

Militair Rechtelijk Tijdschrift

Jaargang 106 - 2013

Aflevering **3**

IN DIT NUMMER

Bijdragen

J.E.D.Voetelink, Lawfare

R. van den Heuvel, Het einde van een lijdensweg

M. den Heijer, Mensenrechten op zee

Strafrechtspraak

HR, Onachtzame loadmaster?

Rb Ah, Voor wie geldt het dienstvoorschrift?

Bestuursrechtspraak

CRvB, Terugvordering teveel genoten wachtgeld i.v.m. nieuwe inkomsten

INHOUD

BIJDRAGEN

BESCHOUWING

Lawfare door Kol mr. dr. J.E.D.Voetelink	69
--	----

WETGEVING

Het einde van een lijdensweg door mr. R. van den Heuvel	80
---	----

INTERNATIONALE RECHTSPRAAK

Mensenrechten op zee door mr. dr. M. den Heijer	82
---	----

STRAFRECHTSPRAAK

HR 12.06.2012	Onachtzame loadmaster? Onder schuld als delictsbestanddeel wordt een min of meer grove of aanmerkelijke schuld verstaan. Of sprake is van dergelijke schuld in de zin van art. 307 Sr of art. 130 WMSr wordt bepaald door de manier waarop die schuld in de tenlastelegging nader is geconcretiseerd, en is voorts afhankelijk van het geheel van de gedragingen van de verdachte, de aard en de ernst daarvan en de overige omstandigheden van het geval. Het oordeel van het Hof dat wegens het ontbreken van voldoende verwijtbaarheid geen sprake is geweest van min of meer grove of aanmerkelijke schuld als in de tenlastelegging omschreven, geeft niet blijk van een onjuiste uitleg van art. 307 Sr of art. 130 WMSr. (Naschrift: M.M.D.)	92
-------------------------	---	----

Rb Ah 23.02.2009	Voor wie geldt het dienstvoorschrift? Bij onderhoud van zijn wapen betracht marechaussee onvoldoende voorzichtigheid, als gevolg waarvan een schot gelost wordt. Vrijpraak van culpoze overtreding van veiligheidsvoorschriften: het Handboek KL-militair – waarvan deze deel uitmaken – is vastgesteld door de Commandant van het opleidings- en trainingscommando van het Commando Landstrijdkrachten, wiens bevoegdheid zich niet uitstrekt tot de Koninklijke Marechaussee. Nu het evenmin door een daartoe bevoegde functionaris van overeenkomstige toepassing verklaard is, kan niet worden gezegd dat verdachte een voor hem geldend dienstvoorschrift overtreden heeft. (Naschrift: M.M.D.)	109
----------------------------	--	-----

BESTUURSRECHTSPRAAK

CRvB 24.02.2011	Terugvordering teveel genoten wachtgeld i.v.m. nieuwe inkomsten. Betrokkene is tot 1 juni 2001 in dienst geweest van het ministerie van Defensie. Sindsdien werkt betrokkene bij de Stichting pensioenfonds ABP/USZO en aansluitend bij Loyalis. In verband met zijn ontslag bij het ministerie van Defensie is aan betrokkene per 1 juni 2001 wachtgeld toegekend op grond van het Wachtgeldbesluit burgerlijke ambtenaren defensie. Aangezien de inkomsten van betrokkene bij Loyalis meer bedroegen dan zijn laatstgenoten bezoldiging kwam het wachtgeld niet tot uitbetaling. Op grond van de destijds geldende CAO is het wachtgeld met ingang van 1 maart 2007 met 3,15% verhoogd. Deze verhoging heeft in augustus 2007 geleid tot uitbetaling van een relatief klein bedrag aan wachtgeld met terugwerkende kracht vanaf 1 maart 2007. Bij een controle door KPMG, de door Defensie gecontracteerde uitvoerder van het Wachtgeldbesluit, is gebleken dat recente specificaties van de inkomsten van betrokkene ontbraken. Betrokkene heeft vervolgens die specificaties op verzoek van KPMG alsnog toegezonden. Na ontvangst van de specificaties in april 2008 is de betaling van het wachtgeld per 1 mei 2008 gestopt en het teveel betaalde wachtgeld van betrokkene teruggevorderd. Betrokkene heeft alleen bezwaar gemaakt tegen de terugvordering over de periode 1 maart tot 31 december 2007. Bij besluit van 3 oktober 2008 is dat bezwaar ongegrond verklaard. De rechtbank vond het terug te vorderen bedrag niet toetsbaar en vernietigde het bestreden besluit, waarna de minister hoger beroep heeft ingesteld. (Naschrift: J.v.K.)	112
---------------------------	--	-----

Lawfare

DOOR JOOP VOETELINK¹

Recht en vooral internationaal recht speelt een steeds grotere rol in internationale militaire operaties. Vanuit de rechtsstaat-idee zijn staten en militairen gehouden te handelen op basis van en in overeenstemming met het recht. Tegelijkertijd kan recht een functie vervullen bij het bereiken van het militaire doel. In deze zin is de term 'lawfare' in opkomst. Dit artikel biedt een inleiding op dit begrip en laat zien dat de uitleg en toepassing ervan nogal verschilt.

Inleiding

Recht, en vooral het militair operationeel recht, kan een middel zijn voor een commandant dat bijdraagt aan het succesvol volbrengen van zijn missie.² Deze instrumentele benadering van recht benadert het begrip *lawfare*, een term die de laatste jaren in opkomst is. Deze, overigens moeilijk te vertalen, samentrekking van de woorden *law* en *warfare* kan worden omschreven als:

The strategy of using -or misusing- law as a substitute for traditional military means to achieve an operational objective.³

In de term *lawfare* komt het belang tot uitdrukking van het recht voor hedendaagse operaties.⁴ Vooral in de Verenigde Staten is het begrip redelijk ingeburgerd en is het in de literatuur het afgelopen decennium uitgebreid bediscussieerd.⁵ Uit die literatuur kan worden opgemaakt dat schrijvers en groeperingen hieraan soms de interpretatie geven die het best past bij hun (politieke) doelstellingen. Dit brengt het risico met zich mee dat *lawfare* te pas en te onpas wordt gebruikt, zonder dat de betekenis voldoende duidelijk wordt en met het risico dat de positieve relatie tussen recht en militaire operaties op de achtergrond raakt.

Lawfare is in Nederland nog geen breed bekend begrip, maar maakt inmiddels voorzichtig zijn entree.⁶ Aangezien inzicht in *lawfare* kan bijdragen aan een beter begrip van de rol van recht, in

¹ Kolonel mr. dr. Joop Voetelink is als universitair hoofddocent militair recht geplaatst bij de Nederlandse Defensie Academie (NLDA). Deze bijdrage maakt deel uit van zijn promotieonderzoek onder auspiciën van het Amsterdam Center for International Law en het NLDA in het onderzoeksprogramma *The Role of Law in Armed Conflict and Peace Operations* en is op persoonlijke titel geschreven.

² J.E.D. Voetelink, 'Een introductie in het Militair Operationeel Recht', 181 *Militaire Spectator* 2012 (1), p. 13.

³ Charles J. Dunlap Jr., 'Lawfare Today', *Yale Journal of International Affairs* 2008, p. 146.

⁴ Michael Scharf & Elizabeth Andersen, 'Is Lawfare Worth Defining? Report of the Cleveland Experts Meeting September 11, 2010', *Case Western Reserve Journal of International Law* 2010, p. 13.

⁵ Leila Nadya Sadat & Jing Geng, 'On Legal Subterfuge and the So-Called "Lawfare debate"', *Case Western Reserve Journal of International Law* 2010, p. 156-157 beschrijven het toenemende gebruik van de term op internet en in juridische literatuur.

⁶ Zie bijvoorbeeld J.S. Temming: "Lawfare": een juridisch en operationeel onderzoek naar de toepassing van 'lawfare' in contemporaine conflicten, Bachelor scriptie, Breda: Nederlandse Defensie Academie 2012, Internet: <defbib.kma.nl/art2/pdf/ada/Temming, J.S..pdf>.

het bijzonder van militair operationeel recht, bij militaire operaties, dient dit artikel als introductie van het begrip *lawfare* op basis van de in de Amerikaanse militaire praktijk geaccepteerde betekenis, zoals die is verwoord in de hierboven aangehaalde definitie. Hiertoe zullen na enkele algemene opmerkingen over het militair operationeel recht, het ontstaan en de ontwikkeling van *lawfare* kort worden belicht. Vervolgens zullen enkele benaderingen van *lawfare* worden besproken, waarbij het punt wordt benadrukt dat de toepassing van recht op zich geen *lawfare* inhoudt.

Militair operationeel recht⁷

Het rechtsstaatprincipe vereist dat militair optreden plaatsvindt op basis van en in overeenstemming met het recht.⁸ Dat recht bestaat voor een belangrijk deel uit het internationaal publiekrecht, het Nederlandse recht en in voorkomend geval het recht van een buitenlandse staat. Deze rechtsregels, die inmiddels diep zijn doorgedrongen en ingebed in de militaire professie,⁹ zien op de daadwerkelijke inzet van de strijdkrachten en vormen samen het militair operationeel recht:

Operations Law is the domestic, foreign, and international law associated with the planning and execution of military operations in peacetime or hostilities.¹⁰

Enkele belangrijke militair operationeelrechtelijke onderwerpen zijn gerelateerd aan leerstukken uit het internationaal publiekrecht. Dat zijn het recht van soevereine staten om geweld te gebruiken binnen het kader van het collectief veiligheidssysteem van de Verenigde Naties,¹¹ het humanitair oorlogsrecht en de mensenrechten. Deze onderwerpen hebben een vaste plek in het internationaal publiekrecht en worden over het algemeen binnen dat kader besproken.

Daarnaast kent het militair operationeel recht enkele bijzondere thema's die niet aan een enkel rechtsgebied zijn te koppelen. Dit zijn in de eerste plaats de regels rond het gebruik van geweld, waarbij de missiespecifieke *Rules of Engagement* een sleutelrol spelen. Verder is bij expeditionaire operaties de juridische positie van troepen in het buitenland een terugkerend onderwerp dat veelal plaats krijgt in een op de missie toegesneden statusregeling: de *Status of Forces Agreement (SOFA)*. Tot slot kunnen nog de niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten worden genoemd, zoals *Memoranda of Understanding*, waarmee op een pragmatische manier de internationale militaire samenwerking bij de voorbereiding en uitvoering van multinationale

⁷ Voor een uitgebreide uitleg zie: J.E.D.Voetelink 2012, p. 1-13.

⁸ Kamerstukken II 2006/07, 29 521, nr. 41, Brief van Ministers van Buitenlandse Zaken en Defensie van 22 juni 2007, Notitie rechtsgrondslag en mandaat van missies met deelname van Nederlandse militaire eenheden.

⁹ David Kennedy, 'The international human rights regime: still part of the problem?' in: Rob Dickinson e.a. (ed), *Examining Critical Perspectives on Human Rights*, Cambridge University Press 2012, p. 27 e.v.

¹⁰ R.L. Bridge, 'Operations Law: An Overview', in: *The Air Force Law Review* (1994), p. 3 en in vergelijkbare zin T.D. Gill & D. Fleck, *The handbook of International Law of Military Operations* (New York: Oxford University Press 2010), p. 3: "the various bodies of national and international law which are applicable to and regulate the planning and conduct of military operations".

¹¹ Statelijk geweldgebruik is op basis van het Handvest van de VN verboden (artikel 2, vierde lid) met uitzondering van door de VN geautoriseerde militaire operaties (Hst.VII, artikel 42) en de uitoefening van het recht op zelfverdediging (artikel 51); *Handvest van de Verenigde Naties*; San Francisco, 26 juni 1945 (*Staatsblad* 1945, F 253).

operaties wordt vastgelegd. Naast deze bijzondere thema's kunnen elementen uit een bepaald rechtsgebied van belang zijn. Zo kan bijvoorbeeld het militair straf- en tuchtrecht consequenties verbinden aan bepaalde gedragingen die onder operationele omstandigheden plaatsvinden.¹²

Enkele van deze onderwerpen zijn, in ieder geval in de huidige benaming, nog niet zo oud, zoals de *Rules of Engagement*, terwijl andere al veel langer bestaan. In dat opzicht brengt militair operationeel recht niet iets volslagen nieuws. Wel is anders dan in het verleden:

....the way and extent to which these various areas of law interact with each other and influence and regulate and shape the way in which contemporary operations are planned and conducted.¹³

De planning en uitvoering van een operatie is de taak van een commandant in samenwerking met zijn staf,¹⁴ zodat hij het recht moet integreren in zijn besluitvorming en al in het planningsproces rekening moet houden met de juridische mogelijkheden. Natuurlijk stelt recht grenzen aan het militair optreden,¹⁵ maar recht kan eveneens bijdragen aan het slagen van de operatie.¹⁶ Zo kan de soepele en welwillende afhandeling van schadeclaims, een onderdeel van een SOFA, bevorderen dat de lokale bevolking voor de operatie essentiële informatie wil delen met de buitenlandse troepenmacht. In deze zin kunnen de onderdelen van het militair operationeel recht een instrument vormen voor de commandant om zijn operationele doelen te bereiken.

Ontwikkeling

Dit gedeeltelijk instrumentele karakter van het militair operationeel recht raakt het begrip *lawfare*, wanneer het militair operationeel recht de inzet van traditionele militaire middelen overbodig maakt. *Lawfare* is een relatief nieuw begrip dat bij zijn introductie in de jaren zeventig van de vorige eeuw nog weinig weg had van *lawfare* in zijn huidige betekenis.¹⁷ Het werd toen gebruikt als kritiek op wat werd gezien als de individualistische en confronterende Westerse benadering van recht.¹⁸ Weer later werd het zelfs gebruikt om kortingen op vliegtickets voor advocaten aan te prijzen.¹⁹ In deze betekenissen heeft *lawfare* geen vaste voet aan de grond gekregen en wordt de term niet meer gebruikt.

¹² Bijvoorbeeld: het niet opvolgen van een dienstbevel is een tuchtvergriep in de zin van artikel 15 *Wet militair tuchtrecht*, maar wordt als strafbaar feit gezien wanneer "als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade ontstaat aan of te duchten is voor de gereedheid tot het daadwerkelijk uitvoeren van een operatie of oefening van enig onderdeel van de krijgsmacht"; artikel 127, eerste lid *Wetboek van Militair Strafrecht*.

¹³ Gill & Fleck 2010, p. 5.

¹⁴ In hedendaagse operaties zal een militair jurist als *Legal Advisor* zijn toegevoegd aan de staf van de commandant. Hiermee is directe specialistische juridische ondersteuning verzekerd.

¹⁵ Denk bijvoorbeeld aan de grenzen die het humanitair oorlogsrecht stelt aan de middelen en methoden van oorlogsvoering.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld Christopher P.M. Waters, *Myths of 'Lawfare' and 'Legal Encirclement'*, in: Noëlle Quévinet & Shilan Shan-Davis, *International Law and Armed Conflict. Challenges in the 21st Century*, Den Haag: Asser Press 2010, p. 41.

¹⁷ Zie voor een beschrijving van deze ontwikkeling: Wouter G. Werner, 'The Curious Career of Lawfare', *Case Western Reserve Journal of International Law* 2010, p. 61-72.

¹⁸ Visie verwoord door John Carlson and Neville Yeomans, "Whither Goeth the Law - Humanity or Barbarity" in M. Smith and D. Crossley, eds. *The Way Out - Radical Alternatives in Australia*, Melbourne: Lansdowne Press 1975 en samengevat door Werner 2010, p. 63.

¹⁹ Leila Nadya Sadat & Jing Geng 2010, p. 157.

Het *lawfare* kenmerkende instrumentele karakter kreeg indirect aandacht in het boek 'Unrestricted Warfare', waarin *international law warfare* werd genoemd als een van de vele strategieën om de doelen van een staat te bereiken.²⁰ Hoewel hierin de term *lawfare* niet werd genoemd, staat deze benadering niet heel ver af van de ideeën die Charles J. Dunlap, Jr. voormalig *Deputy Judge Advocate General* van de Amerikaanse luchtmacht, hierover ontwikkelde.

Oorspronkelijk zag de toen nog kolonel Dunlap *lawfare* slechts als een pakkende titel, een *bumper sticker* zoals hij dat noemt, om voor een breed publiek de invloed van recht op de oorlogsvoering te beschrijven²¹ en militairen te laten inzien dat recht deel moet uitmaken van het militaire denken en plannen.²² In dat verband gebruikte hij de term in een essay uit 2001 om de opkomst van het internationaal publiekrecht in militaire operaties te benadrukken en omschreef hij *lawfare* als "a method of warfare where law is used as a means of realizing a military objective".²³ Hij wilde hiermee tot uitdrukking brengen dat tegenstanders van de VS recht in een gewapend conflict kunnen misbruiken in "a cynical manipulation of the rule of law and the humanitarian values it represents". Met deze visie op *lawfare* benadrukte hij de praktijk dat tegenstanders van de VS militair optreden van de Amerikaanse strijdkrachten zodanig kunnen manipuleren dat het voor de buitenwereld de indruk wekt dat de VS doelbewust in strijd handelen met het recht, in het bijzonder het humanitair oorlogsrecht.

Als voorbeeld haalde hij onder meer de luchtaanval in 1991 aan op wat de VS aannamen dat een Irakese commandobunker was. Na het precisie bombardement op dit *Al Firdos*-complex in Bagdad bleek dat de Irakese autoriteiten familieleden van hooggeplaatste functionarissen in de bunker hadden ondergebracht. Vervolgens gebruikte Irak beelden van de honderden burgerslachtoffers om aan te tonen dat de VS zonder respect voor het humanitair oorlogsrecht aanvallen in Irak uitvoerden. Het effect van deze aanpak was dat de VS zich terughoudender opstelden bij uitvoeren van luchtaanvallen op doelen in Irakese steden.

Dunlap kwam later tot een meer genuanceerde en dynamische visie, waarvoor hij de in de inleiding van deze bijdrage gebruikte omschrijving formuleerde.²⁴ In deze betekenis heeft het begrip een neutrale lading en laat het in het midden of het recht met het oog op een door de gebruiker beoogd militair gevolg wordt toegepast of dat daarvoor misbruik van het recht wordt gemaakt. Zijn ideeën zijn onder meer ingegeven doordat recht een inherent onderdeel van conflicten in de 21ste eeuw is geworden.²⁵ Globalisering heeft er toe geleid dat internationaal recht diep is doorgedrongen in het moderne leven en daardoor onder meer de wijze van oorlogsvoering beïnvloedt.²⁶ Strijdende partijen kunnen dan recht misbruiken, zoals hij al in 2001

²⁰ Qiao Liang & Wang Xiangsui, *Unrestricted Warfare*, Internet: <www.missilethreat.com/repository/doclib/19990200-LiangXiangsui-unrestrictedwar.pdf>.

²¹ Charles J. Dunlap 2008, p. 146.

²² Scharf & Andersen 2010, p. 12.

²³ Charles J. Dunlap Jr., *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts*, Working Paper "Humanitarian Challenges in Military Intervention", Harvard's Carr Center for Human Rights Policy, Boston 2001, p. 11.

²⁴ Dunlap 2008, p. 146.

²⁵ Charles J. Dunlap Jr., 'Lawfare: A decisive Element of 21st –Century Conflicts?', *Joint Forces Quarterly* 2009, issue 54, p. 34-39.

²⁶ Dunlap 2009, p. 35 en David Kennedy, 'Modern War and Modern Law', *Baltimore Law Review* 2007, p. 176 e.v. In het Verenigd Koninkrijk wordt de toenemende juridisering van operaties wel aangeduid als *legal encirclement*; Waters 2010, p. 33-34.

had aangegeven, of het naast traditionele militaire middelen als een instrument hanteren om zo verder fysiek geweld te voorkomen.²⁷ Deze realiteit moeten commandanten onder ogen zien. Zij moeten zich rekenschap geven van het recht en het zelf op een effectieve manier gaan gebruiken, in plaats van het te zien als een belemmerende factor.²⁸ Zoals David Kennedy opmerkt: recht "... can be a strategic ally..."²⁹ Daaraan kan worden toegevoegd dat commandanten zich eveneens moeten realiseren dat een tegenstander op zijn beurt het recht weer tegen hen kan gebruiken.

Deze brede benadering laat ruimte voor interpretatie, van welke mogelijkheid in de praktijk ruimschoots gebruik gemaakt wordt. Ondanks de soms sterk uiteenlopende ideeën, beheerst de bovenstaande omschrijving ("*The strategy of using -or misusing- law as a substitute for traditional military means to achieve an operational objective*") de discussies en is die omschrijving het vertrekpunt voor de verschillende benaderingen.³⁰ Hierbij kunnen momenteel ruwweg drie lijnen worden onderkend, die zich overigens niet altijd even scherp van elkaar onderscheiden. De eerste twee komen overeen met de dubbele betekenis die Dunlap voor ogen heeft: het misbruik en het gebruik van het recht. In de derde benadering lijken politiek georiënteerde groeperingen *lawfare* te kapen voor eigen politieke doelen, die de toepassing van het recht en vooral de beoefenaars ervan in diskrediet brengen. Korthedshalve noem ik dat hier *lawfare* in oneigenlijke zin.³¹ Hierna zal kort worden ingegaan op deze drie lijnen.

Een enkele auteur kiest een geheel ander, meer abstract uitgangspunt voor *lawfare*. Hierbij wordt recht niet zozeer gezien als een middel om een militair doel te bereiken, maar is geweldgebruik het middel om een specifiek (deels) juridisch doel na te streven, namelijk het beschermen van de rechten van de mens.³² Een concept dat met name zou zijn terug te vinden in de rechtvaardiging door de VS en andere Westerse staten van hun deelname aan gewapende conflicten.³³ Deze wat afwijkende benadering is nog weinig uitgewerkt en blijft daarom hier buiten beschouwing.

Misbruik van recht

In de praktijk krijgt de benadering van *lawfare* als misbruik van recht vaak de meeste nadruk. Hierbij draagt het recht bij aan het bereiken van het doel van de missie, maar dan door misbruik ervan. Doordat het recht tegenwoordig zo'n belangrijk onderdeel vormt van gewapende conflicten, kan de wil van een partij te opereren in overeenstemming met dat recht, vooral het humanitair oorlogsrecht, tegen hem worden gebruikt door zijn tegenstander.³⁴ Deze laatste kan

²⁷ Dunlap 2008, p. 147.

²⁸ Dunlap 2009, p. 28 citeert hierbij Nathaniel Burney's visie op *lawfare*: Internet: <www.burneylawfirm.com/international_law_primer#lawfare>.

²⁹ Kennedy 2007, p. 173.

³⁰ Scott Horton, 'The Dangers of Lawfare', *Case Western Reserve Journal of International Law* 2010, p. 169.

³¹ Temming duidt dit subjectieve en negatieve gebruik van *lawfare* aan als de neoconservatieve stroming: Temming 2012, p. 26 e.v.

³² Richard Mullender, 'Lawfare and the international human rights movement' in: Rob Dickinson e.a. (ed), *Examining Critical Perspectives on Human Rights*, Cambridge University Press 2012, p. 247-278.

³³ Mullender 2012, p. 248.

³⁴ Vgl. W.G. Eckhardt, 'Lawyering for Uncle Sam When He Draws His Sword', *Chicago Journal of International Law* 2003, p. 441.

een situatie zodanig manipuleren dat de andere partij niet meer effectief kan optreden of, wanneer hij wel optreedt, het de indruk wekt dat hij doelbewust in strijd met het recht opereert. Deze aanpak doet zich vooral voor in een asymmetrisch conflict, waar de militair zwakkere partij zijn tegenstander met andere dan klassieke militaire middelen zal proberen te verslaan.

Een voorbeeld is het indienen van valse beschuldigingen in de wetenschap dat de andere partij verplicht is deze te onderzoeken om vast te stellen of het eigen personeel rechtmatig heeft gehandeld. In Colombia bijvoorbeeld zette de FARC boeren op om valse aanklachten in te dienen tegen de commandanten van eenheden die de regering inzette tegen deze guerrillabeweging. De FARC wilde hiermee bereiken dat de commandanten door langdurige juridische procedures minder tijd hadden voor militaire acties.³⁵

Meer ingrijpend zijn methoden waarmee een partij zelf het humanitair oorlogsrecht overtreedt om zo het optreden van de tegenpartij onmogelijk te maken of, mocht de tegenpartij toch in actie komen, om dat optreden strijdig te laten lijken met het humanitair oorlogsrecht. De operatie *Cast Lead* die Israël in 2008-2009 uitvoerde in Gaza, biedt enkele sprekende voorbeelden.³⁶ In dit conflict sloegen Hamas-strijders soms wapens op in huizen van burgers. Een woonhuis mag als burgerobject geen direct doel van een militaire aanval vormen.³⁷ Hamas trachtte dus door misbruik te maken van de status van het woonhuis, de wapens veilig te stellen.

Burgerobjecten kunnen echter door de aanwezigheid van die wapens hun beschermde status verliezen, zodat de huizen met daarin de wapenopslagplaatsen, onder bepaalde voorwaarden mochten worden aangevallen. Gezien de kans op burgerslachtoffers moest Israël de burgerbevolking waarschuwen voor de aanstaande aanvallen.³⁸ Israël vulde die verplichting onder meer in door de bewoners van het betreffende huis te bellen met de mededeling dat de aanwezigheid van de wapenopslagplaats in het huis bekend was en dat deze vanuit de lucht zou worden aangevallen.³⁹ Hamas en de lokale bevolking waren ervan op de hoogte dat de aanwezigheid van burgers Israël ertoe kon brengen af te zien van de voorgenomen aanval. Het effect van het telefoontje was dan ook niet dat de bewoners uit hun huis vluchtten, maar dat zij samen met buurtgenoten op het dak van het huis klommen om zo het huis (en de wapenopslagplaats) te beschermen. Wanneer Israël onder die omstandigheden de aanval zou uitvoeren, nam de kans toe op een onevenredig aantal te verwachten burgerslachtoffers.⁴⁰ Hamas misbruikte het recht om zo Israël ervan te weerhouden een aanval uit te voeren dan wel in de situatie te brengen dat een aanval als strijdig met het humanitair oorlogsrecht kon worden beoordeeld.

³⁵ Mary Anastasia O'Grady, 'What about Columbia's Terrorists?' *Wall Street Journal*, 5 oktober 2001.

³⁶ Zie bijvoorbeeld J.C. van den Boogaard, 'Voorzorgsmaatregelen bij aanvallen en de legaliteit van de knock on the roof methode', *Militair Rechtelijk Tijdschrift* 2011, p. 262-275.

³⁷ Vgl. artikel 52, eerste lid van het Aanvullend Protocol bij de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949, betreffende de bescherming van slachtoffers van internationale gewapende conflicten (Aanvullend Protocol I); Bern, 12 december 1977 (Trb. 1978, 41; Nederlandse vertaling: Trb. 1980, 87).

³⁸ Artikel 57 Aanvullend Protocol I.

³⁹ Van den Boogaard 2011, p. 264.

⁴⁰ Artikel 57, tweede lid, onder iii van het Aanvullend Protocol I bepaalt kort gezegd dat het aantal burgerslachtoffers in verhouding moet staan met het te verwachten directe militaire voordeel. Overigens kan worden gezegd dat indien burgers zich zelf in deze positie brengen als *voluntary human shield*, zij direct deelnemen aan de vijandelikheden, waardoor zij hun beschermde status als burger onder het humanitair oorlogsrecht verliezen.

Misbruik van recht is niet alleen een praktijk van niet-statelijke actoren, zoals de voorgaande voorbeelden misschien suggereren. In 2011 waren voor Libië de NAVO-operaties in het kader van operatie *Unified Protector* aanleiding toevlucht te zoeken tot *lawfare*. Het rapport dat is opgesteld naar aanleiding van een onderzoek naar schendingen van het internationale humanitaire recht in opdracht van de *Human Rights Council* van de VN, vermeldt meerdere incidenten, waarbij Libische autoriteiten hebben getracht de NAVO neer te zetten als een partij die het humanitair oorlogsrecht overtrad.⁴¹ Herhaaldelijk werd het aantal burgerslachtoffers van NAVO-luchtaanvallen overdreven en zelfs was melding van het feit dat Libische militairen stoffelijke overschotten uit mortuaria ophaalden en bij door de NAVO aangevallen doelen neerlegden.⁴²

Dit soort voorbeelden zijn in vrijwel alle recente conflicten te vinden. Een partij die wordt geconfronteerd met deze vorm van *lawfare*, kan zich hiertegen maar tot op zekere hoogte verweren. Uitgangspunt is dat de eigen operaties moeten blijven plaatsvinden in overeenstemming met het recht. Misbruik van recht door een tegenstander biedt geen ruimte om in reactie hierop zelf in strijd met het recht te handelen.⁴³

Het belangrijkste voor staten die het slachtoffer dreigen te worden van onwettige vormen van *lawfare*, is te zorgen dat alle aantijgingen zo snel mogelijk worden weerlegd. De NAVO is naar aanleiding van vragen over de inzet van het luchtwapen in Libië uitgebreid ingegaan op vragen van de *International Commission of Inquiry on Libya*. Hierbij zijn de procedures voor het uitvoeren van luchtaanvallen toegelicht en zijn specifieke aanvallen geanalyseerd.⁴⁴

Om valse aantijgingen te kunnen weerleggen, moeten partijen operaties zo goed mogelijk documenteren. In dit verband legt Israël bijvoorbeeld acties die mogelijk door de tegenpartij kunnen worden uitgebuit, vast op foto en video. Hiervoor zijn in legereenheden gespecialiseerde teams opgenomen die lopende operaties vrijwel *live* vastleggen.⁴⁵ Met deze werkwijze die zij aanduiden als *operational verification*, tracht Israël zo snel mogelijk het eigen optreden naar het publiek toe te rechtvaardigen en ongegronde beschuldigingen van oorlogsmisdrijven te voorkomen.

In operaties in Afghanistan en Irak werden de buitenlandse troepen regelmatig geconfronteerd met ongefundeerde meldingen over mishandeling van gevangenen. Amerikaanse militairen in Afghanistan vonden informatie die erop duidde dat de Taliban wist dat de Amerikaanse troepen elke klacht over de behandeling van detainees moeten onderzoeken en dat de Taliban daarom bij elke verplaatsing van een detainee naar een andere detentiefaciliteit een klacht over

⁴¹ UN Doc A/HRC/19/68 (2012), Report of the *International Commission of Inquiry on Libya*, 2 maart 2012, par. 617 e.v.

⁴² Idem, par. 618.

⁴³ Een staat kan wel bepaalde tegenmaatregelen nemen in reactie op een internationale onrechtmatige daad in overeenstemming met artikel 22 van de *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, UN Doc A/RES/56/83 (2002) van 28 januari 2002. Zie voor commentaar: UN Doc A/56/10 (2001), ILC Report on the work of its fifty-third session, Chp. IV, State Responsibility, p. 75 en 76. Represailles wegens schending van het oorlogsrecht zijn overigens buitengewoon controversieel; vgl. R. Kolb & R. Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Oxford-Portland: Hart Publishing 2008, p. 173-177.

⁴⁴ Zie Annex II, Correspondance from NATO to the International Commission of Inquiry on Libya bij: UN Doc A/HRC/19/68 (2012), Report of the International Commission of Inquiry on Libya, 2 maart 2012.

⁴⁵ N. Shachtman, 'Israelis Use Combat Cameramen to Justify Strikes on Schools, Mosques', *Wired* 13 januari 2009; Internet: <www.wired.com/dangerroom/2009/01/israelis-docume/#more-4612> en Charles J. Dunlap 2009, p. 36.

mishandeling liet indienen.⁴⁶ Dergelijke klachten kunnen alleen worden weerlegd als voortdurend informatie wordt bijgehouden over de toestand van een detainee en de situatie waarin hij verkeert.

Hoewel deze vorm van *counter-lawfare* voorkomt dat de tegenstander de situatie in eigen voordeel kan uitbuiten, zijn de aantijgingen in zoverre succesvol dat het kostbare tijd en middelen vergt die niet kunnen worden besteed aan de directe bestrijding van de tegenstander. Bij moderne operaties zal al in de planningsfase met vooral deze vorm van *lawfare* rekening moeten worden gehouden en zullen tegenmaatregelen moeten worden uitgedacht en beoefend.

Gebruik van recht

In de tweede benadering ligt het accent op de ‘inzet’ van recht met een vergelijkbaar effect als het gebruik van traditionele militaire middelen om het operationele doel te bereiken.⁴⁷ De rechtmatige (lees: correcte) toepassing van een juridisch instrument is dan ondersteunend aan *mission accomplishment*. Een Israëliische militair jurist gaf bijvoorbeeld in het kader van de hierboven genoemde operatie *Cast Lead* aan dat het doel van de juristen was het leger de middelen te geven om de oorlog op legale manier te winnen.⁴⁸

Een voorbeeld van *lawfare* was de Israëliische aanpak van de Gazavloot die gepland was voor de zomer van 2011 en waarvoor de voorbereidingen in een vergevorderd stadium waren. De internationale *Free Gaza Movement* is een organisatie die zich tot doel stelt de Israëliische blokkade van de Gazastrook te doorbreken door het sturen van scheepskonvoien met hulpgoederen. Een poging in mei 2010 liep uit op een gewelddadige confrontatie met het Israëliische leger, waarbij meerdere actievoerders om het leven kwamen. Toen in 2011 schepen zich in Griekenland verzamelden voor een nieuw konvooi, probeerde Israël te voorkomen dat het konvooi zou uitvaren, onder meer met de inzet van juridische middelen.⁴⁹ Zo werden verzekeringsmaatschappijen en bedrijven die satellietverbindingen verzorgden, bedreigd met juridische procedures wegens het onderhouden van banden met terroristen. Verder werden op basis van een vrijwel vergeten Grieks wetsartikel juridische procedures ingesteld om schepen van actievoerders die niet zeewaardig zouden zijn aan de ketting te leggen. Het uitvaren van het konvooi kon met deze middelen niet worden voorkomen, maar heeft het wel vertraagd en verzwakt zonder dat hiervoor militaire middelen hoefden te worden ingezet.

Lawfare in oneigenlijke zin

Niet alle rechtstoepassing in relatie tot militaire operaties moet onder het kopje *lawfare* worden geplaatst. Zoals hierboven aangegeven moeten militairen hun taak uitvoeren in overeenstemming met het recht. Naleving van het recht draagt in zijn algemeenheid bij aan het slagen van een missie.⁵⁰ Immers, wanneer buitenlandse militairen binnen de grenzen van hun bevoegdheden optreden en daarbij de rechten van de lokale bevolking eerbiedigen, zal hun aanwezigheid minder weerstand oproepen. Dit heeft als resultaat dat de lokale bevolking de

⁴⁶ C. Peter Dungan, ‘Fighting *Lawfare* at the Special Operations Task Force Level’, *Special Warfare* maart-april 2008, p. 10.

⁴⁷ Charles J. Dunlap Jr., ‘Does *Lawfare* Need an Apologia?’, *Case Western Reserve Journal of International Law* 2010, p. 122.

⁴⁸ Eyal Weizman, ‘Legislative Attack’, *27 Theory, Culture & Society* 6, 2010, p. 13.

⁴⁹ Sander Heijne, ‘Onrust groeit bij Gazavloot: de vakantiedagen raken op’, *De Volkskrant* vrijdag 1 juli 2011.

⁵⁰ Zie Waters 2010, p. 41.

militairen sneller zal tolereren, wat de uitvoering van de missie ten goede kan komen. Dat gegeven op zich maakt naleving van het recht nog geen *lawfare*.

Dat zou anders kunnen zijn als het gebruik of toepassing van het recht is gericht op het verruimen van de mogelijkheden voor militair optreden. Zo is gesuggereerd dat Israël tijdens operatie *Cast Lead* met de uitgebreide inzet van juristen bewust de randen van het oorlogsrecht opzocht met het doel de mogelijkheden voor optreden onder het humanitair oorlogsrecht te verruimen.⁵¹ In deze gedachtegang zou een ruimhartige Israëlische interpretatie van het humanitair oorlogsrecht, wat de mogelijkheden voor geweldgebruik vergroot, tot internationale navolging kunnen leiden in de strijd tegen het terrorisme. Hierdoor zouden die regels kunnen overgaan tot internationaal gewoonterecht.⁵²

Deze, in mijn ogen, wat cynische benadering van *lawfare* gaat voorbij aan de realiteit. Militair juristen zullen hun commandanten adviseren, zodat deze binnen de grenzen van het recht hun missie kunnen uitvoeren. De vorige alinea suggereert dat Israël bewust de grenzen van het recht overschreed met de verwachting dat het optreden op termijn tot een ruimere internationale interpretatie van het recht zou leiden. De hedendaagse praktijk van het humanitair oorlogsrecht heeft echter laten zien dat in het algemeen gewapende conflicten zelden tot een ruimere uitleg van het recht leiden, maar eerder tot verdere regulering daarvan.

Naleving van het recht impliceert eveneens dat in het uiterste geval het militaire optreden aan het recht moet kunnen worden getoetst. Zo zal het openbaar ministerie de rechtmatigheid van geweldgebruik door militairen moeten kunnen onderzoeken of zal een mensenrechtenadvocaat een slachtoffer van een vermeende schending van zijn mensenrechten, gepleegd door militairen in het uitzendgebied, moeten kunnen helpen een civiele procedure te initiëren.

Dergelijke procedures kunnen impact hebben op de militaire operaties die een staat uitvoert. Het gebruik van juridische middelen is echter in het algemeen geen middel om een operationeel doel te bereiken en moet daarom niet worden opgevat als *lawfare*. Simpel gezegd: de toepassing van het recht is nog geen *lawfare*. Het is echter soms moeilijk de grens scherp te trekken, wat ruimte biedt het gebruik van recht anders te benaderen.

Een staat kan het instellen van juridische procedures die samenhangen met militaire operaties, opvatten als kritiek op het eigen beleid, wat aan de effectieve uitvoering van dat beleid in de weg staat. Het om deze reden typeren van het gebruik van recht als *lawfare*, houdt het gevaar in zich dat het gebruik van rechtmatige juridische procedures wordt gelijkgesteld met steun aan een tegenstander of dat het recht zelf als een gevaar wordt gezien.⁵³ De Amerikaanse *National Defense Strategy* uit 2005 neigde naar dit laatste. Onder de noemer van kwetsbaarheden van de VS werd onder meer gesteld:

Our strength as a nation state will continue to be challenged by those who employ a strategy of the weak using international fora, judicial processes, and terrorism.⁵⁴

⁵¹ Eyal Weizman, 'Legislative Attack', *27 Theory, Culture & Society* 6, 2010, p. 24.

⁵² Asa Kasher, 'Operation Cast Lead and the Ethics of Just War' *Azure* 2009, p. 43-75, aangehaald in Eyal Weizman, 'Legislative Attack', *27 Theory, Culture & Society* 6, 2010, p. 24.

⁵³ Horton 2010, p. 167-168.

⁵⁴ *The National Defense Strategy of the United States*, Internet: <www.defense.gov/news/Apr2005/d20050408strategy.pdf>.

Een voorbeeld van het gebruik van *lawfare* in deze oneigenlijke zin vormen de perikelen rond de *enemy combatants* die de VS in Guantanamo Bay gevangen houden. De VS hebben daar al meer dan een eeuw een marinebasis in gebruik die zij van Cuba pachten op basis van een verdrag dat hen vrijwel soevereine rechten toekent.⁵⁵ Het blijft echter buitenlands grondgebied, zodat de Amerikaanse wetgeving daar niet in volle omvang van toepassing is. Zo leek deze locatie buiten de rechtsmacht van Amerikaanse rechtbanken te vallen, wat in 2002 mede bepalend was bij de keuze voor Guantanamo Bay als vestigingsplaats van de detentiefaciliteiten voor in Afghanistan en later in Irak aangehouden personen.⁵⁶

Toch kan deze zet niet voorkomen dat de gedetineerden juridische procedures in de VS kunnen instellen over onder meer de rechtmatigheid van hun detentie (zogeneten *habeas corpus* verzoeken).⁵⁷ Hierbij laten zij zich juridisch bijstaan door Amerikaanse juristen.⁵⁸ Een feit dat niet goed viel binnen bepaalde kringen in de VS, waardoor de juristen soms werden bestempeld als vijanden van de staat die met hun pleidooien de oorlogvoering in de rechtszaal voortzetten.⁵⁹ Gedachtegoed dat ook binnen regeringskringen leefde, wat bijvoorbeeld bleek toen een hooggeplaatste ambtenaar in een radio-interview de aanval op deze advocaten opende. Hij vroeg zich af of Amerikaanse bedrijven zich in een proces nog wel zouden willen laten vertegenwoordigen door met name genoemde, gerenommeerde advocatenfirma's die gevangenen in Guantanamo Bay verdedigen.⁶⁰

Deze benadering, waarin de (rechtmatige) toepassing van het recht in principe als een aanval wordt gezien op het eigen overheidsoptreden,⁶¹ staat haaks op het rechtsstaatprincipe dat een staat gebaseerd is op het recht en zelf daar ook aan is gehouden. Niet de rechtszaken zelf doen afbreuk aan het gezag van de staat of de effectiviteit van de troepen, maar juist de incidenten waarover wordt geprocedeerd.⁶² Rechtbanken zijn er om het crimineel gedrag tegen te gaan dat, zoals Dunlap in militaire termen aangeeft, een zelfde uitwerking kan hebben als een militaire nederlaag op het slagveld. In die zin zijn de misstanden in de Abu Ghraib gevangenis in Irak bijvoorbeeld "*clearly a defeat*".⁶³ Daarom heeft Dunlap nadrukkelijk afstand genomen van elke interpretatie van *lawfare* die mensen als terrorist wegzet die "...*legitimately using the courts to challenge any governmental action*".⁶⁴

Een militair voelt zich misschien niet direct comfortabel bij de gedachte dat juridische procedures kunnen worden ingesteld in verband met militair optreden waar collega's zich naar

⁵⁵ *Agreement between the United States and Cuba for the Lease of Lands for Coaling and Naval Stations*; 23 februari 1903 (Internet: <avalon.law.yale.edu/20th_century/dip_cuba002.asp>) uitgewerkt in de *Lease to the United States by the Government of Cuba of Certain Areas of Land and Water for Naval or Coaling Stations in Guantanamo and Bahia Honda*; Havana, 2 juli 1903 (Internet: <avalon.law.yale.edu/20th_century/dip_cuba003.asp>).

⁵⁶ Horton 2010, p. 171.

⁵⁷ Zie bijvoorbeeld Hooggerichtshof 12 juni 2008, *Boumediene v. Bush*, Internet: <www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-1195.pdf>.

⁵⁸ In eerste instantie waren advocaten nog zeer terughoudend, maar die houding verdween al snel; Luban 2008, p. 1989.

⁵⁹ Horton 2010, p. 168; zie ook David Luban, 'Lawfare and Legal Ethics in Guantánamo', *Stanford Law Review* 2008, p. 2021.

⁶⁰ Het kostte de ambtenaar uiteindelijk zijn baan, maar het is geopperd dat dit meer aan zijn aanpak lag, dan aan de inhoud van zijn melding; Luban 2008, p. 1983.

⁶¹ Zie bijvoorbeeld de site van de organisatie 'The Lawfare Project': <www.thelawfareproject.org>.

⁶² Vgl. Scharf & Andersen 2010, p. 19.

⁶³ Dunlap 2008, p. 148.

⁶⁴ Dunlap 2008, p. 149. Zie ook Waters 2010, p. 42-47 die betoogt dat recht zich in het algemeen juist zeer positief verhoudt tot aangelegenheden rond militaire operaties.

beste eer en geweten hebben ingezet om een internationaal mandaat uit te voeren met volledig respect voor de lokale bevolking en hun rechten.⁶⁵ Als die procedures of degenen die de procedures voeren, worden gevoeld als 'een hinderlijke luis in de pels', past hier eigenlijk maar één actie. Zorg dat de pels schoon is en blijft. Uiteindelijk zullen de juridische procedures geen afbreuk aan het optreden doen, maar de rechtmatigheid ervan bevestigen en versterken.

Tot slot

Lawfare is een begrip dat verwijst naar zowel gebruik van recht als rechtsmisbruik ter vervanging van traditionele militaire middelen om een militair doel te bereiken. Het instrumentele karakter van militair operationeel recht als middel dat bijdraagt aan *mission accomplishment*, heeft raakvlakken met *lawfare* in de zin van het gebruik van recht in plaats van de inzet van militaire middelen. Daar staat het misbruik van recht tegenover, waarbij een partij in een conflict de wil van de andere partij om in overeenstemming met het recht te opereren, tegen hem gebruikt door misbruik van het recht te maken.

Deze twee tegenovergestelde benaderingen worden met elkaar verbonden in het begrip *lawfare*, doordat ze beide als middel dienen om een militair doel te bereiken. Dat doelgerichte ontbreekt bij de normale toepassing van recht dat past binnen de beginselen van een rechtstaat. Toch wordt *lawfare* soms gehanteerd in verband met juridische procedures die worden ingesteld ten aanzien van vermeende inbreuken op het recht naar aanleiding van optreden van militairen. In deze benadering worden het recht zelf en vooral de beoefenaars van dat recht onterecht in een verdachte hoek geschoven en wordt voorbij gegaan aan het eigen mogelijk onrechtmatig handelen. Daarom moet deze benadering van *lawfare* worden afgewezen.

Lawfare kan een nuttig concept zijn om de relatie tussen recht en gebruik van militair geweld uit te leggen. Daarbij moet men zich wel bewust zijn van de grote verschillen in de interpretatie van *lawfare* en mag niet bij voorbaat worden aangenomen dat die verschillen voor iedereen duidelijk zijn. Daarom moet bij gebruik van het begrip *lawfare* steeds worden aangegeven welke betekenis de gebruiker daaraan toekent, bij voorkeur onder verwijzing naar de door Dunlap gebruikte definitie die in de inleiding van deze bijdrage is gebruikt.

⁶⁵ Zie bijvoorbeeld W.G.L. Mackinlay, Perceptions and Misconceptions: How are International and UK Law Perceived to Affect Military Commanders and Their Subordinates on Operations? *Defence Studies* 2007, p. 111-160.

Het einde van een lijdensweg

DOOR R. VAN DEN HEUVEL¹

Ongeveer een jaar geleden sprak ik in dit tijdschrift de hoop uit, dat de “lijdensweg van het militaire (straf)recht” ten einde zou lopen.² Die wens is uitgekomen.

Bij Koninklijke Boodschap van 6 oktober 2012³ werd aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, aan de Staten van Aruba, aan de Staten van Curaçao en aan de Staten van Sint Maarten aangeboden het “voorstel van rijkswet tot aanpassing van de Wet militaire strafrechtspraak, het Wetboek van Militair Strafrecht en de Wet militair tuchtrecht in verband met gewijzigde regelgeving en herstel van technische onvolkomenheden”.

De behandeling in het parlement verliep bijzonder vlot; welhaast saai. In beide kamers bracht de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie een blanco verslag uit.⁴ En in beide kamers werd het voorstel, op 22 november 2012 resp. op 11 december 2012, zonder beraadslaging en zonder stemming aangenomen.⁵

De wet verscheen op 24 januari 2013 in het Staatsblad⁶ en zal op 1 juli 2013 (grotendeels)⁷ in werking treden.⁸

De in mijn vorige artikeltje genoemde aanbevelingen zijn grotendeels overgenomen.⁹ Zo is de maximale zittingsduur van de militaire leden van rechtbank en hof verlengd tot driemaal vier jaar en geldt er voor hen geen bijzondere (voor rechters nogal lage) leeftijdsgrens meer.

De NVvR had de vraag voorgelegd waarom in hoger beroep uitsluitend is voorzien in een meervoudige kamer en dus niet ook in een enkelvoudige kamer. Naar aanleiding hiervan wordt in de Memorie van Toelichting opgemerkt dat de Ministers een enkelvoudige kamer bij het gerechtshof niet wenselijk achten, omdat de in dat geval alleensprekende rechter enkel een rechterlijk ambtenaar met rechtspraak belast kan zijn. Dit zou tot gevolg hebben dat in voorkomende gevallen bij kantonzaken en politierechterzaken zowel in eerste als in tweede instantie geen militair lid bij de berechting betrokken is. In verband met de bijzonderheden van de militaire praktijk is het volgens hen onwenselijk wanneer ook in tweede instantie de inbreng

¹Voorzitter van de militaire kamer van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

²Zie: R. van den Heuvel, *Loopt de lijdensweg van het militaire (straf)recht ten einde*, MRT 2012, p. 193.

³*Kamerstukken II*, 2012-2013, 33429 (R1988), nr. 1.

⁴*Kamerstukken II*, 2012-2013, 33429 (R1988), nr. 4; *Kamerstukken I*, 2012-2013, 33429 (R1988), B.

⁵*Handelingen II*, 2012-2013, nr. 26, item 3, p. 3; *Handelingen I*, 2012-2013, nr. 11, item 3, p. 20.

⁶Stb. 2013, 25.

⁷Met uitzondering van een paar onderdelen die te maken hebben met de strafbeschikking.

⁸Besluit van 8 februari 2013 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding (etc.), Stb. 2013, 51.

⁹Zie voor de adviezen van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, de Raad voor de rechtspraak en het College van Procureurs-Generaal de resp. bijlagen bij de Memorie van Toelichting (*Kamerstukken II*, 2012-2013, 33429 (R1988), nr. 3. De Nederlandse Orde van Advocaten heeft afgezien van advisering (MvT, p. 1).

WETGEVING

van deskundigheid op het terrein van militaire aangelegenheden door een militair lid niet gegarandeerd is.¹⁰

De eveneens gevraagde concentratie van de behandeling van militaire zaken in de zittingsplaats Arnhem van de rechtbank Gelderland resp. het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden is niet in de wet zelf vastgelegd. Hierin wordt voorzien in de zaaksverdelingsreglementen van beide colleges.¹¹

Met de invoering van deze rijkswet is de militaire strafrechtspleging weer up to date en meer toekomstbestendig gemaakt. Nooit wanhopen¹², dus.

¹⁰ *Kamerstukken II*, 2012-2013, 33429 (R1988), nr. 3, p. 5-6.

¹¹ Zie de Zaaksverdelingsreglementen van de Rechtspraak, *Stcrt.* 7 januari 2013, nr. 565. Daarin is nog sprake van de rechtbank Oost-Nederland; vanaf 1 april 2013 wordt in de artikelen 49 en 55 RO de rechtbank Gelderland als het met militaire rechtspraak belaste college genoemd.

¹² Vrij naar N. Keijzer, Hoop en wanhoop om het oorlogsstrafrecht.

Mensenrechten op zee

De zaak *Hirsi Jamaa a.o. vs Italy*
(Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 23 februari 2012)¹

DOOR MR. DR. M. DEN HEIJER²

In het arrest Hirsi stelt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vast dat de Italiaanse terugleidingen van bootmigranten naar Libië in het jaar 2009 in strijd waren met het verbod van refoulement en het verbod van collectieve uitzetting. Deze bijdrage bespreekt het arrest. De eisen die het Europees Hof stelt aan onderscheppingen van migranten op zee zijn onder meer relevant voor de Nederlandse deelname aan Frontex-operaties. Zij geven ook in meer algemene zin richting aan de pogingen om in het kader van de Europese Unie tot een regulering van maritieme grenscontroles te komen.

Inleiding

In februari 2012 deed het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) uitspraak in de zaak van Hirsi Jamaa en anderen tegen Italië. Hirsi Sadik Jamaa en 23 andere verzoekers maakten deel uit van een grotere groep migranten die per boot in mei 2009 vanuit Libië de oversteek naar Italië probeerden te maken. De migranten werden op volle zee onderschept door de Italiaanse kustwacht en zonder enige vorm van procedure teruggeleid naar Libië. De Grote Kamer van het EHRM concludeert unaniem tot schending van het verbod van onmenselijke behandeling (art. 3 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, EVRM), het recht op een effectief rechtsmiddel (art. 13 EVRM) en het verbod van collectieve uitzetting (art. 4 Vierde Protocol EVRM). Het arrest is van direct belang voor de wijze waarop migratiecontroles op zee worden uitgevoerd, waaronder operaties ingesteld door het Europees Agentschap voor beheer van de operationele samenwerking van de buitengrenzen van de lidstaten van de Europese Unie (Frontex). Ook in meer algemene zin, voortbouwend op eerdere uitspraken in de zaken *Medvedyev* en *Rigopoulos*, duidt het EHRM welke toepassing gegeven moet worden aan mensenrechten op zee.³ Het EHRM maakt duidelijk dat het EVRM van toepassing is op maritieme onderscheppingen, ongeacht het doel en de aard van de operatie; dat de terugleiding van migranten naar een onveilig land in strijd kan komen met art. 3 EVRM; en dat dergelijke operaties daarom moeten zijn omgeven met betekenisvolle procedurele waarborgen.

De feiten

De 24 verzoekers, 11 met de nationaliteit van Somalië en 13 met de nationaliteit van Eritrea, behoorden tot een groep van ongeveer 200 migranten die Libië in mei 2009 aan boord van drie boten

¹ Nr 27765/09 (GK).

² Auteur is Universitair docent internationaal recht, Universiteit van Amsterdam.

³ EHRM 29 maart 2010, *Medvedyev t. Frankrijk*, nr. 3394/03 (GK); EHRM 12 januari 1999, *Rigopoulos t. Spanje*, nr. 37388/97 (ontv. besl.).

verlieten met als doel Italië. Op 6 mei 2009 werden zij, 35 zeemijl uit de kust van het Italiaanse eiland Lampedusa, onderschept door de Italiaanse kustwacht en overgezet op Italiaanse marineschepen. De migranten werden overgebracht naar de haven van Tripoli en overgedragen aan de Libische autoriteiten. De operatie was de eerste van een reeks die door de VN-Vluchtelingenorganisatie (UNHCR) werd bestempeld als “push-backs”.⁴ In de periode mei-november 2009 werden negen van dergelijke onderscheppingen uitgevoerd, waarmee in totaal 834 migranten werden teruggeleid naar Libië en een kleiner aantal naar Algerije.⁵ De operaties waren mogelijk omdat Italië in de jaren ervoor een aantal bilaterale overeenkomsten had gesloten met Libië, waaronder een vriendschapsverdrag in 2008. Die overeenkomsten voorzagen in een terugnameverplichting van Libië, de donatie van Italiaanse patrouilleschepen aan Libië en het gemeenschappelijk uitvoeren van maritieme surveillance.

Alhoewel de *push backs* vanuit een controleperspectief een groot succes waren – het aantal aankomsten van bootmigranten in Italië daalde in het jaar 2009 met maar liefst 96%⁶ – werden zij vanuit mensenrechtelijke hoek en door de UNHCR bekritiseerd.⁷ Het Europees Comité ter Preventie van Foltering en Onmenselijke of Vernederende Behandeling of Bestrafing (CPT) bracht in juli 2009 een spoedbezoek aan Italië en concludeerde dat de operaties een schending opleverden van het onder meer in art. 3 EVRM vervatte beginsel van *non-refoulement*, gelet op de mensenrechtelijke risico's die de migranten na terugkeer liepen in Libië.⁸

Rechtsmacht in de zin van artikel I EVRM op zee

Een algemene voorwaarde voor de toepasselijkheid van het EVRM is dat verzoekers zich binnen de rechtsmacht van de verdragsstaat in kwestie bevinden (art. I EVRM). Viel de Hirsi-groep gedurende de operatie binnen de Italiaanse rechtsmacht? Het Hof beantwoordt die vraag bevestigend:

*The Court observes that in the instant case the events took place entirely on board ships of the Italian armed forces, the crews of which were composed exclusively of Italian military personnel. In the Court's opinion, in the period between boarding the ships of the Italian armed forces and being handed over to the Libyan authorities, the applicants were under the continuous and exclusive de jure and de facto control of the Italian authorities. Speculation as to the nature and purpose of the intervention of the Italian ships on the high seas would not lead the Court to any other conclusion.*⁹

Het Hof concludeert dat de migranten zowel binnen de *de jure* rechtsmacht van Italië vielen (op grond van het vlaggenstaatsbeginsel) als binnen zijn *de facto* rechtsmacht (vanwege de fei-

⁴ UNHCR Briefing note 14 July 2009, 'UNHCR interviews asylum seekers pushed back to Libya' <www.unhcr.org/4a5c638b6.html>.

⁵ UNHCR, Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of Hirsi and Others v. Italy, maart 2010 <www.unhcr.org/refworld/docid/4b97778d2.html>.

⁶ EU Observer 3 augustus 2010, '50% drop in EU irregular migrant border crossings after Italy-Libya pact' <euobserver.com/news/30580>.

⁷ Human Rights Watch, 'Pushed Back, Pushed Around. Italy's Forced Return of Boat Migrants and Asylum Seekers, Libya's Mistreatment of Migrants and Asylum Seekers', New York, september 2009; Amnesty International, 'Libya of Tomorrow. What Hope for Human Rights?', Londen, juni 2010.

⁸ Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment from 27 to 31 July 2009, CPT/Inf (2010) 14, 28 april 2010.

⁹ EHRM 23 februari 2012 *Hirsi Jamaa e.a. t. Italië*, nr. 27765/09, par. 81.

telijke controle die door de Italiaanse autoriteiten over de migranten werd uitgeoefend). Die conclusie strookt met de beginselen over de extraterritoriale toepassing van het EVRM zoals neergelegd in *Bankovic* en later verfijnd in onder meer *Al-Skeini*.¹⁰ In *Medvedyev*, een zaak betreffende een Franse anti-drugs operatie op volle zee, had het EHRM reeds uitgelegd dat uit 'het bijzondere karakter van de maritieme omgeving' niet volgt dat het EVRM daar niet van toepassing kan zijn.¹¹ Ook van belang is dat het Hof het Italiaanse argument verwerpt dat de operatie een reddingsoperatie was, waarop louter het internationaal zeerecht van toepassing is. Italië had gesteld dat het geen "absolute en exclusieve controle over de migranten uitoefende" en dat de zeerechtelijke verplichting om assistentie te verlenen onvoldoende was om de migranten binnen zijn rechtsmacht in de zin van het EVRM te brengen. Een dergelijk argument was destijds ook aangebracht door Spanje voor het VN Anti-Foltercomité in de zaak *Marine I*, over een Spaanse reddingsoperatie die uitmondde in de detentie van 369 migranten in een visfabriek in Mauritanië.¹² Net als het VN Anti-Foltercomité verwerpt het EHRM die redenering:

Moreover, Italy cannot circumvent its "jurisdiction" under the Convention by describing the events at issue as rescue operations on the high seas. In particular, the Court cannot subscribe to the Government's argument that Italy was not responsible for the fate of the applicants on account of the allegedly minimal control exercised by the authorities over the parties concerned at the material time. (par. 79)

Het Hof benadrukt dat de verzoekers aan boord van de Italiaanse schepen waren gebracht en daarom binnen de exclusieve Italiaanse rechtsmacht vielen. Dan zijn het doel en de aard van de onderschepping niet relevant voor de vraag of het EVRM van toepassing is. Die redenering strookt overigens ook met de vaste jurisprudentie van het Hof dat de gelijktijdige toepassing van andere internationale verplichtingen de toepassing van het EVRM niet uitsluit.¹³ Het praktische gevolg van het arrest op dit punt is dat (kust)staten in voorkomende gevallen niet slechts noodzaak kunnen zijn om eerst, in overeenstemming met art. 98 VN-Zeerechtverdrag en het Internationaal Verdrag inzake opsporing en redding op zee, assistentie te verlenen aan personen in nood op zee en om hen in veiligheid te brengen,¹⁴ maar aansluitend ook de mensenrechten in meer brede zin moeten verzekeren. Wat die verplichtingen ten aanzien van migranten inhouden werkt het Hof uit in de bespreking van de klachten die waren ingediend onder artt. 3, 13 EVRM en 4 Vierde Protocol EVRM.

Het verbod van refoulement op zee

Verzoekers hadden onder art. 3 EVRM geklaagd dat i) zij door de Italiaanse teruggeleiding waren blootgesteld aan onmenselijke behandeling in Libië en ii) zij zo eveneens waren blootgesteld aan een risico om door Libië te worden gerepatrieerd naar het onveilige Eritrea en

¹⁰ EHRM 12 december 2001, *Bankovic e.a. t. België en 17 andere verdragsstaten*, nr. 52207/99, EHRC 2002/13 m.nt. J. van der Velde; EHRM 7 juli 2010, *Al-Skeini e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 55721/07, EHRC 2011/156 m.nt. M. den Heijer.

¹¹ *Medvedyev t. Frankrijk*, par. 81. Zie ook *Rigopoulos t. Spanje*.

¹² VN Anti-Foltercomité 21 November 2008, *J.H.A. t. Spanje*, CAT/C/41/D/323/2007, par. 6.1, 8.2. Zie voor een uitgebreid commentaar: K. Wouters en M. den Heijer, 'The *Marine I* Case: a Comment', *International Journal of Refugee Law* Vol. 22, No. 1 (2008), p. 1-19.

¹³ O.m. EHRM 30 juni 2005, *Bosphorus t. Ierland*, nr. 45036/98, EHRC 2005/91 m.nt. Bulterman.

¹⁴ *Trb.* 1983, 83; *Trb.* 1980, 181.

Somalië. Italië stelde dat de onderscheppte migranten helemaal niet om asiel hadden gevraagd en dat, indien zij dat wel zouden hebben gedaan, zij onverwijld naar Italië zouden zijn gebracht.

Het Hof laat zich uiteindelijk niet uit over de vraag of de migranten om asiel (of iets dat daarop lijkt) hadden gevraagd maar maakt, in het licht van de beschikbare informatie over de mensenrechtelijke situatie in het toenmalige Libië, een meer fundamentele opmerking:

(...) In any event, the Court considers that it was for the national authorities, faced with a situation in which human rights were being systematically violated, as described above, to find out about the treatment to which the applicants would be exposed after their return (...). Having regard to the circumstances of the case, the fact that the parties concerned had failed to expressly request asylum did not exempt Italy from fulfilling its obligations under Article 3.¹⁵

Dat is een opmerkelijke overweging, omdat het Hof doorgaans veronderstelt dat er wel een zekere stelplicht aan de zijde van de asielzoeker is.¹⁶ Het Hof noteert dat uit algemeen beschikbare rapportages een verontrustend beeld rijst over de behandeling van clandestiene migranten in Libië. Zij lopen een reëel risico onder onmenselijke omstandigheden te worden gedetineerd of zelfs te worden gefolterd en, indien zij in vrijheid blijven of worden gesteld, om te worden onderworpen aan erbarmelijke leefomstandigheden, racisme en xenofobie. Uit die vaststelling volgt dat Italië een eigenstandige plicht had om de gevolgen van terugkeer te onderzoeken alvorens tot terugleiding over te gaan (par. 131). Omdat dit gevaar elke irreguliere migrant treft, levert ook het terugzenden van migranten zonder asielmotieven een schending van art. 3 EVRM op.

Een tweede schending van art. 3 EVRM door Italië betreft het risico van zogenoemde indirect *refoulement* naar Eritrea en Somalië. Over de situatie in die landen zegt het Hof:

The Court considers that all the information in its possession shows prima facie that the situation in Somalia and Eritrea posed and continues to pose widespread serious problems of insecurity. That finding, moreover, has not been disputed before the Court.

Consequently, the applicants could arguably claim that their repatriation would breach Article 3 of the Convention. The Court must now ascertain whether the Italian authorities could reasonably expect Libya to offer sufficient guarantees against arbitrary repatriation. (par. 151-152)

Deze overweging is niet geheel overtuigend. Uit recente jurisprudentie van het EHRM in zaken van Somalische of Eritrese asielzoekers volgt namelijk dat niet elke persoon met die nationaliteit een succesvol beroep op art. 3 EVRM kan doen (of een “arguable claim” heeft). Zo maakt het Hof ten aanzien van Somalië een onderscheid tussen personen uit de relatief veilige provincies Puntland en Somaliland en personen uit het door de militante Al Shabaab beheerste Zuid- en Centraal-Somalië.¹⁷ Het had daarom meer voor de hand gelegen als het Hof indringender de

¹⁵ EHRM 23 februari 2012 *Hirsi Jamaa e.a. t. Italië*, nr. 27765/09, par. 133.

¹⁶ Vgl. EHRM 28 februari 2008, *Saadi t. Italië*, nr. 37201/06, EHRC 2008/59 m.nt. VOLTJER.

¹⁷ EHRM 28 juni 2011, *Sufi en Elmi t. Verenigd Koninkrijk*, EHRC 2011/125, m.nt. den Heijer; EHRM 11 januari 2007, *Salah Sheekh t. Nederland*, EHRC 2007/36 m.nt. VOLTJER.

achtergrond en afkomst van de verzoekers had getoetst. Dat zou echter een afzonderlijke bespreking van 24 klachten onder art. 3 EVRM hebben gevegd. Bovendien zag het Hof zich gesteld voor het probleem dat het niet beschikte over gedetailleerde informatie over alle verzoekers.

Vervolgens stelt het Hof vast dat Libië het Vluchtelingenverdrag van 1951 niet heeft geratificeerd, geen asielprocedure kent, dat UNHCR slechts een beperkt mandaat heeft in Libië en dat er bewijs is van gedwongen uitzettingen door Libië (par. 153-154). Daaruit volgt dat Italië er niet vanuit mocht gaan dat Libië bescherming tegen repatriëring zou bieden:

(...) the Court considers that when the applicants were transferred to Libya, the Italian authorities knew or should have known that there were insufficient guarantees protecting the parties concerned from the risk of being arbitrarily returned to their countries of origin, having regard in particular to the lack of any asylum procedure and the impossibility of making the Libyan authorities recognise the refugee status granted by the UNHCR. (par. 156)

De eisen die het Hof stelt aan vluchtelingenrechtelijke bescherming door Libië als voorwaarde voor terugname van migranten zijn in het bijzonder relevant voor terugnameovereenkomsten waarover de EU thans onderhandelt met naburige landen zoals Turkije. Die overeenkomsten bevatten niet slechts terugnameverplichtingen van eigen onderdanen, maar, op instigatie van de EU, ook verplichtingen om migranten met een andere nationaliteit die via het betreffende derde land de EU zijn ingereisd, terug te nemen. Uit *Hirsi* volgt dat slechts uitvoering aan dergelijke overeenkomsten kan worden gegeven als eerst is onderzocht of het derde land in kwestie afdoende waarborgen tegen het terugsturen van asielzoekers biedt.

Dat het EHRM het in art. 3 EVRM vervatte *refoulement*-verbod ook van toepassing acht op zee is mogelijk van belang voor de behandeling van piraterijverdachten die zijn opgepakt in het kader van Operatie Atalanta rondom de Hoorn van Afrika. De rechtbank Keulen gaf bij beslissing van 11 november 2011 in die zin toepassing aan het EVRM.¹⁸ De Duitse rechter stelde vast dat de overdracht door de Duitse marine van een groep piraten aan Kenia in strijd was met art. 3 EVRM en art. 7 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR), gelet op de slechte detentieomstandigheden in Kenia en niettegenstaande toezeggingen van de zijde van Kenia dat de verdachten conform internationale mensenrechten behandeld zouden worden. Uiteraard is de context van anti-piraterij missies een andere dan operaties van migratiecontrole. Zo hoeft de onmiddellijke ontscheping van piraterijverdachten aan de kust – zonder dat tot strafrechtelijke vervolging wordt overgegaan – geen blootstelling aan een met art. 3 EVRM strijdige behandeling in te houden. In ieder specifiek geval kunnen de consequenties van overdracht verschillen.

Het verbod van collectieve uitzetting op zee

De beoordeling van de klacht onder art. 3 EVRM zag specifiek op de mensenrechtelijke risico's in Libië, Somalië en Eritrea. Van een meer algemeen belang voor de inrichting van maritieme grenscontroles is de beoordeling van het in art. 4 Vierde Protocol EVRM neergelegde verbod van collectieve

¹⁸Verwaltungsgericht Köln 11 juni 2011, 25 K 4280/09.

uitzetting. Bepaald vernieuwend is dat het EHRM dit in de rechtspraak zelden ingeroepen verbod van toepassing verklaart op operaties op zee. Het Italiaanse argument was dat de term uitzetting (“expulsion”) uitsluitend ziet op de verwijdering van personen uit het grondgebied van een staat (par. 160). Dit argument was in lijn met eerdere rechtspraak van het Britse House of Lords en het Amerikaanse Hooggerechtshof over het territoriale toepassingsbereik van het verbod van uitzetting zoals neergelegd in art. 33 van het Vluchtelingenverdrag van 1951.¹⁹ Ook de International Law Commission van de VN stelde zich onlangs, in het kader van een set ontwerpartikelen betreffende de uitzetting van vreemdelingen, op het standpunt dat het juridische begrip uitzetting slechts van toepassing is op verwijderingen uit het grondgebied van een staat.²⁰ Het EHRM ziet het anders:

The Court does not share the Government’s opinion on this point. It notes firstly that while the cases thus far examined have concerned individuals who were already, in various forms, on the territory of the country concerned, the wording of Article 4 of Protocol No. 4 does not in itself pose an obstacle to its extra-territorial application. It must be noted that Article 4 of Protocol No. 4 contains no reference to the notion of “territory”, whereas the wording of Article 3 of the same Protocol, on the contrary, specifically refers to the territorial scope of the prohibition on the expulsion of nationals. Likewise, Article 1 of Protocol No. 7 explicitly refers to the notion of territory regarding procedural safeguards relating to the expulsion of aliens lawfully resident in the territory of a State. In the Court’s view, that wording cannot be ignored. (par. 173)

Na dit tekstuele argument volgt een teleologisch argument:

The Court has already found that, according to the established caselaw of the Commission and of the Court, the purpose of Article 4 of Protocol No. 4 is to prevent States being able to remove certain aliens without examining their personal circumstances and, consequently, without enabling them to put forward their arguments against the measure taken by the relevant authority. If, therefore, Article 4 of Protocol No. 4 were to apply only to collective expulsions from the national territory of the States Parties to the Convention, a significant component of contemporary migratory patterns would not fall within the ambit of that provision, notwithstanding the fact that the conduct it is intended to prohibit can occur outside national territory and in particular, as in the instant case, on the high seas. Article 4 would thus be ineffective in practice with regard to such situations, which, however, are on the increase. The consequence of that would be that migrants having taken to the sea, often risking their lives, and not having managed to reach the borders of a State, would not be entitled to an examination of their personal circumstances before being expelled, unlike those travelling by land. (par. 177)

Maar daar stopt het niet. Het Hof trekt niet slechts de conclusie dat overdrachten op zee binnen de reikwijdte kunnen vallen van het verbod van collectieve uitzetting, maar geeft ook een ruime uitleg aan het type handelingen dat gedefinieerd moet worden als “uitzetting”:

¹⁹ Chris Sale, Acting Commissioner, Immigration and Naturalization Service, et al. v. Haitian Centers Council, Inc., et al., 509 U.S. 155, United States Supreme Court 21 juni 1993; Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and Another, Ex parte European Roma Rights Centre and Others, [2004] UKHL 55, House of Lords 9 december 2004.

²⁰ Volgens ontwerpartikel 7 lid 2: “Collective expulsion means an act or behaviour by which a State compels a group of aliens to leave its territory”, International Law Commission, Report of the fifty-ninth session (2007), A/62/10, p. 137.

Having regard to the foregoing, the Court considers that the removal of aliens carried out in the context of interceptions on the high seas by the authorities of a State in the exercise of their sovereign authority, the effect of which is to prevent migrants from reaching the borders of the State or even to push them back to another State, constitutes an exercise of jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention which engages the responsibility of the State in question under Article 4 of Protocol No. 4. (par. 180)

Het Hof lijkt hier te zeggen dat niet slechts de formele overdracht van personen aan een ander land, maar elke onderschepping die “het effect” heeft dat migranten worden weggehouden van de grens binnen de reikwijdte komt van het verbod van collectieve uitzetting. Het verbod zou dan ook van toepassing zijn op bijvoorbeeld weigeringen om bootmigranten toe te laten tot een haven of verdrijvingen van bootmigranten uit territoriale wateren. Dat zijn praktijken die veel vaker voorkomen dan terugleidingen à la Hirsi. Om één voorbeeld te geven: in maart 2011 werd de veerboot *Mistral Express* met aan boord 1800 personen van voornamelijk Marokkaanse afkomst eerst de toegang geweigerd tot de territoriale wateren van Malta en vervolgens verboden om bij te tanken in de Siciliaanse haven van Augusta.²¹ Ook Frontex maakt melding van zogeheten “diversions” in het kader van operaties die het coördineert. Zo zouden gedurende de operatie “Hera” in 2008 (in de wateren rond Spanje) 5.969 migranten zijn afgewend (“diverted back/deterred”).²² Dat betekent volgens het agentschap dat personen op zee “have either been convinced to turn back to safety or have been escorted back to the closest shore (Senegal or Mauritania)”.²³

Het belang van de toepasselijkheid van het verbod van collectieve uitzetting op maritieme onderscheppingen van migranten ligt besloten in de procedurele eisen die uit dat verbod volgen. Het is vaste jurisprudentie dat sprake is van collectieve uitzetting indien geen “redelijke en objectieve beoordeling” heeft plaatsgevonden van de individuele leden van de uitgezette groep (par. 166, 183-184). Omdat van individuele beoordelingen in de Italiaanse operatie geen sprake was, concludeert het Hof tot schending van het verbod:

In the instant case, the Court can only find that the transfer of the applicants to Libya was carried out without any form of examination of each applicant’s individual situation. It has not been disputed that the applicants were not subjected to any identification procedure by the Italian authorities, which restricted themselves to embarking all the intercepted migrants onto military ships and disembarking them on Libyan soil. Moreover, the Court notes that the personnel aboard the military ships were not trained to conduct individual interviews and were not assisted by interpreters or legal advisers. (par. 185)

Voordat tot uitzetting kan worden overgegaan moet dus identificatie en eventueel status-determinatie plaatsvinden. En dat veronderstelt de aanwezigheid van tolken en rechtsbijstand. Bovendien herhaalt het Hof in zijn bespreking van de klacht onder art. 13 EVRM in samenhang

²¹ *Financial Times* 15 maart 2011, ‘Italy blocks ship of migrants fleeing Libya’ <www.ft.com/intl/cms/s/0/cb970d36-4f0a-11e0-9c25-00144feab49a.html>.

²² *Frontex News Release* 17 februari 2009, ‘HERA 2008 and NAUTILUS 2008 Statistics’ <www.frontex.europa.eu/news/hera-2008-and-nautilus-2008-statistics-5KsnAL>.

²³ *Ibid.*

met art. 3 EVRM en art. 4 Vierde Protocol dat in geval van “arguable complaints” van schending van het *refoulement*-verbod en het verbod van collectieve uitzetting, het recht op een effectief rechtsmiddel een indringende toets vereist van een onafhankelijke instantie naar de risico’s als gevolg van uitzetting en de beschikbaarheid van een rechtsmiddel met schorsende werking (par. 199). Vertaald naar de *Hirsi*-groep betekent dit dat de migranten op zijn minst hadden moeten worden geïnformeerd over de aanwezigheid van rechtsmiddelen om de overdracht aan te vechten (par. 204-205).

Het Hof laat zich overigens niet uit over de vraag waar aan deze procedurele waarborgen invulling moet worden gegeven en sluit dus niet uit dat migranten aan boord worden geïnterviewd en worden geïnformeerd over hun rechten. Maar indien een migrant zich verzet tegen overbrenging naar een andere staat en indien dat verzet in de zin van artt. 3 EVRM of 4 Vierde Protocol “arguable” is, zal het recht op een procedurele ingang met schorsende werking toch snel impliceren dat de migrant eerst naar het grondgebied van de onderscheppende staat wordt gebracht.

Een punt dat wat mistig blijft is of de eisen die het Hof onder het verbod van collectieve uitzetting formuleert alleen van toepassing zijn op maritieme operaties waarbij migranten betrokken zijn, of dat zij in meer algemene zin gelden voor elke overdracht van een groep personen aan een ander land. Zou, om iets te noemen, een reddingsoperatie van de Franse kustwacht in de Straat van Dover van een groepje Britse pleziervaarders nu ook gepaard moeten gaan met garanties dat de geredde personen niet zomaar aan Engelse wal worden gebracht? Een dergelijke uitleg zou zich moeilijk verhouden met de gebruikelijke gang van zaken onder het zeerecht. Ik kan me moeilijk voorstellen dat het Hof zover heeft willen gaan. Uit par. 181 van het arrest, waarin het Hof verwijst naar de uitdrukkelijke Italiaanse intentie om irreguliere migranten niet de toegang te verschaffen, kan ook wel opgemaakt worden dat een dergelijke situatie niet binnen de reikwijdte van het verbod van collectieve uitzetting valt.

Implicaties voor de Nederlandse deelname aan maritieme operaties

De eisen die het Hof stelt aan maritieme onderscheppingen zijn relevant voor de Nederlandse deelname aan maritieme operaties die worden gecoördineerd door het Frontex-agentschap. Uit *Hirsi* volgt dat iedere migrant die op zee wordt onderschept procedureel dient te worden beschermd tegen verdrijving of terugleiding. Dat zal normaliter impliceren dat migranten eerst aan Europese wal worden gebracht, met het oog op het doorlopen van de gebruikelijke vreemdelingenrechtelijke procedures. Die eis geldt blijkens het arrest ook voor maritieme reddingsoperaties.

Hirsi noopt daarom tot herbezinning van Raadsbesluit 2010/252/EU, het juridische raamwerk voor maritieme grenscontroles en reddingsoperaties die worden gecoördineerd door het Frontex-agentschap.²⁴ Dat Raadsbesluit bevat verbindende voorschriften inzake door Frontex gecoördineerde zeegrensoperaties (onderscheppingen) en niet-bindende richtsnoeren inzake reddingsoperaties die zich in het kader van die operaties voor kunnen doen. Het Hof van Justitie bepaalde evenwel dat, omdat het Raadsbesluit verplicht om ook de niet-bindende richtsnoe-

²⁴ Raadsbesluit 2010/252/EU (PbEU 2010, L 111/20).

ren ten aanzien van reddingssituaties op te nemen in de operationele plannen van Frontex-operaties, zij “bestemd zijn om bindende rechtsgevolgen te sorteren”.²⁵ Het Hof van Justitie vernietigde op 5 september 2012 het Raadsbesluit omdat het essentiële onderdelen wijzigde van de Schengengrenscodex, die niet in een uitvoeringsbesluit mochten worden vastgesteld. Het Hof van Justitie hield wel de gevolgen van het Raadsbesluit in stand totdat het is vervangen.²⁶ Verwacht mag worden dat het Hirsi-arrest een belangrijke rol zal spelen in de onderhandelingen over een nieuw wetgevend besluit.

Het Raadsbesluit geeft onder meer de met *Hirsi* strijdige regel dat voorrang moet worden gegeven aan de ontschepping van geredde migranten in het derde land waarvandaan zij vertrokken.²⁷ Dat kan dus niet zonder meer. Verder rept het Raadsbesluit van een reeks van maatregelen die in het kader van “onderschepping” kunnen worden genomen, waaronder het “bevelen dat het schip zijn koers wijzigt met het oog op het verlaten of het niet binnenvaren van de territoriale wateren of de aansluitende zone” en het “schip of personen aan boord naar een derde land brengen of het schip of personen aan boord op een andere wijze aan de autoriteiten van een derde land overdragen”. Maar het EHRM veronderstelt dus dat dergelijke maatregelen worden voorafgegaan door deugdelijke, individuele procedures.²⁸

Het Raadsbesluit is kortom problematisch omdat het wel – overigens in overeenstemming met bepalingen van maritiem recht waaronder het vlaggenstaatsbeginsel – de bevoegdheden regelt van lidstaten om tot onderschepping en teruggeleiding van onderschepte personen over te gaan, maar geen procedurele waarborgen bevat die dan aan migranten moeten worden geboden. Waarborgen zoals het recht op beroep tegen toegangswijgering zijn wel neergelegd in de Schengengrenscodex, op basis waarvan het Raadsbesluit is aangenomen.²⁹ Maar die waarborgen worden door het Raadsbesluit effectief omzeild, omdat zij alleen gelden in het kader van de uitoefening van “grenscontroles” en het Raadsbesluit niet de voorschriften omtrent grenscontrole, maar die omtrent “grensbewaking” uitwerkt. Anders dan ten aanzien van “grenscontrole”, legt de Schengengrenscodex niet uit aan welke randvoorwaarden grensbewaking moet voldoen. Het Hirsi-arrest mag daarom worden beschouwd als opvulling van deze Unierechtelijke omis-sie: ook indien migranten worden onderworpen aan “grensbewaking”, dienen zij procedureel beschermd te worden tegen terugkeer.

Maar, zo kan afgevraagd worden, wat is dan nog eigenlijk het nut van het Frontex? Als in Frontex-operaties migranten niet zomaar mogen worden opgepikt en teruggestuurd, wordt het agentschap dan – in de woorden van PVV-kamerlid Fritsma, in debat met toenmalig minister Leers – geen veredelde loodsdienst tussen Afrika en Europa?³⁰

Fritsma: Hoe is het mogelijk dat zo veel mensen Italië konden bereiken? Ik stel deze vraag omdat we veel geld uitgeven aan Frontex, de Europese organisatie die de Europese buiten-grenzen moet bewaken.

²⁵ HvJ EU 5 september 2012, nr. C-355/10 (*Parlement/Raad*), par. 82.

²⁶ HvJ EU 5 september 2012, nr. C-355/10 (*Parlement/Raad*).

²⁷ Zie Bijlage, Deel II, par. 2. I.

²⁸ HvJ EU 5 september 2012, nr. C-355/10 (*Parlement/Raad*).

²⁹ Verordening 562/2006 (PbEU 2006, L 105/1).

³⁰ *Kamerstukken II 2010/11*, 30573, nr. 68.

Volgens mij heeft Frontex werkelijk nog niet één bootje tegen kunnen houden. De vraag lijkt mij dus gerechtvaardigd of Frontex op deze manier wel nut heeft. De dienst is klaarblijkelijk nog makkelijker te passeren dan de achterhoede van Willem II. Sterker nog, de illegalen worden door Frontex gewoon de Europese havens binnengeleid.

Het lijkt mij dat het idee van grensbewaking, en zo kan dat ook uit de Schengengrenscore opgemaakt worden, nimmer is geweest dat migranten dienen te worden belet om zich aan de grens te presenteren. De Schengengrenscore definieert grensbewaking als “de bewaking van de grenzen buiten de grensdoorlaatposten en de bewaking van de grensdoorlaatposten buiten de vastgestelde openingstijden om te voorkomen dat personen zich aan de grenscontroles onttrekken”.³¹ Grensbewaking is aldus ondersteunend aan de regel dat elke persoon die het Schengengebied wenst binnen te treden aan grenscontrole wordt onderworpen, dat wil zeggen dat wordt nagegaan dat “de betrokken personen, hun vervoermiddelen en de voorwerpen in hun bezit het grondgebied van de lidstaten mogen binnenkomen dan wel verlaten”.³² *Hirsi* mag gelezen worden als ondersteuning van deze Europeesrechtelijke logica: de maritieme surveillanceactiviteiten van Frontex moeten gericht zijn op het voorkomen van illegale grensoverschrijdingen en de vaststelling of migranten voldoen aan de toegangsvoorwaarden. Dat is iets anders dan het buitenrechtelijk verdrijven of terugsturen van bootmigranten.

Nederland heeft de deelname aan maritieme Frontex-missies afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat eventuele asiolverzoeken worden behandeld door de lidstaat dat het gastland is van de operatie.³³ Een asiolverzoek kan niet op een Nederlands schip worden gedaan, omdat de commandant van een Nederlands schip niet bevoegd is om een asiolverzoek in ontvangst te nemen.³⁴ In de praktijk lijkt het scenario dat Nederlandse schepen geconfronteerd worden met asiolverzoeken zich ook niet voor te doen, omdat de Nederlandse bijdrage aan maritieme Frontex-operaties zich beperkt tot het detecteren, volgen en rapporteren van bootjes met migranten, waarna de verantwoordelijkheid voor de onderschepping wordt gelaten aan de gastland-lidstaat.³⁵ Toch zou het mij goed lijken dat Nederland de deelname aan Frontex-missies niet slechts afhankelijk stelt van de opname in het operationele plan van een bepaling dat het gastland verantwoordelijk is voor asiolverzoeken. Ook zou het de eis moeten stellen dat, voor zover een operationeel plan voorziet in teruggeleidingen of in onderscheppingen in een derde land, het plan óók uitputtend de te respecteren mensenrechtelijke waarborgen regelt zoals zij nu zijn geformuleerd in *Hirsi*. Het gaat dan in het bijzonder om de plicht van voorafgaande identificatie en statusdeterminatie en om de beschikbaarheid van een rechtsmiddel. Bij ontstentenis van dergelijke waarborgen zou Nederland immers kunnen meewerken aan onrechtmatig optreden.

³¹ Verordening 562/2006, art. 2, elfde lid (PbEU 2006, L 105/1).

³² Verordening 562/2006, art. 2, tiende lid (PbEU 2006, L 105/1).

³³ *Kamerstukken II* 2009/10, 21501-28, nr. 61.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ ‘Marine beëindigt deelname grensbewakingsoperatie’, persbericht Ministerie van Defensie 1 juli 2011 <www.defensie.nl/actueel/nieuws/2011/07/01/46184376/Marine_beeindigt_deelname_grensbewakingsoperatie>.

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest van 12 juni 2012

LJN BW7948

Voorzitter: mr.A.J.A. van Dorst, raadsheren: mrs. B.C. de Savornin Lohman en J. de Hullu.

Onachtzame loadmaster?

Onder schuld als delictsbestanddeel wordt een min of meer grove of aanmerkelijke schuld verstaan. Of sprake is van dergelijke schuld in de zin van art. 307 Sr of art. 130 WMSr wordt bepaald door de manier waarop die schuld in de tenlastelegging nader is geconcretiseerd, en is voorts afhankelijk van het geheel van de gedragingen van de verdachte, de aard en de ernst daarvan en de overige omstandigheden van het geval. Het oordeel van het Hof dat wegens het ontbreken van voldoende verwijtbaarheid geen sprake is geweest van min of meer grove of aanmerkelijke schuld als in de tenlastelegging omschreven, geeft niet blijk van een onjuiste uitleg van art. 307 Sr of art. 130 WMSr.

(WMSr art. 130; Sr art. 307)

ARREST

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Arnhem, Militaire Kamer, van 21 september 2010, nummer 21/004898-08, in de strafzaak tegen:

[Verdachte], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum], wonende te [woonplaats].

I. Geding in cassatie

Het beroep is ingesteld door de Advocaat-Generaal bij het Hof. Deze heeft bij schriftuur een middel van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De raadslieden van de verdachte, mr. G.G.J. Knoops en mr. S.C. Post, beiden advocaat te Amsterdam, hebben het beroep tegengesproken.

De Advocaat-Generaal Vellinga heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

II. Beoordeling van het middel

2.1. Het middel klaagt primair dat het Hof niet op de grondslag van de tenlastelegging heeft onderzocht en beslist of sprake is van schuld in de zin van art. 307 Sr en art. 130 Wetboek van Militair Strafrecht (hierna: WMSr), en subsidiair dat het Hof zijn oordeel op onbegrijpelijke wijze heeft gemotiveerd.

2.2.1. Aan de verdachte is tenlastegelegd dat:

“[primair] hij op of omstreeks 02 juni 2007 te of nabij Wezep, gemeente Oldebroek, als boordwerktuigkundige/loadmaster in een helikopter welke op een hoogte van ongeveer 30 meter boven de grond hing, grovelijk, althans aanmerkelijk onvoorzichtig en/of onachtzaam en/of

nalatig een aan die helikopter bevestigd afdaaltouw, waaraan een persoon (te weten [slachtoffer]) – bij gelegenheid van het zgn. abseilen vanuit die helikopter – was bevestigd, althans verbonden, niet op een zodanige plek en/of wijze heeft doorgesneden of losgemaakt dat dat touw los zou komen van de helikopter waardoor dat touw (waaraan voornoemde [slachtoffer]) aan de helikopter bleef bevestigd waarna hij, verdachte, zich er niet (voldoende) van heeft vergewist dat het afdaaltouw – waaraan [slachtoffer] was bevestigd – niet meer aan de helikopter bevestigd was en/of zich er onvoldoende van heeft overtuigd of [slachtoffer] zich vrij van de afdaallijn bevond en/of (vervolgens) aan de (eerste) piloot van de helikopter het commando ‘vier touwen los, voorin overnemen’, en/althans ‘we kunnen’, althans in dergelijke bewoording, heeft gegeven, en/althans (daarmee) aan de (eerste) piloot van de helikopter heeft aangegeven dat deze (veilig) kon wegvliegen waarna de (eerste) piloot met die helikopter is weggevlogen waarbij/waarna [slachtoffer] over een afstand van ongeveer vierhonderd meter, althans over een aanzienlijke afstand (geheel of gedeeltelijk) over de grond is (mee)gesleurd, waardoor het aan zijn schuld te wijten is geweest dat [slachtoffer] zodanig letsel, te weten uitgebreide bloeditstorting(en) in de borst- en buikholte en schade aan de hersenen, heeft bekomen, dat deze aan de gevolgen daarvan is overleden;

[subsidiar] hij als militair, in de rang/stand van Sergeant-Majoor, op of omstreeks 2 juni 2007 te of nabij Wezep, gemeente Oldebroek, nadat verdachtes meerdere, Luitenant ter Zee der 2e klasse [betrokkene 1], vooraf te weten op of omstreeks 31 mei 2007 te of nabij Wezep in ieder geval in de periode van 31 mei 2007 t/m 02 juni 2007, het bevel had gegeven om de afdaaltouwen te snijden in plaats van los te koppelen, in ernstige mate nalatig dat dienstbevel niet heeft opgevolgd, hierin bestaande dat hij één van de afdaaltouwen, te weten het afdaaltouw waaraan een persoon ([slachtoffer]) was bevestigd, niet op een zodanige plek en/of wijze heeft doorgesneden dat dat touw los zou komen van de helikopter, waardoor dat touw aan de helikopter bleef bevestigd waarna hij, verdachte, aan de (eerste) piloot van de helikopter het commando ‘vier touwen los, voorin overnemen’ en/of ‘we kunnen’¹ althans in dergelijke bewoordingen, heeft aangegeven dat deze (veilig) kon wegvliegen waarna de piloot met die helikopter is weggevlogen waarbij voornoemde [slachtoffer] over een aanzienlijke afstand (geheel of gedeeltelijk) over de grond is (mee)gesleurd en zodanig letsel heeft bekomen dat deze aan de gevolgen daarvan is overleden”.

2.2.2. Het Hof heeft de verdachte vrijgesproken van het hem tenlastegelegde. Het Hof heeft daartoe het volgende overwogen.

“Het primair tenlastegelegde

Bij de beoordeling van het (na wijziging van de tenlastelegging: primair) tenlastegelegde misdrijf ‘dood door schuld’ dienen de volgende vragen onder ogen te worden gezien:

¹ Hoewel 's Hofs arrest vermeldt dat de tenlastelegging in hoger beroep gewijzigd is, is deze wijziging – vide de eerste voetnoot bij de CAG – kennelijk niet verwerkt. Waarom de Hoge Raad het arrest niet verbeterd leest – het opnemen van de gewijzigde passage getuigt van een kennelijke schrijffout – onttrekt zich aan onze waarneming. – Red.

- a. heeft verdachte een fout gemaakt;
- b. is er voldoende oorzakelijk verband ('causaliteit') tussen de gemaakte fout en de dood van het slachtoffer;
- c. is er sprake van schuld in de zin van artikel 307 van het Wetboek van Strafrecht, dat wil zeggen: is er sprake van min of meer grove of aanmerkelijke onvoorzichtigheid, onachtzaamheid of nalatigheid?

Ad a. Het is niet in geschil dat verdachte een fout heeft gemaakt door de afdaallijn van de sgt-I [slachtoffer] op de verkeerde plaats – namelijk tussen de beide bevestigingspunten in de helikopter en niet aan de buitenzijde van die bevestigingspunten – door te snijden.

Ad b. Bij het fatale incident zijn naar het oordeel van het hof drie bepalende factoren in aanmerking te nemen. De eerste factor is dat de afdaler niet los is kunnen komen van de afdaallijn. Mogelijk heeft de korte tijd, die deze afdaler had om los te komen, in combinatie met onvoldoende of zelfs geen getraindheid met het recent daarvoor geïntroduceerde gemodificeerde mechaniek, waarmee hij aan de afdaallijn was verbonden (het PES – Personal Escape System), hierbij een rol gespeeld. Ondanks onderzoek is niet met voldoende zekerheid vastgesteld kunnen worden wat de oorzaak was van het niet loskomen van de afdaler van zijn afdaallijn.

De tweede factor is de door verdachte gemaakte fout bij het snijden van de afdaallijn in de helikopter. Daardoor is de lijn niet van de helikopter losgekomen. Verdachte heeft dit niet onderkend en aan de vliegers aangegeven, dat de helikopter weg kon vliegen. Verdachte heeft – volgens zijn eigen verklaring – gezegd: 'Touwen zijn door' en 'Go' of 'Gaan'.

De derde factor is dat de helikopter laag, met de neus naar beneden en met grote snelheid is weggevlogen. Daardoor is het slachtoffer met grote snelheid de lucht in 'gekatapulteerd', vervolgens tegen de grond geslagen en daarna over een aanzienlijke afstand en met grote kracht over de grond en tegen obstakels gesleurd. Voorts is daardoor pas toen het te laat was gezien, dat er nog een lijn en een persoon aan de helikopter vastzaten.

Naar het oordeel van het hof geldt voor de beide eerstgenoemde factoren dat zij, in hun combinatie, de directe oorzaak van het ongeval vormen. Bij de derde factor blijven een aantal 'Wat als?'-vragen onbeantwoord. Zoals de vraag wat er gebeurd zou zijn als de helikopter eerst alleen hoogte had gemaakt en verdachte dan – zoals hij nu heeft gedaan, in een reflex – alsnog de lijn van de helikopter had losgesneden.

Naar het oordeel van het hof is er, alle omstandigheden in aanmerking genomen, voldoende causaal verband tussen de door verdachte gemaakte fout en de dood van het slachtoffer. Aan dat directe causale verband doet niet af dat ook andere factoren hebben bijgedragen aan het overlijden van het slachtoffer.

Ad c. Bij de beoordeling van de mate van schuld dienen alle omstandigheden van het geval in aanmerking te worden genomen, waarbij echter de ernst van het gevolg niet redengevend is voor de mate van schuld. Over het ongeval en de daaraan ten grondslag liggende factoren is door verschillende instanties gerapporteerd. Een integrale beoordeling is gegeven door:

- de door de Commandant der Strijdkrachten ingestelde Commissie van Onderzoek (rapport van 30 januari 2008);

- de Onderzoeksraad voor Veiligheid (rapport van april 2008);
- dr. W.F. Schmidt en zijn mede-onderzoekers, verbonden aan de Nederlandse Defensie Academie (Rapportage van een Human Factors analyse naar het luchtvaartongeval tijdens de Landmachtdagen te Wezep op 2 juni 2007; september 2008).

Voor de goede orde merkt het hof op, dat op grond van het bepaalde in artikel 69 van de Rijkswet Onderzoeksraad voor veiligheid het rapport van de Onderzoeksraad niet voor het bewijs kan worden gebruikt.

Het hof maakt uit deze rapporten op, dat er in het algemeen onvoldoende aandacht is geweest voor het aspect veiligheid. Dit ondanks het gegeven, dat het slechts ging om een demonstratie en niet om werken onder operationele- of noodomstandigheden. De wens om aan de demonstratie een flitsend ('peppie') karakter te geven is, zo moet helaas worden geconstateerd, ten koste gegaan van de veiligheid. Zo is onvoldoende onderkend, dat de afdaalprocedures bij de Marine (die de helikopter met boordpersoneel leverde) anders waren dan bij de Landmacht (waartoe de afdalers behoorden) en dat het vooraf maken van eenduidige afspraken over controlemomenten en procedures en het nauwgezet achteraf evalueren van de oefen- en demonstratievluchten juist dan van groot belang is. Dit uitte zich onder meer in het wisselend wel of niet geven van een signaal door de afdalers op het moment dat zij aan de grond stonden en losgekoppeld waren van het touw. Sommige afdalers gaven het volgens de landmachtprocedure voorgeschreven 'thumbs-up' signaal, anderen deden dat niet. Na het vóóroefenen op 31 mei 2007, waarbij bleek dat enkelen wel een signaal gaven, maar anderen niet, werd dit niet besproken. Evenmin was tussen de Landmacht afdaaleenheid en de Marine helikoptercrew besproken dat het PES van één van de afdalers tijdens de oefenvlucht op donderdag 31 mei 2007 haperde. Ook binnen de helikoptercrew zelf is weinig aandacht besteed aan de toepassing van de regelgeving, het op correcte wijze communiceren tijdens de vlucht, het inbouwen van en toezien op controlemomenten met het oog op de juiste uitvoering van handelingen en het nauwgezet evalueren van iedere vlucht. In het kader van het zogenaamde 'crew-concept' had daar bij deze specifieke, niet gangbare procedure, naar het oordeel van het hof meer aandacht aan moeten worden besteed.

Ernstiger lijkt de keuze voor de methode van loskoppelen van de afdaallijnen van de helikopter. Bij de – bij de Marine – gebruikelijke methode maakt de boordwerktuigkundige de lijn met de hand uit beide carabiners los en werpt de lijn naar buiten. Vergissingen als de onderhavige laten zich hierbij moeilijk denken. De gekozen methode (doorsnijden van de lijn) is niet eenduidig geregeld. Bij de Landmacht wordt deze procedure zowel in noodgevallen als bij normaal operationeel optreden toegepast. Bij de Marine wordt de procedure alleen in noodgevallen toegepast en wordt zij wel onderwezen, maar niet geoefend, althans niet door verdachte; hij had deze procedure nooit eerder daadwerkelijk uitgevoerd. Bij deze procedure worden de lijnen in het midden, op de lengteas van de helikopter, doorgesneden. Voor de afdaaloefening bij de Landmachtdagen was echter bepaald dat 'zuinig zou worden gesneden', hetgeen betekende dat niet in het midden van de helikopter, maar zo dicht mogelijk bij het eerste bevestigingspunt van het touw werd gesneden. Hierbij bestaat het gevaar dat de lijn op een verkeerde plaats – tussen het primaire en het secundaire bevestigingspunt – wordt doorgesneden. Dit gevaar is extra groot bij de gebruikte configuratie, waarbij de beide bevestigingspunten in de toch al beperkte ruimte van de Lynxhelikopter in één lijn liggen met de afdaallijn. Naar het oordeel van het hof is het risico van verkeerd snijden in aanzienlijke mate vergroot door te besluiten tot 'zuinig snijden', vanuit de

louter budgettair gemotiveerde gedachte, dat daardoor méér afdalingen met dezelfde afdaallijn konden worden gemaakt.

Naar het oordeel van het hof treft verdachte niet het verwijt, dat hij zich niet heeft verzet tegen deze wijze van snijden. De procedure is op de woensdag voor de Landmachtdagen buiten zijn aanwezigheid afgesproken en hem eerst op de volgende dag tijdens de briefing voor het vóóroefenen opgedragen door de eerste vlieger, zijn militaire meerdere. Daarna – kort voor de uitvoering van de oefenvlucht – werd de opdracht aangevuld met de mededeling van de toegevoegd Heli Abseil Instructeur dat de touwen kort bij het primaire bevestigingspunt moesten worden doorgesneden. Niet is in te zien waarom nu juist verdachte op voorhand het gevaar van deze methode had moeten inzien, waar zovele anderen dat niet deden. Opgemerkt kan worden dat zowel bij de oefenvlucht (met twee afdalers) als bij twee voorafgaande demonstratievluchten (elk met vier afdalers) zich op dit punt geen problemen hebben voorgedaan.

De fout van verdachte ligt hierin, dat hij de afdaallijn op een verkeerd punt heeft doorgesneden en dat hij aan de vliegers heeft doen weten, dat zij weg konden vliegen, zonder dat hij zich er voldoende van had vergewist, dat de lijnen inderdaad los waren van de helikopter. Dat laatste werd mede in de hand gewerkt door de ongebruikelijke methode van losmaken, waarbij het hierboven beschreven controlemoment bij het uitwerpen van de lijn ontbreekt. In de procedure waarbij de touwen worden doorgesneden en die met het oog op gevaarlijke (nood-)situaties of – in elk geval bij de Landmacht – ook bij operationeel optreden inherent een snelle ontkoppeling van touw en helikopter beoogt, is geen specifiek controlemoment voorgeschreven. Daar komt bij dat verdachte juist bij deze vlucht technische problemen had bij zijn communicatie met de cockpit, waardoor hij, in afwijking van de voorgaande oefen- en demonstratievluchten besloot niet van vóór naar achteren te werken, maar éérst de achterste twee lijnen te snijden en daarna de twee voorste. Daarna zou hij, immers voorin de cabine gezeten, op directe wijze met de vliegers kunnen communiceren. Door deze – mogelijk mede door een onterecht gevoel van tijdsdruk veroorzaakte – keuze ontnam hij zichzelf echter het overzicht over de gehele cabinevloer, dat hij wel gehad zou hebben bij van voren naar achteren werken. Daardoor zag hij niet dat een van de achterste lijnen, hoewel hij die had doorgesneden, toch nog aan de helikopter vastzat.

Als het hiervoor genoemde complex van factoren in aanmerking wordt genomen is, naar het oordeel van het hof, de door verdachte gemaakte fout in belangrijke mate mede in de hand gewerkt door de organisatorische omgeving, waarin hij zijn werkzaamheden moest verrichten. Naar het oordeel van het hof gaat het in die omstandigheden te ver om verdachte de door hem gemaakte fout in strafrechtelijke zin aan te rekenen als grof of aanmerkelijk onachtzaam of nalatig. Dit leidt het hof tot het oordeel, dat verdachte dient te worden vrijgesproken van het primair tenlastegelegde.

Het subsidiair tenlastegelegde

Het bestanddeel ‘schuld’ in artikel 130 van het Wetboek van Militair Strafrecht dient in dezelfde zin beoordeeld te worden als het overeenkomstige begrip in artikel 307 van het Wetboek van Strafrecht.

Op grond van hetgeen het hof hiervóór heeft overwogen dient verdachte dan ook van het subsidiair tenlastegelegde eveneens te worden vrijgesproken.”

STRAFRECHTSPRAAK

2.3.1. Onder schuld als delictsbestanddeel wordt een min of meer grove of aanmerkelijke schuld verstaan. Of sprake is van dergelijke schuld in de zin van art. 307 Sr of art. 130 WMSr wordt bepaald door de manier waarop die schuld in de tenlastelegging nader is geconcretiseerd, en is voorts afhankelijk van het geheel van de gedragingen van de verdachte, de aard en de ernst daarvan en de overige omstandigheden van het geval.

2.3.2. Het Hof heeft geoordeeld dat de door de verdachte gemaakte fout in belangrijke mate mede in de hand is gewerkt door “de organisatorische omgeving waarin hij zijn werkzaamheden moest verrichten” en dat het in die omstandigheden te ver gaat om de verdachte de door hem gemaakte fout in strafrechtelijke zin aan te rekenen als grof of aanmerkelijk onachtzaam of nalatig. Het hierin besloten liggende oordeel van het Hof dat wegens het ontbreken van voldoende verwijtbaarheid geen sprake is geweest van min of meer grove of aanmerkelijke schuld als in de tenlastelegging omschreven, geeft niet blijk van een onjuiste uitleg van art. 307 Sr of art. 130 WMSr. Het Hof heeft derhalve niet vrijgesproken van iets anders dan is tenlastegelegd. Van grondslagverlating is daarom geen sprake. De primaire klacht faalt dus. Ook de subsidiaire klacht faalt aangezien voormeld, met feitelijke waarderingen verweven, oordeel door het Hof niet onbegrijpelijk is gemotiveerd.

2.4. Het middel is tevergeefs voorgesteld.

[Volgt: verwerping van het cassatieberoep. – Red.]

CONCLUSIE A-G MR. VELLINGA

1. De Militaire Kamer van het Gerechtshof te Arnhem heeft bij arrest van 21 september 2010 de verdachte vrijgesproken van het hem primair en subsidiair tenlastegelegde.

2. De Advocaat-Generaal bij het Hof heeft één middel van cassatie voorgesteld. Namens de verdachte is het cassatieberoep schriftelijk tegengesproken door mr. G.G.J. Knoops en mr. S.C. Post, beiden advocaat te Amsterdam.

3. Het middel klaagt dat het Hof niet op de grondslag van de tenlastelegging heeft onderzocht en beslist of sprake is van schuld in de zin van art. 307 Sr (en art. 130 Wetboek van Militair Strafrecht), althans dat ‘s Hofs motivering van de gegeven vrijspraak onbegrijpelijk is.

4. Het gaat in de onderhavige zaak om het volgende. Op zaterdag 2 juni 2007 vond in Wezep op de Prinses Margriet Kazerne een open dag van de Koninklijke Landmacht plaats. Tijdens die open dag werd een demonstratie gehouden waarbij vier militairen van de Luchtmobiele Brigade vanuit een Lynx helikopter vanaf 30 meter hoogte aan een touw afdaalden. Toen de militairen waren afgedaald is de helikopter weggevlagen, terwijl de afdaallijn van één van de militairen niet van de helikopter en ook niet van de militair zelf was losgekomen. Door het wegvliegen van de helikopter werd deze militair ‘gekatapulteerd’, is hij vervolgens tegen de grond geslagen en daarna over een aanzienlijke afstand over de grond en tegen obstakels gesleurd. Daardoor is hij ernstig gewond geraakt en nadien aan zijn verwondingen overleden. Verdachte maakte deel uit

van de personen die zich in de helikopter bevonden, en was als boordwerktuigkundige/loadmaster belast met het lossnijden van de afdaltouwen in de helikopter.

5. Aan de verdachte is, na wijziging van de tenlastelegging in hoger beroep, tenlastegelegd dat:

“[primaïr] hij op of omstreeks 2 juni 2007 te of nabij Wezep, gemeente Oldebroek, als boordwerktuigkundige/loadmaster in een helikopter welke op een hoogte van ongeveer 30 meter boven de grond hing, grovelijk, althans aanmerkelijk onvoorzichtig en/of onachtzaam en/of nalatig een aan die helikopter bevestigd afdaltouw, waaraan een persoon (te weten [slachtoffer]) – bij gelegenheid van het zgn. abseilen vanuit die helikopter – was bevestigd, althans verbonden, niet op een zodanige plek en/of wijze heeft doorgesneden of losgemaakt dat dat touw los zou komen van de helikopter waardoor dat touw (waaraan voornoemde [slachtoffer]) aan de helikopter bleef bevestigd waarna hij, verdachte, zich er niet (voldoende) van heeft vergewist dat het afdaltouw – waaraan [slachtoffer] was bevestigd – niet meer aan de helikopter bevestigd was en/of zich er onvoldoende van heeft overtuigd of [slachtoffer] zich vrij van de afdallijn bevond en/of (vervolgens) aan de (eerste) piloot van de helikopter het commando ‘vier touwen los, voorin overnemen’, en/althans ‘we kunnen’, althans in dergelijke bewoording, heeft gegeven, en/althans (daarmee) aan de (eerste) piloot van de helikopter heeft aangegeven dat deze (veilig) kon wegvliegen waarna de (eerste) piloot met die helikopter is weggevlagen waarbij/waarna [slachtoffer] over een afstand van ongeveer vierhonderd meter, althans over een aanzienlijke afstand (geheel of gedeeltelijk) over de grond is (mee)gesleurd, waardoor het aan zijn schuld te wijten is geweest dat [slachtoffer] zodanig letsel, te weten uitgebreide bloeduitstorting(en) in de borst- en buikholte en schade aan de hersenen, heeft bekomen, dat deze aan de gevolgen daarvan is overleden.

[subsidiar] hij als militair, in de rang/stand van Sergeant-Majoor, op of omstreeks 2 juni 2007 te of nabij Wezep, gemeente Oldebroek, nadat verdachtes meerdere, Luitenant ter Zee der 2e klasse [betrokkene I], vooraf te weten op of omstreeks 31 mei 2007 te of nabij Wezep in ieder geval in de periode van 31 mei 2007 t/m 02 juni 2007, het bevel had gegeven om de afdaltouwen te snijden in plaats van los te koppelen, in ernstige mate nalatig dat dienstbevel niet heeft opgevolgd, hierin bestaande dat hij één van de afdaltouwen, te weten het afdaltouw waaraan een persoon ([slachtoffer]) was bevestigd, niet op een zodanige plek en/of wijze heeft doorgesneden dat dat touw los komt van de helikopter, waardoor dat touw aan de helikopter bleef bevestigd waarna hij, verdachte, aan de (eerste) piloot van de helikopter het commando ‘vier touwen los, voorin overnemen’ en/of ‘go’ en/of ‘gaan’² althans in dergelijke bewoordingen, heeft aangegeven dat deze (veilig) kon wegvliegen waarna de piloot met die helikopter is weggevlagen waarbij voornoemde [slachtoffer] over een aanzienlijke afstand (geheel of gedeeltelijk) over de grond is (mee)gesleurd en zodanig letsel heeft bekomen dat deze aan de gevolgen daarvan is overleden.”

² Anders dan in de weergegeven tekst, heeft het Hof in zijn arrest op dit punt de wijziging tenlastelegging niet correct verwerkt.

6. Het bestreden arrest houdt, voor zover voor de beoordeling van het middel relevant, in:

[Zie onder Hoge Raad – Red.]

7. In de toelichting op het middel wordt allereerst aangevoerd dat in de tenlastelegging van het primaire feit een tweetal gedragingen van de verdachte zijn te onderscheiden, te weten enerzijds dat de verdachte een aan de helikopter bevestigd afdaltouw, waaraan het slachtoffer was bevestigd c.q. verbonden, niet op een zodanige plek c.q. wijze heeft doorgesneden dat dit touw van de helikopter is losgekomen, en verdachte zich er niet (voldoende) van heeft vergewist dat het afdaltouw niet meer aan de helikopter bevestigd was (eerste fout), en anderzijds dat de verdachte zich er onvoldoende van heeft overtuigd of het slachtoffer zich vrij van de afdallijn bevond, en het door de verdachte aan de helikopterpiloot geven van het commando dat deze veilig kon wegvliegen (tweede fout). Volgens de toelichting op het middel blijkt uit het bestreden arrest niet, althans onvoldoende duidelijk, of het Hof overeenkomstig de tenlastelegging heeft onderzocht en beslist of genoemde fouten elk afzonderlijk dan wel in combinatie met elkaar schuld in de zin van art. 307 Sr (en art. 130 Wetboek van Militair Strafrecht) opleveren, nu onduidelijk blijft welke ‘door verdachte gemaakte fout’ het Hof bij zijn eindoordeel voor ogen heeft gestaan. Daarbij wordt erop gewezen dat juist de gedraging van het geven van genoemd commando door de verdachte zonder dat hij zich ervan had vergewist dat de lijnen inderdaad los waren van de helikopter, voor de schuldvraag van groter belang [is] dan de andere gedragingen, nu het juist die gedraging is geweest die direct daarop tot de dood van het slachtoffer heeft geleid.

8. Het Hof heeft de tenlastelegging voor wat betreft het primair tenlastegelegde kennelijk aldus verstaan dat de daarin voorkomende gedragingen van het niet op een zodanige plek c.q. wijze doorsnijden of losmaken van het touw – waardoor het touw aan de helikopter bleef bevestigd –, het niet voldoende vergewissen dat het afdaltouw niet meer aan de helikopter bevestigd was, het zich er onvoldoende van overtuigen of de afdaler zich vrij van de afdallijn bevond en het vervolgens geven van bedoeld commando, als één verwijt moeten worden gezien. Die uitleg van de tenlastelegging is niet onbegrijpelijk, en met de bewoordingen van de tenlastelegging niet onverenigbaar.³ Het aan de verdachte primair tenlastegelegde verwijt komt er immers op neer dat hij alvorens bedoeld commando te geven de controle op het veilig kunnen wegvliegen, dat wil zeggen de controle op het verbroken zijn van de verbinding tussen de afdaler en de helikopter, achterwege heeft gelaten. Die controle zich kon beperken tot de vraag of het afdaltouw los was van de helikopter of tot het controleren of de afdaler vrij van het touw was gekomen. Bleek bij één van deze controles dat de verbinding tussen de afdaler en de helikopter verbroken was, dan werd de afdaler immers niet meegesleept. Van grondslagverlating in de in het middel bedoelde zin, is derhalve geen sprake.

9. Voorts wordt geklaagd dat het Hof bij de beoordeling van de schuldvraag een disproportioneel gewicht heeft toegekend aan het ontbreken van een specifiek controlemoment. Volgens

³ Ik wijs hier terzijde op punt 4.3 van de schriftuur waar de in de schriftuur genoemde eerste en tweede fout toch weer bijeen worden genomen.

de toelichting op het middel levert het enkele verzuim van het zich niet vergewissen dat de afdaallijnen van de helikopter zijn losgekomen reeds een grove nalatigheid op. Tevens wordt geklaagd dat het Hof heeft nagelaten toe te lichten waarom de door de verdachte gehanteerde procedure bij het doorsnijden van de touwen niet is aangemerkt als een onverantwoorde keuze die kan bijdragen aan het bewijs van schuld in de zin van art. 307 Sr (en art. 130 Wetboek van Militair Strafrecht).

10. Wat betreft laatstgenoemde klacht springt voor alles in het oog dat de omstandigheid dat de verdachte bij het doorsnijden van de afdaallijnen een afwijkende procedure heeft gevolgd, eruit bestaande dat hij van achteren naar voren heeft gewerkt in plaats van andersom, niet als een zelfstandig verwijt aan de verdachte is tenlastegelegd.

11. Bij de beoordeling van genoemde klachten moet het volgende worden vooropgesteld. Onder schuld als delictbestanddeel wordt een min of meer grove of aanmerkelijke schuld verstaan. Of sprake is van dergelijke schuld in de zin van art. 307 Sr wordt bepaald door de manier waarop die schuld in de tenlastelegging nader is geconcretiseerd, en is voorts afhankelijk van het geheel van gedragingen van de verdachte, de aard en de ernst daarvan en de overige omstandigheden van het geval.⁴

12. Het Hof heeft blijkens het bestreden arrest ten aanzien van de vraag of sprake is van schuld in de zin van art. 307 Sr geoordeeld dat de door de verdachte gemaakte fout – bestaande uit het op een verkeerd punt doorsnijden van de afdaallijn én het aan de vliegers doen weten dat zij weg konden vliegen, zonder zich er voldoende van te hebben vergewist dat de lijnen inderdaad los waren van de helikopter – in belangrijke mate mede in de hand is gewerkt door de organisatorische omgeving waarin de verdachte zijn werkzaamheden moest verrichten, en het in die omstandigheden te ver gaat hem zijn gemaakte fout aan te rekenen als grof of aanmerkelijk onachtzaam of nalatig.

13. Het Hof heeft bij genoemd oordeel in het bijzonder acht geslagen op de voor de demonstratie – door verdachtes meerderen – gekozen methode voor het losmaken van de afdaallijnen. De vaststellingen van het Hof dienaangaande houden in dat:

- voor het loskoppelen van de afdaallijnen van de helikopter door verdachtes meerderen is gekozen voor de methode van het doorsnijden van de lijnen⁵;
- deze methode niet eenduidig is geregeld;
- deze methode bij de Marine, waartoe de helikoptercrew – waaronder de verdachte – be-

⁴Vgl. HR 29 juni 2010, L/JN BL5630, NJ 2010, 674, m.nt. P.A.M. Mevis, rov. 2.4 (t.a.v. schuld in de zin van art. 308 Sr).

⁵ De methode van het loskoppelen van de afdaallijnen komt erop neer dat twee musketons moeten worden losgedraaid en de lijn uit de musketon moet worden verwijderd, de lijn vervolgens buiten de helikopter moet worden gehouden om hem te laten vallen om te voorkomen dat de nog in de lijn aanwezig knopen ergens achter blijven haken. De methode van het lossnijden van de afdaallijnen, komt neer op één korte handeling, een snijbeweging, waarna de lijn door zijn eigen gewicht en de downwash van de helikopterrotor zeer snel uit de helikopter wegglijdt (ontleend aan het rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid van april 2008, p. 32).

hoorde, slechts in noodgevallen wordt toegepast, de methode wel wordt onderwezen, maar niet wordt geoefend, althans niet door de verdachte die deze procedure nooit eerder daadwerkelijk had uitgevoerd;

- bij de methode van het lossnijden van de afdaallijnen de lijnen in het midden, op de lengteas van de helikopter worden doorgesneden⁶;

- voor de afdaal oefening bij de Landmachtdagen was bepaald dat ‘zuinig zou worden gesneden’, hetgeen betekent dat niet in het midden van de helikopter, maar zo dicht mogelijk bij het eerste bevestigingspunt van het touw werd gesneden;

- een dergelijke wijze van zuinig snijden het gevaar in zich bergt dat de lijn op een verkeerde plaats – te weten tussen het primaire en secundaire bevestigingspunt (waar geen spanning op de lijn staat) – wordt doorgesneden;

- bij de gebruikte configuratie, waarbij de beide bevestigingspunten in de beperkte ruimte van de Lynxhelikopter in één lijn liggen met de afdaallijn, genoemd gevaar van verkeerd snijden extra groot is.

14. Voorts heeft het Hof overwogen:

- dat het onvoldoende controleren door verdachte of de afdaallijnen van de helikopter waren losgekomen mede in de hand is gewerkt door de voor verdachte ongebruikelijke methode van losmaken, waarbij geen specifiek controlemoment is voorgeschreven;

- dat het risico van verkeerd snijden in aanzienlijke mate is vergroot door te besluiten tot ‘zuinig snijden’, vanuit de louter budgettaire gemotiveerde gedachte, dat daardoor méér afdalingen met dezelfde afdaallijn konden worden gemaakt;

- dat de procedure de afdaallijnen los te snijden op de woensdag voor de Landmachtdagen buiten verdachtes aanwezigheid is afgesproken en hem eerst op de volgende dag tijdens de briefing voor het vóóroefenen is medegedeeld door verdachtes militaire meerdere, te weten de eerste vlieger;

- dat de opdracht later is aangevuld met de mededeling van de toegevoegd Heli Abseil Instructeur dat de touwen kort bij het primaire bevestigingspunt moesten worden doorgesneden;

- dat niet valt in te zien waarom nu juist de verdachte op voorhand het gevaar van de gekozen methode had moeten inzien, waar zovele anderen dat niet deden⁷, terwijl zich bij de oefenvlucht als ook bij twee voorafgaande demonstratievluchten zich op dit punt geen problemen hadden voorgedaan;

⁶Voor een goed begrip volgt hier een korte beschrijving – ontleend aan het rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid van april 2008, p. 28 – over de wijze waarop de afdaallijnen in de helikopter bevestigd waren. Aan beide zijden van de helikopter was een afdaalsteun gemonteerd, een zogenaamde skygenieplank. Tussen deze skygenieplanken waren twee afdaalbanden, elk met twee paar bevestigingsogen gemonteerd. Aan de bevestigingsogen waren vier afdaallijnen bevestigd, twee aan elke kant van de cabine. Elke afdaallijn bestond uit één stuk en was met musketons dubbel bevestigd aan een afdaalband. De dubbele bevestiging dient ter beveiliging tegen het losschieten van een knoop, waarmee de afdaallijn aan een musketon is bevestigd en als beveiliging tegen het falen van een musketon of een bevestigingssoog. De afdaallijnen waren tegengesteld bevestigd ten opzichte van de afdaalopening, waarbij het primaire bevestigingspunt het punt is dat het verst in de helikopter is gelegen. Op de afdaallijn tussen het primaire en secundaire bevestigingspunt staat geen spanning. De afdaallijn gaat vanaf het primaire bevestigingspunt naar de tegenovergestelde zijde van de cabine waar de abseiler zich bevindt, voordat de afdaling begint.

⁷ HR 29 juni 2010, LJN BL5630, NJ 2010, 674, m.nt. P.A.M. Mevis.

– dat derhalve de verdachte geen verwijt treft dat hij zich niet heeft verzet tegen deze wijze van snijden, en

– dat de controle of de afdaallijnen van de helikopter waren losgekomen – welke controle bij de gekozen methode niet was voorgeschreven – extra werd bemoeilijkt door de technische problemen die de verdachte had bij zijn communicatie met de cockpit.

15. In het licht van genoemde omstandigheden en overwegingen geeft 's Hofs oordeel dat de verdachte zich niet – zoals tenlastegelegd – grovelijk of aanmerkelijk onvoorzichtig, onachtzaam of nalatig heeft gedragen en de dood van [slachtoffer] dus niet aan zijn schuld als bedoeld in art. 307 Sr is te wijten geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, is dit oordeel niet onbegrijpelijk en is het toereikend gemotiveerd.

16. In de toelichting op het middel nog wordt geklaagd dat 's Hofs oordeel, voor zover inhoudende dat bij de beoordeling van de mate van schuld de ernst van het gevolg niet redengevend is voor de mate van schuld, onbegrijpelijk is, nu aan de omstandigheid dat het voor de verdachte was te voorzien dat het wegvliegen van de helikopter, zonder dat de lijnen los waren, zonder meer tot de dood van een of meer afdalers zou leiden en daaraan bij de beoordeling van de mate van schuld wel degelijk betekenis mag worden gehecht.

17. Bedoelde overweging dient klaarblijkelijk aldus te worden verstaan dat niet reeds uit de ernst van de gevolgen van bepaald gedrag kan worden afgeleid dat sprake is van merkelijke schuld als bedoeld in art. 307 Sr. Derhalve geeft deze overweging geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.⁸ Voorts ziet de klacht eraan voorbij dat de voorzienbaarheid van het gevolg van een bepaalde gedraging een omstandigheid is die van belang is voor de beantwoording van de vraag of sprake is van onvoorzichtigheid, onachtzaamheid of onoplettendheid, maar dat voor de mate van schuld geldt dat niet reeds uit de ernst van de gevolgen van bepaald gedrag kan worden afgeleid dat sprake is van merkelijke schuld als bedoeld in art. 307 Sr en in zoverre aan de ernst van het gevolg geen redengevende kracht voor het bewijs van de aanmerkelijkheid van de schuld toekomt. Een kleine fout kan immers grote gevolgen hebben. Vgl. HR 1 juni 2004, LjN AO5822, NJ 2005, 252, m.nt. Kn., rov. 3.5, HR 29 april 2008, LjN BD0544, NJ 2008, 440, HR 27 mei 2008, LjN BC7860, NJ 2008, 441, HR 28 oktober 2008, LjN BE9800, HR 29 juni 2010, LjN BL5630, NJ 2010, 674, m.nt. P.A.M. Mevis.

18. Overigens merk ik nog op dat 's Hofs oordeel met betrekking tot het subsidiair tenlastegelegde, inhoudende dat het begrip “schuld” in art. 130 Wetboek van Militair Strafrecht – in de tenlastelegging kennelijk nader omschreven als “in ernstige mate nalatig” – in dezelfde zin dient te worden beoordeeld als het overeenkomstige begrip in art. 307 Sr, gelet op het bepaalde in art. 1 Wetboek van Militair Strafrecht alsmede op de omstandigheid dat de formulering van genoemd art. 130 ten dele is ontleend aan art. 175b Sr juist is⁹, met dien verstande dat de culpa in artikel

⁸Vgl. HR 1 juni 2004, LjN AO5822, NJ 2005, 252, m.nt. Kn., rov. 3.5 (t.a.v. schuld in de zin van art. 6 VVVW 1994).

⁹Zie Th.W. van den Bosch, *Militair straf- en tuchtrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990, aant. 2 op art. 1 WMSr (suppl. 50, januari 2010).

130 sub 3 Wetboek van Militair Strafrecht betrekking heeft op het niet opvolgen van een ambtsbevel, en niet ook op de dood van een ander.

19. Het middel faalt.

20. Gronden waarop de Hoge Raad gebruik zou moeten maken van zijn bevoegdheid de bestreden uitspraak ambtshalve te vernietigen heb ik niet aangetroffen. Deze conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

NASCHRIFT

1. Het hier besproken arrest betreft een ongeval dat des te tragischer is doordat het niet plaatsvond bij een normale operatie, maar bij een demonstratie op een open dag van de Koninklijke Landmacht; het publiek dat daarop afgekomen was, was er getuige van dat een militair van de Luchtmobiele Brigade de dood vond. Het slachtoffer nam deel aan een demonstratie waarbij hij samen met drie anderen van dertig meter hoogte vanuit een Lynx-helikopter aan zgn. afdaallijnen afdaalde. Toen de vier militairen waren afgedaald, vloog de helikopter weg – met fatale consequenties voor één van hen: doordat zijn afdaallijn zowel aan hem als aan de helikopter vast zat, werd hij met kracht omhoog getrokken ('gekatapulteerd'), sloeg hij vervolgens tegen de grond en werd hij tenslotte over een afstand van vierhonderd meter over de grond gesleurd, daarbij verschillende obstakels rakend.

Naar aanleiding van het ongeval werd een aantal onderzoeken ingesteld, die uitwezen dat het door verschillende factoren in de hand was gewerkt: bedrijfsculturele, organisatorische, situationele en persoonlijke.¹⁰ Met bedrijfsculturele factoren heb ik het oog op verschillen tussen de krijgsmachtdelen. Bij de Marine – die de helikopter en het boordpersoneel leverde – is een andere afdaalprocedure en een andere methode van loskoppelen van de afdaallijnen in zwang dan bij de Landmacht – waartoe de afdalers behoorden. Bij de Landmacht is gebruikelijk na afdaling het 'thumbs up'-gebaar te geven, bij de Marine niet. Bij de Marine worden afdaallijnen bovendien op een andere wijze losgekoppeld dan bij de Landmacht. Bij de Marine maakt de boordwerktuigkundige een afdaallijn in beginsel met de hand los uit de carabiners waarin deze bevestigd is en werpt hij de lijn vervolgens – staande in de opening aan de zijkant van de helikopter, zodat hij zich kan vergewissen dat de lijn onbelemmerd valt – naar buiten; het doorsnijden van afdaallijnen gebeurt alleen in noodgevallen en wordt niet geoefend. Bij de Landmacht daarentegen worden afdaallijnen ook bij normaal operationeel optreden doorgesneden, zonder dat de boordwerktuigkundige controleert of de lijn vrij van de helikopter is.

¹⁰ Het Hof noemt een rapport van een door de Commandant der Strijdkrachten ingestelde Commissie van Onderzoek van 30 januari 2008, een rapport van de Onderzoeksraad voor veiligheid van april 2008 en een rapport van onderzoekers van de Nederlandse Defensie Academie van september 2008. Art. 69 van de Rijkswet onderzoeksraad voor veiligheid bepaalt echter dat (o.a.) verklaringen van personen afgelegd in het kader van een onderzoek van de raad (behoudens hun toestemming), met een technisch hulpmiddel vastgelegde communicatie tussen personen die betrokken zijn geweest bij het laten functioneren van een vervoermiddel, gegevens vastgelegd met een vluchtrecorder of cockpit voice recorder en door de raad opgestelde documenten – dus ook zijn rapporten – in een strafrechtelijke procedure niet tot het bewijs gebezigd kunnen worden. Het Hof memoreert derhalve terecht dat het rapport van de Onderzoeksraad voor veiligheid niet tot het bewijs kan worden gebruikt, maar roept daarmee – door niet te specificeren welke informatie het aan welk rapport heeft ontleend – de vraag op welke rol het dan wel heeft gespeeld: mag een verdachte worden vrijgesproken op basis van informatie die niet aan een veroordeling ten grondslag kan worden gelegd?

Met organisatorische factoren doel ik op de wijze waarop de demonstratie was voorbereid, en die samenhangen met de hiervoor besproken bedrijfsculturele factoren. Zo was bij het oefenen voor de fatale demonstratie wel gebleken dat de afdalers in het ongewisse verkeerden of zij – zoals bij de Landmacht gebruikelijk – na een succesvolle afdaling het ‘thumbs up’-gebaar moesten geven, maar was ter zake geen duidelijkheid verschaft. En omdat het een demonstratie betrof, was daags voor de demonstratie besloten dat de afdaallijnen ‘zuinig’ – niet in het midden, op de lengteas van de helikopter, maar zo dicht mogelijk bij het primaire bevestigingspunt – zouden worden doorgesneden: dan kunnen meer afdalingen met dezelfde lijn worden gemaakt. Verdachte werd eerst tijdens de briefing voor het oefenen op de hoogte gesteld dat de afdaallijnen zouden worden doorgesneden, waarna de mededeling volgde dat dit kort bij het primaire bevestigingspunt moest gebeuren. Dan bestaat echter het gevaar dat de afdaallijn op een verkeerd punt – tussen het primaire en het secundaire bevestigingspunt – wordt doorgesneden, zeker in een Lynx-helikopter, waarin de bevestigingspunten op één lijn met de afdaallijn liggen. Voor de helikoptercrew was dit echter geen aanleiding meer aandacht te besteden aan controle, communicatie en evaluatie.

Tijdens de demonstratie haperde bovendien het interne communicatiesysteem van de helikopter, waardoor verdachte zich aan de vliegers niet verstaanbaar kon maken. Daarom besloot hij niet – zoals bij eerdere gelegenheden – van voor naar achter te werken, maar eerst de achterste afdaallijnen door te snijden en daarna de voorste; dan zou hij direct met de vliegers kunnen communiceren. Maar door die werkwijze had hij geen overzicht meer over de vloer van de helikopter: hij kon niet zien dat achter hem nog een afdaallijn bevestigd was.

De factoren verdachte persoonlijk betreffend hebben deels op de voorbereiding van de demonstratie betrekking en deels op zijn handelen tijdens de demonstratie. Wat de voorbereiding betreft is van belang dat het gevaar verbonden aan de gekozen methode om de afdaallijnen te lossen kennelijk door niemand onderkend werd; bij eerdere gelegenheden hadden zich geen problemen voorgedaan. Ook verdachte voorzag niet dat het mis kon gaan. Tijdens de demonstratie maakte hij vervolgens tweemaal fout: hij sneed de afdaallijn door tussen het primaire en het secundaire bevestigingspunt en liet de vliegers weten dat zij konden wegvliegen zonder zich te hebben vergewist of de afdaallijn los van de helikopter was.

2. Het Hof heeft zich drie vragen gesteld: (a) heeft verdachte een fout gemaakt?; (b) (zo die vraag bevestigend beantwoord zou worden) bestaat een oorzakelijk verband tussen de fout van verdachte en de dood van het slachtoffer en (c) (zo ook die vraag bevestigend beantwoord zou worden) is sprake van schuld als bedoeld in art. 307 Sr, door het Hof omschreven als “min of meer grove of aanmerkelijke onvoorzichtigheid, onachtzaamheid of nalatigheid”?

De eerste vraag beantwoordt het Hof bevestigend, op grond van de omstandigheid dat verdachte de afdaallijn op de verkeerde plaats doorsneed. Het verwijst niet naar de omstandigheden dat verdachte van achter naar voor werkte – zodat hij geen zicht had op wat achter hem gebeurde – en dat hij – zonder zich vergewist te hebben dat de doorgesneden afdaallijnen vrij van de helikopter waren – aangaf dat de helikopter kon wegvliegen.

Naar die omstandigheden verwijst het Hof (impliciet) wel bij beantwoording van de tweede vraag: verdachtes fout was oorzakelijk voor de dood van het slachtoffer doordat hij niet onderkende dat de afdaallijn niet los van de helikopter was toen hij aangaf dat de helikopter kon wegvliegen. Aldus overwegende geeft het Hof echter aanleiding tot het misverstand dat bedoelde omstandigheden – hoewel oorzakelijk – niet van fouten getuigen. En dat misverstand is des te onnodiger doordat het Hof nog twee oorzakelijke

factoren aanwijst: het slachtoffer kon door onopgehelderde omstandigheden¹¹ niet los komen van de lijn en de helikopter is laag, met de neus naar beneden, en met hoge snelheid weggevoegen.

Het Hof oordeelt dat de fout(en) van verdachte en de omstandigheid dat het slachtoffer niet los kon komen tezamen de directe oorzaak van het ongeval vormen; over de vraag wat gebeurd zou zijn als de helikopter anders gemanoeuvreed had wil het Hof – terecht – niet speculeren. Waar het Hof spreekt over de directe oorzaak doelt het niet op wat in de dogmatiek de ‘causa proxima’ wordt genoemd¹², maar op de omstandigheden waaraan het Hof het grootste gewicht toekent: de (fout)en van verdachte en de omstandigheid dat het slachtoffer niet los kon komen van de afdaallijn. In aanmerking genomen ‘s Hofs overweging dat niet vastgesteld kon worden waarom het slachtoffer niet los kwam, kan het Hof niet meer hebben bedoeld dan dat die omstandigheid *conditio sine qua non* was. En daardoor krijgt ‘s Hofs oordeel dat verdachtes fout(en) causaal waren voor de dood van het slachtoffer – wellicht onbedoeld – extra gewicht: impliciet oordeelt het Hof dat een andere omstandigheid niet aan toerekening in de weg kan staan. Aan verdachtes fout(en) komt volgens het Hof een zodanig gewicht toe dat – wat er zij van andere omstandigheden waaruit de dood van het slachtoffer verklaard kan worden – het niet onredelijk is deze aan hem toe te rekenen.

Of verdachte ter zake van zijn fout(en) een voldoende ernstig verwijt treft, komt bij beantwoording van de derde vraag aan de orde. Het Hof stelt in dat verband voorop dat bij de voorbereiding van de demonstratie onvoldoende aandacht is gegeven aan veiligheid, wat het afleidt uit de bedrijfsculturele en organisatorische factoren als hiervoor bedoeld: de verschillen tussen de afdaalprocedures bij Marine en Landmacht waren onvoldoende onderkend en het gevaar verbonden aan het doorsnijden van de afdaallijnen was vergroot door het besluit ‘zuinig’ te snijden. Ter zake van die omstandigheden treft verdachte naar het oordeel van het Hof geen verwijt. Hem werd eerst kort voor oefening voor de demonstratie aangezegd dat de afdaallijnen zouden worden doorgesneden, c.q. dat zuinig gesneden moest worden. Nu anderen niet bedacht waren op het gevaar dat daaraan verbonden was, kan dit van verdachte evenmin worden gevegd. Bovendien hadden zich bij eerdere gelegenheden geen problemen voorgedaan.

Voor zover verdachte een verwijt treft, moet dit derhalve de situationele en persoonlijke factoren betreffen. Ten aanzien daarvan overweegt het Hof dat verdachte de afdaallijn op een verkeerd punt doorsneed, zich onvoldoende vergewiste dat de lijn vrij was en aangaf dat de helikopter kon wegvliegen. Dat verdachte niet zag dat de doorgesneden afdaallijn nog aan de helikopter vast zat werd naar het oordeel van het Hof echter in de hand gewerkt door het ontbreken van een controlemoment bij het doorsnijden van afdaallijnen en door verdachtes – door technische problemen bij communicatie met de cockpit ingegeven – beslissing eerst de achterste lijnen door te snijden, zodat hij niet kon zien dat één van de lijnen nog aan de helikopter vast zat. Die omstandigheden maken dat verdachtes tekortschieten niet als aanmerkelijk onachtzaam – als schuld in de zin van art. 307 Sr – kan worden gekwalificeerd, zodat hij daarvan moet worden vrijgesproken.

¹¹ Recentelijk was een zgn. P(ersonal)E(scape)S(ystem) ingevoerd, waarvan niet is vastgesteld dat de afdalers ermee geoefend hadden. De korte tijd die het slachtoffer had om los te komen zou dus mede kunnen verklaren waarom hij nog aan de afdaallijn vast zat.

¹² Het Hof heeft zich allicht de waarschuwing door De Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 175, aangetrokken: “De *causa proxima*-theorie geeft [...] te weinig ruimte om de omstandigheden van het geval in de beoordeling te betrekken en op grond daarvan een uiteenlopend gewicht toe te kennen aan verschillende oorzaken”. Zie voorts E.M. Witjens, *Strafrechtelijke causaliteit. De redelijke toerekening vergeleken met het privaatrecht* (diss. RUG), Deventer: Kluwer 2011, p. 25-27.

3.1. In het tegen 's Hofs arrest ingediende cassatiemiddel wordt in de eerste plaats geklaagd dat het Hof is voorbijgegaan aan het in de tenlastelegging gemaakte onderscheid tussen enerzijds zich onvoldoende vergewissen of de afdaallijn aan de helikopter vast zat nadat verdachte deze op de verkeerde plaats had doorgesneden en anderzijds zich onvoldoende vergewissen of de afdaler vrij van de lijn was alvorens aan te geven dat de helikopter kon wegvliegen. Het Hof had nadrukkelijker moeten onderzoeken of elk van die fouten – in het bijzonder de eerste – afzonderlijk dan wel in samenhang met de andere de vereiste schuld opleveren.

Voorts wordt geklaagd dat het Hof te veel gewicht heeft toegekend aan het ontbreken van een controlemoment bij het doorsnijden van afdaallijnen. In aanmerking genomen dat reeds het verzuim zich te vergewissen of de doorgesneden lijn los van de helikopter was grove nalatigheid oplevert, had het Hof nader moeten motiveren waarom verdachtes beslissing van achter naar voor te werken niet tot het bewijs van schuld meewerkte.

Ten slotte wordt geklaagd over 's Hofs oordeel dat bij de beoordeling van de mate van schuld de ernst van het gevolg niet ter zake doet. Nu voorzienbaar was dat een afdaler de dood zou vinden als de helikopter zou wegvliegen terwijl hij daaraan nog met een afdaallijn vast zat, had het Hof aan die betekenis (meer) gewicht kunnen toekennen.

3.2. De A-G Vellinga concludeert tot verwerping van de eerste klacht. Zijns inziens heeft het Hof de tenlastelegging aldus verstaan dat verdachte daarin één verwijt gemaakt wordt, en die lezing acht hij niet onbegrijpelijk. Verdachte wordt immers verweten dat hij heeft aangegeven dat de helikopter kon wegvliegen zonder zich behoorlijk vergewist te hebben of de verbinding tussen afdaler en helikopter verbroken was. Die controle kon zich dus beperken tot de bevestiging van de afdaallijn aan de helikopter, dan wel aan de afdaler.

Deze lezing van de tenlastelegging geeft weliswaar blijk van scherpzinnigheid, maar miskent m.i. de strekking van de klacht, t.w. dat verdachte het een noch het ander gecontroleerd had. In de tenlastelegging zijn immers verschillende momenten van tekortschieten te onderkennen: de afdaallijn verkeerd doorsnijden, nalaten te controleren of de lijn nog aan de helikopter vast zat, nalaten te controleren of de afdaler nog aan de lijn vast zat en aangeven dat kon worden weggevlogen. Dat die momenten in samenhang bezien moeten worden doet daaraan niet af, integendeel: in hoeverre verdachte zijn tekortschieten verweten kan worden bepaalt immers mee welk verwijt hem ter zake van volgend tekortschieten treft.

Over de tweede klacht is de A-G aanmerkelijk korter. Gegeven enerzijds 's Hofs vaststellingen inzake het gevaar verbonden aan het doorsnijden van afdaallijnen en anderzijds zijn overwegingen omtrent de verwijten die verdachte treffen ter zake van het gebruik van die methode en het achterwege laten van controle, geeft zijn oordeel dat ten aanzien van verdachte niet kan worden gesproken van schuld als bedoeld in art. 307 Sr niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het toereikend gemotiveerd.

De derde klacht ten slotte geeft volgens de A-G blijk van een onjuiste lezing van het bestreden arrest. Het Hof heeft kennelijk geoordeeld dat uit de ernst van het gevolg niet zonder meer kan worden afgeleid dat sprake is van aanmerkelijke schuld, en aldus niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. De klacht ziet er nl. aan voorbij dat de voorzienbaarheid van het gevolg wel van belang is voor beantwoording van de vraag of sprake was van onvoorzichtigheid enz., maar dat meer moet worden vastgesteld om deze als aanmerkelijk te kunnen kwalificeren.

3.3. De Hoge Raad ziet de klacht dat het Hof van iets anders heeft vrijgesproken dan ten laste gelegd was als de belangrijkste, hetgeen kan worden verklaard uit de omstandigheid dat – zoals de Hoge Raad vooropstelt – de vraag of sprake is van aanmerkelijke schuld mede bepaald wordt door de wijze waarop deze in de tenlastelegging geconcretiseerd is.

Dat heeft het Hof volgens de Hoge Raad niet miskend. Het Hof heeft geoordeeld dat verdachtes fout hem vanwege de organisatorische omstandigheden waarin hij moest werken niet als aanmerkelijk onachtzaam kan worden aangerekend. Dat oordeel heeft zowel op de voorbereiding als op de uitvoering van de demonstratie betrekking, die – zoals uit 's Hof's overwegingen blijkt – in samenhang beschouwd moeten worden. Daarom overweegt de Hoge Raad dat 's Hof's impliciete oordeel dat bij gebrek aan voldoende verwijtbaarheid geen sprake is van aanmerkelijke schuld niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

Uit deze overweging volgt dat de tweede en de – door de Hoge Raad niet als zodanig onderscheiden – derde klacht evenmin tot cassatie konden leiden. De beide klachten berusten immers op de – door de Hoge Raad verworpen – premisse dat verdachte twee zelfstandige verwijten gemaakt worden.

4. Het gaat in deze zaak om het bewijs van culpa, zoals schuld genoemd wordt als zij bestanddeel van een delict is.¹³ In rechtspraak en literatuur wordt culpa gemeenlijk omschreven als verwijtbare, aanmerkelijke onvoorzichtigheid.¹⁴ Dat wil zeggen dat – ten eerste – de gedraging (doen of nalaten) van de dader moet getuigen van onvoorzichtigheid, dat – ten tweede – deze onvoorzichtigheid als aanmerkelijk ('grof') gekwalificeerd moet kunnen worden en dat – ten derde – de dader van zijn (aanmerkelijk onvoorzichtige) gedraging een verwijt treft: was hij in staat het verboden gevolg af te wenden? In de definitie van culpa kunnen derhalve drie momenten worden onderscheiden, die echter niet van elkaar geïsoleerd mogen worden. Zo leert ook het hier besproken arrest.

De eerste vraag die het Hof moest beantwoorden was of verdachtes handelen getuigde van onvoorzichtigheid. Die vraag kon niet anders dan bevestigend luiden, gegeven zijn vaststellingen dat verdachte fouten heeft gemaakt die de dood van de afdaler (mede) veroorzaakt hebben. Verdachte heeft de afdaallijn op een verkeerd punt doorsneden, zich niet vergewist dat de afdaler los van de helikopter was en de vliegers aangegeven dat zij konden wegvliegen. Hij had moeten voorzien dat – als gevolg daarvan – de afdaler de dood zou kunnen vinden.

De vraag of verdachtes onvoorzichtigheid als aanmerkelijk kan worden gekwalificeerd, is door het Hof echter ontkennend beantwoord. Na een uitvoerige uiteenzetting omtrent de toedracht van het ongeval oordeelde het Hof – kort gezegd – dat het in zo vergaande mate in de hand was gewerkt door omstandigheden waarover verdachte geen controle had, dat verdachte geen blij gegeven heeft van aanmerkelijke onvoorzichtigheid. Aan verdachtes fouten komt te gering gewicht toe om tot culpa te kunnen concluderen: de dood van de afdaler was een 'accident waiting to happen'.

¹³ Ter onderscheiding van schuld als element, d.w.z. als algemene (ongeschreven) voorwaarde voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. Die gaat op in het bestanddeel: waar het element ontbreekt, kan het bestanddeel niet worden bewezen; zie De Hullu, o.c., p. 260-261. Ter voorkoming van misverstand wordt hier met 'schuld' het bestanddeel bedoeld, het element wordt aangeduid als 'verwijt(baarheid)'.

¹⁴ HR 17 september 2002, NJ 2002, 549; HR 29 juni 2010, NJ 2010, 649 m.nt. PME; De Hullu, o.c., p. 254; Ook de termen 'onachtzaamheid' en 'onoplettendheid' worden wel gebezigd, maar deze brengen minder goed tot uitdrukking waarin de essentie van culpa gelegen is: de dader wordt verweten dat hij zich onvoldoende rekenschap heeft gegeven van de consequenties van zijn handelen. Het gaat derhalve om meer dan een enkel moment van onoplettendheid.

In de overwegingen van de Hoge Raad lijken *aanmerkelijkheid* en *verwijt* echter vermengd te worden. Dat is enerzijds begrijpelijk – het gaat om aspecten van hetzelfde: *culpa* – maar vertroebelt anderzijds het zicht op 's Hof's gedachtegang. Het Hof verklaart het ongeval overwegend uit objectieve, buiten de persoon van de verdachte gelegen omstandigheden: de hiervoor onderscheiden *bedrijfsculturele, organisatorische en situationele factoren*. Aan verdachtes tekortschieten komt naar het oordeel van het Hof zo gering gewicht toe, dat het geen *aanmerkelijke onvoorzichtigheid* oplevert. En dan is het niet verhelderend te overwegen dat het Hof – *nota bene: impliciet* – geoordeeld heeft dat wegens het ontbreken van voldoende verwijtbaarheid geen sprake is van *aanmerkelijke schuld*.¹⁵ Aan verwijtbaarheid – waarvan het Hof, getuige zijn overwegingen naar aanleiding van de vraag of verdachte fouten heeft gemaakt, veronderstellerwijs lijkt te zijn uitgegaan – kwam het Hof niet toe.

Over de *aanmerkelijkheid* van verdachtes onvoorzichtigheid was overigens meer te zeggen geweest. Als 'loadmaster' van de helikopter was verdachte eindverantwoordelijke voor de veiligheid van de afdalers. Strafrechtelijk maakte hem dat tot een 'Garant', iemand aan wie uit hoofde van zijn functie bijzondere, c.q. verscherpte eisen worden gesteld: in (potentieel) gevaarlijke situaties moet men voorzichtiger zijn.¹⁶ Zo gezien is niet evident dat verdachte niet blij gegeven heeft van *aanmerkelijke onvoorzichtigheid*.

In 's Hof's analyse is verdachte echter het slachtoffer geworden van de situatie, c.q. van factoren die niet voor zijn rekening komen. Niemand uitte bedenkingen tegen het doorsnijden van de afdaallijnen, verdachte protesteerde niet tegen 'zuinig snijden' omdat hij niet met deze methode – waarvan het gebruik hem eerst daags voor de demonstratie werd aangezegd – vertrouwd was en de omstandigheid dat verdachte – door van achter naar voor te werken – niet zag wat achter hem gebeurde wordt door het Hof verklaard uit het haperen van het communicatiesysteem.

Het (zuinig) doorsnijden van de afdaallijnen kan verdachte redelijkerwijs ook niet worden aangerekend. Ook aan een 'Garant' kunnen geen hogere eisen worden gesteld dan waaraan iemand in zijn hoedanigheid onder de gegeven omstandigheden moet voldoen.¹⁷ In zoverre wijst dit geval op ernstig organisatorisch falen.¹⁸ Over verdachtes keuze van achter naar voor te werken kan men twijfelen. Enerzijds bleek verdachte doordrongen van het besef dat – in een helikopter die volgens het 'crew concept' gevlogen wordt – communicatie met de vliegers van eminent belang is. Anders diende hij de vliegers te informeren wanneer het veilig was weg te vliegen, en dat kon hij niet zien.

M.M.D.

¹⁵ Zie voor een spiegelbeeldige – en evenmin verhelderende – overweging HR 7 februari 2012, NJ 2012, 119, onder 2.4. Zie daaromtrent nader N. Rozemond, 'Klimwand', *Ars Aequi* 2012, p. 840-845.

¹⁶ Het concept is vooral ontwikkeld in de context van strafuitsluitingsgronden, althans is in die context het duidelijkst zichtbaar: aan een politieman die wordt aangerand worden in vergelijking met de gemiddelde burger hogere eisen gesteld aan de wijze waarop hij zich verweert. Bij beantwoording van de vraag welke voorzichtigheid betracht moest worden, wordt verdachtes functie echter op een vergelijkbare manier verdisconteerd.

¹⁷ Vgl. H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagen, enz.*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891 (bew. J.V.V. Smidt), I, p. 85-86.

¹⁸ Zie daaromtrent I.E.W. Gonsalves, 'Twee helikopterincidenten en het rechterlijke oordeel hierover', *MRT* 2012, p. 265-269.

Rechtbank Arnhem

Militaire kamer

Uitspraak van 23 februari 2009

LJN BH3681

Voorzitter: mr. T.P.E.E. van Groeningen, lid: mr. A.G. Broek-de Stigter, militair lid: kolonel mr. B.F.M. Klappe.

Voor wie geldt het dienstvoorschrift?

Bij onderhoud van zijn wapen betracht marechaussee onvoldoende voorzichtigheid, als gevolg waarvan een schot gelost wordt. Vrijspraak van culpoze overtreding van veiligheidsvoorschriften: het Handboek KL-militair – waarvan deze deel uitmaken – is vastgesteld door de Commandant van het opleidings- en trainingscommando van het Commando Landstrijdkrachten, wiens bevoegdheid zich niet uitstrekt tot de Koninklijke Marechaussee. Nu het evenmin door een daartoe bevoegde functionaris van overeenkomstige toepassing verklaard is, kan niet worden gezegd dat verdachte een voor hem geldend dienstvoorschrift overtreden heeft.

(WMSr art. 137, aanhef en onder 1° en 2°; Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht art. 9 lid 2; Uitvoeringsregeling militair straf- en tuchtrecht 2000 art. 4)

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

I. De inhoud van de tenlastelegging

Aan verdachte is tenlastegelegd dat:

“hij als militair, op of omstreeks 30 juli 2007, te of nabij Kandahar, in elk geval in Afghanistan, in ernstige mate nalatig het dienstvoorschrift Handboek KL-militair (VS 2-1352), waarin in hoofdstuk 29 onder punt 3 (Veiligheidsregels) (onder andere) is voorgeschreven dat:

- bij het ter hand nemen van het wapen de gebruiker eerst de veiligheidsmaatregelen moet nemen en/of
- wanneer de gebruiker niet overtuigd is van de toestand waarin zijn wapen verkeert (geladen, half geladen of ontladen) hij de veiligheidsmaatregelen moet nemen en/of
- een geladen wapen altijd in een veilige richting moet wijzen en/of waarin in hoofdstuk 29 onder punt 4 (De Veiligheidsmaatregelen) (onder andere) is voorgeschreven dat het wapen in een veilige richting dient te worden gehouden en/of
- de patroonhouder uit het wapen genomen dient te worden en gecontroleerd dient te worden of zich hierin munitie bevindt en/of
- de slede naar achteren getrokken en vastgehouden dient te worden en/of
- de kamer en de voorzijde van de afsluiter op aanwezigheid van munitie gecontroleerd dient

te worden en eventuele aanwezige munitie verwijderd dient te worden en/of (vervolgens)
– de slede onder geleide naar voren gelaten dient te worden en de trekker overgehaald dient te worden,

niet heeft opgevolgd, hierin bestaande dat hij toen aldaar in een kamer/ruimte tijdens/na het plegen van wapenonderhoud en/of bij het controleren van de werking van een pistool (Glock 17) en/of bij het ter hand nemen van dat pistool niet de veiligheidsmaatregelen heeft genomen, althans niet alle veiligheidsmaatregelen heeft genomen en/of zich niet of onvoldoende heeft overtuigd van de toestand waarin zijn wapen verkeerde en/of dat wapen niet in een veilige richting heeft gehouden en/of de patroonhouder heeft geplaatst en/althans de patroonhouder niet uit het wapen heeft genomen en/of niet heeft gecontroleerd of er zich munitie in de patroonhouder bevond en/of (na het naar achteren trekken van de slede van het pistool) de kamer en de voorzijde van de afsluiter van dat wapen niet, althans onvoldoende, heeft gecontroleerd op de aanwezigheid van munitie en/of aanwezige munitie niet heeft verwijderd en/of (vervolgens) de slede van het pistool naar voren heeft laten gaan en/of de trekker heeft overgehaald, althans heeft beroerd, waarbij/waardoor een schot met dat wapen is gelost, terwijl daarvan/daardoor levensgevaar, althans gemeen gevaar, voor een ander te weten de zich (op kleine afstand) in dezelfde kamer/ruimte bevindende [naam], en/of gemeen gevaar voor goederen, te weten de zich in die kamer/ruimte bevindende goederen, is ontstaan.

II. Het onderzoek ter terechtzitting

De zaak is laatstelijk op 9 februari 2009 ter terechtzitting onderzocht. Daarbij is verdachte verschenen. Verdachte is bijgestaan door mr. M.P.K. Ruperti, advocaat te Amersfoort.

De officier van justitie heeft geëist dat verdachte ter zake van het tenlastegelegde zal worden vrijgesproken.

Verdachte en zijn raadsman hebben het woord ter verdediging gevoerd.

III. Motivering van de beslissing

De militaire kamer stelt vast dat het Handboek KL-militair is vastgesteld door Commandant van het opleidings- en trainingscommando van het Commando Landstrijdkrachten (CLAS). Deze is blijkens artikel 4 van de Uitvoeringsregeling militair straf- en tuchtrecht 2000 bevoegd tot het geven van dienstvoorschriften voor zover het dienstvoorschriften betreft die CLAS-breed moeten worden gehanteerd. Deze bevoegdheid strekt zich dus niet uit ten aanzien van door de Koninklijke Marechaussee te hanteren dienstvoorschriften. Ook overigens is niet door een daartoe bij of krachtens het Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht bevoegde autoriteit vastgesteld dat het Handboek KL-militair gelding heeft ten aanzien van militairen die deel uitmaken van de Koninklijke Marechaussee.

De militaire kamer is daarom van oordeel dat voor verdachte, die ten tijde van het ten laste gelegde feit deel uitmaakte van de Koninklijke Marechaussee, het Handboek KL-militair niet als dienstvoorschrift in de zin van het Wetboek Militair Strafrecht (zoals omschreven in artikel 135 van die wet) gold. Er is daarom geen sprake is van het in ernstige mate nalatig niet opvolgen van een dienstvoorschrift met de titel Handboek KL-militair.

De militaire kamer acht dan ook niet wettig en overtuigend bewezen hetgeen verdachte is tenlastegelegd en zal verdachte daarvan vrijspreken.

IV. De beslissing

De militaire kamer, rechtdoende: spreekt verdachte vrij van het tenlastegelegde feit.

NASCHRIFT

Art. 9 lid 2 van het Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht bepaalt dat door de minister van Defensie aangewezen functionarissen bevoegd zijn tot het ter bevordering van de veiligheid geven van dienstvoorschriften.¹ Bedoelde aanwijzing is vervat in art. 4 van de Uitvoeringsregeling militair straf- en tuchtrecht 2000.² In lid 1, aanhef en onder c sub 6° wordt de Commandant van het opleidings- en trainingscommando aangewezen, voor zover het dienstvoorschriften betreft die binnen het gehele Commando Landstrijdkrachten ('CLAS-breed') moeten worden gehanteerd. Van die bevoegdheid heeft hij o.m. gebruik gemaakt door – in het Handboek KL-militair – veiligheidsvoorschriften voor het pistool type Glock 17 te geven. Verdachte was de culpoze overtreding van deze voorschriften ten laste gelegd.

Maar verdachte was marechaussee, en de bevoegdheid van de Commandant van het opleidings- en trainingscommando om dienstvoorschriften te geven is beperkt tot militairen die ressorteren onder het Commando Landstrijdkrachten. De litigieuze veiligheidsvoorschriften waren op hem als zodanig dus niet van toepassing. Dat was niet onoverkomelijk geweest, mits een daartoe bevoegde autoriteit – t.w. de Commandant Koninklijke Marechaussee (art. 4 lid 1, aanhef en onder f sub 1° Uitvoeringsregeling militair straf- en tuchtrecht 2000) – die voorschriften voor dat krijgsmachtdeel van overeenkomstige toepassing had verklaard. Maar van die mogelijkheid is geen gebruik gemaakt. Derhalve moest worden aangenomen dat wat de wapens betreft waarmee de Marechaussee is uitgerust geen veiligheidsvoorschriften van kracht waren, c.q. deze niet de status van dienstvoorschriften hadden. Dat was een ongetwijfeld onbedoelde, maar onwenselijke situatie, waaraan eenvoudig een eind gemaakt kon worden. Aan de daartoe door de Rechtbank gedane suggestie heeft de Commandant Koninklijke Marechaussee gevolg gegeven door te bepalen dat een aantal dienstvoorschriften betreffende wapen- en munitiebeheer afkomstig van de CLAS ook voor KMar-personeel gelden, althans voor zover in nadere voorschriften van de KMar niet anders bepaald is.³ Eén van de overeenkomstige voorschriften is het voorschrift HB 2-1352, het Handboek KL-militair, waarvan de verdachte overtreding ten laste gelegd was; een afwijkend KMar-voorschrift is het voorschrift IK 19-08 (tweede druk), de Checklist ontladprocedure voor het pistool Glock 17. Met het besluit van de Commandant Koninklijke Marechaussee zijn dus nog niet alle problemen uit de wereld: waar de verdachte tot dat krijgsmachtdeel behoort, moet de officier van justitie erop bedacht zijn dat voor hem afwijkende dienstvoorschriften gelden.

M.M.D.

¹ Rijksbesluit van 25 november 1999, Stb. 497, houdende regels met betrekking tot de uitvoeringsbepalingen ingevolge het Wetboek van Militair Strafrecht, de Wet militair tuchtrecht en de Wet militaire strafrechtspraak.

² Beschikking van 22 december 1999, nr. CST 99/0117/029, 1999003890, laatstelijk gewijzigd bij beschikking van 8 oktober 2006, nr. C200613562.

³ Nota van 19 augustus 2009, CKMAR/2009/33570, op het intranet gepubliceerd op de pagina 'Orders en aanwijzingen'. De annotator dankt majoor mr. F.S. Spruijt, als stafofficier operationeel recht verbonden aan de Staf CKMar/Sectie Juridische Zaken, voor toezending van deze nota.

Uitspraak CRvB

Uitspraak van 24 februari 2011

09/5470 AW

LJN: BP6410

Voorzitter: mr. J.G. Treffers; leden: mr. M.C. Bruning en mr. B.J. van de Griend.

Terugvordering teveel genoten wachtgeld i.v.m. nieuwe inkomsten.

Betrokkene is tot 1 juni 2001 in dienst geweest van het ministerie van Defensie. Sindsdien werkt betrokkene bij de Stichting pensioenfonds ABP/USZO en aansluitend bij Loyalis. In verband met zijn ontslag bij het Ministerie van Defensie is aan betrokkene per 1 juni 2001 wachtgeld toegekend op grond van het Wachtgeldbesluit burgerlijke ambtenaren defensie. Aangezien de inkomsten van betrokkene bij Loyalis meer bedroegen dan zijn laatstgenoten bezoldiging kwam het wachtgeld niet tot uitbetaling.

Op grond van de destijds geldende CAO is het wachtgeld met ingang van 1 maart 2007 met 3,15% verhoogd. Deze verhoging heeft in augustus 2007 geleid tot uitbetaling van een relatief klein bedrag aan wachtgeld met terugwerkende kracht vanaf 1 maart 2007. Bij een controle door KPMG, de door Defensie gecontracteerde uitvoerder van het Wachtgeldbesluit, is gebleken dat recente specificaties van de inkomsten van betrokkene ontbraken. Betrokkene heeft vervolgens die specificaties op verzoek van KPMG alsnog toegezonden.

Na ontvangst van de specificaties in april 2008 is de betaling van het wachtgeld per 1 mei 2008 gestopt en het teveel betaalde wachtgeld van betrokkene teruggevorderd. Betrokkene heeft alleen bezwaar gemaakt tegen de terugvordering over de periode 1 maart tot 31 december 2007. Bij besluit van 3 oktober 2008 is dat bezwaar ongegrond verklaard. De rechtbank vond het terug te vorderen bedrag niet toetsbaar en vernietigde het bestreden besluit, waarna de minister hoger beroep heeft ingesteld.

UITSPPRAAK

Op het hoger beroep van de Minister van Defensie tegen de uitspraak van de rechtbank Maastricht van 2 september 2009, 08/1847, in het geding tussen betrokkene en appellant.

I. Procesverloop

De minister heeft hoger beroep ingesteld.

Betrokkene heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 13 januari 2011. De minister heeft zich laten vertegenwoordigen door H. Hendriks, werkzaam bij KPMG Management Services (hierna: KPMG). Betrokkene is -met voorafgaand bericht- niet verschenen.

II. Overwegingen

I. Dit geding, dat aanvankelijk is gevoerd ten name van de Staatssecretaris van Defensie, is in verband met een wijziging van taken voortgezet ten name van de minister. Waar in deze uit-

spraak wordt gesproken van minister, wordt daaronder in voorkomend geval (mede) verstaan de Staatssecretaris van Defensie.

2. Op grond van de gedingstukken en het verhandelde ter zitting gaat de Raad uit van de volgende hier van belang zijnde feiten en omstandigheden.

2.1. Betrokkene is tot 1 juni 2001 in dienst geweest van het Ministerie van Defensie. Sindsdien werkt betrokkene bij de Stichting pensioenfonds ABP/USZO (thans en hierna: Loyalis). In verband met zijn ontslag bij het Ministerie van Defensie is aan betrokkene per 1 juni 2001 wachtgeld toegekend op grond van het Wachtgeldbesluit burgerlijke ambtenaren defensie (hierna: Wbad). Aangezien de inkomsten van betrokkene bij Loyalis meer bedroegen dan zijn laatstgenoten bezoldiging kwam het wachtgeld niet tot uitbetaling.

2.2. Op grond van de destijds geldende CAO is het wachtgeld met ingang van 1 maart 2007 met 3,15% verhoogd. Deze verhoging heeft in augustus 2007 geleid tot uitbetaling van een relatief klein bedrag aan wachtgeld met terugwerkende kracht vanaf 1 maart 2007. Bij een controle door KPMG is gebleken dat recente specificaties van de inkomsten van betrokkene ontbraken. Desverzocht heeft betrokkene de betreffende specificaties toegezonden. Na ontvangst van de specificaties in april 2008 is de betaling van het wachtgeld per 1 mei 2008 gestopt en is bij besluiten van 5 en 26 juni 2008 het betaalde wachtgeld over de perioden van respectievelijk 1 januari tot en met 30 april 2008 en 1 maart tot en met 31 december 2007 van betrokkene teruggevorderd, omdat achteraf gebleken is dat met een onjuist bedrag aan neveninkomsten rekening is gehouden.

2.3. Betrokkene heeft alleen bezwaar gemaakt tegen het besluit van 26 juni 2008. Bij besluit van 3 oktober 2008 (hierna: bestreden besluit) is dat bezwaar ongegrond verklaard, onder handhaving van de terugvordering van een bedrag van € 370,50 aan onterecht ontvangen wachtgeld over de periode van 1 maart tot en met 31 december 2007.

3. De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak het beroep van betrokkene tegen het bestreden besluit gegrond verklaard en dat besluit vernietigd. De rechtbank heeft geoordeeld dat de rechtmatigheid van het terug te vorderen bedrag niet toetsbaar is, omdat onvoldoende inzichtelijk is op basis waarvan en op grond van welke berekening de minister tot het terug te vorderen bedrag is gekomen.

4. De minister heeft in hoger beroep aangevoerd dat wel voldoende inzichtelijk is gemaakt hoe hij tot het terug te vorderen bedrag is gekomen.

4.1. Betrokkene heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

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

5.1. De Raad volgt de rechtbank niet in haar oordeel dat onvoldoende inzichtelijk is op basis waarvan en op grond van welke berekening de minister tot het terug te vorderen bedrag is gekomen. De gedingstukken bieden dat inzicht wel. Het had op de weg van de rechtbank gelegen, zou dat inderdaad anders zijn, bij de minister daarover nadere inlichtingen in te winnen.

5.2. Ingevolge artikel 13 van het Wbad worden inkomsten die betrokkene geniet met het wachtgeld verrekend. Deze verrekening geschiedt aldus dat het wachtgeld wordt verminderd met het bedrag waarmee het wachtgeld, vermeerderd met die inkomsten, de bezoldiging overschrijdt.

5.3. De Raad stelt vast dat de inkomsten van betrokkene ook in de periode vanaf 1 maart 2007 meer bedroegen dan zijn laatstgenoten bezoldiging. De verrekening op grond van artikel 13 van het Wbad leidt er dan toe dat het uit te betalen wachtgeld nihil is. Het teruggevorderde bedrag is blijkens de gedingstukken het totale bedrag dat over de periode van 1 maart tot en met 31 december 2007 aan betrokkene is uitbetaald.

5.4. Het hoger beroep van appelland slaagt en de aangevallen uitspraak moet worden vernietigd.

6. De Raad moet vervolgens, doende wat de rechtbank zou behoren te doen, de vraag beantwoorden of het bestreden besluit in rechte stand kan houden.

6.1. Ingevolge vaste rechtspraak van de Raad is een bestuursorgaan bevoegd om hetgeen in het kader van een rechtsbetrekking met een ambtenaar of een gewezen ambtenaar onverschuldigd is betaald terug te vorderen, tenzij algemene rechtsbeginselen of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zich daartegen verzetten. Vaste rechtspraak van de Raad is ook dat het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van een evenwichtige afweging van belang, ook op het terrein van het ambtenarenrecht, meebrengen dat die terugvordering na een zeker tijdsverloop niet meer mogelijk is. In zijn algemeenheid zal het onverschuldigd betaalde slechts gedurende twee jaar na de dag van uitbetaling kunnen worden teruggevorderd of verrekend, indien betrokkene wist of redelijkerwijs kon weten dat hij te veel ontving. Naar het oordeel van de Raad had het betrokkene redelijkerwijs duidelijk kunnen zijn dat het over de periode van 1 maart tot en met 31 december 2007 uitbetaalde wachtgeld onverschuldigd werd betaald. De inkomsten van betrokkene bedroegen op het moment van indiensttreding bij Loyalis al meer dan zijn laatstgenoten bezoldiging en zijn vanaf het moment van indiensttreding bij Loyalis alleen maar gestegen. Appelland was naar het oordeel van de Raad dan ook bevoegd tot terugvordering van het ten onrechte betaalde wachtgeld ten bedrage van € 370,50.

6.2. Betrokkene heeft in beroep aangevoerd dat de minister door de van maart 2007 tot en met december 2007 betaalbaar gestelde bedragen terug te vorderen, heeft gehandeld in strijd met het in de zogenoemde zes-maanden jurisprudentie tot uitdrukking gebrachte zorgvuldigheidsbeginsel (CRvB 15 maart 2007, LJN BA1953 en TAR 2007, 114). De Raad kan betrokkene hierin niet volgen. De bedoelde rechtspraak brengt mee dat de uitoefening van de bevoegdheid van een bestuursorgaan om onverschuldigd betaalde uitkeringen terug te vorderen, de beperkte toetsing door de rechter niet kan doorstaan, voor zover het gaat om uitkeringen die betaalbaar zijn gesteld meer dan zes maanden na het tijdstip waarop het orgaan na ontvangst van relevante informatie van betrokkene actie had moeten ondernemen.

De in geding zijnde besluitvorming heeft geen betrekking op na ontvangst van dergelijke informatie gedane betalingen, maar op betalingen die zijn gedaan vóórdát de gevraagde salarisspecificaties over 2007 waren ontvangen.

6.3. Het standpunt van betrokkene dat sprake is van getrapte besluitvorming onderschrijft de Raad evenmin. Betrokkene verwijst in dat verband naar het terugvorderingsbesluit van 5 juni 2008 dat ziet op de periode van januari 2008 tot en met april 2008. Nu het hier gaat om twee

verschillende perioden, is van getrapte besluitvorming geen sprake en doet de vraag of zodanige besluitvorming in dit geval toelaatbaar was geweest zich hier niet voor.

6.4. De Raad ziet, gelet op het voorgaande, in het door betrokkene aangevoerde geen aanleiding te oordelen dat appellant bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet had kunnen weigeren geheel of gedeeltelijk van terugvordering af te zien. Dit brengt de Raad tot de slotsom dat het bestreden besluit in rechte stand houdt. Het beroep moet dus ongegrond worden verklaard.

7. De Raad acht tot slot geen termen aanwezig om toepassing te geven aan artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht inzake de vergoeding van de proceskosten.

III. Beslissing

DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP;

RECHT DOENDE:

Vernietigt de aangevallen uitspraak;

Verklaart het beroep tegen het bestreden besluit ongegrond.

NASCHRIFT

Het wettelijk systeem bij terugvordering is nogal complex. De oude militaire pensioen-wetgeving en de oude burgerlijke pensioenwetgeving van 1966 hadden expliciete regels op dit punt (artt. W4/W5 Algemene militaire pensioenwet juncto S4/S5 Algemene burgerlijke pensioenwet) en verder gold als beleid binnen Defensie om deze regels analoog toe te passen bij de wachtgelden. In de huidige regelgeving m.b.t. de pensioenen komen deze regels echter niet meer voor en is uitsluitend nog sprake van beleidsregels. Daarnaast heeft in 1998 ook de Werkloosheidswet zijn intrede gedaan bij het overheidspersoneel en is het WW-regime – in 1996 aangescherpt in het verlengde van de Wet boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid – ook gaan gelden voor de bovenwettelijke werkloosheidsregelingen. Verschillende regimes zijn dus in de loop der tijd naar voren gekomen met elk hun eigen kenmerken. Overigens betreft het telkens specifieke concretisering van art. 6:203 BW. Hierin komt het rechtsbeginsel tot uitdrukking dat degene die zonder rechtsgrond heeft betaald, gerechtigd is tot terugvordering. Het geldt, behalve voor betalingen van privaatrechtelijke ook voor betalingen van publiekrechtelijke aard (HR 25 oktober 1991, JABW 1991/304). Bij gebreke van expliciete bepalingen kan dus worden teruggevallen op dit algemene rechtsbeginsel.

De beroepsmilitair en de burger bij Defensie mogen er in beginsel op vertrouwen dat hetgeen zij aan wachtgeld hebben ontvangen, door KPMG op goede gronden is betaald. Met een eventuele terugvordering hoeven zij geen rekening te houden. Het uitgangspunt van de niet-terugvorderbaarheid van verstrekte wachtgelden en uitkeringen, dat nagenoeg algemeen ook voor het gehele veld van het socialezekerheidsrecht geldt, sluit aan bij het gegeven dat de betrokkene de uitkering zeer waarschijnlijk al zal hebben besteed. In bepaalde gevallen evenwel is het niet verdedigbaar om aan het uitgangspunt van niet-terugvorderbaarheid vast te houden. Zoals in de onderhavige uitspraak nog eens wordt herhaald, is een uitvoeringsorgaan volgens vaste jurisprudentie bevoegd om onverschuldigde betalingen terug te vorderen, tenzij algemene rechtsbeginselen of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zich daartegen verzetten. In zijn algemeenheid zal het onverschuldigd betaalde slechts gedurende twee jaar na de dag van uitbetaling kunnen worden teruggevorderd of verrekend, indien betrokkene wist of redelijkerwijs kon weten dat hij teveel ontving.

Omdat terugvordering een bevoegdheid van het uitvoeringsorgaan betreft, is er ook ruimte om eigen beleidsregels vast te stellen met betrekking tot de terugvordering. Naar analogie van de militaire en de burgerlijke pensioenwetgeving is er binnen deze beleidsregels volledige terugvordering mogelijk bij herziening, wijziging en herstel binnen vier maanden. Herziening en herstel na vier maanden leidt slechts tot volledige terugvordering, indien betrokkene redelijkerwijs had moeten begrijpen dat hem te veel werd uitbetaald. Bij wijziging geldt als criterium dat betrokkene moet hebben nagelaten mededeling te doen van een wijziging in de feiten, hoewel hij wettelijk daartoe verplicht was of dit redelijkerwijs van hem mocht worden verwacht. In beginsel geldt ook dan de termijn van twee jaren. Deze termijn kan tot vijf jaren worden verlengd, indien het aan het toedoen van de betrokkene moet worden toegeschreven dat hem teveel werd uitbetaald. Na vijf jaren geldt de algemene verjaringstermijn.

Uitoefening van de bevoegdheid tot terugvordering kan volgens vaste jurisprudentie (CRvB 15 maart 2007, LJN BA1953 en TAR 2007,114) de beperkte toetsing van de Raad niet doorstaan, voor zover het gaat om uitkeringen die betaalbaar zijn gesteld meer dan zes maanden na het tijdstip waarop het uitvoeringsorgaan na ontvangst van relevante informatie van betrokkene actie had moeten ondernemen. Dit hangt samen met de - aan het uitvoeringsorgaan te stellen - eis dat de naleving van de mededelingsverplichting effectief wordt gecontroleerd (CRvB 30 december 1998, LJN AA8614). Ook houdt dit in dat adequaat moet worden gereageerd op aanwijzingen dat geen of minder recht bestaat op uitkering met het doel om het doen van onverschuldigde betalingen te beperken. Bij nalatigheid in dit opzicht zullen bij terugvordering bepaalde grenzen niet kunnen worden overschreden zonder in strijd te komen met het zorgvuldigheidsbeginsel, tenzij sprake is van opzettelijk verzwijgen van de van belang zijnde gegevens. Bij een beperking van de terugvorderingperiode tot zes maanden na de ontvangst van een signaal wordt deze grens geacht niet te zijn overschreden.

In de onderhavige casus is de Raad van oordeel dat het betrokkene redelijkerwijs duidelijk had kunnen zijn dat het over de periode van 1 maart tot en met 31 december 2007 uitbetaalde wachtgeld onverschuldigd werd betaald. De inkomsten van betrokkene bedroegen op het moment van indiensttreding bij de nieuwe werkgever al meer dan zijn laatstgenoten bezoldiging en zijn vanaf het moment van indiensttreding alleen maar gestegen. Ook is voldaan aan de twee jaarstermijn. Het beroep op de zes maanden grens wijst de Raad kort en krachtig af. Het gaat immers niet om onverschuldigde betalingen gedaan na ontvangst van de binnengekomen informatie of signalen, maar om betalingen, die reeds vóór de binnenkomst van de gevraagde salarisspecificaties over 2007 onjuist waren. Het geheel overziend vormt de uitspraak m.i. een heldere en begrijpelijke toepassing van de geldende rechtsregels.

J.v.K.

Annotatoren:	C.	- Mr.Th. J. Clarenbeek
	G.L.C.	- Prof. mr. G.L. Coolen
	S.M.D.	- Mr. S.M. Diekstra
	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.F.V.	- Mr.A.F.Vink
	G.F.W.	- Mr. G.F. Walgemoed

Auteursaanwijzingen

Bijdragen voor het Militair Rechtelijk Tijdschrift worden bij voorkeur aangeleverd per e-mail (AJR.Buisman@mindef.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.A.J.R. Buisman, majoor van de Koninklijke Luchtmacht;
Leden:	
voor de Koninklijke Landmacht:	Mr. H.C.M. Snellen, Kolonel van de Militair Juridische Dienst;
voor de Koninklijke Luchtmacht:	Mr. R.J.W. Schoonderwoerd, Kolonel van de Koninklijke Luchtmacht;
voor de Koninklijke Marine:	Mr. E.P.J. Schelkers, Kapitein ter Zee van Administratie;
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;
Mr. R. van den Heuvel,	Voorzitter van de Militaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem – Leeuwarden;
Prof. Mr. Th.A. de Roos,	Raadshoer in het Hof 's-Hertogenbosch, hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Universiteit van Tilburg;
Adres van de Redactiecommissie:	Staf CLSK/Stg JZ, t.a.v. Majoor Buisman, Postbus 8762, 4820 BB Breda

VASTE MEDEWERKERS:

Dr. J.G.F.M. van Kessel, Juridisch beleidsadviseur Bijzondere Regelingen Defensie van ABP.
Dr. J.P. Loof, Lid van het College voor de Rechten van de Mens en 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. Zwaneburg, Sectie Internationale en Juridische Beleidsaangelegenheden.
Kolonel mr. B.F.M. Klappe, Directeur Dienstencentrum Juridische Dienstverlening.

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 105, 2400 AC Alphen a/d Rijn, E-mail: info@spabonneeservice.nl. Het abonnement loopt van januari t/m december. Opzeggingen dienen vóór 31 oktober schriftelijk te geschieden bij de klantenservice Militair Rechtelijk Tijdschrift. Adreswijzigingen kunt u doorgeven aan klantenservice Militair Rechtelijk Tijdschrift. De prijs van losse afleveringen bedraagt € 7,75. Verzamelbanden zijn verkrijgbaar bij klantenservice Militair Rechtelijk Tijdschrift tegen de prijs van € 30,15. 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.

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.