplex berusten als het ontslagbesluit berust.

4. In het vorenstaande vindt de Raad aanleiding de staatssecretaris in de ontslagzaak op grond van artikel 8:75 van de Awb te veroordelen in de proceskosten van appelland in hoger beroep tot een bedrag van € 644,- aan rechtsbijstand. Appelland heeft tevens verzocht om vergoeding van de kosten in verband met de behandeling van het bezwaar. Nu de Raad het besluit van 12 juni 2006 herroept wegens aan de staatssecretaris te wijten onrechtmatigheid is er aanleiding de staatssecretaris op grond van artikel 7:15 in verbinding met artikel 8:75 van de Awb te veroordelen in de kosten van appelland in bezwaar. Deze kosten worden begroot op € 644,- aan kosten van rechtsbijstand.

In de schorsingszaak ziet de Raad aanleiding de commandant te veroordelen in de kosten van appellant in bezwaar tot een bedrag van € 644,- aan rechtsbijstand. Van overige voor vergoeding in aanmerking komende kosten is de Raad niet gebleken.

### III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP;

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak voor zover daarbij de rechtsgevolgen van het vernietigde ontslagbesluit van 14 maart 2008 in stand zijn gelaten;

Bevestigt de aangevallen uitspraak, voor zover in hoger beroep aangevochten, voor het overige;

Herroept het besluit van 12 juni 2006;

Vernietigt het besluit van 14 maart 2008 met betrekking tot de schorsing;

Herroept het besluit van 25 januari 2006;

Veroordeelt de staatssecretaris in de proceskosten van appellant in verband met de behandeling van het bezwaar en het hoger beroep tot een bedrag van in totaal € 1.288,-, te betalen door de Staat der Nederlanden;

Veroordeelt de commandant in de proceskosten van appellant in bezwaar tot een bedrag van € 644,-, te betalen door de Staat der Nederlanden;

Bepaalt dat de Staat der Nederlanden aan appellant het door hem in hoger beroep gestorte griffierecht van € 216,- voldoet.

---

# Centrale Raad van beroep

Uitspraak van 27 augustus 2009

08/2161 MPW, LJN: BJ6586

VOORZITTER: MR. A. BEUKER-TILSTRA; LEDEN: MR. G.L.M.J. STEVENS EN MR. A.A.M. MOLLEE.

## Terechte korting op militair invaliditeitspensioen in verband met AOW-uitkering?

1. Appellant, gewezen dienstplichtig militair, is per 14 juli 1961 uit de militaire dienst ter zake van gebreken ontslagen. Bij Koninklijk Besluit van 29 maart 1967 is aan hem met ingang van 14 juli 1966 op grond van de Pensioenwet voor de Landmacht 1922 een levenslang militair invaliditeitspensioen toegekend. Bij beslissing van 26 april 2007 is aan appellant medegedeeld dat vanaf het bereiken van de leeftijd van 65 jaar, met ingang van 1 mei 2007 in verband met het genieten van een ouderdomspensioen volgens de Algemene Ouderdomswet (AOW) een korting op het invaliditeitspensioen zal worden toegepast van € 3.397,92 per jaar, welk besluit na bezwaar is gehandhaafd bij besluit van 6 juli 2007.

2. De rechtbank heeft het door appellant tegen dit besluit ingestelde beroep ongegrond verklaard.

3. Ook in hoger beroep staat ter beoordeling de vraag of namens de staatssecretaris terecht is beslist dat op het militair invaliditeitspensioen van appellant een korting moest worden toegepast wegens het ontvangen van een AOW-pensioen na het bereiken van de leeftijd van 65 jaar. Evenals de rechtbank beantwoordt de Raad die vraag bevestigend.

(art. 2 Besluit bijzondere militaire pensioenen)

### UITSpraak

In het geding tussen: appellante en de Staatssecretaris van Defensie (hierna: staatssecretaris)

## I. Procesverloop

Appellant heeft hoger beroep ingesteld.

De staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 30 juli 2009. Appellant heeft zich laten vertegenwoordigen door [Naam C] en de staatssecretaris door P.J. Consten, werkzaam bij de Stichting Pensioenfonds ABP te Heerlen.

## II. Overwegingen

I. De Raad stelt voorop dat het invaliditeitspensioen van appellant overeenkomstig de hieromtrent gegeven wettelijke voorschriften is omgezet in een pensioen op grond van het Besluit bijzondere militaire pensioenen. In dit besluit is opgenomen dat, indien er sprake is van een militair pensioen en van een AOW-pensioen, er een korting op het militaire pensioen dient plaats te vinden. De Raad heeft reeds in eerdere uitspraken (onder meer CRvB 14 juli 1994, 1994/3) geoordeeld dat de dwingendrechtelijke bepalingen op grond waarvan de inbouw van het AOW-pensioen op het militaire invaliditeitspensioen plaats moet vinden, als zodanig geen inbreuk maken op het levenslange karakter van het toegekende militaire invaliditeitspensioen.

2. De Raad merkt hierbij op dat ook reeds ten tijde van de toekenning van het invaliditeitspensioen aan appelland in 1966 in de toen van toepassing zijnde wettelijke bepalingen dwingend was voorgeschreven dat bij samenloop van AOW-pensioen en invaliditeitspensioen een korting (toen nog geheten: inbouw) op het invaliditeitspensioen diende plaats te vinden. Deze toekomstige, te verwachten korting maakte dus vanaf de toekenning in 1966 al deel uit van de omvang van het recht van appelland op invaliditeitspensioen. Om die reden kan niet worden gezegd dat door de feitelijke toepassing van deze korting in 2007 aan de in 1966 aan appelland toegekende aanspraak op pensioen iets is afgedaan. Ditzelfde, hoewel enigszins anders geformuleerd, heeft de rechtbank blijkens de daarbij gevoegde overwegingen in haar uitspraak kennelijk bedoeld met de opmerking dat: “het pensioen van eiser niet wordt verlaagd”. Deze overweging van de rechtbank is dus op zich niet onjuist te achten, omdat zij gezien de context waarin zij is geplaatst, anders dan appelland meent, niet slaat op het nominale bedrag dat maandelijks aan pensioen wordt uitbetaald; dat bedrag werd immers als gevolg van de korting wel degelijk verlaagd. Het voorgaande geldt evenzeer voor de uitdrukking: “blijvend pensioen”, gebruikt in andere beslissingen en correspondentie, waaraan appelland eveneens de opvatting zegt te ontleen dat zijn pensioen niet zou mogen worden gekort.

3. Vervolgens is de vraag of er in het onderhavige geval van appelland vanwege bijzondere omstandigheden door de staatssecretaris afgezien had moeten worden van de toepassing van de wettelijke kortingsbepalingen. Evenals de rechtbank acht de Raad zulke omstandigheden niet aanwezig.

3.1. In dit verband heeft appelland een beroep gedaan op de informatie die hij heeft ontleend aan het Handboek Dienstslotoffers, en wel met name in onderdeel 4.3.8. hiervan. Aan appelland kan worden toegegeven dat uit de tekst hiervan: “Als het pensioen eenmaal aan u is toegekend, dan kan het niet meer verlaagd worden”, niet duidelijk blijkt dat dit uitsluitend ziet op het invaliditeitspercentage, zoals de staatssecretaris heeft betoogd. De Raad wijst er echter op dat in onderdeel 5.4 van het Handboek meer specifieke informatie is opgenomen over de gevolgen voor het militair invaliditeitspensioen vanaf de leeftijd van 65 jaar. Daarin wordt uitdrukkelijk gezegd: “Het invaliditeitspensioen wordt opnieuw vastgesteld, waarbij rekening wordt gehouden met de AOW of een (particulier) ouderdompensioen. De hoogte van uw vóór 65 jaar uitbetaalde invaliditeitspensioen daalt meestal, met name door het wegvallen van bepaalde toeslagen.”

Hieruit volgt dat appelland aan de inhoud van het door hem geraadpleegde Handboek niet het vertrouwen kon ontleen dat het bedrag van het hem, naast zijn AOW-pensioen, uitbetaalde invaliditeitspensioen na zijn 65e jaar ongewijzigd zou blijven. Ten slotte is hierbij nog van belang dat aan het slot van het Handboek uitdrukkelijk wordt vermeld dat, hoewel het Handboek Dienstslotoffers met de grootst mogelijke zorgvuldigheid is samengesteld, aan de inhoud ervan geen rechten kunnen worden ontleend.

3.2. Met betrekking tot het door appelland gestelde gebrek aan informatie van de zijde van het ABP overweegt de Raad nog het volgende. De Raad kan zich voorstellen dat appelland zich na de toekenning van het invaliditeitspensioen in 1966, vooral door de daarbij gebruikte term: “levenslang”, niet gerealiseerd heeft dat het pensioen te zijner tijd zou verminderen vanwege de toekenning van de AOW. De Raad kan het echter niet als een tekortkoming van de

staatssecretaris zien dat bij die toekenning van het pensioen in 1966 aan appellant nog geen expliciete informatie is gegeven over de gevolgen voor het pensioen van het bereiken door appellant - toen pas over ruim veertig jaar - van de pensioengerechtigde leeftijd. Blijkens de gedingstukken heeft appellant al op 22 maart 2003 aan het ABP inlichtingen gevraagd over het door hem te verwachten pensioen bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar in mei 2007. Appellant heeft daarop bij brief van 10 april 2003 correcte informatie ontvangen, ook over de toe te passen korting. Overigens zou appellant, zoals door hem is gesteld, reeds vanaf 1999 bij diverse instanties om informatie hierover gevraagd hebben, maar concrete gegevens daarover heeft appellant niet overgelegd. Wel kan hieruit worden afgeleid dat appellant al ruim voor zijn 65e jaar, in 2003 of zelfs eerder, meer zekerheid wilde hebben over zijn tegen die tijd te ontvangen pensioeninkomen. Op grond van de hiergenoemde correspondentie moet de Raad een vraagteken plaatsen bij het argument van appellant dat hij in of kort vóór 2003 bij het aangaan van een financiële verplichting (afsluiting van een scheepshypotheek) ervan uitging en er ook van mocht uitgaan dat bij het bereiken van de leeftijd van 65 jaar in 2007 de inkomsten uit zijn invaliditeitspensioen onveranderd zouden blijven.

Al met al kan niet worden gezegd dat aan appellant onjuiste informatie is verstrekt, op grond waarvan hij er redelijkerwijs op mocht vertrouwen dat het bedrag van het door hem te ontvangen invaliditeitspensioen vanaf mei 2007 ongewijzigd zou blijven.

4. Het vorenstaande leidt de Raad tot de slotsom dat de aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

5. De Raad acht geen termen aanwezig om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht inzake een proceskostenveroordeling in hoger beroep.

### III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP;

RECHT DOENDE:

Bevestigt de aangevallen uitspraak.

#### NASCHRIFT

*1. Over de korting van de AOW-uitkering op het militair invaliditeitspensioen bij het bereiken van 65-jarige leeftijd worden met de regelmaat van de klok vragen gesteld. Helemaal verwonderlijk is dit niet, omdat de categorie 65-jarigen en ouder een substantieel gedeelte vormt van de militair invaliditeitsgepensioneerden en ook veel gewezen dienstplichtigen met een beperkte pensioenopbouw daartoe behoren. De vragen vinden vooral hun oorsprong in het aan het militair invaliditeitspensioen toegepaste karakter, n.l. vergoeding voor de opgelopen invaliditeit c.q. smartengeld, waarmee een korting van het militair invaliditeitspensioen strijdig wordt geacht. Vaak betreft het ook gevallen, waarbij de mate van invaliditeit over een reeks van jaren vrij laag is beoordeeld. De feitelijke loonschade in die periode – of anders gezegd de mate van arbeidsongeschiktheid - kan daarentegen veel hoger zijn geweest, waardoor een groot tekort in de pensioenopbouw kan zijn ontstaan. Het korten van de AOW-uitkering op het lage militair invaliditeitspensioen wordt in dat geval als erg onredelijk beschouwd. Ook vinden vele vragen hun oorsprong in de terminologie gebezigd in de koninklijke Besluiten genomen onder de*

vroegere militaire pensioenwetgeving. Korting wordt dan b.v. strijdig geacht met het in het verleden toegezegde levenslange of blijvende karakter van het pensioen.

2. De Raad heeft in de onderhavige uitspraak de korting uitvoerig onder de loep genomen en komt tot 3 belangrijke conclusies:

- de dwingendrechtelijke bepalingen op grond waarvan de korting van het AOW-pensioen op het militaire invaliditeitspensioen moet plaatsvinden, maakt als zodanig geen inbreuk op het levenslange karakter van het toegekende militaire invaliditeitspensioen;

- reeds ten tijde van de toekenning van het invaliditeitspensioen aan appellant in 1966 was voorgeschreven dat bij samenloop van AOW-pensioen en invaliditeitspensioen een korting diende plaats te vinden; dit is lijn met de kortingen in alle sectoren van overheid en bedrijfsleven.

- in het onderhavige geval van appellant zijn geen bijzondere omstandigheden aanwezig op grond waarvan door de staatssecretaris afgezien had moeten worden van de toepassing van de wettelijke kortingsbepalingen.

Op zich valt op deze conclusie weinig af te dingen. Wel rijst de vraag of de gebezigde kortingstechniek (percentage invaliditeit x aow-uitkering = kortingsbedrag) op dit moment voor de oude gevallen van dienstplichtigen vanuit schadetheoretisch oogpunt nog wel goed uit te leggen is. Als in meerdere brieven aan de Tweede Kamer (Tweede Kamerstukken 2006-2007,30139, nrs. 22 en 30, d.d. 16-2 en 26-6-2007) door de staatssecretaris een volledige schadeloosstelling wordt toegezegd voor nieuwe invaliditeitssituaties, dan ontstaat spanning met de forfaitaire regels voor de AOW-korting, maar ook met de in 2007 opgeheven WAO-korting voor de ontslaggevallen van vóór 1 januari 1998 (Tweede Kamerstuk 2006-2007,30139, nr 32, d.d. 11-9-2007).

3. Bij volledige arbeidsongeschiktheid (80-100%) is in artikel 17.5.2. van het Pensioenreglement Stichting Pensioenfonds ABP voor de beroepsmilitairen vastgelegd dat de tijd voor 70% als voor pensioengeldige tijd meetelt. Bij lagere arbeidsongeschiktheid is dat naar verhouding geringer. Is de arbeidsongeschiktheid terug te voeren op een bedrijfsongeval (arbeidsongeschiktheid met dienstverband), dan liggen de percentages hoger en geldt bij volledige arbeidsongeschiktheid een medetelling van 100%. De medetelling is relevant voor de berekening van het ouderdompensioen. Bij 5 actieve dienstjaren als beroepsmilitair en 35 jaren met volledige arbeidsongeschiktheid terzake van dienstverband zijn derhalve 40 dienstjaren opgebouwd voor dit pensioen en is er dus in wezen geen pensioenschade bij 65-jaar.

De gewezen dienstplichtige heeft echter geen recht op een militair ouderdompensioen. Zijn invaliditeitspensioen loopt bij 65 jaar gewoon door. Betrokkenes invaliditeitspensioen geldt vanaf 65-jaar als een ouderdompensioen, waarin de AOW-uitkering dient te worden geïntegreerd. Bij 100% invaliditeit wordt dan geacht 40 dienstjaren te zijn opgebouwd, uitgaande van het – bij de Pensioenmaatregelen 1963 vastgelegde - principe dat 10% invaliditeit spoort met 4 dienstjaren. Dit is geheel conform de situatie bij volledige arbeidsongeschiktheid (80-100%) met dienstverband. Een dienstplichtige, die een levenslang pensioen naar rato van 20% invaliditeit heeft toegekend gekregen, wordt bij 65-jaar geacht 32 dienstjaren uit andere hoofde te hebben opgebouwd en 8 vanuit zijn diensttijd als (gewezen) dienstplichtige. Dit komt overeen met een situatie van arbeidsongeschiktheid met dienstverband in de laagste ao-klasse (15-25%) gedurende 40 jaren.

Op zich is de door de wetgever gekozen methodiek goed te verdedigen. De resterende validiteit c.q. arbeidsongeschiktheid maakt pensioenopbouw voor het ontbrekende gedeelte voor de hand liggend. Via de schatting van de mate van arbeidsongeschiktheid wordt de resterende verdien capaciteit echter zuiver loonkundig in beeld gebracht, terwijl dat bij de schatting van de mate van invaliditeit los staat van

loonkundige overwegingen. Het is goed mogelijk, dat bij een invaliditeit van 20% de arbeidsongeschiktheidssituatie daarmee redelijk spoort, maar ook daarvan naar boven of beneden toe in belangrijke mate afwijkt. Maar dit is inherent aan de – door de wetgever - gekozen forfaitaire benadering gekoppeld aan de mate van invaliditeit.

4. Strikt genomen dient de beslissing om voor ontslaggevallen van vóór 1 januari 1998 de korting van de WAO-uitkering op het militair invaliditeitspensioen ingaande 1 januari 2007 ongedaan te maken, geheel los te worden gezien van de AOW-korting na 65-jaar. Bij die beslissing ging het om de vraag of in redelijkheid gesteld kon worden of beide uitkeringen terzake van dezelfde ziekten of gebreken zijn ontstaan. Door dit niet het geval te achten geldt de WAO-uitkering als vervangingsinkomen voor naast het militair invaliditeitspensioen verworven nieuwe arbeidsinkomsten. Deze uitkering dient dan mede bij te dragen aan de nog ontbrekende pensioenopbouw in de nieuwe betrekking.

Door het niet korten bij de samenloop vóór 65-jaar is er doorgaans wel een inkomensterugval bij 65-jaar te verwachten, tenzij voldoende pensioenopbouw in de nieuwe betrekking heeft plaatsgevonden. Meestal is dit laatste niet het geval en dan is de terugval in inkomen veelal de aanleiding om de korting van de AOW-uitkering te betwisten. In juridisch-technische zin is deze korting wel uit te leggen, maar voor een betrokkene blijft deze terugval moeilijk te begrijpen.

J.v.K.

# Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg

Beslissing van 9 november 2010

Nr. 2009/174

Stcrt. 20316, 2010

**VOORZITTER:** MR. A.D.R.M. BOUMANS; **LEDEN-JURISTEN:** MR. R.A. VAN DER POL EN G.P.M. VAN DER DUNGEN; **LEDEN-BEROEPGENOTEN:** H.J. BLOK EN B.P.M. SCHWEITZER

## Verkeerde diagnose?

*Centraal Tuchtcollege oordeelt dat het onderzoek zoals verricht door de militair (huis)arts gegeven de omstandigheden niet onvoldoende was. Bij een tweede, telefonisch consult heeft onvoldoende onderzoek plaatsgevonden waardoor de militair arts zich de kans heeft ontnomen een juiste diagnose te stellen*

### BESLISSING

in de zaak van A., wonende te B., appellante in het principaal hoger beroep, verweerster in het incidenteel appel, klagster in eerste aanleg, gemachtigde: mr. M. van Stratum, advocaat te Den Haag, tegen C., huisarts, wonende te D., verweerder in het principaal appel, appellant in het incidenteel appel, gemachtigde: M.J.J. De Ridder, advocaat te Utrecht.

## I. Verloop van de procedure

A. - hierna klagster - heeft op 14 april 2008 bij het Regionaal Tuchtcollege te Amsterdam tegen C. - hierna de huisarts - een klacht ingediend. Bij beslissing van 2 juni 2009, onder nummer 08/081 heeft dat College de huisarts gewaarschuwd en bepaald dat de beslissing ingevolge artikel 71 van de Wet BIG in de Nederlandse Staatscourant zal worden bekendgemaakt en aan het tijdschrift Medisch Contact ter bekendmaking zal worden aangeboden.

Klagster is van die beslissing tijdig in hoger beroep gekomen. De huisarts heeft een verweerschrift in hoger beroep, tevens houdende incidenteel beroepschrift, ingediend. De huisarts heeft een door E., als gastro-intestinaal chirurg en opleider algemene heelkunde verbonden aan het F., opgesteld deskundigen-rapport overgelegd. Klagster heeft twee deskundigenrapporten overgelegd, opgesteld door achtereenvolgens G., huisarts en docent huisartsenopleiding aan het H., en door I., als internist-intensivist verbonden aan het J..

De zaak is in hoger beroep behandeld ter openbare terechtzitting van het Centraal Tuchtcollege van 7 september 2010, waar zijn verschenen klagster, bijgestaan door haar gemachtigde, en de huisarts, bijgestaan door zijn gemachtigde. Voorts is E. vernoemd als deskundige gehoord.

## II. Beslissing in eerste aanleg

Het Regionaal Tuchtcollege heeft aan zijn voormelde beslissing de volgende overwegingen ten grondslag gelegd.

## 2. De feiten

Op grond van de stukken en hetgeen ter terechtzitting heeft plaatsgevonden kan van het volgende worden uitgegaan:



2.1 Verweerder is als militair arts werkzaam bij de Koninklijke Landmacht en is gelegerd te K.

2.2 Klaagster is de moeder van L. Hij is geboren op 21 augustus 1986 en overleden op 14 januari 2006. Zijn roepnaam was L.

2.3 L. nam vanaf maandag 10 januari 2006 als cursist deel aan een project van het Ministerie van Defensie, dat 'M.' werd genoemd. Het project was mede bedoeld om deelnemers een kans te bieden op een baan in het leger. De cursus begon op maandag 10 januari 2006 met de samenvoeging van cursisten en instructeurs te N.. Vanaf dinsdag 11 januari 2006 waren de deelnemers onder begeleiding van de instructeurs op bivak. Gedurende de cursus werden zij blootgesteld aan aanzienlijke inspanningen, waaronder sjouwen met palen, oefenen met de tijgersluipgang en deelnemen aan marsen met bepakking. Op bivak werd er overnacht in tenten.

2.4 Toen L. in de vroege maandagochtend van 10 januari 2006 het ouderlijk huis verliet om naar N te gaan, had hij geen klachten. Ook in de weken ervoor had hij geen klachten. Hij was bekend met een spastisch colon. Hij was niet onder medische behandeling.

2.5 Op dinsdag 11 januari 2006, woensdag 12 januari 2006 en donderdag 13 januari 2006 was voor sommige cursisten en instructeurs duidelijk dat L. zich niet goed voelde. Hij at niet goed, had last van obstipatie, moest overgeven en vertelde aan enkele cursisten en instructeurs dat hij pijn in zijn buik had. In het logboek, dat door de instructeurs werd bijgehouden, is op donderdag 13 januari 2006 omstreeks 17.00 uur onder andere aangetekend dat L. zich erg ziek voelde en dat, indien het de volgende dag niet beter ging, 'we even langs de arts gaan'.

2.6 Op vrijdag 14 januari 2006 omstreeks 9.00 uur heeft O, instructeur bij 'M'. L. naar het spreekuur van verweerder begeleid. Blijkens proces-verbaal van 13 maart 2006 heeft O tegenover een ambtenaar van de Koninklijke Marechaussee verklaard, voor zover hier van belang:

'Op vrijdag ben ik met hem naar de dokter geweest'. Ik heb L. uit de les gehaald en met hem naar de P.-kazerne gereden. Tijdens de autorit zat hij hevig te zuchten/kreunen. Hij zei dat hij pijn had. Ik heb toen tegen hem gezegd dat hij waarschijnlijk wel laxeermiddel zou krijgen omdat hij nog steeds niet naar de wc was geweest. Ik zag aan hem dat hij echt veel pijn had. Ik heb naar de arts vrij voorzichtig gereden omdat zo'n MB nogal hobbeld.

Bij de P.-kazerne heb ik hem geholpen om de auto uit te komen omdat hij in eerste instantie bleef zitten. Ik ondersteunde hem tijdens het lopen. We hebben ons toen gemeld bij balie. Ik heb toen gevraagd of ik de arts even mocht spreken want ik had papieren bij me die ik aan hem wilde geven. Ik had de medische gegevens van L. meegenomen. Hierin heb ik gezien dat er stond dat als L. onder spanning stond dat hij last kreeg van een spastische darm. Ik heb deze papieren aan de arts gegeven. Ik heb deze nadat L. was onderzocht ook teruggekregen van de arts. We moesten in de wachtkamer gaan zitten. In de wachtkamer hoorde ik hem weer kreunen en zuchten. (...) Vervolgens is de dokter gekomen en die heeft gevraagd aan mij of ik even mee wilde lopen. Ik was toen meegelopen met dokter naar zijn kamer en we dachten dat L. nog in de wachtkamer zat. In de kamer van de arts heb ik eerst uitgelegd aan de arts wat de SBO was. Ik heb toen tegen de arts verteld dat hij vanaf maandag nog niet naar het toilet was geweest, pijn had en dat het geen komedie was en of hij even naar die jongen wilde kijken. Op dat moment stond L. opeens in de spreekkamer. L. was alleen komen lopen hiernaartoe. Dit is ongeveer 20 a 30 meter. L. is vervolgens naar binnen gegaan. Ik ben in de wachtkamer gaan zitten. Ik heb hier ongeveer 15 minuten gewacht op L. L. kwam toen samen met de dokter terug lopen. L. liep op eigen kracht maar wel voetje voor voetje met zijn hand op zijn buik en een vertrokken gezicht.

De arts heeft een recept afgegeven bij de balie. De arts vroeg toen of ik even met hem mee wilde lopen naar zijn kamer. De arts vertelde mij dat hij hem had onderzocht maar kon eigenlijk niets bijzonders vinden, hij had het vermoeden dat er een verstopping was aangezien hij al een paar dagen niet naar het toilet was geweest. De arts zou L. vezels geven en dat moest L. geloof ik 3 maal daags innemen om zijn stoelgang op gang te krijgen. We moesten van de arts hem ook in beweging houden omdat dit de stoelgang ook zou bevorderen. (...)'

2.7 Verweerder heeft bij het consult van de ochtend van vrijdag 14 januari 2006 de volgende aantekeningen gemaakt:

'L., 21.08.1986

Enkele dagen pijn schouders, moeilijk ademen, last buik, enkele dagen geen ontlasting. O/ kleine puffjes als ademhaling, pijn schouders, Pulm voor zover te horen VAG, perc gb, stopt zelf de ademhaling door keel af te sluiten

Abd.: gespannen musculatuur, percussie veel lucht, O/ paracetamol 500mg no 20, zn 6 dd 1 tabl, metamucil zakjes No 10 st

advies: goed in beweging houden, activeren. Niet zeer zwaar tillen'.

2.8 L. heeft in de middag van vrijdag 14 januari 2006 deelgenomen aan een mars. Hij is tijdens die mars ingestort en vervolgens met een auto teruggebracht naar de kazerne. In de kazerne heeft Q, eveneens instructeur bij 'M.', samen met een collega genaamd R, zich met L. bezig gehouden. Blijkens proces-verbaal van 14 maart 2006 heeft Q tegenover een ambtenaar van de Koninklijke Marechaussee verklaard, voor zover hier van belang:

'Vrijdag, is L. tijdens de mars niet goed geworden. (...) L. is toen door twee collega's terug naar het bivak terrein gebracht. (...) R en ik hebben L. meegenomen naar de boogtent welke als eettent diende. Daar hebben wij L. gevraagd wat er gebeurd was. L. voelde zich niet echt lekker en wist niet meer wat er gebeurd was. L. zag er snotterig en rillerig uit. Hij leek wel of hij er niet helemaal bij was. R heeft toen aan L. een aantal simpele vragen gesteld 'hoeveel vingers steek ik op' hierop antwoordde hij met het correcte antwoord. Ik heb hem toen gevraagd of hij wist welke dag het was. Ook dit beantwoorde hij positief. Ook al had hij de vragen goed hij zag er uit alsof hij onder invloed was van alcohol of drugs. R zag dit ook. L. vertelde dat hij last had van zijn darmen en dat hij daar medicijnen voor had. (...) Ik ben hierna met R in overleg gegaan omtrent wat nu te doen met L. Ik heb toen de arts gebeld en hem de symptomen uitgelegd. Ik heb de arts gevraagd of deze symptomen te wijten waren aan het medicijn gebruik. De arts vertelde mij dat dit absoluut niet het geval kon zijn en dat de medicijnen net zo gevaarlijk waren als een bord muesli. (...) Ik weet wel dat dit dezelfde arts was als degene die hem deze morgen had onderzocht. Dit weet ik omdat ik hem ernaar gevraagd had. (...)'

2.9 Blijkens proces-verbaal van 29 maart 2006 heeft R op vragen van een ambtenaar van de Koninklijke Marechaussee (weergegeven onder 'vraag') verklaard (weergegeven onder 'antwoord'), voor zover hier van belang:

"vraag. Q verklaarde onder andere, dat hij diezelfde middag telefonisch contact heeft opgenomen met de arts op de P-kazerne. Wat weet van de reden dat Q contact opnam met deze arts?

antwoord: Wij hebben dit overlegd en vroegen ons af of de voorgeschreven medicatie een reden kon zijn voor de symptomen die wij hadden gezien. L. praatte nogal warrig, binnensmonds. L. gaf zelf toen ook nog niet aan dat hij pijn had.

vraag: Wat u wat er in dat gesprek gezegd/gevraagd en/of met deze arts door Q besproken is?

antwoord: Er is gevraagd door Q waar de medicijnen precies voor waren. De arts heeft toen geantwoord dat het \u2018vezelpapje\u2019 voor het bevorderen van de stoelgang was.

vraag: Wat is u bekend over hetgeen deze arts aan Q heeft meegedeeld mbt de verdere behandeling van L?

antwoord: Hier is niets over gezegd.

2.10 L. is tussen 14 januari 2006 23.30 uur en 15 januari 2006 0.55 uur overleden. De schouwarts heeft geen verklaring van natuurlijke dood afgegeven. De officier van justitie heeft obductie gelast. In het voorlopig verslag van 15 januari 2006 van het Nederlands Forensisch Instituut is vermeld:

‘Het overlijden van L, geboren 21 augustus 1986, wordt volledig verklaard door de verwikkelingen van een ernstige ontsteking in de buik (chemische peritonitis) ontstaan op basis van een (doorgebroken) zweer in de twaalfvingerige darm.’

### 3. Het standpunt van klagster en de klacht

3.1 De klacht houdt zakelijk weergegeven in dat verweerder heeft gehandeld in strijd met hetgeen hem als zorgverlener betaamde ten opzichte van L, doordat hij tijdens het consult van 14 januari 2006's ochtends een verkeerde diagnose heeft gesteld, onvoldoende onderzoek heeft gedaan en onvoldoende acht heeft geslagen op waarneembare symptomen.

3.2 Klagster heeft ter terechtzitting gesteld dat de klacht tevens betrekking heeft op het telefonisch consult van 14 januari 2006 \u2019s middags.

### 4. Het standpunt van verweerder

Verweerder heeft de klacht en de daaraan ten grondslag gelegde stellingen bestreden. Voor zover relevant voor de beoordeling van de klacht wordt daarop hierna ingegaan.

### 5. De overwegingen van het college

5.1 Omtrent het onder 3.1 weergegeven klachtonderdeel overweegt het College als volgt.

5.2 Bij de beoordeling van dit gedeelte van de klacht neemt het College tot uitgangspunt wat verweerder tijdens het consult op 14 januari 2006 wist en kon weten over de gezondheidstoestand van L, waaromtrent het volgende heeft te gelden.

5.3 Verweerder heeft over het verloop van het consult zakelijk weergegeven het volgende aangevoerd. O heeft hem voor aanvang van het consult weliswaar ingelicht omtrent de aard en inhoud van de cursus, maar niet omtrent de klachten van L. in de dagen ervoor. Verweerder heeft tijdens het consult van L. zelf vernomen wat diens klachten waren. Volgens verweerder was het moeilijk om adequaat contact te krijgen met L. en vertelde deze aanvankelijk slechts dat hij pijn in zijn schouderbladen/rug had. Nadat verweerder lichamelijk onderzoek had gedaan op basis van die klachten en bezig was zijn bevindingen te noteren, vertelde L. vervolgens dat hij ook pijn in zijn buik had. Het werd verweerder duidelijk dat L. bekend was met een spastisch colon. Verweerder heeft hem toen bevraagd naar de aard en ernst van de buikklachten, maar kan zich zijn vragen niet meer precies herinneren. Hij heeft ter zitting verklaard dat hij dan normaal gesproken vraagt hoe lang de klachten al bestaan, waar de buikpijn is gelocaliseerd, hoe de buik voelt, hoe de stoelgang is, en of er sprake is van misselijkheid en overgeven. Verweerder

zegt dat hij L. vervolgens heeft gevraagd op de bank te gaan liggen, waarna hij lichamelijk onderzoek heeft gedaan naar de buikklasten. Daarbij nam hij, zoals hiervoor onder 2.6 is vermeld, een gespannen musculatuur waar, en bij percussie veel lucht in de buik.

5.4 Het College heeft geen aanleiding om te twijfelen aan de juistheid van deze op zichzelf niet door klaagster weersproken verklaring van verweerder. De verklaring dat verweerder door O voor aanvang van het consult niet is ingelicht over de klachten van L. in de dagen ervoor, verdraagt zich met de verklaring van O dat L. vanaf maandag nog niet naar het toilet was geweest, pijn had en dat het geen komedie was. Uit de verklaring van O is immers niet af te leiden dat hij verweerder heeft ingelicht over het beloop, de aard en de inhoud van de klachten van L. in de voorafgaande dagen. Het College neemt dan ook aan dat verweerder bij aanvang van het consult niet op de hoogte was van de klachten van L. in de voorafgaande dagen. Het College volgt klaagster dus niet in haar kennelijke standpunt, overeenkomstig het door haar overgelegde rapport van S. (p. 10), dat verweerder die klachten in de diagnose had behoren te betrekken. Verder neemt het College aan dat verweerder tijdens het consult op de hoogte was of raakte van het feit dat L. bekend was met een spastisch colon.

5.5 Verweerder heeft vervolgens de schouderklachten, de buikklasten en zijn bevindingen bij lichamelijk onderzoek van de schouders, rug en buik niet zodanig met elkaar in verband gebracht dat hij heeft onderkend dat mogelijk sprake was van een acute buik en nader onderzoek in een ziekenhuis geïndiceerd was. Het lichamelijk onderzoek van verweerder, waarvan niet alleen blijkt uit de verklaring van verweerder, maar ook uit de hiervoor onder 2.6 weergegeven, bij het consult gemaakte aantekeningen, was naar het oordeel van het College, gegeven de door L. desgevraagd en spontaan genoemde klachten, op zichzelf niet onvoldoende. Het College neemt daarbij in aanmerking dat verweerder, nadat het onderzoek naar aanleiding van de rug- en schouderklachten voltooid was, bezig was zijn bevindingen te noteren en L. te kennen gaf ook buikklasten te hebben, de anamnese en het onderzoek heeft voortgezet en zich daarbij heeft gericht op de buikklasten. Hoezeer ook te betreuren is dat verweerder de klachten en zijn bevindingen in onderling verband bezien niet als een acute buik heeft geduid, valt hem daarvan tuchtrechtelijk geen verwijt te maken. Zoals overwogen onder 5.4, neemt het College aan dat verweerder voorafgaand aan het consult niet was ingelicht over de klachten van L. in de voorafgaande dagen. L. heeft, voor zover het College kan nagaan, aan verweerder geen tekenen vertoond die erop duiden dat hij hevige buikklasten had. Naar verweerder heeft verklaard, kwam hij rechtop de spreekkamer binnenlopen, kon hij zich uitkleden en op de onderzoeksbank liggen, en heeft hij geen heftige pijn aangegeven bij het onderzoek. O heeft weliswaar verklaard dat L. voor het bezoek aan verweerder wel tekenen heeft afgegeven die op het tegendeel wezen, maar verweerder stelt dat hij daarvan niet op de hoogte was bij het consult en uit niets blijkt van het tegendeel. O heeft verder verklaard dat L. na afloop van het consult samen met verweerder terug liep naar de wachtkamer en toen voetje voor voetje liep, met zijn hand op zijn buik en een vertrokken gezicht. Verweerder heeft daarover ter zitting verklaard dat hij dit niet heeft waargenomen en zijn aandacht op dat moment uitging naar O, aan wie hij zijn adviezen over de behandeling van de klachten van L. doorgaf. O heeft niet verklaard over feiten of omstandigheden waaruit is af te leiden dat verweerder dit wel had kunnen waarnemen. Het College neemt dan ook aan dat verweerder niet heeft waargenomen dat L. na afloop van het consult moeilijk liep, zijn hand op zijn buik hield en een vertrokken gezicht had en

dat verweerder hiervan tuchtrechtelijk geen verwijt valt te maken, in aanmerking genomen dat het consult was beëindigd en de aandacht van verweerder op dat moment begrijpelijk uitging naar de overdracht aan O.

5.6 Het College kent verder gewicht toe aan het feit dat het een zeldzame aandoening betrof bij een negentienjarige jongen die niet onder medische behandeling was terzake van welke klachten dan ook en die deelnam aan een fysiek zeer inspannende cursus die op dat moment ruim vier dagen aan de gang was. Het is te betreuren dat verweerder zich op het verkeerde been heeft laten zetten en de klachten heeft geduid als samenhangend met de gepleegde fysieke inspanningen, maar onder de hiervoor weergegeven omstandigheden is dat niet onbegrijpelijk.

5.7 Alles overziende is het College van oordeel dat verweerder weliswaar niet heeft onderkend dat de klachten van L. en de bevindingen bij lichamelijk onderzoek erop duiden dat L. acute buikklachten had die nader onderzoek noodzakelijk maakten, maar dat hem hiervan in dit geval tuchtrechtelijk geen verwijt kan worden gemaakt. Dit klachtonderdeel is dan ook ongegrond.

5.8 Omtrent het onder 3.2 weergegeven klachtonderdeel overweegt het College als volgt.

5.9 Verweerder heeft ter zitting verklaard dat hij aanneemt dat hij in de middag van vrijdag 14 januari 2006 het telefoongesprek heeft gevoerd waarover Q en R hebben verklaard, zoals hiervoor weergegeven onder 2.7 en 2.8, maar dat hij daaraan geen herinnering heeft.

5.10 Het College leidt uit de verklaringen van Q en R af dat zij zich op vrijdagmiddag, nadat L. tijdens de mars was ingestort, naar de kazerne was teruggebracht en onder hun hoede was gekomen, afvroegen of L. een verminderd bewustzijn kon hebben onder invloed van de medicatie die verweerder dezelfde ochtend had voorgeschreven, te weten paracetamol voor de pijnklachten en metamucil tegen de obstipatie. Uit hun verklaringen blijkt immers dat zij de indruk hadden dat L. 'er niet helemaal bij was' en zich afvroegen of hij onder invloed van alcohol of drugs verkeerde. Waar Q verklaart dat hij aan verweerder de symptomen heeft beschreven, doelt hij kennelijk hierop.

5.11 Uit de verklaring van Q noch anderszins blijkt dat verweerder in dit telefoongesprek erover is ingelicht dat L. eerder die middag tijdens de mars was ingestort. Ook blijkt niet dat verweerder in dit telefoongesprek is ingelicht over klachten van L.

5.12 Het College moet er dan ook van uitgaan dat aan verweerder door Q uitsluitend de vraag is voorgelegd, zakelijk weergegeven, of L. een verminderd bewustzijn kon hebben als gevolg van het gebruik van paracetamol of metamucil. Dit is een smal gestelde vraag. Het is een vraag die bij verweerder als militair (huis)arts een bel moest doen rinkelen, omdat het, naar hij terecht aan Q heeft laten weten, schier ondenkbaar is dat een verminderd bewustzijn wordt veroorzaakt door paracetamol of metamucil. Gezien deze vraag, gevoegd bij het feit dat verweerder L. die ochtend had gezien en onderzocht, het niet gemakkelijk was geweest van hem te vernemen wat zijn klachten waren, en O verweerder erop had geattendeerd dat de klachten van L. niet voorgewend waren, mocht naar het oordeel van het College van verweerder worden verwacht dat hij in dit telefoongesprek met Q zou doorvragen om meer informatie te krijgen over de aanleiding en achtergrond van de smalle en voor een arts weinig voor de hand liggende vraag die hem werd voorgelegd. Niet blijkt dat verweerder dit heeft gedaan. Het is onzeker hoe het L. zou zijn vergaan indien verweerder wel had doorgevraagd, in aanmerking genomen dat zijn ziekte toen al in een zeer vergevorderd stadium moet hebben verkeerd. Verweerder heeft

echter, door aan Q geen nadere vragen te stellen hoewel er voldoende aanwijzingen waren om dat wel te doen, L. en zichzelf de kans onthouden die vrijdagmiddag alsnog tot de diagnose acute buik te komen. Dat valt hem tuchtrechtelijk te verwijten. Het tweede klachtonderdeel is gegrond.

5.13 De conclusie van het voorgaande is dat de klacht deels gegrond is. Verweerder heeft in de middag van 14 januari 2006 bij het telefonisch consult gehandeld in strijd met de zorg die hij ingevolge artikel 47 lid 1 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg jegens L. en diens moeder had behoren te betrachten. De oplegging van na te melden maatregel is daarvoor passend. Om redenen, aan het algemeen belang ontleend, zal de beslissing zodra zij onherroepelijk is op na te melden wijze worden bekendgemaakt.'

### III. Vaststaande feiten en omstandigheden

Voor de beoordeling van het hoger beroep gaat het Centraal College uit van de feiten en omstandigheden zoals weergegeven in de bestreden beslissing onder '2. De feiten'.

### IV. Beoordeling van het hoger beroep

4.1. De klacht, zoals ingediend in eerste aanleg en nader toegelicht in hoger beroep, houdt zakelijk weergegeven in dat de huisarts heeft gehandeld in strijd met hetgeen hem als zorgverlener betaamde ten opzichte van L, door tijdens het consult van 14 januari 2006 's ochtends een verkeerde diagnose te stellen, onvoldoende onderzoek te doen en onvoldoende acht te slaan op waarneembare symptomen en door tijdens het telefonisch consult van 14 januari 2006 's middags onvoldoende door te vragen.

4.2. Klaagster stelt zich in principaal hoger beroep op het standpunt dat het Regionaal Tuchtcollege ten onrechte heeft geoordeeld dat het klachtonderdeel betreffende het consult 's ochtends ongegrond is. De huisarts richt zich in incidenteel hoger beroep tegen de gegrondverklaring van het klachtonderdeel betreffende het telefonisch consult.

#### Beoordeling van het principaal beroep

4.3. Wat betreft het consult van 14 februari 2006 's ochtends onderschrijft het Centraal Tuchtcollege de conclusie van het Regionaal Tuchtcollege dat de huisarts ter zake tuchtrechtelijk geen verwijt kan worden gemaakt. Naar het oordeel van het Centraal Tuchtcollege was het onderzoek zoals verricht door de huisarts gegeven de omstandigheden niet onvoldoende en diende de huisarts op dat moment niet te concluderen dat nader onderzoek nodig was. Anders dan het College in eerste aanleg acht het Centraal Tuchtcollege het daarbij, mede gelet op hetgeen ter zitting in hoger beroep is verklaard met betrekking tot de gang van zaken, waaronder de door L. na het consult nog uitgevoerde activiteiten, en gezien de rapportage en verklaring van de deskundige E., aannemelijk dat ten tijde van het consult 's ochtends nog geen sprake was van acute buik bij L, zodat het College zich in zoverre niet verenigt met de desbetreffende passages in overweging 5.5 en overweging 5.7 van de bestreden beslissing. Voor het overige heeft de behandeling in hoger beroep van dit klachtonderdeel niet geleid tot de vaststelling van andere feiten en tot andere beschouwingen en beslissingen dan die van het College in eerste aanleg, zodat het beroep van klaagster moet worden verworpen.

#### Beoordeling van het incidenteel beroep

4.4. Ten aanzien van het telefonisch consult van 14 februari 2006 's middags stelt de huisarts zich op het standpunt dat het Regionaal Tuchtcollege er ten onrechte vanuit is gegaan dat aan hem is meegedeeld dat L. een verminderd bewustzijn had. Hem is alleen een vraag gesteld over de voorgeschreven medicatie. Blijkens het proces-verbaal van de zitting in eerste aanleg heeft de huisarts echter bij die gelegenheid verklaard dat hem tijdens het telefonisch consult de vraag is voorgelegd of je ook wazig kon worden van de door hem die ochtend voorgeschreven medicijnen. Hieruit kan niet anders worden afgeleid dan dat de huisarts wel degelijk, hoewel niet in die letterlijke bewoordingen, gevraagd is naar de mogelijkheid van verminderd bewustzijn als gevolg van de medicatie. Dit brengt mee dat de behandeling in hoger beroep van dit klachtonderdeel het Centraal Tuchtcollege niet tot andere beschouwingen en beslissingen brengt dan die van het College in eerste aanleg.

4.5. De door het Regionaal Tuchtcollege aan de huisarts opgelegde maatregel van waarschuwing acht het Centraal Tuchtcollege passend en adequaat.

4.6. Al het voorgaande leidt tot de volgende beslissing.

4.7. Om redenen aan het algemeen belang ontleend zal publicatie van deze beslissing worden bepaald.

## V. Beslissing

Het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg:  
in het principaal en incidenteel beroep:  
verwerpt het beroep;

bepaalt dat deze beslissing op de voet van artikel 71 Wet BIG zal worden bekendgemaakt in de Nederlandse Staatscourant, en zal worden aangeboden aan het Tijdschrift voor Gezondheidsrecht, Gezondheidszorg Jurisprudentie en Medisch Contact met verzoek tot plaatsing.

# Wetgevingsoverzicht 2011

DOOR MR. J.B. MIETE

### Wijziging Verkeersregeling defensie

Bij regeling van de Minister van Defensie van 28 februari 2011 is de Verkeersregeling defensie op een drietal punten gewijzigd. In de eerste plaats wordt een einde gemaakt aan de onduidelijkheid welke bepalingen gelden voor het rijden onder pantser met een gevechtsvoertuig op de openbare weg. In dat kader speelt ook de vraag naar de informatieverplichting van de overige bemanningsleden aan de bestuurder (het “crewconcept”).

Het nieuwe artikel 6b, eerste lid, Verkeersregeling defensie strekt er in de eerste plaats toe het rijden onder pantser met een gevechtsvoertuig op voor het openbaar verkeer openstaande wegen of paden tegen te gaan. De bepaling ziet echter ook op het anderszins op voor het openbaar verkeer openstaande wegen of paden beperken van het normale zicht van de bestuurder, bijvoorbeeld door het inklappen van de voertuigspiegels.

Een beperking van de waarnemingsmogelijkheden van de bestuurder van een ‘categorie-F-voertuig’ is op de voor openbaar verkeer openstaande wegen en paden nog slechts toegestaan:

- indien buitengewone omstandigheden daartoe noodzaken, of
- indien (door de Koninklijke marechaussee of enig ander krijgsmachtdeel) bijstand wordt verleend aan de politie als bedoeld in de Politiewet 1993.

Bij een beperking van de waarnemingsmogelijkheden van de bestuurder zijn alle bemanningsleden die daartoe zijn opgeleid, verplicht om de bestuurder de voor het besturen benodigde informatie te verschaffen. Dit is vastgelegd in artikel 6b, tweede lid, van de Verkeersregeling. De verplichting heeft mede betrekking op het verstrekken van informatie zonder dat daar expliciet door de bestuurder om wordt gevraagd.

De tweede wijziging betreft artikel 25, eerste lid, van de Verkeersregeling defensie. Deze wijziging beoogt buiten twijfel te stellen dat het besturen van een militair motorrijtuig als bedoeld in artikel 25, eerste lid, onder e, (het zogenoemde “civiele dienstrijtuig”) ook is toegestaan aan personen die uitsluitend over een geldig militair rijbewijs beschikken.

Als derde wijziging wordt het model Aanvraagformulier Militair Rijbewijs, dat is opgenomen in bijlage 4 bij de Verkeersregeling defensie, aangepast. Dit houdt verband met de automatisering in de opleidingsprocessen. De wijziging van de Verkeersregeling defensie is opgenomen in de serie Ministeriële Publicaties (MP 11-70) van het Ministerie van Defensie en is in werking getreden met ingang van 11 maart 2011.

### Toekenning vaandel aan Korps Militaire Administratie

Met het Koninklijk Besluit van 15 maart 2011 wordt aan het Korps Militaire Administratie een vaandel toegekend (Staatsblad 2011, 166). Blijkens de toelichting bij het besluit wordt daarmee recht gedaan aan de identiteit van het korps als eenheid en de positie van het korps binnen de Koninklijke Landmacht. Het Korps Militaire Administratie kent een zeer



lange geschiedenis. De basis voor het korps werd op 8 juli 1795 gelegd met de vaststelling van het «Provisieel Reglement voor de Economie van de Troupes van den Staat». Van oudsher was het korps niet voorzien van een vaandel, omdat het zich niet als eenheid op het slagveld manifesteerde. Echter, met het veranderen van het slagveld heeft de functie van het vaandel een andere betekenis gekregen. Van veldteken en verzamelpunt in de strijd is het vaandel heden ten dage primair een symbool van saamhorigheid en van trouw van de eenheid aan het Koningshuis. Met de toekenning van het vaandel wordt voor het Korps Militaire Administratie in de behoefte aan een dergelijk symbool voorzien. De daadwerkelijke uitreiking van het vaandel zal op een later tijdstip plaatsvinden.

## Wijziging Regeling klachtenbehandeling gezondheidszorginstellingen Defensie

Ter uitvoering van de Wet klachtrecht cliënten zorgsector, die de curatieve gezondheidszorg met inbegrip van de militaire gezondheidszorg op dat gebied omvat, geldt voor Defensie de Regeling klachtenbehandeling gezondheidszorginstellingen Defensie. Op grond van deze regeling vindt de behandeling van klachten van militairen plaats door vier decentrale klachtencommissies, te weten de klachtencommissies van het Commando Zeestrijdkrachten, het Commando Landstrijdkrachten en het Commando Luchtstrijdkrachten alsmede de klachtencommissie van het Commando DienstenCentra.

In de praktijk bleken enerzijds klagers de diverse klachtencommissies onvoldoende te vinden, anderzijds konden de commissies als gevolg van het lage aantal klachten onvoldoende ervaring opbouwen. Om hieraan tegemoet te komen is besloten de klachtenstroom binnen Defensie te bundelen en alle klachten te laten behandelen door één centrale klachtencommissie. In verband hiermee is de Regeling klachtenbehandeling gezondheidszorginstellingen Defensie aangepast. De wijzigingsregeling is bekend gemaakt in de Staatscourant van 19 april 2011, nr. 6809.

## Mandaatbesluit betreffende het nemen van beschikkingen op grond van artikel 4:18 van de Algemene wet bestuursrecht

Op 1 oktober 2009 is de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen in werking getreden. Onderdeel van deze wet is een regeling voor het betalen van een dwangsom door een bestuursorgaan aan een aanvrager van een beschikking, wanneer deze beschikking niet binnen de wettelijke termijn is genomen. Wanneer de aanvrager het bestuursorgaan in gebreke stelt en het bestuursorgaan daarna niet binnen twee weken alsnog een beschikking geeft, moet aan de aanvrager een dwangsom worden betaald. Met dit mandaatbesluit van de secretaris-generaal van het Ministerie van Defensie is vastgelegd welke functionaris binnen Defensie het dwangsombesluit kan nemen. Het betreft hier puur de bevoegdheid tot het nemen van besluiten over dwangsommen. De bevoegdheid tot het nemen van een beschikking op aanvraag, dus de inhoudelijke reactie op een aanvraag, is elders geregeld door middel van mandaatregelingen.

Als hoofdregel bevat dit mandaatbesluit de regel dat de functionaris die bevoegd was de oorspronkelijke beschikking op aanvraag te nemen, bevoegd is tot het nemen van een dwangsombesluit. Deze hoofdregel is ook van toepassing op besluiten op bezwaar. De

## WETGEVING

functionaris die bevoegd is een beschikking in bezwaarzaken te nemen, is ook bevoegd tot het nemen van een dwangsombesluit.

Echter, sommige beschikkingen op aanvraag worden binnen Defensie formeel afgedaan op een hiërarchisch hoger niveau dan het niveau waar zij inhoudelijk worden behandeld, zoals Wob-verzoeken en bezwaarschriften (anders dan op rechtspositioneel gebied). Het is niet nodig om ook het dwangsombesluit op dit hogere niveau neer te leggen. Om deze reden bevat de regeling daarvoor een afwijkende voorziening. Het mandaatbesluit is bekendgemaakt in de Staatscourant van 20 april 2011, nr. 6839.

---

Annotatoren:	R.B.B.	- Mr. R.V. Bloemsma-Bomhof
	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
	J.v.K.	- Dr. J.G.F.M. van Kessel
	FK.O.	- Mr. F.A. Kooloos
	E.C.H.P.	- Mr. E.C.H. Pot
	A.M.R.W	- Mr. A.M. Rentema-Westerhof
	de R.	- Prof. mr. Th. A de Roos
	A.FV.	- Mr. A.F.Vink
	G.FW.	- 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.A.C. Zuidema, Brigade-generaal b.d. van de Militair Juridische dienst;
Secretaris/penningmeester	Mr.J.E.D.Voetelink, Luitenant-kolonel van de Koninklijke Luchtmacht;
Leden:	
voor de Koninklijke Landmacht:	Mr. drs. M. Nooijen, MPA, Kolonel van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke Luchtmacht:	Mr. H. van Duijn, kolonel van de Koninklijke Luchtmacht;
voor de Koninklijke Marine:	Mr. E.P.J. Schelkers, Kapitein ter Zee van Administratie;
voor de Koninklijke Marechaussee:	Mr J.C. Groenheijde; Hoofd Juridische Zaken Staf KMar;
voor de Bestuursstaf:	Mr. J.J. Buirma, Hoofd Afdeling Bestuurs-, Straf- en Tucht recht van de Directie Juridische Zaken, Ministerie van Defensie;
Prof. Dr. T.D. Gill,	Hoogleraar Militair Recht aan de Universiteit van Amsterdam en de Nederlandse Defensie Academie en tevens Universitair Hoofddo-cent Internationaal Publiekrecht aan de Universiteit Utrecht;
Mr. R. van den Heuvel,	Voorzitter van de Militaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem;
Prof. Mr. Th. A. de Roos,	Raadshere in het Hof 's-Hertogenbosch, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Universiteit van Tilburg;
Adres van de Redactiecommissie:	NLDA/FMW/Sie recht, t.a.v. Luitenant-kolonel Voetelink, Postbus 90002, 4800 PA Breda

## VASTE MEDEWERKERS:

Dr. J.G.F.M. van Kessel, Juridisch beleidsadviseur Bijzondere Regelingen Defensie van ABP.  
Dr. J.P. Loof, universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.  
Mr. B.P. Pieters Hoofd Afdeling Humanitair Oorlogsrecht van het Nederlandse Rode Kruis.  
Dr. M.C. Zwanenburg, Sectie Internationale en Juridische Beleidsaangelegenheden.  
Kol Mr. J. Wiersma, Directeur dienstencentrum Juridische Dienstverlening, Kolonel van de Militair Juridische Dienst',

## WIJZE VAN UITGAVE:

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

De prijs per jaargang bedraagt € 59,25. Men abonneert zich bij klantenservice Militair Rechtelijk Tijdschrift, postbus 63, 2900 AB Capelle a/d IJssel, E-mail: [mrt@atotzet.nl](mailto:mrt@atotzet.nl). Het abonnement loopt van januari t/m december. Opzeggingen dienen vóór 31 oktober schriftelijk te geschieden bij de Klantenservice Militair Rechtelijk Tijdschrift. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 7,75. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar bij klantenservice Militair Rechtelijk Tijdschrift tegen de prijs van € 28,50-. Auteurs van bijdragen van meer dan één pagina ontvangen drie presentexemplaren van de desbetreffende aflevering. Het auteursrecht wordt met de publicatie overgedragen aan de Staat der Nederlanden.

Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan klantenservice Militair Rechtelijk Tijdschrift, postbus 63, 2900 AB Capelle a/d IJssel, E-mail: [mrt@atotzet.nl](mailto:mrt@atotzet.nl).

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.

*Dit 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"*

Gedrukt en uitgegeven onder auspiciën van het ministerie van Defensie