

# Militair Rechtelijk Tijdschrift

Jaargang 108 - 2015

Aflevering 2

## IN DIT NUMMER

### Bijdragen

*A.L.M. de Brouwer*, Conflict-related Sexual Violence: Achievements and Challenges in International Criminal Law and the Role of the Military.

Tweeluik over de vrijheid van meningsuiting:

Deel I: *H. Warnar*, Gun de militaire ambtenaar zijn grondrecht van de vrijheid van meningsuiting.

Deel II: *J.F.R. Boddens Hosang*, “Haagse muilkorf” of malum necessarium: beperkingen op de ambtelijke vrijheid van meningsuiting vanuit juridisch perspectief.

### Strafrechtspraak

*Hof A-L*, Eenvoudige ongeoorloofde afwezigheid.

*Hof A-L*, Afghaanse souvenirs.

### Bestuursrechtspraak

*CRvB*, Strafontslag in het AMAR?

# INHOUD

## BIJDRAGEN

### BESCHOUWING

Conflict-related Sexual Violence: Achievements and Challenges in International Criminal Law and the Role of the Military, by Dr. A.L.M. de Brouwer.....	53
---	----

### OPINIE

Tweeluik over de vrijheid van meningsuiting: Deel I: Gun de militaire ambtenaar zijn grondrecht van de vrijheid van meningsuiting, door KLTZ drs. H. Warnar.....	74
Deel II: “Haagse muilkorf” of malum necessarium: beperkingen op de ambtelijke vrijheid van meningsuiting vanuit juridisch perspectief, door drs. J.F.R. Boddens Hosang.....	82

## STRAFRECHTSPRAAK

Hof A-L 05.11.2013	<b>Eenvoudige ongeoorloofde afwezigheid</b> Een militair is tot twee keer toe langer dan vier dagen ongeoorloofd afwezig. Het verweer van zijn raadsman dat de militair dienstongeschikt is slaagt niet omdat de militair zich niet volgens de geldende procedures ziek heeft gemeld en ook niet uit de feiten blijkt dat er sprake was van dienstongeschiktheid. (Naschrift M.R.A.).....	90
-----------------------	--	----

Hof A-L 02.10.2014	<b>Afghaanse souvenirs</b> Bij uitroteren van Afghanistangangers worden (onderdelen van) een wapen en munitie naar Nederland verscheept, ten laste gelegd als valsheid in geschrift ten aanzien van het desbetreffende formulier en het zonder consent invoeren van die goederen. Ontvankelijkheid en omvang van het onderzoek in hoger beroep. Voorwaardelijk opzet: toepasselijke criteria; motiveringsplichten. Wanneer gelden gebruikte hulzen als ‘munitie’? Kennelijke schrijffout in tenlastelegging? (Naschrift M.M.D.).....	95
-----------------------	---	----

## BESTUURSRECHTSPRAAK

CRvB 23.10.2014	<b>Strafontslag in het AMAR?</b> Een sergeant van de KL wordt ontslagen voor onder andere het bezit van kindporno, terwijl de strafrechter hem van dat feit vrijspreekt. De minder strikte bewijsregels in het ambtenarenrecht maken dit mogelijk. Wel moet het feit op basis van de beschikbare, deugdelijk vastgestelde, gegevens worden aangetoond. De Raad kwalificeert ontslag wegens wangedrag als disciplinaire straf (onvoorwaardelijk ontslag). (Naschrift A.F.V.).....	104
--------------------	---	-----

# Conflict-related Sexual Violence: Achievements and Challenges in International Criminal Law and the Role of the Military

BY DR. A.L.M. DE BROUWER<sup>1</sup>

## Introduction

In many conflicts around the world, sexual violence has been committed against women, men and children alike. A recent study into armed groups' involvement in conflict-related sexual violence reported a total of 129 active conflicts in the period 1989-2009 alone.<sup>2</sup> The consequences of sexual violence are usually very severe and may last a life time: many survivors of sexual violence contract sexually transmitted diseases, including HIV/AIDS, face unwanted pregnancies and health complications, and suffer from sexual mutilations and other injuries, such as fistulas, uterine problems, vaginal lesions and scarring. In addition, they often face stigma, isolation, poverty and severe traumas.<sup>3</sup> Despite the often high occurrence of sexual violence in conflict and its enormous potential to destroy individual lives and communities and societies at large (capable of rising to a national and international peace and security issue)<sup>4</sup>, perpetrators of these crimes have often not been prosecuted. Prosecutions before international criminal tribunals are relatively rare and on the national level, conflict-related sexual violence prosecutions are very often minimal or non-existent. Prevention strategies are furthermore given more thought; yet more needs to be learned and done in order to make the prevention of conflict-related sexual violence more effective. While it will not be possible to cover everything of relevance to conflict-related sexual violence, some of the most important achievements and current challenges concerning the understanding, prevention, investigation and prosecution of sexual violence in conflict, with special attention to the role of the military, will be addressed in this contribution.

<sup>1</sup> Dr. Anne-Marie de Brouwer is an Associate Professor of International Criminal Law at the Department of Criminal Law and a Research Fellow with INTERVICT (International Victimology Institute Tilburg) at Tilburg University, the Netherlands (A.L.M.deBrouwer@uvt.nl).

<sup>2</sup> Dara Kay Cohen and Ragnhild Nordas, 'Sexual Violence in Armed Conflict: Introducing the SVAC Dataset, 1989-2009', 51(3) *Journal of Peace Research* (2014) 418-428 (the authors looked at intrastate, internationalized internal and interstate conflicts).

<sup>3</sup> See further e.g.: Evelyne Josse, 'They Came With Two Guns': The Consequences of Sexual Violence for the Mental Health of Women in Armed Conflicts', 92 (877) *International Review of the Red Cross* (2010) 177-195.

<sup>4</sup> Patrick Cammaert, 'Voorwoord', in Anne-Marie de Brouwer and Sandra Ka Hon Chu, *De Mannen Die Mij Hebben Vermoord: Rwandese Overlevenden van Seksueel Geweld* (Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2011), pp. 1-3. See also several resolutions of the UN Security Council since 2008, in which the link between sexual violence, often used as 'a tactic of war', and the maintenance and restoration of international peace and security is addressed: i.e., in particular, UN Resolution 1820 (2008), 1888 (2009), 1960 (2010), 2106 (2013).

## I Achievements in International Criminal (Procedural) Law

To what extent has international criminal law and international criminal procedural law, to date, contributed to the effective understanding, investigation and prosecution of conflict-related sexual violence? This question will be answered in this section.

### 1.1 International Criminal Law and Sexual Violence Prosecutions

First of all it should be mentioned that for a very long time, conflict-related sexual violence crimes were not recognized as self-standing international crimes constituting genocide, crimes against humanity or war crimes; rather they were often seen, not as crimes, but as byproducts of war, as rewards for soldiers to boost their morale.<sup>5</sup> As such, these crimes were not or hardly prosecuted before national or international criminal tribunals.<sup>6</sup> It took until the 1990s – with the growing media exposure of the massive sexual violence in the conflicts in the countries of the former Yugoslavia and (to a lesser extent) the genocide in Rwanda<sup>7</sup> – before sexual violence crimes were explicitly labeled as crimes in the statutes of international criminal tribunals. The Statutes of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia (ICTY) and Rwanda (ICTR) and the Special Court for Sierra Leone (SCSL)<sup>8</sup>, for instance, all criminalize rape and some other forms of sexual violence as crimes against humanity and war crimes.<sup>9</sup> Rape and other forms of sexual violence were thus transformed from a private, off-duty, inevitable and collateral crime to something that was public, political and worthy of criminalization and prosecution. In 1998, with the creation of the permanent International

<sup>5</sup> It should be noted, however, that some international treaties did criminalize sexual violence, but under vaguely worded phrases and not as independent crimes. For example, the Fourth 1949 Geneva Convention and the 1977 Additional Protocol II reference to rape and enforced prostitution falling under the provisions of ‘attack on their honour’ and ‘outrages upon personal dignity’, respectively. See further: Kelly Askin, ‘Treatment of Sexual Violence in Armed Conflicts: A Historical Perspective and the Way Forward’, in Anne-Marie de Brouwer et al. (eds.), *Sexual Violence as an International Crime: Interdisciplinary Approaches* (Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland, 2013), pp. 3-55.

<sup>6</sup> For example, after the Second World War, sexual violence was not prosecuted before the Nuremberg Tribunal, despite evidence available. Sexual violence was prosecuted before the Tokyo Tribunal, but not extensively. See further: Askin 2013, *supra* note 5, pp. 32-49.

<sup>7</sup> Estimates of sexual violence in the conflict in Bosnia and Herzegovina, for instance, revealed that between 20,000 to 50,000 women experienced sexual violence between 1992 and 1995. In Rwanda, it was estimated that 250,000 to 500,000 Tutsi women and girls endured sexual violence during the 100 days of genocide in 1994. See e.g.: Vesna Nikolić-Ristanović, ‘Living Without Democracy and Peace: Violence Against Women in the former Yugoslavia’, 5(1) *Violence Against Women* (1999) 63-80; United Nations, *Report on the Situation of Human Rights in Rwanda submitted by Mr. René Degni-Ségui, Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, under paragraph 20 of resolution S-3/11 of 25 May 1994, E/CN.4/1996/68, 29 January 1996.*

<sup>8</sup> These tribunals are mandated to prosecute the most responsible individuals of the respective conflicts. The SCSL (set up in 2002 in Freetown) has, in the meantime, closed down, while the ICTY (set up in 1993 in The Hague) and the ICTR (set up in 1994 in Arusha) are in the process of closing their doors.

<sup>9</sup> See specifically: Article 5(g) ICTY Statute (rape as a crime against humanity); Article 3(g) ICTR Statute (rape as a crime against humanity); Article 4(e) ICTR Statute (‘Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault’ as violations of Article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II); Article 2(g) SCSL Statute (rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy and any other form of sexual violence as a crime against humanity); Article 3(e) SCSL Statute (outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault as violations of Article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II); Article 5 SCSL Statute furthermore lists several offences related to the abuse of girls as crimes under Sierra Leonean Law.

Criminal Court (ICC)<sup>10</sup>, the most extensive list criminalizing sexual violence crimes, was laid down in an international treaty, the Rome Statute. In Articles 7 and 8 of the Rome Statute, rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilisation and any other form of sexual violence of comparable gravity are explicitly outlawed as crimes against humanity and war crimes. In addition, persecution against any identifiable group or collectivity on the ground of gender, and the crime of enslavement (which may include trafficking in persons, in particular women and children), are prohibited as a crime against humanity.<sup>11</sup> Although the Rome Statute definition of genocide (which follows verbatim that of the 1948 Genocide Convention) does not include specific sexual violence crimes amongst its acts, the ICC's guiding Elements of Crimes do recognize that rape and other forms of sexual violence could be prosecuted as such.<sup>12</sup>

Besides these important and unprecedented recognitions and prohibitions of specific sexual violence crimes as independent international crimes, arguably the most notable jurisprudential achievements the international criminal tribunals have made are the acknowledgements that rape and sexual violence can amount to genocide and that the definition of rape does not need to include lack of consent as an element of the crime.<sup>13</sup> As for the latter, the recognition that consent is virtually meaningless in a context of structural force and subjugation, would reflect an important achievement from a victim's perspective. It reflects a recognition that the traditional burden of proof of the lack of consent is putting an unjustifiable burden on the victim/witness, notably in the context of conflict situations where conditions of force and threat preclude any freedom to consent.<sup>14</sup> In 2014, before the ICC in the case of the accused Katanga (DRC situation), this interpretation was confirmed.<sup>15</sup> In addition to these two jurisprudential advances, rape and sexual violence crimes have

<sup>10</sup> In brief, the ICC is based in The Hague, the Netherlands, and is similarly capable of prosecuting the most senior individuals (in principle coming from State Parties or nationals from State Parties) who allegedly committed international crimes.

<sup>11</sup> Article 7(1)(h) Rome Statute.

<sup>12</sup> Article 9(1) Rome Statute ("Elements of Crimes shall assist the Court in the interpretation and application of Articles 6, 7 and 8.") and Article 6(b), element 1, footnote 3 ICC's Elements of Crimes.

<sup>13</sup> See e.g.: Kelly Askin, 'Gender Crimes Jurisprudence in the ICTR: Positive Developments', 3(4) *Journal of International Criminal Justice* (2005) 1007-1018; Eric Mose, 'Main Achievements of the ICTR', 3 *Journal of International Criminal Justice* (2005) 920-943. See also: *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Judgment, Trial Chamber I, Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998 (in this case rape and sexual violence were for the first time recognized as crimes that could amount to genocide).

<sup>14</sup> For a long time there seemed not to be consensus on the definition of rape as ICTY and ICTR Chambers came up with different definitions of the crime, sometimes including 'lack of consent' as an element. Pursuant to the non-binding Elements of Crimes of the ICC, however, lack of consent is, in principle, not an element of the crime. See further on the definition of rape and why it is important to keep 'lack of consent' outside the definition of rape e.g.: Patricia Viseur-Sellers, 'The 'Appeal' of Sexual Violence: Akayesu/Gacumbitsi Cases', in Karen Stefisyn (ed.), 'Gender-Based Violence in Africa' (University of Pretoria, Pretoria, 2007), 51-103; Anne-Marie de Brouwer, 'Gacumbitsi Judgement', in Göran Sluiter and André Klip (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals: The International Criminal Tribunal for Rwanda 2005-2006 (Volume 24)* (Intersentia, Antwerp/Oxford/Portland, 2009), pp. 583-594.

<sup>15</sup> In the *Katanga* case, it was noted that, with the exception of the specific situation in which the perpetrator takes advantage of the inability of a person to give genuine consent, the Elements of Crimes do not refer to the absence of consent and this factor does therefore not need to be demonstrated. Instead, the Chamber found that it is sufficient to demonstrate one of the circumstances of a coercive nature listed in the second element of the crime of rape, noting that this interpretation is confirmed by Rule 70 of the ICC's Rules of Procedure and Evidence. See *Le Procureur c. Germain Katanga*, Jugement Rendu en Application de l'Article 74 du Statut, No. ICC-01/04-01/07, 7 mars 2014, paras. 964-966.

been successfully prosecuted under different modes of liability as war crimes and crimes against humanity, such as rape, torture, enslavement and persecution.<sup>16</sup> The Tribunals have also noted that other gender-related crimes, such as forced marriage, forced nudity, forced pregnancy, sexual mutilation, and forced abortion, may constitute international crimes. In fact, the SCSL has successfully prosecuted not only rape and sexual slavery, but also forced marriage as the crime against humanity of an 'other inhumane act'.<sup>17</sup> Although the majority of sexual violence cases before the tribunals involved sexual violence committed against women and girls by men and boys, the tribunals recognised in several cases that men and boys are also subjected to various forms of sexual violence and that women can equally be the perpetrators of sexual violence.<sup>18</sup> The above achievements are all major steps forward in the development of sexual violence and its different forms as self-standing crimes in international criminal law for which individuals can be held accountable under different liability modes.

### 1.2 International Criminal Procedural Law and Sexual Violence Prosecutions

With regard to international criminal procedural law, of particular importance to victims of sexual violence are several evidentiary rules, in particular the rules specifying that, as for any testimony, the testimony of a victim of sexual violence does not need to be corroborated, that consent cannot be inferred from words or conduct undermined by coercive circumstances, and that evidence on prior or later sexual conduct is not admitted.<sup>19</sup> While these rules are essentially concerned with the presentation of evidence, they also offer certain protective measures to victims of sexual violence when testifying. These rules, for the first time laid down in the international criminal procedural rules of the ICTY and the ICTR<sup>20</sup>, are a major achievement, particularly when compared with a number of national jurisdictions which, *inter alia*, use definitions of rape which allow defense counsel to introduce suggested consent of the victim as a defense strategy, even in the context of force. Other positive developments for victims of sexual violence at the ICC relate to provisions on protection (e.g. *in camera* proceedings), participation (expressing views and concerns), reparation and assistance, the latter via the Trust Fund for Victims (e.g. physical and psychological rehabilitation projects and socio-economic activities).<sup>21</sup> In addition, the Rome Statute of the ICC

<sup>16</sup> For example, in 2011, the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC) convicted 'Duch,' the head of a notorious Khmer Rouge torture facility, of a number of crimes, including rape subsumed under torture as a crime against humanity.

<sup>17</sup> See for further discussions on this crime, including how to label it, e.g.: Iris Haenen, *Force & Marriage. The Criminalisation of Forced Marriage in Dutch, English and International Criminal Law* (Intersentia, Cambridge/Antwerp, 2014). See on the issue of the importance of labelling sexual violence crimes as sexual violence crimes rather than non-specific sexual violence crimes, such as 'other inhuman act', e.g.: Hilmi M. Zawati, *Symbolic Judgements or Judging Symbols: Fair Labelling and the Dilemma of Prosecuting Gender-Based Crimes under the Statutes of the International Criminal Tribunals* (Pennsylvania Press, Philadelphia, 2013).

<sup>18</sup> For cases involving sexual violence against men see, *inter alia*, the ICTY cases concerning Tadić, Češaić, Mucić *et al.*, Todorović and Simić. Before the ICTR, sexual violence against a man was only examined in the Niyitegeka and Muhimana cases, dealing with the same incident. For cases involving female perpetrators of sexual violence, see the ICTR case involving Pauline Nyiramasuhuko, the ICTY case of Biljana Plavšić, and the ICC case of Simone Gbagbo.

<sup>19</sup> See e.g. Rules 63(4), 70-72 ICC Rules of Procedure and Evidence.

<sup>20</sup> Common Rule 96 ICTY and ICTR Rules of Procedure and Evidence.

<sup>21</sup> For an in depth discussion of these matters, see e.g.: Anne-Marie de Brouwer, *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: The ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR* (Intersentia, Antwerp/Cambridge, 2005).

includes provisions related to its institutional framework, requiring, for example, geographical and gender balance among the staff of the Court, and expertise in sexual violence.<sup>22</sup> For example, the Office of the Prosecutor of the ICC, *inter alia*, appointed a Special Gender Advisor, established the Gender and Children Unit, and provides training on the legal framework and methods of conducting interviews on sexual violence crimes.<sup>23</sup> These and other positive developments in international criminal (procedural) law, as far as sexual violence prosecutions are concerned, extend well beyond many laws in national jurisdictions.

## 2 Challenges in International Criminal (Procedural) Law

Despite the many achievements in international criminal (procedural) law, there are several remaining challenges facing the understanding, investigation and prosecution of sexual violence crimes. Some of these challenges will be discussed in this section.

### 2.1 Male Sexual Violence and Female Perpetrators of Sexual Violence

For a long time, sexual violence crimes have been seen and largely prosecuted as crimes committed by men against women.<sup>24</sup> Only recently, the international community is becoming aware of the brutality of sexual violence perpetrated against men in conflict situations, and that the number of these atrocities is much higher than has always been assumed. In at least twenty-five conflict situations over the past thirty years alone, male sexual violence has been reported.<sup>25</sup> For the few prevalence studies that are available, the statistics make very clear that the cases concerning male sexual violence are no isolated cases. For example, in Liberia, 32.6% of male combatants surveyed reported being subjected to some form of sexual violence<sup>26</sup>, while in Eastern DRC, 22% of men reported conflict-related sexual violence.<sup>27</sup> Conflict-related sexual violence against men, committed by other men but also women, include rape, enforced sterilization, beatings to and mutilation of the genitals, enforced nudity and enforced masturbation, sexual slavery, forced sex with dead animals and forced marriage.<sup>28</sup> The problem of sexual violence against men remains, however, hidden and

<sup>22</sup> Articles 36 and 44 Rome Statute.

<sup>23</sup> E.g. Article 42(g) Rome Statute.

<sup>24</sup> See e.g.: Chiseche Salome Mibenge, *Sex and International Tribunals: The Erasure of Gender from the War Narrative* (Penn, Philadelphia, 2013); Rosemary Grey and Laura J. Shepherd, 'Stop Rape Now?: Masculinity, Responsibility, and Conflict-related Sexual Violence', 16(1) *Men and Masculinities* (2012) 115-135.

<sup>25</sup> United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (UN-OCHA), *The Nature, Scope, and Motivation for Sexual Violence against Men and Boys in Armed Conflict*, in UN-OCHA, *Use of Sexual Violence in Armed Conflict: Identifying Gaps in Research to Inform More Effective Interventions* (OCHA - Policy Development and Studies Branch, Pretoria, South Africa, 2008), pp. 1-13 and background papers; Lara Stemple, 'Male Rape and Human Rights', 60 *Hastings Law Journal* (2009) 611-615.

<sup>26</sup> Kirsten Johnson et al. (eds.), 'Association of Combatant Status and Sexual Violence with Health and Mental Health Outcomes in Postconflict Liberia', 300(6) *Journal of the American Medical Association* (2008) 676-690.

<sup>27</sup> Kirsten Johnson et al. (eds.), 'Association of Sexual Violence and Human Rights Violations with Physical and Mental Health in Territories of the Eastern Democratic Republic of the Congo', 5 *The Journal of the American Medical Association* (2010) 553-561.

<sup>28</sup> See e.g.: Eric Stener Carlson, 'The Hidden Prevalence of Male Sexual Assault During War', 46(1) *British Journal of Criminology* (2005) 16-25; R. Charli Carpenter, 'Recognizing Gender-Based Violence Against Civilian Men and Boys in Conflict Situations', 37(1) *Security Dialogue* (2006) 83-103; Usta Kaitesi, *Genocidal Gender and Sexual Violence: The Legacy of the ICTR, Rwanda's Ordinary Courts and Gacaca Courts* (Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland, 2013), pp. 89-90. On forced marriage in Cambodia in 1975-1979 under the Khmer Rouge regime, see Haenen 2014, *supra* note 17, pp. 88-98, 282-283.

lack of reporting by the victims (e.g. due to shame, issues of masculinity, prosecution possibilities for homosexuality in some countries) is a problem as is the lack of knowledge or discomfort with the issue with the people on the ground, including investigators.<sup>29</sup> Although the legal framework is in place to prosecute sexual violence against men, as the legal framework for prosecuting sexual violence is no different for men than for women, investigations and prosecutions of male sexual violence have to date been rare.<sup>30</sup> In cases in which prosecutions did take place, male sexual violence was prosecuted under other non-specific sexual violence crimes, such as 'cruel treatment', which hides the nature and occurrence of male sexual violence.<sup>31</sup>

Like men and boys, women and girls are equally capable of committing atrocious forms of conflict-related sexual violence against men, boys, women and girls alike. Although sexual violence in conflict was long considered to be committed by men and boys only, in several studies women and girls have been identified as the physical perpetrators of conflict-related sexual violence, as co-perpetrators by helping others to inflict sexual violence on the victims, or as the ones ordering sexual violence.<sup>32</sup> Conflicts where women and girls committed sexual violence include countries such as Sierra Leone, DRC, Iraq, Rwanda, Liberia, Haïti, Ivory Coast and the former Yugoslavia.<sup>33</sup> In the DRC, in a prevalence study, "by simply asking respondents to report the sex of the perpetrator, we found that of female survivors 40% reported the perpetrator as female, and among male survivors 15% reported the perpetrator as female" and that 17% of survivors of sexual violence perpetrated by the militia group Mai-Mai named females as the perpetrators.<sup>34</sup> In the absence of prevalence studies inquiring about the sex of the perpetrators of sexual violence in conflict (the DRC study cited here being the exception), it remains unclear how big the phenomenon of female perpetrators of sexual violence really is. What is clear, however, is that the number of female perpetrators of sexual violence is much larger than has generally been assumed to date.<sup>35</sup> The reason why many more men have been involved in committing international crimes is likely because the main organizations (militarized units) responsible for the physical perpetration of international crimes are still male dominated.<sup>36</sup> The reason why only one per cent of all the people convicted by international criminal courts and tribunals are female is because these tribunals focus on those in leadership positions and the physical perpetrators and women are underrepresented amongst these two groups, which, however, may change over time.<sup>37</sup>

<sup>29</sup> Sandesh Sivakumaran, 'Prosecuting Sexual Violence against Men and Boys', in Anne-Marie de Brouwer et al. (eds.), *supra* note 5, p. 81.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 97. See section I above on the legal framework that is in place to prosecute sexual violence in conflict.

<sup>31</sup> *Ibid.*, pp. 92-93.

<sup>32</sup> See e.g.: African Rights, *Rwanda: Broken Bodies, Torn Spirits: Living with Genocide, HIV/AIDS and Rape*, Kigali, 2004; Nicole Hogg, 'Women's Participation in the Rwandan Genocide: Mothers or Monsters?', 92(877) *International Review of the Red Cross* (2010) 69-102; Helen Durham and Katie O Byrne, 'The dialogue of Difference: Gender Perspectives on International Humanitarian Law', 92(877) *International Review of the Red Cross* (2010) 1-22.

<sup>33</sup> See e.g.: Alette Smeulers, 'Female Perpetrators: Ordinary or Extra-ordinary Women?', 15(2) *International Criminal Law Review* (2015) 205-251; Dara Cohen, 'The Role of Female Combatants in Armed Groups: Women and Wartime Rape in Sierra Leone (1991 2002)', 65 *World Politics* (2013) 383-415.

<sup>34</sup> See e.g. Lynn Lawry, Kirsten Johnson and Jana Asher (eds.), 'Evidence-based Documentation of Gender-based Violence', in Anne-Marie de Brouwer et al. (eds.), *supra* note 5, pp. 258-259.

<sup>35</sup> Smeulers 2015, *supra* note 33, p. 251.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.* For an overview of the women charged for sexual violence before the international criminal tribunals, see *supra* note 18.



It is thus important not to turn a blind eye to sexual violence crimes committed against men or sexual violence committed by women as sexual violence can be perpetrated by anyone (men, women, boys, girls) against anyone (men, women, boys, girls). As research into sexual violence perpetrated by women and girls, sexual violence committed against men and boys and sexual violence committed against children generally is still relatively scarce, more research is needed to establish the extent of it, why it happens and why it is less discussed.<sup>38</sup> Only then will we understand some of the complexities of conflict-related sexual violence better and can we better think of ways to prevent it.

## 2.2 Investigating Conflict-related Sexual Violence

Many strides have been made to prosecute those responsible for war crimes, crimes against humanity and genocide, but less so when it concerns sexual violence crimes. Marcus, who has more than fourteen years of experience as an international criminal investigator and prosecutor, stated that “crimes of sexual and gender-based violence are under-documented and under-included in cases which are brought before international jurisdictions.”<sup>39</sup> This, Marcus argued, is remarkable in light of the fact that the gathering of evidence of sexual violence crimes does not pose any additional legal burden and need not pose any additional investigative challenge when compared to other international crimes.<sup>40</sup> The key to include sexual violence crimes in the indictments requires the investigative plan to include and be open to evidence of these crimes (from direct witnesses, but also from other sources), preparation with as much information as possible in advance of the field investigation (including cultural aspects of the region and victims), and, throughout the whole process, a checklist of elements of crimes to be proven and coordination between investigators and prosecutors, needs to be relied on.<sup>41</sup> Furthermore, while gathering the evidence, the needs of the survivor need to be prioritized to the extent possible so that they are approached with respect and care. In light of what was just said in section 2.1 above, it is furthermore imperative that investigators are also open to the fact that male sexual violence may have occurred or that women may have been the perpetrators of sexual violence crimes and accordingly inquire into these issues.<sup>42</sup> According to Marcus “[t]he investigation and prosecution of crimes of sexual and gender-based violence is crucial to closing the impunity gap.”<sup>43</sup> In light of the undercharging of sexual violence crimes, the ICTR, ICTY and ICC have drafted manuals/policy papers in which they describe lessons learned and come up with recommendations with regard to improving the investigation and prosecution of sexual violence.<sup>44</sup>

<sup>38</sup> *Ibid.*; Kaitesi 2013, *supra* note 28, p. 243.

<sup>39</sup> Maxine Marcus, ‘Investigation of Crimes of Sexual and Gender-Based Violence Under International Criminal Law’, in Anne-Marie de Brouwer *et al.* (eds.), *supra* note 5, p. 211.

<sup>40</sup> *Ibid.*, pp. 211-242.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> It should be noted that, in order to make contact with victims of sexual violence, it is important to work with diverse investigative teams, composed of male and female members of different ages and nationalities or regional backgrounds. It is furthermore not correct to assume that female victims only want to speak to female investigators and male victims only the male investigators. This may very much depend on the personal preferences of the victims themselves and the underlying sexual violence they endured.

<sup>43</sup> Marcus 2013, *supra* note 39, p. 242.

<sup>44</sup> See further: ICTR, *Prosecution of Sexual Violence: Best Practices Manual for the Investigation and Prosecution of Sexual Violence Crimes in Post-conflict Regions - Lessons Learned from the Office of the Prosecutor for the International Criminal Tribunal for Rwanda*, 30 January 2014; ICC Office of the Prosecutor, *Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes*, June 2014; ICTY Office of the Prosecutor, *Prosecuting Sexual Violence Legacy Project, Information Sheet*, September 2014 (the ICTY is in the process of finalising such a manual).

It should here be noted that the still often heard claim that victims of sexual violence simply do not wish to testify is not true.<sup>45</sup> Although this may be the case for some survivors, certainly not for many others. Testifying in court can give victims of sexual violence, when done under the right circumstances, a sense of justice (e.g. recognition, establishment of the truth, empowerment).<sup>46</sup> Speaking up furthermore contributes in openly taking away the shame and stigma that perpetrators of sexual violence and others so often incur on their victims. Convictions that victims of sexual violence do not want to speak rather keep the sexual violence committed in conflict situations under-documented and under-represented in cases before international criminal tribunals. Sharratt suggested that the reluctance to discuss and deal with conflict-related sexual violence should perhaps be found elsewhere. In one of the few, if not only, empirical studies on this matter, she held that interviews with judges, prosecutors, investigators, and victim and witnesses unit members of the ICTY and the Bosnian War Crimes Court (BIH) revealed that many of them accept rape myths, hold misogynistic views about women, and are ambivalent and uncomfortable when dealing with rape and sexual violence.<sup>47</sup> Others, working in and outside the international criminal tribunals, have similarly concluded on the reluctance of court officials that comes with speaking and hearing of conflict-related sexual violence.<sup>48</sup> To overcome such attitudes, at least a mandatory training in sexual violence and gender competence and psycho-social capacity building should therefore be obligatory for all parties involved in the judicial system.

### 2.3 Linking Sexual Violence to High Level Accused

Another remaining challenge in the prosecution of sexual violence before international criminal tribunals relates to the prosecution of sexual violence in highly complex cases involving high level officials and/or crimes that require linking sexual violence with a broader campaign of crimes. For example, before the ICTY, the bulk of sexual violence cases included direct perpetrators of sexual violence crimes or others close to the scene of the crime. Prosecuting sexual violence in high level complex cases where the perpetrators are more remote from the crime scene could, however, be done on the basis of superior/command responsibility and joint criminal enterprise theories. While convictions based on these liability modes are necessarily complicated, in cases of sexual violence crimes where prosecutors and investigators may mischaracterize sexual violence as non-violent crimes that are incidental to the conflict, these prosecutions will definitely be bound

<sup>45</sup> See e.g.: Allison Cole, 'Myth-Buster: Rwanda Tribunal Judgment Establishes New Prohibitions of Wartime Rape', *IntLawGrrls*, 10 April 2012.

<sup>46</sup> See e.g.: Nicola Henry, 'Witness to Rape: The Limits and Potential of International War Crimes Trials for Victims of Wartime Sexual Violence', 3 *The International Journal of Transitional Justice* (2009) 114-134; Anne-Marie de Brouwer and Sandra Ka Hon Chu, 'Gacaca courts in Rwanda: 18 years after the genocide, is there justice and reconciliation for survivors of sexual violence?', *IntLawGrrls*, 7/8/9 April 2012.

<sup>47</sup> Sara Sharratt, 'Voices of Court Members: A Phenomenological Journey - The Prosecution of Rape and Sexual Violence of the ICTY and the BIH', in Anne-Marie de Brouwer *et al.* (eds.), *supra* note 5, pp. 365-367. Sharratt interviewed 14 judges (seven females and seven males) and 12 prosecutors (seven women, six men) in both courts and most of them had been involved in the most prominent sexual violence cases before these courts.

<sup>48</sup> Askin 2013, *supra* note 5, p. 52; Michelle Jarvis and Elena Martin Salgado, 'Future Challenges to Prosecuting Sexual Violence under International Law: Insights from ICTY Practice', in: Anne-Marie de Brouwer *et al.* (eds.), *supra* note 5, p. 113; Marcus 2013, *supra* note 39, p. 211.

to fail.<sup>49</sup> For superior responsibility cases, the Prosecution needs to prove that the superior knew or had reason to know that subordinates were about to commit sexual violence specifically or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.<sup>50</sup> The challenge in establishing superior responsibility for sexual violence cases is to prove that an accused person at least had reason to know that his subordinates would commit sexual violence crimes specifically, as opposed to other types of mistreatment. While establishing a generalized level or risk of the prevalence of sexual violence in conflict is unlikely to be sufficient for establishing superior responsibility, many of the factual situations in international prosecutions disclose more concrete indicators of the risk of sexual violence crimes, including the detention of women in camps where subordinates have uncontrolled access to them or knowledge that sexual violence has been prevalent in the recent past in a particular conflict zone.<sup>51</sup> Furthermore, sexual violence prosecutions on the basis of joint criminal enterprise categories I, II and III can be improved.<sup>52</sup> Although it is generally considered easier for a prosecutor to prove that a crime was a natural and foreseeable consequence of a joint criminal enterprise (category III) than to prove that it formed part of the common criminal purpose to which all JCE members subscribed (categories I and II), the ICTY has recognized that sexual violence can constitute part of a common criminal purpose, either at the outset of the joint criminal enterprise or over time.<sup>53</sup> Yet, there are still few ICTY cases where this has occurred.<sup>54</sup> In the case of sexual violence, according to Jarvis and Salgado: “there is a particular risk of failing to appreciate how they fit within an over-arching campaign of crimes due to the historical assumptions outlined above [referring to seeing sexual violence as personal in nature and separate from the main activity of conflict]. Extra attention is likely to be required on the part of the investigators and prosecutors to locate relevant witnesses and ask the right questions to uncover the extent to which sexual violence crimes fall within the broader pattern of crimes attributable to the JCE members.”<sup>55</sup> Before the ICTR, prosecutions based on command responsibility and joint criminal enterprise theory for sexual violence crimes have proven to be very difficult and rare and in its more recent prosecutions, prosecutors have been putting more emphasis on putting the rapes *within* the context of the genocide so as to help the judges accept that the rapes were within the sphere of the genocidal campaign, and not outside.<sup>56</sup>

<sup>49</sup> Jarvis and Salgado 2013, *supra* note 48, pp. 103, 122.

<sup>50</sup> E.g. Article 7(3) ICTY Statute; *Prosecutor v. Milutinović et al.*, Judgement, IT-05-87-T, Vol. III, 26 February 2009, paras. 472, 1135.

<sup>51</sup> Jarvis and Salgado 2013, *supra* note 48, pp. 108-111.

<sup>52</sup> In the *Tadić* Appeal Judgement, the Chamber distinguished three categories of collective criminality, which today are known as joint criminal enterprise (JCE) I, II and III. First, the *basic* form, where the participants act on the basis of a ‘common design’ or ‘common enterprise’ and with a ‘common intention’. Secondly, the systemic form, the so-called ‘concentration camp cases’ where crimes are committed by members of military or administrative units, such as those running concentration or detention camps, on the basis of a common plan (61 common purpose). Thirdly, the so-called *extended* JCE where one of the co-perpetrators actually engages in acts going beyond the common plan, but his acts still constitute a foreseeable consequence of the realization of the plan. See *The Prosecutor v. Dusko Tadić*, Appeal Judgement, IT-94-1A, 15 July 1999, paras. 196-219.

<sup>53</sup> Jarvis and Salgado 2013, *supra* note 48, pp. 112-113.

<sup>54</sup> *Ibid.* (discussing the ICTY *Stakic* and *Krajisnik* cases).

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 113.

<sup>56</sup> Linda Bianchi, ‘The Prosecution of Rape and Sexual Violence: Lessons from Prosecutions at the ICTR’, in Anne-Marie de Brouwer *et al.* (eds.), *supra* note 5, pp. 134-136.

### 2.4 Other Types of Evidence than Direct Witness Testimony

The former ICC Chief Prosecutor, Luis Moreno-Ocampo, said in 2009 that he welcomed interventions of social scientists to push forward the frontiers of international criminal justice and that “one of our goals is a case with no witnesses, no victims. We want to use methods that you are developing, such as statistical analysis. We must refine how to use your tools.”<sup>57</sup> Navanethem Pillay, then UN High Commissioner for Human Rights, similarly held that in cases of sexual violence in conflict “a good prosecutor should be able to argue a case without individual testimony by establishing the planning, the *modus*, and the effects of the crime.”<sup>58</sup> The question that has therefore been posed, including by the current Chief Prosecutor Fatou Bensouda, is whether international criminal tribunals, in particular the permanent ICC, can sustain a conviction for the underlying crime of mass rape without testimony from victims.<sup>59</sup>

First of all, based on the ICC legal framework it could be concluded that evidence other than direct physical victim testimony could be sufficient to arrive at a conviction of an accused for sexual violence or any other crime constituting genocide, a crime against humanity or a war crime.<sup>60</sup> In each case, it is up to the Chamber to rule on the relevance or admissibility of the evidence, taking into account the probative value of the evidence and any prejudice that such evidence may cause to a fair trial or to a fair evaluation of the testimony of a witness.<sup>61</sup> There has not been a case before an international criminal tribunal in which it was stated that without the direct testimony of the victim the crime could not be proven or that the rights of the accused were violated. Evidence in cases of sexual violence other than direct victim testimony has commonly included eyewitnesses, hearsay witnesses, and expert witnesses (for instance, from an NGO, medical, military or psychology background) who testified about an actual incidence of sexual violence and/or sexual violence in general. Witnesses appearing in court could, for instance, be asked what they know about the sexual violence that was being committed or whether they could give descriptions of female corpses with indications of rape to establish that there was a permissive environment for sexual violence. In addition, there might be military supporting or incriminating documents or other documents (e.g. UN, NGOs) generated concerning the specific incidents of sexual violence. Furthermore, plain admission by insiders, or the accused, or stipulations to previously established facts - especially for leadership cases - can be used as a source of evidence. All of this non direct, physical victim evidence concerns admissibility issues that, as mentioned above, the Chamber will need to decide upon. Nevertheless, cumulative probative non direct victim testimony also requires one to answer the main question addressed above - whether international criminal tribunals can sustain a conviction for the underlying crime of mass rape without testimony from victims - in the affirmative, even

<sup>57</sup> Press Release Center on Law & Globalization, *Social Science Research Seen to Play Key Role in Building Institutions of International Criminal Law*, 22 June 2009.

<sup>58</sup> Keynote address by Navanethem Pillay, *Sexual Violence: Standing by the Victim*, First Hague Colloquium on ‘Sexual Violence as an International Crime’, 16 June 2009.

<sup>59</sup> ICC Forum, *Mass Rape Question, Topic for June 2012-February 2013*, at: <http://iccforum.com/massrape>. The contents of this paragraph is based on my expert opinion published on the ICC Forum.

<sup>60</sup> See, in particular, Articles 69(2) and 69(3) Rome Statute; Rules 63(4), 64-75 ICC Rules of Procedure and Evidence.

<sup>61</sup> See Article 69(4) Rome Statute.

if there must be a case-by-case exploration of the sufficiency of the evidence for conviction in the absence of having a physical victim testify (which could also include the situation where the victim died or where the victim is a child and cannot testify because of capacity reasons).

Several ways in which social science evidence can build cases and international justice institutions, and could thus supplement the more traditional legal approaches in gathering evidence and prosecuting sexual violence crimes as just discussed, have furthermore been proposed. For example<sup>62</sup>, the work of Lawry, Johnson and Asher showed the usefulness of epidemiologic sampling methods (a health and human rights framework) “to gather data from individuals of the population who represent the population as a whole”, including in countries such as Sierra Leone, Iraq and Liberia.<sup>63</sup> Their work shows how cluster surveys are used to provide generalizable information in circumstances where a comprehensive study could not be done because of terrain or safety concerns in conflict situations. Such studies do not rely on interviews primarily, but rather on population assessments and can be used “to demonstrate the systematic or even opportunistic nature of the crime.”<sup>64</sup> As Lawry and colleagues noted: “Qualitative interviews provide insight into the individual’s experience of human rights abuses and thereby offer the human face and voice to the statistical numbers that are obtained from quantitative work.”<sup>65</sup> Qualitative and quantitative data therefore play essential and complementary roles in providing evidence of sexual violence crimes. This form of evidence-based documentation has been important in placing rape within an overall group dynamic of violence. Lawry and colleagues concluded that although employing these methods provide a means to generate statistically significant data that can be generalized to the population as a whole for the purposes of evidence collection in the case of international crimes, such as before the ICC, “[i]t is important to continue the dialogue and to better understand the different needs between the lawyers, the social scientists and the survivors of sexual violence.”<sup>66</sup>

The question therefore remains how these statistical analyses can be used for international criminal prosecution? Aranburu, senior analyst in the ICC’s Office of the Prosecutor, said: “It is necessary to take three steps: to get a level of description of the patterns of a crime; then, to correlate the crime with the working of the command structures that produced it; then to explain what caused it. We need descriptive statistics to show that the crime is grave, that its scope warrants the International Criminal Court, which intends to take only the most serious cases.”<sup>67</sup> Aranburu stated that pattern evidence has been used to investigate large-scale killings,

<sup>62</sup> See also others on this matter, e.g.: John Hagan, Richard Brooks and Todd Haugh, ‘Reasonable Grounds’ Evidence Involving Sexual Violence in Darfur’, 35(4) *Law & Social Inquiry* (2010) 881-917.

<sup>63</sup> Lawry *et al.* 2013, *supra* note 34, p. 251.

<sup>64</sup> *Ibid.* See also: Lynn Lawry, Anne-Marie de Brouwer, Alette Smeulders, Juan Carlos Rosa, Michael Kisielewski, Kirsten Johnson, Jennifer Scott & Jerzy Wiecezorek, ‘The Use of Population-based Surveys for Prosecutions at the International Criminal Court: A Case Study of Democratic Republic of Congo’, 24(1) *International Criminal Justice Review* (2014) 5-21.

<sup>65</sup> Lawry *et al.* 2013, *supra* note 34, p. 257.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 274.

<sup>67</sup> Press Release Center on Law & Globalization, *Social Science Research Seen to Play Key Role in Building Institutions of International Criminal Law*, 22 June 2009.

destruction, and displacement, but much less for sexual violence.<sup>68</sup> According to him: “International crimes often comprise a large number of incidents that can be characterized as a pattern as long as they show common features on all or most of the following aspects: (1) the profile of the perpetrators; (2) the profile of the victims; (3) the geographical and chronological distribution profile of the victims; and (4) the *modus operandi* in the commission of the crime.”<sup>69</sup> According to him there are challenges to using pattern evidence on at least three levels: (1) the tendency of law enforcement and judicial institutions to ignore sexual violence requires direction from the top of these institutions to correct this; (2) sexual violence continues to be under-reported; and (3) whatever evidence is provided needs to stand up to the scrutiny of impartial experts and others who are not directly involved in the conflict.<sup>70</sup> Therefore, in order to use statistical evidence in a legal proceeding, such evidence must follow methodologies accepted by the scientific community, be subject to peer review, and be properly sourced and justified. New methodological approaches to collection and use of data on sexual violence in conflict and interdisciplinary partnerships may therefore reduce impunity, strengthen law, and alleviate suffering for victims of sexual violence, and need to be further researched and continually improved for the use before international criminal courts.<sup>71</sup>

### 3 Sexual Violence in Conflict: A Preventable Crime?

When it comes to conflict-related sexual violence, popular belief does not always correspond with the reality on the ground. First of all, conflict-related sexual violence is not specific to certain types of conflicts or to geographic regions; it occurs in ethnic and non-ethnic wars, in Africa and elsewhere.<sup>72</sup> Second of all, there is no single cause of conflict-related sexual violence. Military strategy (“rape as a weapon of war”) plays a role in some cases, but so do group characteristics, within-unit social dynamics, and individual-level factors like opportunism or trauma.<sup>73</sup> Third, research has indicated that state militaries are more likely to be reported as perpetrators of sexual violence than either rebel groups or militias.<sup>74</sup> Fourth and finally, in exceptional cases is sexual violence not perpetrated in conflict or very rare.<sup>75</sup> According to Wood, this is the situation “where the organization prohibits sexual violence and effectively enforces that decision through a tightly controlled military hierarchy in which punishment is swift and severe” and cites the case of the Liberation Tigers of Tamil Eelam of Sri Lanka as an

<sup>68</sup> Xabier Agirre Aranburu, ‘Sexual Violence Beyond Reasonable Doubt: Using Pattern Evidence and Analysis for International Cases’, 35(4) *Law and Social Inquiry* (2010), p. 856.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> *Ibid.*, pp. 875-876.

<sup>71</sup> Patricia Viseur Sellers, ‘Foreword’, in Anne-Marie de Brouwer *et al.* (eds.), *supra* note 5, p. xi; Terence C. Halliday, ‘Introduction: Symposium on Systematic Sexual Violence and International Criminal Law’, 35(4) *Law and Social Inquiry* (2010) 835-838.

<sup>72</sup> Dara Kay Cohen, Amelia Hoover Green and Elisabeth Jean Wood, *Wartime Sexual Violence: Misconceptions, Implications, and Ways Forward*, United States Institute of Peace, Special Report, 2013.

<sup>73</sup> *Ibid.*; Maria Eriksson Baaz and Maria Stern, ‘Why do Soldiers Rape? Masculinity, Violence, and Sexuality in the Armed Forces in the Congo (DRC)’, 53 *International Studies Quarterly* (2009) 495-518.

<sup>74</sup> Cohen and Nordas 2014, *supra* note 2, p. 418.

<sup>75</sup> Elisabeth Jean Wood, ‘Armed Groups and Sexual Violence: When is Wartime Rape Rare?’, 37(1) *Politics & Society* (2009) 131-161. Of course, more inaccurate popular beliefs can be discerned, such as the ones discussed in paragraphs 2.1 and 2.2 above.

example.<sup>76</sup> The organization and structure of military organizations, and the types of training, indoctrination and punishment schemes that exist within armed groups, could therefore explain the (relative) absence of sexual violence in some instances.<sup>77</sup> Where a military hierarchy exists, leaders may have a variety of reasons not to engage in sexual violence (ideological, strategic, practical); when the benefits of sexual violence are lower than the potential damage to the organization and war effort, leaders will likely refrain from the use of sexual violence in conflict.<sup>78</sup> Sexual violence is thus not necessarily an inevitable product of conflict, as has oftentimes been stated, and this thus means that conflict-related sexual violence can also be prevented. Some of the recommendations and ways to prevent conflict-related sexual violence that have been proposed concern: changing norms, creating safer spaces, improving reporting, ending impunity, assuring accountability, and mitigating sexual violence after conflict.<sup>79</sup> Changing norms would then include changing how survivors of sexual violence are perceived and treated in their communities; creating safer spaces would include improving infrastructure and reporting practices; improving reporting would include protection of witnesses; ending impunity would include substantially increasing the likelihood that sexual violence crimes will be punished; assuring accountability would include strengthening superior/command responsibility for acts committed by troops; and mitigating sexual violence after conflict would include more systematic integration of sexual violence prevention programmes in Disarmament, Demobilization and Reintegration (DDR) processes and security sector reform.<sup>80</sup> In addition, it has been held that there is a responsibility not only to protect, but also a responsibility to prevent sexual violence from occurring, which can be achieved through three decisive approaches at different levels by focussing on the perpetrators.<sup>81</sup> In the first place, by increasing focused research on individual perpetrators and their backgrounds ('individual focus'). In the second place, by holding military leaders responsible for crimes of sexual violence committed by soldiers under their command and ensuring that all soldiers, as well as aiders and abettors, understand that acts of sexual violence in conflict are criminal acts and not an integral part of a military culture ('group focus'). In the third place, by fostering military cultures in which perpetrators of sexual violence are exposed and condemned ('cultural focus').<sup>82</sup> In general, more research in the area of how to adequately prevent conflict-related sexual violence seems to be needed as answers to this issue are not yet satisfactorily given or implemented.

#### 4 The Role of the Military

The military has an important role to play in the prevention of and protection from sexual violence in conflict. They are often one of the first people to respond when sexual violence occurs and have access to information about events on the ground that is not always available

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>77</sup> Ragnhild Nordas, *Preventing Conflict-related Sexual Violence*, PRIO Policy Brief, 02, 2013, p. 2.

<sup>78</sup> Elisabeth Jean Wood, 'Variation in Sexual Violence During War', 34(3) *Politics and Society* (2006) 307-342.

<sup>79</sup> Nordas 2013, *supra* note 77, pp. 3-4.

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> Inger Skjelsbæk, *Preventing Perpetrators: How To Go from Protection to Prevention of Sexual Violence in War?*, PRIO Policy Brief Oslo, 03, 2013.

<sup>82</sup> *Ibid.* (for these three approaches).

to civilians. At times, the military may be the only protection available that civilians have against sexual violence. In addition, military actors may also have a role to play as witnesses before national and international criminal tribunals, i.e. in the prosecuting of sexual violence by giving testimony on the sexual violence that took place in the area they were stationed in. In this section, these roles of the military and the positive contributions they can make in the area of sexual violence prevention and prosecution are addressed.<sup>83</sup>

#### 4.1 *Military Actors as Witnesses on Sexual Violence before International Criminal Tribunals*

As mentioned in section 2.4 above, military actors can appear as fact and expert witnesses for the Prosecution and Defence before international criminal tribunals. In the past this has happened on a number of occasions and also included testimony of Dutch military actors in UN Peacekeeping missions. As witnesses, they can, for instance, testify on specific military knowledge that they have<sup>84</sup> or the crimes with which the accused is charged, which may include evidence on actual incidences of sexual violence and/or sexual violence in general. Before the ICTY, several witnesses with a military background appeared. For example, in the *Strugar* case (Major General Milovan Zorić and Lieutenant Colonel Jozef Poje), in the *Blaskić* case (General Philippe Morillon, former UNPROFOR commander-in-chief) and in the *Perišić* case (Thom Karremans, Commander of the Dutch UNPROFOR Battalion III in 1995). Before the ICTR, Major General Roméo Dallaire, former Force Commander of the UN Assistance Mission in Rwanda (UNAMIR), testified in the *Akayesu*, *Bagosora et al.* and *Bizimungu et al.* cases. So did Dallaire's former executive assistant Major Brent Beardsley and officer Major Robert Alexander van Putten, both in the *Bagosora et al.* case. Before the ICC, General Daniel Opaté, for example, testified as a military expert in the *Bemba Gombo* case. Opaté testified to the accused's criminal liability and held that the accused Bemba Gombo bore command responsibility over his troops that were deployed in the Central African Republic where they committed crimes, including rape, and that the accused had the capacity to stop the troops from committing the crimes.<sup>85</sup>

As military actors are often - as UN peacekeepers - UN officials, they have in principle immunity from the jurisdiction of the international criminal tribunals. This immunity is drawn from Article 105 of the UN Charter and the 1946 Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations.<sup>86</sup> Yet, their immunity to testify can be lifted by the UN Secretary-General, in which case

<sup>83</sup> In addition, UN peacekeepers have at times themselves been accused of sexual violence committed against the vulnerable populations they are mandated to protect. This issue will not be addressed in this contribution. For more information on this, see: Carla Ferstman, *Criminalizing Sexual Exploitation and Abuse by Peacekeepers*, United States Institute of Peace, Special Report 335, September 2013.

<sup>84</sup> For example, Major General Milovan Zorić testified on his knowledge of command and control in the Yugoslav People's Army (JNA) and Lieutenant Colonel Jozef Poje testified on his knowledge of artillery and weapon use in the JNA, both in the ICTY *Strugar* case.

<sup>85</sup> Wairagala Wakabi, 'Military Expert Says Bemba Bore Command Responsibility but Defence Faults his Testimony', *International Justice Monitor*, 9 December 2011.

<sup>86</sup> The definition of 'official' as used in this convention does, however, not cover most military personnel in UN peace operations, in particular not members of national contingents. However, it could be argued that such personnel is covered by Article 105 of the UN Charter, if it is accepted that the term 'official' as used in that provision has a broader meaning. See on this: Paul C. Szasz and Thordis Ingadottir, 'The UN and the ICC: The Immunity of the UN and Its Officials', 14 *Leiden Journal of International Law* (2001) 871. See also: Joop Voetelink, 'Status of forces': *Strafrechtsmacht over militairen vanuit internationaalrechtelijk & militair-operationeelrechtelijk perspectief*, UvA PhD Dissertation, 2012, pp. 51, 53.



they - past and present UN officials - can testify in court on matters relating to their official tasks during UN service, although conditions of testifying can be imposed by the UN Secretary-General, e.g. in relation to disclosure of documents.<sup>87</sup> From the examples given above, it can be seen that it is - in principle - practice of the UN to waive the immunity of military personnel in UN peacekeeping operations testifying before international criminal tribunals, including for members of formed military contingents.

Two members of the military whom are known to have testified in court to the sexual violence that took place during their military mission assignment are Roméo Dallaire and Brent Beardsley. Dallaire testified before the ICTR on, *inter alia*, the sexual violence he had come across during the genocide in Rwanda in 1994. He mentioned that the sexual violence, which he had not witnessed directly himself but which he saw evidenced in the way the corpses were displayed, was one of the most difficult things to deal with.<sup>88</sup> In a similar vein, Beardsley testified in court about two weeks later as follows:

Q. With respect to the female corpses, in particular, did you make any observations about any particular characteristics that those corpses may have had?

A. Yes, two things, really. One, when they killed women it appeared that the blows that had killed them were aimed at sexual organs, either breasts or vagina; they had been deliberately swiped or slashed in those areas. And, secondly, there was a great deal of what we came to believe was rape, where the women's bodies or clothes would be ripped off their bodies, they would be lying back in a back position, their legs spread, especially in the case of very young girls. I'm talking girls as young as six, seven years of age, their vaginas would be split and swollen from obviously multiple gang rape, and then they would have been killed in that position. So they were laying in a position they had been raped; that's the position they were in.

Rape was one of the hardest things to deal with in Rwanda on our part. It deeply affected every one of us. We had a habit at night of coming back to the headquarters and, after the activities had slowed down for the night, before we went to bed, sitting around talking about what happened that day, drink coffee, have a chat, and amongst all of us the hardest thing that we had to deal with was not so much the bodies of people, the murder of people -- I know that can sound bad, but that wasn't as bad to us as the rape and especially the systematic rape and gang rape of children. Massacres kill the body and rape kills the soul. And there was a lot of rape. It seemed that everywhere we went, from the period of 19th of April until the time we left, there was rape everywhere near these killing sites.<sup>89</sup>

<sup>87</sup> See extensively and more on this issue: Suzannah Linton, 'Testimony of Expert Witnesses, Journalists, ICRC, and UN staff', in: Göran Sluiter *et al.*, *International Criminal Procedure: Principles and Rules* (Oxford, Oxford University Press, 2013), pp. 878-938.

<sup>88</sup> Examination-in-Chief of General Roméo Dallaire in: *Le Procureur c. Théoneste Bagosora, Gratién Kabiligi, Aloys Ntabakuze et Anatole Nsengiyumva*, Transcription Caviardee, Affaire No. ICTR-98-41-T, 20 janvier 2004, p. 32.

<sup>89</sup> Examination-in-Chief of Major Brent Beardsley in: *The Prosecutor v. Théoneste Bagosora, Gratién Kabiligi, Aloys Ntabakuze and Anatole Nsengiyumva*, Transcripts, Case No. ICTR-98-41-T, 3 February 2004, pp. 51-52.

Dallaire's and Beardsley's testimonies were subsequently used to support the sexual violence charges against the accused. What, additionally and importantly, becomes clear from their testimonies is that sexual violence was a topic that was very hard to talk about among the military. Yet, it had a very big impact on them, arguably even more so than the dead bodies of people, and even long after the genocide had ended.<sup>90</sup> This statement underlines the importance to address conflict-related sexual violence in the military, which will be addressed next.

#### 4.2 *The Role of the Military in the Prevention of and Protection from Sexual Violence*

Recognition of the proactive role that the military can have in protecting civilians against conflict-related sexual violence goes back to UN Security Council Resolution 1325 (2000) on Women, Peace and Security, complemented with UN Security Council Resolutions 1820 (2008), 1888 (2009), 1960 (2010) and 2106 (2013).<sup>91</sup> These resolutions recognize conflict-related sexual violence as a security issue that demands a security response, i.e. mandating peacekeepers to intervene against sexual violence. In fact, several UN peacekeeping missions' mandates have explicitly included tasks to counter sexual violence, such as the United Nations Organization Stabilization Mission in the DRC (MONUSCO).<sup>92</sup>

During the Global Summit to End Sexual Violence in Conflict in London in June 2014, organized by the Preventing Sexual Violence in Conflict Initiative of the UK Foreign and Commonwealth Office, there was much discussion on how to more effectively engage the military in the prevention of and protection from sexual violence in conflict. It was held that, despite the military being a critical partner in this, they are not always properly equipped, nor at times willing, to deal with conflict-related sexual violence.<sup>93</sup> Mainstreaming the prevention and response to sexual violence in military doctrine, policy training and operations was therefore held to be important. Critical to all of this is to ensure that "senior military leaders lead by example, can demonstrate awareness of gender and sexual violence issues in the environments in which they operate and that they support relevant policies and doctrine being disseminated down the chain of command. This includes delivering

<sup>90</sup> Probably because Dallaire and his colleagues found it so difficult to talk about the sexual violence, Dallaire was only able to write about sexual violence on no more than one page of his over five hundred page volume on the genocide in Rwanda that he witnessed, namely: 'I don't know when I began to clearly see the evidence of another crime besides murder among the bodies in the ditches and the mass graves. I know that for a long time I sealed away from my mind all the signs of this crime, instructing myself not to recognize what was there in front of me. The crime was rape, on a scale that deeply affected me (...). For a long time I completely wiped the death masks of raped and sexually mutilated girls and women from my mind as if what had been done to them was the last thing that would send me over the edge. But if you looked, you could see the evidence, even in the whitened skeletons. The legs bent and apart. A broken bottle, a rough branch, even a knife between them. Where the bodies were fresh, we saw what must have been semen pooled on and near the dead women and girls. There was always a lot of blood. Some male corpses had their genitals cut off, but many women and young girls had their breasts chopped off and their genitals crudely cut apart. They died in a position of total vulnerability, flat on their backs, with their legs bent and knees wide apart. It was the expressions on their dead faces that assaulted me the most, a frieze of shock, pain and humiliation.' See: Roméo Dallaire, *Shake Hands with the Devil: The Failure of Humanity in Rwanda* (Random House Canada, Toronto, 2003), p. 430.

<sup>91</sup> UN Security Council Resolutions 1889 (2009) and 2122 (2013) additionally highlight the importance of women's participation in peace and security matters.

<sup>92</sup> UN Security Council Resolution 1856 (2008).

<sup>93</sup> Summit Report, *End Sexual Violence in Conflict*, Global Summit, London 2014, 29 December 2014, p. 21.

relevant and practical scenario-based and operationally focused pre-deployment training for all levels on gender, protection of civilians, human rights, child protection and conflict-related sexual violence. It should also incorporate international humanitarian law, human rights and criminal law. More widely, military deployments need to have a gender-sensitive approach integrated throughout their operations, including through the use of gender advisors with access to senior military leaders.”<sup>94</sup> Attention was also given to the very low number of female mediators in peace and reconciliation processes and women police and military peacekeepers and a fixed minimum percentage was recommended in light of broadening the range of available skills and perspectives.<sup>95</sup> In an expert meeting in November 2014 in Sweden, in which the UN and NATO among others participated, more elaborate recommendations on training the military to combat conflict-related sexual violence specifically were drafted.<sup>96</sup>

Several years earlier, in 2010, UN Women and the UN Department of Peacekeeping Operations (DPKO), on behalf of UN Action against Sexual Violence in Conflict, published a report - *Addressing Conflict-Related Sexual Violence: An Analytical Inventory of Peacekeeping Practice* - in which they identified ten elements that, all together, support an effective response by peacekeepers to conflict-related sexual violence. These elements include: (1) leadership backed by strong command and control structures; (2) systematization of ad hoc responses (e.g. organize patrols when women collect firewood and chances are high they will be raped); (3) understanding the links between sexual violence and the restoration of peace and security, supported by clear, achievable and sufficiently robust mandates (i.e. explain to lower-level commanders that there are ‘no rape cultures’, rather only cultures of impunity if nothing is done against sexual violence); (4) willingness and wherewithal to patrol and operate in unconventional space (in proximity to villages, compounds, camps, forests and fields) in response to an unconventional and often ‘invisible’ threat; (5) consultation with all segments of the community, including women, for intelligence-gathering, confidence-building and to inform protection activities; (6) incentives that recognize and reward successful initiatives to combat sexual violence and acknowledge their contribution to overall mission success; (7) effective coordination between military and other protection stakeholders; (8) operational scenario-based pre-deployment and in-mission/refresher training; (9) role-modeling and capacity-building to help leave a legacy of security for women and girls (e.g. UN peacekeepers can set an example in how they view and treat women, including by having women among their ranks); and (10) gender balance in force generation and deployment (i.e. to underline that women are equal security beneficiaries as well as security-providers).<sup>97</sup> These measures are important for military actors when preventing and responding to sexual violence in all operations, including when they act within the mandates of protection of civilians (which covers 95% of current peacekeepers), capacity building of national security forces and in monitoring cease-fires and peace agreements.

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> *Ibid.*, pp. 22-23.

<sup>96</sup> See further: Recommendations on Training Military to Combat Conflict-Related Sexual Violence, Life Guards Regiment, Sweden, 25 November 2014.

<sup>97</sup> See more elaborately: UN Women, *Addressing Conflict-Related Sexual Violence: An Analytical Inventory of Peacekeeping Practice*, 2010, pp. 35-39.

As mentioned, training of military actors is a crucial factor in preventing and responding to conflict-related sexual violence. As suggested by the UN, such training should preferably be scenario-based, which translates the principles and policies into advice on how peacekeepers should act and what they are allowed and should do in specific situations within the scope of their mandate and Rules of Engagement (ROE).<sup>98</sup> This could mitigate the lack of clarity on the part of the military on how and whether to respond to cases of sexual violence. To date, very few of the - often ad hoc and scarcely - available training programs on gender and sexual violence focus on the practical application of resolutions, policy and mandates on sexual violence by peacekeepers by the means of military tasks.<sup>99</sup> Scenario-based pre-deployment training modules, based in part on the above cited 2010 report, have been piloted - and been well-received - in a number of troop-contributing countries and regional peacekeeper training centers (more than 500 military officers have been trained).<sup>100</sup> The aim is to have these training programs mandatory and part of pre-deployment training for peacekeeping forces in troop contributing countries as 'currently, peacekeepers rarely receive even one day of practical training on prevention and response to conflict-related sexual violence.'<sup>101</sup> In addition, the aim is to have these training programs not only for prospective peacekeepers, but also for other military staff, mission leaderships and other stakeholders.<sup>102</sup> In evaluating the training, it was established that, *inter alia*, more attention should be given in the course to gender, international humanitarian law and human rights. Furthermore, it would seem important that the complexity of sexual violence is also given sufficient attention in the trainings, including that men, boys, women and girls may both be victims and perpetrators of sexual violence (see section 2.1 above), and that the newly drafted 'International Protocol on the Documentation and Investigation of Sexual Violence in Conflict' is part of the course material and discussion as well.<sup>103</sup> The UK's Preventing Sexual Violence in Conflict Initiative led, *inter alia*, to the drafting of this Protocol, which aims to support national and international investigations/evidence collection of sexual violence and may be useful for military actors when they encounter victims of sexual violence.<sup>104</sup>

It has been held that at the national level, there is even less training of uniformed peacekeepers on the protection of civilians, in particular when it comes to protection of civilians

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 38. Dutch Major General Patrick Cammaert (retired) leads (many of) these training exercises. See: UN Women, *Setting the Scene: Using Audiovisual Tools to Train Peacekeepers*, 2013.

<sup>99</sup> Susanne Axmacher, *Review of Scenario-based Trainings for Military Peacekeepers on Prevention and Response to Conflict-Related Sexual Violence*, December 2013, pp. 8-9 (referring to, *inter alia*, training modules of NATO and the Nordic Centre for Gender in Military Operations).

<sup>100</sup> *Ibid.*

<sup>101</sup> *Ibid.*; UN Women, *Setting the Scene: Using Audiovisual Tools to Train Peacekeepers*, 2013.

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> See for a similar observation: Recommendations on Training Military to Combat Conflict-Related Sexual Violence, Life Guards Regiment, Sweden, 25 November 2014.

<sup>104</sup> Foreign and Commonwealth Office UK, *International Protocol on the Documentation and Investigation of Sexual Violence in Conflict: Basic Standards of Best Practice on the Documentation of Sexual Violence as a Crime under International Law*, June 2014.

from sexual violence.<sup>105</sup> When training is given, the focus is on international humanitarian and human rights law mostly, which reinforces militaries' perception that protection of civilians is the task of humanitarians only.<sup>106</sup> During the Global Summit to End Sexual Violence in Conflict in June 2004 it was concluded that Ministers of Defence should take responsibility for preventing sexual violence by their armed forces.<sup>107</sup> Furthermore, in the 2013 'Declaration of Commitment to End Sexual Violence in Conflict', which contains a set of practical and political commitments to end the use of rape and sexual violence as a weapon of war, the commitment to ensure that national military and police doctrine and training is aligned with international law to enable a more effective prevention and response to sexual violence in conflict was laid down.<sup>108</sup> The Declaration is endorsed by over two thirds of all members of the United Nations, including the Netherlands.

Indeed, the Netherlands recognizes that conflict-related sexual violence is a matter that may impact on peace and security and that the role of the military and civilians in peacekeeping operations is of crucial importance in promoting stability.<sup>109</sup> For several years now, the Dutch and Spanish governments have therefore organized training for the military and civilians in peacekeeping missions in the biannual Dutch-Spanish week-long course on gender in peace operations by the European Security and Defence College.<sup>110</sup> The Netherlands is furthermore committed in hiring more experts on gender and sexual violence who can take part in international peace and reconciliation processes.<sup>111</sup> In addition, it was intended that gender forms part of the training of new recruits and of career advancement courses, a gender advisor was to be appointed to make sure that gender constitutes an element of all military planning for operations, and staff sent to crisis areas would receive gender awareness training prior to their deployment.<sup>112</sup>

In the above and other ways, the Netherlands aims to live up to the obligations set out in UN Resolution 1325 to strengthen the position of women during and after conflict. Thus, where the Dutch military is involved in military operations itself, such as with the UN Mission in the Republic of South Sudan (UNMISS)<sup>113</sup> where its main task is the protection of civilians, it is important that the military is well prepared and knows how to prevent sexual violence or how to respond when they come across cases of sexual violence. When

<sup>105</sup> Axmacher 2013, *supra* note 99.

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> Summit Report 2014, *supra* note 93, p. 43, para. 33.

<sup>108</sup> *Ibid.*, para. 34. See also: 'A Declaration of Commitment to End Sexual Violence in Conflict', 24 September 2013.

<sup>109</sup> Nieuwsbericht Rijksoverheid, *Seksueel geweld nog te vaak onbestraft*, 12 June 2014.

<sup>110</sup> Axmacher 2013, *supra* note 99, p. 3.

<sup>111</sup> Nieuwsbericht Rijksoverheid, *Nederland intensiveert inspanningen tegen seksueel geweld in conflictgebieden*, 30 June 2014.

<sup>112</sup> Ministry of Foreign Affairs, *Women: Powerful Agents for Peace and Security - Dutch National Action Plan (2012-2015), For the Implementation of UN Security Council Resolution 1325 (2000) on Women, Peace & Security, A Dutch Partnership*, July 2014, pp. 29-30.

<sup>113</sup> Nieuwsbericht Ministerie van Buitenlandse Zaken, *Nederland verlengt deelname aan VN-missie in Zuid-Soedan*, 30 January 2015 (since the start of UNMISS in 2011, the Netherlands participates in this mission with about 30 military and police staff members, and has just extended its participation with another year).

Dutch military are involved in training missions, such as the current one in Iraq where they train local units as part of a broader international mission to fight members of the Islamic State (IS)<sup>114</sup>, the Dutch military could have a role to play in training the trainees on how to deal with cases of sexual violence. The training program for Iraq does not, however, seem to deal with conflict-related sexual violence specifically.<sup>115</sup> The Dutch involvement in the training mission in Mali did include, for a substantial part, training on gender, protection of women and children and international humanitarian law.<sup>116</sup> Yet, in all three examples, in South Sudan, Mali and the crimes committed by IS fighters, sexual violence is absolutely rife and most brutally committed against large parts of the civilian population.<sup>117</sup> Finally, to conclude, not long ago, the General Assembly of the United Nations adopted a resolution - a Dutch-French initiative - to ban violence against women, referring to, *inter alia*, violence against female refugees and women who are attacked by extremist groups.<sup>118</sup> The resolution calls upon countries to invest in both prevention measures and fighting impunity of violence committed against women all over the world. The fight against violence against women is currently a focal point of the Dutch human rights policy.<sup>119</sup>

## 5 Final Remarks

It is clear, from what has been said above, that much has been achieved when it comes to understanding, preventing, investigating and prosecuting conflict-related sexual violence. Yet, again from what has been said above, it is also apparent that much more still needs to be learned and done in this area either. In particular when it comes to the prevention of sexual violence crimes, where the military can play an important role. After all, prevention of sexual violence is of course still to be preferred than having to deal with the aftermath, once the crimes have already occurred. As conflict-related sexual violence crimes have proven to be very effective weapons of war which can threaten national and international peace and security, it is important to focus our attention on the best ways to address these crimes. Indeed, there is a growing awareness and momentum to deal with conflict-related sexual violence to date. This is, for example, not only apparent from the developments described in this contribution, but also from other global undertakings at the level of the UN, North Atlantic Treaty Organization (NATO), European Union (EU), Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) and African Union (AU)

<sup>114</sup> Ministers van Buitenlandse Zaken en Defensie, *Kamerbrief stand van zaken trainingen Irak/verslag coalitiebijeenkomst*, 5 February 2015 (about 130 Dutch military will take part in this mission).

<sup>115</sup> *Ibid.*, pp. 2-3 (although it could be part of the international humanitarian law and human rights law modules of the training).

<sup>116</sup> Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Nederlandse deelname aan vredesmissies*, Kamerstuk 29 521, Nr. 207, 11 April 2013.

<sup>117</sup> See e.g. Waakhe Simon Wudu, 'Horrific Sexual Violence in South Sudan, UN Envoy Says', *Voice of America*, 27 October 2014; UN News Centre, 'Barbaric' Sexual Violence Perpetrated by Islamic State Militants in Iraq - UN' 13 August 2014; Paul Wood, 'Islamic State: Yazidi Women Tell of Sex-slavery Trauma', *BBC News*, 22 December 2014; Amnesty International, *Escape from Hell: Torture and Sexual Slavery in Islamic State Captivity in Iraq*, 2014; Flavia Krause-Jackson and Pauline Bax, 'Sexual Violence in Mali Casts Shadow over Peace Efforts', *Bloomberg*, 31 January 2013.

<sup>118</sup> Nieuwsbericht Rijksoverheid, *VN-resolutie aangenomen tegen geweld tegen vrouwen*, 24 November 2014.

<sup>119</sup> *Ibid.*

## BESCHOUWING

amongst others.<sup>120</sup> In addition, there seems to be an increase, even if slight, in the national prosecution of sexual violence in several countries where conflict-related sexual violence was committed.<sup>121</sup> It is therefore important to keep the momentum alive and to force ourselves to properly understand what sexual violence in conflict may entail and to, subsequently, act adequately and effectively in the prevention, investigation and prosecution thereof.

---

<sup>120</sup> See e.g.: [http://www.nato.int/cps/en/natohq/topics\\_91091.htm](http://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_91091.htm) (for NATO; NATO also has a NATO Secretary General's Special Representative for Women, Peace and Security and is currently in the process of preparing military guidelines for training on sexual violence prevention); <http://www.un.org/sexualviolenceinconflict/about-us/about-the-office> (for information on the UN Special Representative of the Secretary-General for Sexual Violence in Conflict); UN-AU Framework of Cooperation on Prevention and Response to Conflict-related Sexual Violence in Africa, 31 January 2014 (available at: <http://www.un.org/sexualviolenceinconflict/wp-content/uploads/joint-communique/joint-communique-with-the-african-union-and-the-united-nations-on-landmark-agreement-to-prevent-and-respond-to-conflict-related-sexual-violence/AU-Framework-of-Cooperation-Signed.pdf>). See generally: Civil-Military Co-operation Centre of Excellence (CCOE), *Gender Makes Sense: A Way to Improve Your Mission*, 2013.

<sup>121</sup> E.g. for DRC and gender mobile courts, see: Askin 2013, *supra* note 5, p. 54; UN Press Release, *UN Envoy Welcome Conviction of Congolese Army Officer for Crimes against Humanity*, 16 December 2014; UN Press Release, *DR Congo: UN Official Applauds Sentencing of Militia Leader*, 9 November 2014. E.g. for Rwanda and the prosecution of some 7,000 cases of sexual violence, see Kaitesi 2013, *supra* note 27. In the Netherlands, only in one international case so far, involving the Rwandan Joseph Mpambara, the charges also included a charge of rape. For the rape (as a war crime) charge, he was, however, acquitted due to a lack of supporting evidence. The Dutch Code of Criminal Procedure, contrary to the criminal procedural rules of the tribunals as set out above, do not accept the evidence of one witness, as was the case here, only. The Prosecution did not appeal the Judgement on the rape acquittal. See further: The Hague Court, *Judgement*, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR0686, 7 July 2011.

*De rubriek opinie geeft de mening van de auteur weer. Een opiniestuk is geschreven op persoonlijke titel en vertegenwoordigt niet de opinie van de redactie van het MRT noch die van de minister van Defensie.*

### Tweeluik over de vrijheid van meningsuiting Deel I

# Gun de militaire ambtenaar zijn grondrecht van de vrijheid van meningsuiting.

DOOR KLTZ DRS. H. WARNAR<sup>1</sup>

## Inleiding

Ambtenaren van Defensie zijn volgens een SG-aanwijzing<sup>2</sup> verplicht een externe publicatie vooraf, voor advies, voor te leggen aan de directie Communicatie. Dit artikel betoogt dat een dergelijke verplichting strijdig is met, en een inbreuk is op, de vrijheid van meningsuiting.

Het artikel laat zien dat de verplichting tot advies een vorm van bemoeienis door de overheid is, die bij het ontbreken van voldoende waarborgen en bij oneigenlijke toepassing de vrijheid van meningsuiting kan beperken.

In het algemeen zijn beperkingen van deze vrijheid niet zonder meer onrechtmatig. Zo stelt de Militaire Ambtenarenwet 1931 (MAW) artikel 12a<sup>3</sup>, in het eerste lid: 'De militaire ambtenaar dient zich te onthouden van het openbaren van gedachten of gevoelens dan wel de uitoefening van het recht tot vereniging, tot vergadering en tot betoging, indien door de uitoefening van deze rechten de goede vervulling van zijn functie of de goede functionering van de openbare dienst, voor zover deze in verband staat met zijn functievervulling, niet in redelijkheid zou zijn verzekerd'; en in het derde lid: 'De militaire ambtenaar is verplicht tot geheimhouding van enig gegeven, de dienst betreffende, tegenover een ieder die tot kennisneming daarvan niet bevoegd is, voor zover die verplichting uit de aard der zaak volgt.' De legitimiteit van dit soort beperkingen is onder meer vastgelegd in het Europese Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de burgerlijke

<sup>1</sup> De auteur is werkzaam bij het ministerie van Defensie. Het artikel verwoordt zijn persoonlijke mening.

<sup>2</sup> Ministerie van Defensie, Aanwijzing SG A/978 Extern optreden, 9 juli 2012.

<sup>3</sup> In dit artikel richt ik me om pragmatische redenen vooral op de positie van militairen. De regels voor militairen verschillen overigens nauwelijks met de regels voor burgerambtenaren. Art. 125a van de Ambtenarenwet verschilt bijvoorbeeld weinig van art. 12a van de Militaire Ambtenarenwet.



vrijheden (EVRM).<sup>4</sup> Dit verdrag stelt drie eisen aan beperkingen op de vrijheid van meningsuiting. De beperking dient rechtens te zijn voorgeschreven, een specifieke legitieme doelstelling te dienen en ‘noodzakelijk’ te zijn in een democratische samenleving.<sup>5</sup>

Dit artikel toetst de genoemde verplichting in de SG-aanwijzing aan de hand van deze drie criteria en sluit af met een conclusie en aanbeveling.

## Is de verplichting rechtens voorgeschreven?

Het hierboven aangehaalde artikel 12 van de MAW laat zien welke beperkingen er gelden voor externe publicaties van militairen. Daarnaast stelt de Grondwet eisen aan de beperking van de vrijheid van meningsuiting. Art 7 (GW) luidt: ‘Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’. Dit betekent dat het gezag de inhoud van een externe publicatie alleen achteraf mag toetsen.<sup>6</sup> Deze beperking wordt expliciet herhaald in de Aanwijzingen externe contacten rijksambtenaren van de Minister-President (MP).<sup>7</sup> De SG-aanwijzing van Defensie verwijst weliswaar naar deze aanwijzing van de MP maar voegt de bepaling toe dat ‘indien een medewerker van Defensie voornemens is een artikel te publiceren, een boek te schrijven of een bijdrage daaraan leveren, of op andere wijze over defensie te publiceren dient dit vooraf te worden voorgelegd voor advies aan de directie Communicatie’. Met deze toegevoegde beperking bemoeit Defensie zich met de inhoud van een publicatie voordat deze is geopenbaar. Deze bemoeienis is naar mijn mening strijdig met de Grondwet. Verschillende deskundigen laten zien hoe terughoudend de wetgever op dit punt is.

Vermeulen schrijft over de Grondwet art. 7: ‘Dit openbaren mag, gezien het verbod van voorafgaand verlof, niet door preventieve maatregelen (zoals censuur of een algemeen vergunningstelsel specifiek gericht op het drukkerijbedrijf) worden beperkt, ook niet door de formele wetgever. Weliswaar bevat art. 7, eerste lid, GW de beperkingsclausule ‘behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’, maar daarmee is gezien de grondwetsgeschiedenis niet beoogd een bij formele wet ingesteld verlostelsel mogelijk te maken. Met de beperkingsclausule werd slechts uitgedrukt dat het feit dat men vooraf geen verlof nodig had, niet betekende dat men niet achteraf voor het gedrukte verantwoordelijk gesteld kon worden. Deze bepaling is dan ook altijd zo uitgelegd, dat daarin zowel een ongeclausuleerd, ook voor de formele wetgever onaantastbaar verbod op preventieve beperkingen ten aanzien van het openbaren besloten ligt, als een (geclausuleerd) recht om ten aanzien van het geopenbaarde vrijuit te gaan behoudens (repressieve) wettelijke beperkingen.

<sup>4</sup> Artikel 10 EVRM: 75 I. Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. Dit artikel belet Staten niet radio-, omroep-, bioscoop- of televisieondernemingen te onderwerpen aan een systeem van vergunningen. 2. Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.

<sup>5</sup> Zie voor mogelijke toepassing van deze criteria: Dorssemont F, Vrijheid van meningsuiting op de werkplek in twee maten en gewichten: de werknemer mag blaffen, de ‘watchdog’ wordt genuilkorfd. *ArA*, 2011 (10)3.

<sup>6</sup> Zie ook E.Verhulp, De vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren, *Sdu*, Den Haag, 1997, p7.3.5.

<sup>7</sup> Regeling 19 mei 1998, nr. 98M004214, gepubliceerd in de *Staatscourant* 1998, nr. 104, p8, aanwijzing nr. 14.

Zo sprak de Hoge Raad in 1892 van het in deze bepaling neergelegde beginsel *'dat – terwijl allen, die medewerken tot de openbaarmaking van gedrukte geschriften of deze bevorderen, daarvoor verantwoordelijk zijn volgens door de strafwet en de burgerlijke wet te stellen regels – die openbaarmaking zelve niet door preventieve maatregelen mag worden belet'*. Bij de grondwetsherziening van 1983 stelde de regering ten aanzien van dit artikel dan ook terecht dat het het overheidsingrijpen allereerst aan banden legt door een verbod van elke preventieve bemoeienis (ook door de formele wetgever).<sup>8</sup>

Schuijt betoogt eveneens dat het impliciete censuurverbod, in de zin van verlof wegens de inhoud in de rechtspraak in het algemeen overeind is gebleven.<sup>9</sup> Tegelijkertijd laat hij zien dat het verbod op preventieve maatregelen minder absoluut is dan hierboven is gesuggereerd. De clausule *'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'* en het feit dat de rechter een wet niet aan de Grondwet kan toetsen geeft het gezag veel beleidsruimte. Overigens neemt dit niet weg dat lagere wetgeving wel degelijk aan de Grondwet getoetst kan worden. Schuijt concludeert op grond van jurisprudentie dat er twee situaties zijn waarin preventieve beperkingen toelaatbaar zijn. De eerste situatie betreft maatregelen die een geheel ander doel dan het beperken van de vrijheid van meningsuiting om reden van de inhoud beogen, zoals bijvoorbeeld het handhaven van milieunormen door middel van hinderwetvoorschriften. De tweede situatie is een rechterlijk publicatieverbod.<sup>10</sup> De rechter kan bijvoorbeeld een publicatieverbod opleggen in het geval dat het vaststaat dat de publicatie strafbare feiten bevat<sup>11</sup> of in het geval dat een reeds gedane strafbare uiting dreigt te worden herhaald. In de onderhavige SG-aanwijzing van Defensie is echter geen sprake van een beperking die wordt opgelegd door de rechter en het beoogde doel van de SG-aanwijzing is onduidelijk. Ik kom hier in de volgende paragraaf op terug.

Een tegenargument kan zijn dat de plicht tot het inwinnen van advies geen beperking van de vrijheid tot meningsuiting inhoudt omdat het slechts een advies is dat de ambtenaar naast zich neer kan leggen. Het is volgens deze opvatting een normaal ambtelijk sturingsmechanisme zonder rechtspositionele gevolgen. Een dergelijke redenering wijs ik af. Een advies van het gezag bijvoorbeeld om af te zien van publicatie omdat deze schade zou veroorzaken, is een directe specifieke ambtelijke aanwijzing. Het naast zich neerleggen van een dergelijke aanwijzing kan door een ambtenaar die te goeder trouw handelt niet anders worden geïnterpreteerd dan als plichtsverzuim zodat hij het advies niet snel naast zich neer zal leggen, ook al twijfelt hij aan de juistheid ervan. De ambtenaar zal immers moeten overwegen dat ondanks de overtuiging van zijn eigen gelijk, hij mogelijk iets over het hoofd heeft gezien. Evenals we van de ambtenaar verwachten dat hij in zijn externe publicatie rekening houdt met zijn ambtelijke verantwoor-

<sup>8</sup> B.P. Vermeulen, Wetenschappelijk commentaar op de Grondwet art. 7, <http://www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet/artikel.html?artikel=7>, para 6.

<sup>9</sup> G.A.I. Schuijt, Het censuurverbod in de Nederlandse Grondwet en de rechtspraak, Referaten van het colloquium van 16 mei 2003, Larcier, 2003.

<sup>10</sup> Daarnaast bestaat er een grote verzameling verspreidingsjurisprudentie. Het is lagere overheden bijvoorbeeld toegestaan om het verspreiden van publicaties te reguleren om zo de openbare orde te handhaven. Uiten en verspreiden zijn echter verschillende begrippen. De huidige interpretatie van de GW art 7 en dit artikel zien alleen op het publiceren of uiten en niet op het verspreiden.

<sup>11</sup> Dit was bijvoorbeeld het geval bij de beslaglegging op de gehele oplage van het krakersblad Bluf omdat deze de veiligheid in gevaar zou brengen door het onthullen van geheime rapporten van de binnenlandse veiligheidsdienst.

delijkheid, evenzo mogen we van het gezag verwachten dat het rekening houdt met de feitelijke uitwerking van het ambtelijke advies.

Zoals de hiervoor beschreven wetten en jurisprudentie laten zien gaat het niet om de vraag of er wel of geen sprake van een verbod is maar om de aard en gevolgen van de maatregelen. De MVT bij de grondwetswijzing spreekt dan ook over een ‘verbod op preventieve bemoeienis’. Hierbij gaat het volgens de Hoge Raad om het ‘feitelijk effect van een preventieve beperking’.<sup>12</sup> Naar mijn mening betekent dit dat ook het ontmoedigen van het publiceren op zo’n wijze dat een ambtenaar daar naar alle waarschijnlijkheid voor zal zwichten, niet is toegestaan. Dit wil overigens niet zeggen dat het gezag niet bevoegd of niet in staat is om beperkingen in de meningsuitingen aan te brengen. Het zegt alleen dat de maatregelen na de openbaring moeten plaatsvinden.<sup>13</sup>

Het feit dat het advies over de inhoud van een voorgenomen publicatie geen formeel besluit is brengt de ambtenaar juist in het nadeel omdat hij niet in beroep kan gaan tegen zo’n advies. De MVT van 1976 stelt niet voor niets dat artikel 7 (GW) overheidsingrijpen aan banden legt ‘door de repressieve bemoeienis aan de formele wetgever voor te behouden, waarbij een belangrijke rol wordt toegekend aan een van de overheid onafhankelijk orgaan, de rechterlijke macht’.<sup>14</sup> Dit beginsel wordt in algemene zin geïmplementeerd met onder meer de aanwijzing 17 van de MP die voorschrijft dat disciplinaire maatregelen door het gezag worden voorafgegaan door het inwinnen van een advies van de Adviescommissie Grondrechten en Functie-uitoefening Ambtenaren. Een dergelijke disciplinaire maatregel is een besluit (AWB 1:3) waartegen de ambtenaar wel bezwaar kan maken.

In het geval van de SG-aanwijzing ontbreken deze rechterlijke waarborgen. Enerzijds dwingt de ambtelijke discipline van een ambtenaar hem een negatief advies op te volgen waardoor publicatie zal uitblijven en anderzijds ontbreekt de mogelijkheid bezwaar te maken bij een onafhankelijke instantie. Vanzelfsprekend kan de ambtenaar binnen zijn ministerie om bemiddeling vragen. De bemiddelaar kan echter niet veel meer dan het uitvoeren van een marginale toets en vaststellen of het gezag de juiste criteria heeft gehanteerd bij de overweging voor het advies. Een inhoudelijke toetsing van het advies is moeilijk doordat de criteria in de MAW vaagheden<sup>15</sup> bevatten zoals ‘goede’ en ‘in redelijkheid’ en ook de uitvoeringsregeling van de MP bevat moeilijk meetbare factoren zoals ‘politieke gevoeligheid’.<sup>16</sup> Ook het gewicht dat aan deze criteria door het gezag wordt gegeven is

<sup>12</sup> Zie hiervoor de zaak Rostelli over de weigering van de gemeente Rijssen van de verhuur van een gebouw voor een hypnoseshow omdat ‘hypnose als publieksvermaak niet in overeenstemming is met de christelijke waarden waarop in Rijssen prijs wordt gesteld’. De Hoge Raad achtte het oordeel van het hof dat deze beperking strijdig is met GW art 7, juist. JB 1996/159 Hoge Raad, 26 april 1996, 15.951.

<sup>13</sup> Zie voor de werking van de geoorloofde wijze van ambtelijke sturing, twee uitspraken van de CRvB. Beide gevallen betreffen maatregelen in de vorm van normale ambtelijke sturing (vergelijkbaar met een advies) die geen appellabel besluit inhouden. In beide gevallen worden de maatregelen repressief opgelegd nadat een publicatie is verricht. ECLI:NL:CRvB:2009:BI4834 en ECLI:NL:CRvB:2004:AO3764.

<sup>14</sup> Kamerstuk 1975/76, 13872, nr. 3, p3.

<sup>15</sup> Een vaagheid die aan de hand van de zelfde formulering in de Ambtenarenwet artikel 125a wordt beaamd door Verhulp, p7.2.2.

<sup>16</sup> Factoren die niet zijn overgenomen in de SG-aanwijzing.

niet toetsbaar. Daarnaast is de beoordelaar tevens belanghebbende zodat er geen sprake is van de wettelijk beoogde mogelijkheid van toetsing door een onafhankelijke instantie of rechter.

Uit het bovenstaande concludeer ik dat het verplichte advies vooraf een vorm van preventieve bemoeienis is die strijdig is met artikel 7 van de Grondwet. Deze bemoeienis kan ertoe leiden dat de ambtenaar onterecht wordt ontmoedigd te publiceren. Of deze ontmoediging wel of niet terecht is, is altijd moeilijk te beoordelen omdat de criteria moeilijk meetbaar zijn. Dit laat echter onverlet dat de ambtenaar, zoals Schuijt het formuleert, volgens de ratio van het censuurverbod het recht heeft zo'n foute inschatting zelf te maken en pas achteraf ter verantwoording kan worden geroepen.<sup>17</sup>

### Is er een specifieke legitieme doelstelling?

Het EVRM artikel 10 sluit, anders dan de Grondwet, de mogelijkheid van preventieve maatregelen waaronder een publicatieverbod niet categorisch uit. In de vorige paragraaf is geconcludeerd dat de clausule 'behoudens ieder verantwoordelijkheid voor de wet' de mogelijkheid tot preventieve maatregelen open laat. In beide gevallen is van belang dat er een legitieme doelstelling bestaat anders dan het voorkomen van publicatie op grond van de inhoud.

De tekst in de SG-aanwijzing maakt niet goed duidelijk wat het specifiek beoogde doel is. De aanwijzing bevat een wettelijk kader dat twee bepalingen bevat. MAW artikel 12a eerste lid betreffende 'het openbaren van gedachten of gevoelens' en het derde lid betreffende de schending van 'geheimhouding van enig gegeven, de dienst betreffende, tegenover een ieder die tot kennisneming daarvan niet bevoegd is'.

De beoogde doelstelling van het eerste lid is het voorkomen van schade aan het ambtelijk functioneren of de publieke dienst. Dit is op zichzelf een legitiem doel, maar het rechtvaardigt geen inhoudelijke bemoeienis voorafgaande aan een publicatie. Zoals hiervoor betoogd, schrijft de Grondwet art 7 een zeer grote terughoudendheid voor waardoor beperkende maatregelen zijn beperkt tot rechterlijke bevelen waarbij van te voren duidelijk moet vaststaan welke rechtsnorm overschreden zou worden (hetgeen niet aan de orde is) en situaties waarbij een geheel andere doelstelling bestaat.

Het derde lid bevat een mogelijke andere doelstelling, te weten het voorkomen dat geheimen worden onthuld. EVRM art 10 noemt verschillende mogelijke legitieme doelstellingen die hiermee verband kunnen houden zoals: nationale veiligheid, openbare veiligheid en het voorkomen van strafbare feiten. Het woord 'advies' lijkt echter in twijfel te trekken of de betreffende zin in de SG-aanwijzing een dergelijk oogmerk heeft. Bij het constateren van een dergelijke schending kan immers geen advies volgen en lijkt alleen een verbod de meest passende maatregel.

Het hierboven genoemde onderscheid is overigens niet zo scherp als het lijkt. Met de grondwetsherziening van 1983 werd de reikwijdte van het begrip 'gedachten of gevoelens' uitgebreid met het 'openbaren van feitelijke mededelingen en inlichtingen'.<sup>18</sup> Daarnaast omvat EVRM art 10 zowel 'meningen' als 'inlichtingen en denkbeelden'. Bij de afwegingscriteria van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) wordt dan ook geen onderscheid gemaakt tussen publicatie-

<sup>17</sup> Schuijt, paragraaf civielrechtelijk verbod, p7.

<sup>18</sup> Vermeulen, para 5.

handelingen zoals bedoeld in respectievelijk het eerste en derde lid van art 12a MAV.<sup>19</sup> Van groter belang is het oogmerk dat met de beperkende maatregel wordt beoogd waarbij het EHRM heeft gesteld dat de beperkende maatregelen nauwkeurig moeten zijn omschreven.<sup>20</sup> Indien de beperking niet nauwkeurig is omschreven (en we hebben eerder gezien dat de criteria in de MAV artikel 12a vaagheden bevatten) bestaat het gevaar dat de maatregel oneigenlijk wordt toegepast. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien een controle op het voorkomen van geheime gegevens tevens wordt gebruikt om te voorkomen dat politiek onwenselijke uitingen worden gedaan.

Een geheel andere doelstelling, hoewel de SG-aanwijzing dit in het geheel niet noemt, kan zijn dat het gezag het personeel tegen zichzelf wil beschermen. Wie kan hier tegen zijn? Een rationeel handelend iemand kan geen nadeel hebben van een goed advies? Indien het advies zuiver is dan zal dit inderdaad zo zijn. Indien het gezag echter, door de ontworpen procedure, in de verleiding kan worden gebracht het eigen belang onevenredig te laten prevaleren, is het individu in het nadeel hetgeen de beoogde doelstelling ondermijnt. Het is niet voor niets dat de wetgever deze verantwoordelijkheid bij de ambtenaar legt. Dan moet hij ook de vrijheid hebben deze verantwoordelijkheid naar eigen keuze in te vullen.

Uit het bovenstaande concludeer ik dat de doelstelling in de SG-aanwijzing niet duidelijk is omschreven, terwijl dit volgens het EHRM wel is vereist. Mogelijk is de plicht tot advies te rechtvaardigen met een legitieme doelstelling zoals de nationale veiligheid, maar deze zou dan nauwkeuriger moeten worden beschreven om ten minste oneigenlijk gebruik te voorkomen.

### Is de verplichting noodzakelijk in een democratische samenleving?

In een eerdere uitspraak heeft het EHRM gesteld dat in een democratische samenleving, 'freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man'.<sup>21</sup> Op gelijke wijze zou beleidsvorming in een democratische samenleving naar mijn opvatting mede gestoeld moeten zijn op een kritische dialoog tussen beleidsmakers, de wetenschap en maatschappij. Ambtenaren die op persoonlijke titel aan deze dialoog deelnemen, zouden hierbij als bruggenbouwers kunnen fungeren. Helaas doen zij dit nog slechts in beperkte mate. Technocratisch ambtelijke beleidsvorming en wetenschap zijn nog te veel gescheiden bolwerken, hetgeen bijvoorbeeld blijkt uit het geringe aantal ambtenaren dat op persoonlijke titel in wetenschappelijke tijdschriften publiceert. Een minder beperkend overheidsbeleid met meer vrijheid voor ambtenaren in hun extern optreden zou hier een verbetering in kunnen aanbrengen. Temeer omdat het ambtenarenkorps bestaat uit maatschappelijk betrokken mensen met veel kennis van zaken. Het beperken van deze groep in haar mogelijkheden deel te nemen aan maatschappelijk debat, doet afbreuk aan het publieke belang van vrije uitwisseling van opvattingen en ideeën.

Niet iedereen deelt deze opvatting. Cliteur bijvoorbeeld betoogt op heldere en consistente wijze dat de ministeriële verantwoordelijkheid van democratisch gelegitimeerde bestuurders het best gediend is met een model waarin er eenheid van spreken en handelen bestaat voor Koning,

<sup>19</sup> Zoals bijvoorbeeld blijkt uit Helstone A.M., De reikwijdte van de geheimhoudingsplicht, ArA, 2013 (12) 2.

<sup>20</sup> Zie EHRM Case of the Sunday Times v. The United Kingdom, 6538/74. 79 The court is faced not with a choice between two conflicting principles but with a principle of freedom of expression that is subject to a number of exceptions which must be narrowly interpreted, 26 april 1979, p34.

<sup>21</sup> EHRM Case of Handyside v. The United Kingdom, nr. 5493/72, 7 december 1976, p18.

ministers en ambtenaren.<sup>22</sup> Ambtenaren die afwijkende opvattingen uiten doorbreken deze eenheid, hetgeen verwarring bij de burgers kan veroorzaken en alleen dan toelaatbaar kan zijn indien er beperkingen worden aangebracht in de ministeriële verantwoordelijkheid. Deze inperking van de ministeriële verantwoordelijkheid weegt volgens Cliteur niet op tegen meer ambtelijke vrijheid. Hier is tegenin te brengen dat de ministeriële verantwoordelijkheid in de praktijk niet zo'n absolute reikwijdte heeft. Het is niet redelijk een minister verantwoordelijk te houden voor persoonlijke uitingen van ambtenaren die binnen de wettelijke kaders zijn gedaan. Dit hoeft het ambtelijke functioneren niet nadelig te beïnvloeden. Net zoals een ambtenaar wordt geacht politiek verschillende bewindspersonen te kunnen dienen zal hij ook in staat zijn persoonlijke opvattingen en ambtelijk optreden te kunnen scheiden. Daarnaast is het maar de vraag of de burger het best gediend is met eenheid van denken in het regeringsapparaat. In een democratische samenleving zullen de burgers juist gebaat zijn bij voorlichting over alternatieve beleidsopvattingen.

Tegen de achtergrond van deze verschillende opvattingen over de ambtelijke vrijheid vormen onze wetten en de interpretatie hiervan het richtsnoer op grond waarvan we het externe optreden van ambtenaren kunnen beoordelen. De Grondwet en de MAW zijn de codificatie van de beginselen van de vrijheid van meningsuiting en de ambtelijke loyaliteit en eenheid van bestuur. Zoals eerder gesteld gelden er voor de ambtenaren beperkingen van de vrijheid van meningsuiting maar dit betekent niet dat zij niet extern mogen publiceren.<sup>23</sup> De beoordeling van de toelaatbaarheid van de beperking van deze vrijheid is derhalve een vraagstuk van proportionaliteit.<sup>24</sup>

Bij het verplichte advies in de SG-aanwijzing zijn verschillende vraagtekens te zetten bij de noodzaak van deze beperking. Is het nodig de verantwoordelijkheid die de MAW nadrukkelijk in handen van de ambtenaar zelf legt, uit diens handen te nemen? Ik betwijfel of het gezag in staat is om, in de huidige tijd met alle nieuwe vormen van media, alle externe uitingen van ambtenaren zorgvuldig te controleren. Er zijn ook andere manieren om te voorkomen dat ambtenaren schadelijke uitingen doen. Het meest effectief is wellicht de afschrikwekkende werking die uitgaat van de repressieve maatregelen die de overheid treft ten aanzien van ambtenaren die met hun externe uiting schade hebben veroorzaakt. Het recente voorbeeld van de minister van V&J die de ambtenaar Haifi naar aanleiding van haar uitlatingen over IS met onmiddellijke ingang schorste, kreeg ruime aandacht in Kamer en media.<sup>25</sup> Een andere methode om schadelijke uitlatingen te voorkomen is goede voorlichting. Zo kan men de vage criteria in de MAW vertalen naar praktisch toepasbare richtlijnen, zoals bijvoorbeeld opgenomen in de MP-aanwijzing I5. Uit het feit dat deze praktisch toepasbare richtlijnen, niet zijn overgenomen in de SG-aanwijzing is af te leiden dat militairen die getraind worden in proportioneel geweldgebruik, de toepassing van de uitingscriteria niet zelf wordt toevertrouwd. Dit is jammer want met een groter vertrouwen zal dit personeel zich alleen maar meer gesterkt voelen om, als oprecht en gemotiveerd ambassadeur, defensie in de samenleving te vertegenwoordigen.

Daarnaast is het maar de vraag of de Directeur Communicatie het best in staat is om met de in de MP-aanwijzing voorgeschreven 'objectieve maatstaven' te meten.<sup>26</sup> In plaats daarvan kan er

<sup>22</sup> P.B. Cliteur, Vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren in Nederland, TBP, 2000/2, p91-6.

<sup>23</sup> Het EHRM hanteert de volgende afwegingscriteria (ultimum remedium-, betrouwbaarheids-, goede trouw-, schade- en het evenredigheids criterium), zie Helstone p74 ev.

<sup>24</sup> Zie ook EHRM Handyside p20.

<sup>25</sup> Minister van V&J, antwoorden op kamervragen, 1 september 2014, *Kamerstukken II*, 2013-2014, Aanhangsel, 2924.

<sup>26</sup> MP aanwijzing nr. I5.

wellicht een objectiever advies tot stand komen indien hij dit inwint bij een onafhankelijke partij naar eigen keuze.

Uit uitspraken van de CRvB blijkt dat de disciplinaire straffen pas dan toelaatbaar zijn indien er sprake is van duidelijk aantoonbare grote schade voor het functioneren van de ambtenaar of de publieke dienst. Bijvoorbeeld een *controller* in dienst van een gemeentelijk ambtelijk apparaat die vertrouwelijke gegevens over de slechte financiële situatie doorspeelt naar de oppositie in de gemeenteraad, voordat de wethouder in staat is maatregelen te treffen, wordt bestraft met een berisping.<sup>27</sup> De ambtenaar die dergelijke handelingen verricht zal waarschijnlijk goed beseffen dat dit ongeoorloofd is. Zo'n ambtenaar zal zich dan waarschijnlijk ook niet gehouden voelen aan de plicht om zo'n melding vooraf aan de ambtelijke leiding voor te leggen. Anderzijds kan men verwachten dat ambtenaren die plichtsgetrouw en te goeder trouw handelen bij het schrijven van een externe publicatie ook voldoende rekening houden met hun ambtelijke verantwoordelijkheid, zodat de kans op schade voor de openbare dienst gering is. In het eerste geval is de beperking in de SG-aanwijzing niet effectief, in het tweede niet noodzakelijk.

Hier is tegenin te brengen dat de beperking vooral noodzakelijk is voor die ambtenaren die niet goed beseffen welke schade hun externe uiting kan hebben. Voor deze categorie ambtenaren kan goede voorlichting effectief zijn. Het grootste deel van deze groep zal uitvoerende functies vervullen en indien zij bijvoorbeeld tijdens hun werk met journalisten in aanraking komen, kunnen leidinggevend en hen normale ambtelijke sturing geven. Indien zij ondanks alle voorlichting en aanwijzingen toch zelfstandig onverstandige uitingen verrichten zal de schade die hiermee wordt veroorzaakt, gering zijn. Een mopperende soldaat zal de positie van de minister niet zomaar in gevaar brengen. Onderdeel van een democratie is juist dat er ook ruimte bestaat voor onverstandige opvattingen. Zoals ik eenmaal las op de nummerplaat van een Amerikaanse militair: 'we protect your right to be wrong'. Of dichterbij huis, de woorden van Erasmus: 'wat klopt er beter dan dat de Zotheid haar eigen loftrumpet steekt en haar eigen lied zingt'.<sup>28</sup> Al met al nog geen reden om over te gaan tot censuur.

## Conclusie en aanbeveling

Op grond van de hierboven weergegeven toetsing concludeer ik dat voor het verplichte advies zoals dit in de SG-aanwijzing is geformuleerd geen wettelijke grond bestaat en in een democratische samenleving niet is op te vatten als een noodzakelijke en te rechtvaardigen beperking van de vrijheid van meningsuiting. Dit moeten we corrigeren door de afbakening van de aanwijzing voor het publiceren van artikelen te beperken tot het controleren op eventuele schending van de geheimhoudingsplicht. De bestaande afbakening inclusief het openbaren van gedachten en gevoelens is alleen dan te rechtvaardigen indien de ambtenaar vrij wordt gelaten in de wijze waarop hij advies inwint.

<sup>27</sup> ECLI:NL:CRVB:2013:BY5603. 7 januari 2013. Een andere representatieve zaak betreft de disciplinaire straf van ontslag na een publicatie waarin het gezag als niet integer, onbetrouwbaar en onbekwaam wordt neergezet zodat verdere samenwerking feitelijk onmogelijk is geworden. ECLI: NL: CRvB: 2010:BK9640.

<sup>28</sup> Erasmus D., *Lof der Zotheid*, p 14, Athenaeum-Polak&Van Gennep, Amsterdam 2001.

*De rubriek opinie geeft de mening van de auteur weer. Een opiniestuk is geschreven op persoonlijke titel en vertegenwoordigt niet de opinie van de redactie van het MRT noch die van de minister van Defensie.*

## Tweeluik over de vrijheid van meningsuiting Deel II

# “Haagse muilkorf” of malum necessarium: beperkingen op de ambtelijke vrijheid van meningsuiting vanuit juridisch perspectief.

DOOR DRS. J.F.R. BODDENS HOSANG<sup>1</sup>

### Inleiding

De bijdrage van KLTZ Warnar<sup>2</sup> roert een thema aan waarvan Cliteur<sup>3</sup> reeds heeft aangegeven dat het een tijdloos thema is waarover meerdere auteurs al hun stellingen hebben betrokken en in de politieke arena al meerdere degenen zijn gekruist. Dat het thema actueel is, bewijst het verzoek van mevrouw Hachchi aan de Minister van Defensie om de Aanwijzing van de Secretaris-Generaal inzake externe contacten in te trekken.<sup>4</sup> In deze bijdrage zal ik een steentje bijdragen aan dit debat, waarbij ik tot een andere conclusie kom dan KLTZ Warnar. Het oogmerk is daarbij niet om *pro forma* de Aanwijzing van de SG te verdedigen, maar om, in het belang van het discours, op dit belangrijke onderwerp het adagium *audite et alteram partem* toe te passen.

Alvorens tot de inhoud te komen, is het van belang om het strijdtoneel af te bakenen. Met de vrijheid van meningsuiting bedoel ik in deze bijdrage de vrijheid om gedachten en meningen openbaar te uiten of te publiceren. Het door sommigen beoogde recht om ambtenaren rechtstreeks met leden van de Staten-Generaal te mogen laten communiceren valt daar mijns inziens niet onder. Naar het mij voorkomt is dat een vorm van communicatie die losstaat van de algemene vrijheid van meningsuiting en veel specifieker gekoppeld is aan de (inhoud van de) functie van de ambtenaar, en de politieke verantwoordelijkheid van de minister. Dat is dus gerelateerd aan het zijn van ambtenaar en niet aan rechten die eenieder (moeten) toekomen. Waar het in de onderhavige discussie om gaat is immers of de vrijheid die eenieder geniet ten aanzien van

<sup>1</sup> De auteur is werkzaam bij het ministerie van Defensie. Het artikel verwoordt zijn persoonlijke mening.

<sup>2</sup> Zie de bijdrage in dit nummer van het *Militair Rechtelijk Tijdschrift*.

<sup>3</sup> Cliteur, P.B., Vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren in Nederland, in *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen & Publiekrecht*, Vol. 1, 2000, pp. 91–96.

<sup>4</sup> Aanwijzing SG A/978. Het antwoord van de Minister van Defensie op het verzoek van mevrouw Hachchi is te vinden als Kamerstuk 34 000 X nr. 56.



de vrije meningsuiting, ook ziet op de ambtenaar, dus eerder “ondanks” het zijn van ambtenaar.

Evenmin ziet deze bijdrage op bijzondere gevallen zoals de wetenschappelijke vrijheid of de rol van klokkenluiders. In het eerste geval is de bijzondere rol van de wetenschap in de maatschappij aan de orde, en de wetenschappelijke vrijheid die daarbij hoort. Het is ook om die reden dat naast de Aanwijzing van de SG waar deze discussie om draait, er voor de Nederlandse Defensie Academie en de daaraan gekoppelde instituten een aparte, specifieke regel bestaat waarin de wetenschappelijke onafhankelijkheid wordt gewaarborgd.<sup>5</sup> Wat klokkenluiders betreft, gelden daarvoor eveneens speciale en specifieke regels die recht doen aan de speciale rol die klokkenluiders vervullen. Daarbij gaat het om bijzondere gevallen, waarin misstanden aan het licht worden gebracht. Ook dat is een andere kwestie dan de hier ter discussie staande algemene vrijheid van meningsuiting.

Nu de grenzen van het strijdtoneel zijn bepaald, zou ik de kernpunten van het betoog van KLTZ Warnar als volgt willen samenvatten. Daarbij doe ik geen recht aan de door hem gehanteerde nuances en zorgvuldigheid, maar het gaat om de kernpunten van zijn zorgen. Als ik zijn betoog goed begrijp, constateert hij een onduidelijkheid in het beoogde doel van de Aanwijzing SG A/978 en maakt hij zich zorgen over het verplichte advies vooraf, wat hij ervaart als een dwingende aanwijzing die de vrijheid van meningsuiting onrechtmatig beperkt en feitelijk een publicatie kan belemmeren. In samenhang bezien, resulteert dit stelsel in een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting, terwijl hij het juist wenselijk acht om ambtenaren op basis van hun deskundigheid te laten deelnemen aan het publieke debat.

Omdat het hier om grondrechten gaat, zou een – de facto – inperking daarvan zonder een wettelijke basis een ernstige kwestie zijn. Alvorens in te gaan op de Aanwijzing zelf, lijkt het daarom goed om het grondrecht in kwestie nader te duiden. Omdat dit recht ook wordt gegarandeerd door het Europees Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de burgerlijke vrijheden (EVRM), zal na de grondwettelijke beschouwing kort worden stilgestaan bij de invulling van dit recht in de Europese mensenrechtelijke context, waaronder de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

## Vrijheid van meningsuiting als grondrecht

Een complete uiteenzetting over de historische achtergrond en verschillende redacties van (thans) artikel 7 van de Grondwet zou te ver voeren voor deze bijdrage. Voor een heldere uiteenzetting hierover wordt dan ook korthedshalve verwezen naar het hoofdstuk van Schuijt.<sup>6</sup> In de kern bepaalt artikel 7 dat niemand voorafgaand verlof behoeft voor het openbaren van gedachten of gevoelens. Zoals Schuijt uitlegt, betekent deze bepaling dat een verplichting tot voorafgaand verlof wegens de inhoud van de te uiten gedachten of gevoelens verboden is. Dat verbod is echter niet absoluut. Naast de strafrechtelijke gevolgen van bepaalde uitingen,<sup>7</sup> is het denkbaar dat bij voldoende concrete kennis vooraf van een voorgenomen publicatie en vast-

<sup>5</sup> Nota van de Secretaris-Generaal aan de Commandant der Strijdkrachten en de Commandant, Defensie Dienstencentra, d.d. 28 december 2010 (BS/2010037036), met als onderwerp Mediarichtlijnen NLDA .

<sup>6</sup> Schuijt, G.A.I., Het censuurverbod in de Nederlandse grondwet en rechtspraak, in *Censuur. Referaten van het Colloquium van 16 mei 2003*, 2003, pp. 125–154.

<sup>7</sup> Te denken valt aan laster (art. 262 Sr.), opruiing (art. 131 Sr.), het aanzetten tot haat of discriminatie (art. 137d Sr.), enz. Van belang is dat het in deze gevallen om een beoordeling achteraf (dus na de publicatie) gaat.

stelling van de strafbaarheid of onrechtmatigheid daarvan, preventief wordt opgetreden.<sup>8</sup>

In zijn hoofdstuk wijst Schuijt op nog een ander, voor deze discussie relevant aspect ten aanzien van het onderhavige Grondrecht, namelijk dat de Nederlandse Grondwet geen verbod omvat op een “chilling effect” van (op de wet gebaseerd) handhavend (preventief of reactief) optreden naar aanleiding van een (voorgenomen) publicatie.<sup>9</sup> De term “chilling effect” komt voort uit de jurisprudentie van het EHRM en komt hieronder nader aan de orde. Waar het op neerkomt, is dat het grondwettelijk verbod op het eisen van, of verplichten tot, een voorafgaand verlot niet zo breed moet worden uitgelegd dat het ook een verbod omvat op een eventueel (bewust of onbedoeld) ontmoedigend effect van (mogelijk of dreigend) overheids-optreden ten aanzien van een (voorgenomen) publicatie. Dat het EHRM daar genuanceerder tegenaan kijkt, zal hierna blijken.

De mogelijkheid om beperkingen op te leggen ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting wordt in artikel 7 van de Grondwet nadrukkelijk bepaald. De vrijheid is van toepassing “behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet”. De strafrechtelijke en civielrechtelijke aspecten daarvan zijn hierboven al deels aan de orde geweest. Voor ambtenaren is er echter ook een aantal specifieke wettelijke bepalingen relevant. Dat de vrijheid van meningsuiting ook voor ambtenaren geldt, staat vast<sup>10</sup> maar is nog niet zo lang vanzelfsprekend.<sup>11</sup> Wel hebben ambtenaren ten aanzien van de uitoefening van dat recht rekening te houden met de wettelijke beperkingen zoals opgenomen in artikel 125a van de Ambtenarenwet en, wat betreft de militaire ambtenaren, artikel 12a van de Militaire Ambtenarenwet 1931.<sup>12</sup> Deze artikelen beperken de vrijheid van meningsuiting van (militaire) ambtenaren voor zover de uitoefening van dat recht het eigen functioneren of het functioneren van de openbare dienst in gevaar kan brengen.

Hoewel een analyse van de verenigbaarheid van deze wettelijke bepalingen met het *lex certa* beginsel te ver zou voeren voor deze bijdrage, kan in ieder geval worden opgemerkt dat de beper-

<sup>8</sup> Hof Amsterdam, 13 september 1984, NJ 1985, 409, waarin onder andere werd overwogen: Het grondwettelijk recht van vrijheid van meningsuiting sluit preventief optreden tegen een nog te verwachten publicatie [sic] van een wat de inhoud betreft met de wet strijdig geschrift door middel van een in k.g. te treffen voorlopige maatregel niet uit. Zoals Schuijt (*op. cit.* noot 6) aangeeft, ziet deze overweging op publicaties waarvan de inhoud dus vooraf al bekend moet zijn én waarvan vooraf vaststaat dat die (bekende) inhoud strafbaar of onrechtmatig is. Een meer recent voorbeeld betreft de uitspraak van de Rb. Amsterdam van 4 september 2014 (ECLI:NL:RBAMS:2014:5688).

<sup>9</sup> Schuijt, *op. cit.* noot 6, stelt over de dreiging van repressieve maatregelen achteraf: [u]iteraard kan dit een censurerende werking hebben of een chilling effect op de vrijheid van meningsuiting, maar de Nederlandse grondwet verzet zich er niet tegen, omdat de bevoegdheid in het Wetboek van Strafvordering iuncto Wetboek van Strafrecht is opgenomen. Met andere woorden, mits de handhaving achteraf een wettelijke basis heeft, is de bedreigende of feitelijk censurerende, c.q. chilling werking daarvan als zodanig niet strijdig met de Grondwet.

<sup>10</sup> Bunschoten 2004 (*T&C Grondwet*), aant. 8 bij art. 7. Zie ook de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van bepalingen inzake grondrechten (Kamerstuk 13 872 nr. 3), p. 11.

<sup>11</sup> Zie de MvT genoemd in noot 9, p. 11, waarin ten aanzien van de vraag of de vrijheid van meningsuiting ook voor ambtenaren geldt wordt gesteld: De vraag is in het verleden op uiteenlopende wijze beantwoord. Sommigen stonden op het standpunt, dat de grondrechtenartikelen van de Grondwet niet van toepassing waren op de verhouding overheid- ambtenaren. Anderen namen aan, dat de ambtenaar door zijn indiensttreding voor ambtenaren vastgestelde beperkingen in de uitoefening van grondrechten vrijwillig op zich nam.

<sup>12</sup> Overigens zij opgemerkt dat beide wetten ook beperkingen opleggen ten aanzien van andere grondrechten, zoals het (in dezelfde wetsartikelen genoemde) recht op vereniging.

king in vrij ruime en algemene bewoordingen is gesteld. Enkele uitspraken van de Centrale Raad van Beroep hebben aan deze ruimte wel grenzen gesteld. Zo oordeelde de CRvB in 1995 dat “bij de beoordeling of een ambtenaar de in artikel 125a, lid 1, neergelegde norm heeft overschreden een zekere voorzichtigheid dient te worden betracht, aangezien in deze bepaling een beperking wordt gegeven op het in de Grondwet verankerde recht van vrije meningsuiting.”<sup>13</sup> Deze waarschuwing is in latere uitspraken van de CRvB herhaald, waarbij de Raad tevens een koppeling heeft gemaakt tussen de mate waarin de ontoelaatbaarheid van de meningsuiting vooraf voorzienbaar was voor betrokkene en de mate waarin die meningsuiting verwijtbaar wordt geacht.<sup>14</sup>

Het vooraf kunnen inschatten van de (on)toelaatbaarheid van voorgenomen meningsuitingen door ambtenaren is enigszins eenvoudiger geworden na de vaststelling door de Minister-President van de Aanwijzingen externe contacten Rijksambtenaren van 19 mei 1998, ook wel de “oekaze Kok” genoemd.<sup>15</sup> Voor onderhavige discussie zijn met name aanwijzingen 13 tot en met 15 van belang, die invulling geven aan vernoemde wettelijke bepalingen. Aanwijzing 13 geeft de koppeling tussen de aanwijzingen en de (Militaire) Ambtenarenwet aan. Aanwijzing 14 geeft aan dat het bevoegd gezag achteraf uitlatingen van ambtenaren toetst aan de normen vastgelegd in de wet. De toelichting daarbij stelt daarover: “de Grondwet verbiedt te allen tijde preventieve toetsing van een uiting. Het gaat derhalve steeds om toetsing achteraf van reeds gedane uitingen.” Wel wijst dezelfde toelichting op de mogelijkheid dat de ambtenaar vooraf om advies vraagt aan het bevoegd gezag. Aanwijzing 15, tot slot, bevat de criteria waaraan wordt getoetst, zoals de afstand tussen de functie en het beleidsterrein waarover wordt geschreven, de gevoeligheid van het onderwerp, het tijdstip en de wijze waarop de uiting wordt gedaan, enz. Ook bevat aanwijzing 15 het uit de uitspraken van de CRvB bekende criterium van de voorzienbaarheid van de schadelijkheid.<sup>16</sup> Zowel de vorm (aanwijzingen ter invulling van wettelijke bepalingen) als de inhoud (deels afgeleid uit uitspraken van rechtsprekende instanties) geven geen aanleiding tot zorg in relatie tot het onderhavige Grondrecht en de criteria geven in ieder geval meer bepaaldheid (en dus voorzienbaarheid) wat betreft de eisen die aan meningsuitingen door ambtenaren worden gesteld. De aanwijzingen van de Minister-President zijn tevens de aanleiding voor de Aanwijzing SG, waarop ik verderop in meer detail inga.

## Vrijheid van meningsuiting als mensenrecht

Artikel 7 van de Grondwet kent een evenknie, zij het anders geformuleerd, in artikel 10 van het EVRM. Het eerste lid daarvan bepaalt dat eenieder het recht heeft op vrije meningsuiting,

<sup>13</sup> CRvB, 2 maart 1995 (ECLI:CRVB:1995:AK5987). In die zaak ging het om een publicatie waarin tekortkomingen van het Amsterdamse politiekorps en de leiding daarvan werden beschreven. De CRvB oordeelde dat deze publicatie, hoewel schadelijk, niet zodanig schadelijk was dat het functioneren van de openbare dienst in redelijkheid niet meer zou zijn verzekerd.

<sup>14</sup> CRvB, 7 januari 2010 (ECLI:NL:CRVB:2010:BK9640): een reactie [...] heeft uitgelokt, die hij redelijkerwijze heeft kunnen en moeten voorzien. CRvB, 12 juni 2014 (ECLI:NL:CRVB:2014:1984): het feit dat de redactie in kwestie de betrokkene niet had gewaarschuwd en hem aldus niet heeft behoed voor zijn reactie, doet evenmin afbreuk aan de eigen verantwoordelijkheid van betrokkene, en [het is] van belang of betrokkene de ontoelaatbaarheid van het verweten gedrag heeft kunnen inzien en overeenkomstig dat inzicht heeft kunnen handelen.

<sup>15</sup> Regeling van 19 mei 1998, nr. 98M004214, Stcrt. 1998, nr. 104.

<sup>16</sup> Ten overvloede bevat aanwijzing 16 een toets ten aanzien van de geheimhoudingsplicht. Die plicht is echter ook strafrechtelijk bepaald (art. 98-98c en art. 272-273 Sr.) terwijl het in deze discussie primair gaat om de overige beperkingen op de vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren.

waarna het tweede lid de uitzonderingen daarop bepaalt. Dat tweede lid bevat drie belangrijke elementen. Ten eerste wordt aangegeven dat het uitoefenen van dit recht bepaalde plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt. Als gevolg daarvan wordt, ten tweede, aangegeven dat het recht op vrije meningsuiting kan worden onderworpen aan “formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties” bij wet voorzien. Als derde aspect moeten die bij wet voorziene voorwaarden, beperkingen, enz., noodzakelijk zijn in een democratische samenleving met het oog op de in lid 2 genoemde belangen (doelbinding). Door de opsomming van de belangen in lid 2 en de daaraan gekoppelde doelbinding in de toelaatbaar geachte vormen van inperking van de vrije meningsuiting is artikel 10 EVRM nauwkeuriger geformuleerd dan artikel 7 Grondwet en de betreffende bepalingen in de (militaire) ambtenarenwetgeving. De vraag is echter hoeveel ruimte wordt geboden door de verwijzing naar “plichten en verantwoordelijkheden”.

De jurisprudentie van het EHRM biedt normaliter houvast en invulling wat betreft het duiden van de verplichtingen onder het EVRM en de criteria waaraan moet worden voldaan. Dat is wat betreft de toepassing van het recht op vrije meningsuiting door ambtenaren eveneens het geval, zij het voor de huidige discussie in zeer beperkte mate. Het merendeel van de jurisprudentie omtrent artikel 10 in relatie tot ambtenaren ziet namelijk op meningsuitingen gerelateerd aan politieke activiteiten van de ambtenaren in kwestie, wat hier niet aan de orde is. Toch valt uit de overgebleven uitspaken een aantal criteria en observaties op te maken. Zo geeft het EHRM aan dat de vrijheid van meningsuiting zeker van toepassing is op ambtenaren<sup>17</sup> en dat een “chilling effect,” c.q. ontmoedigend handelen door de overheid evenzeer strijd met artikel 10 kan opleveren.<sup>18</sup> Daar staat tegenover dat het legitiem is om aan ambtenaren, gelet op hun bijzondere status en rol, een plicht op te leggen om discreet te zijn, waarbij staten een zekere marge wordt gelaten om invulling te geven aan de zware rol die de plichten en verantwoordelijkheden zoals bedoeld in artikel 10, tweede lid, EVRM spelen waar het uitspraken van ambtenaren betreft.<sup>19</sup>

Die zware rol van de plichten en verantwoordelijkheden zodra het om ambtenaren gaat, wordt in latere jurisprudentie herhaald, waarbij aan voornoemde discretie ook het element loyaliteit wordt toegevoegd als legitiem op te leggen plicht.<sup>20</sup> Onder ambtenaren worden in de jurisprudentie ook militairen verstaan, waarbij wordt aangegeven dat ten aanzien van die categorie de noodzaak tot het handhaven van de discipline beperkingen met zich kan brengen voor de vrije meningsuiting.<sup>21</sup> Daarbij wordt een parallel getrokken met de politie en geeft het Hof aan dat in een dergelijke hiërarchische organisatie de vrijheid van meningsuiting moet worden uitgeoefend in overeenstemming met de verantwoordelijkheden die volgen uit de status van betrokkenen in relatie tot het handhaven van de discipline, om daaraan de conclusie te koppelen dat restricties voor dergelijke functies niet in strijd zijn met artikel 10 EVRM en voldoen aan de eis van noodzakelijkheid in een democratische samenleving.<sup>22</sup>

<sup>17</sup> Wille v. Liechtenstein, 28 oktober 1999 (Application no. 28396/95), para. 42 en 62.

<sup>18</sup> Ibid., para. 50.

<sup>19</sup> Ibid., para. 62–64.

<sup>20</sup> Diego Nafria v. Spanje, 4 september 2002 (Application no. 46833/99), para. 36–37.

<sup>21</sup> Szima v. Hongarije, 9 oktober 2012 (Application no. 29723/11), para. 25.

<sup>22</sup> Ibid., para. 32.

Uit het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat het EHRM meer ruimte laat voor inperking van de vrijheid van meningsuiting, althans in ieder geval waar het ambtenaren betreft,<sup>23</sup> dan de Nederlandse Grondwet, maar omgekeerd een “chilling effect” gelijkstelt met een (verboden) voorafgaande inperking op de vrije meningsuiting terwijl het Nederlandse recht dat niet doet voor zover het “chilling effect” wordt veroorzaakt door wettelijk toelaatbare handhavingsmogelijkheden.

## Aanwijzing SG A/978

De Aanwijzing SG in kwestie, die de eerdere (maar op dit punt gelijklopende) Aanwijzingen uit 1992 en 2005 vervangt, is blijkens de eerste alinea onder “Kader” afgeleid van, en geeft invulling aan, de hierboven genoemde Aanwijzingen van de Minister-President. Blijkens de derde alinea onder het kopje “Doelstelling van de aanwijzing” is de Aanwijzing SG bedoeld om te “voorkomen dat informatie van Defensie voortijdig en/of onjuist in de openbaarheid wordt gebracht,” naast het waarborgen van de veiligheid van het personeel en de operationele veiligheid. Hoewel deze formuleringen als zodanig niet aansluiten bij de bewoordingen van de wet of van de Aanwijzingen van Minister-President, kunnen in de doelstelling van de Aanwijzing SG wel elementen worden herkend van wettelijke aspecten als de bescherming van het functioneren van de openbare dienst en de geheimhoudingsplicht. Daarnaast zijn elementen herkenbaar van de criteria in Aanwijzing 15 van de Aanwijzingen van de Minister-President. Dat de Aanwijzing SG minder ambtelijk en meer beschrijvend is geformuleerd doet dan ook niet af aan de vaststelling, op basis van het bovenstaande, dat het doel van de Aanwijzing legitiem is.

Het kernpunt van de zorgen ten aanzien van de Aanwijzing staat echter op pagina 4, waar wordt gesteld dat “[m]edewerkers van Defensie wenden zich tot de directie Communicatie voor advies alvorens zij een uitnodiging accepteren om op te treden bij openbare bijeenkomsten dan wel andere openbare optredens” en “[i]ndien een medewerker van Defensie voornemens is een artikel te publiceren, een boek te schrijven of een bijdrage daaraan te leveren, of op andere wijze over defensie te publiceren dient dit vooraf te worden voorgelegd voor advies aan de directie Communicatie.” Met deze bepalingen wordt de vrijwillige adviesmogelijkheid genoemd in de Aanwijzingen van de Minister-President omgevormd tot een (dwingende) adviesplicht. De vraag is dan in hoeverre een adviesplicht strijdig is met het recht.

Allereerst moet formeel onderscheid worden gemaakt tussen advies en toetsing. Hoewel bij het formuleren van een zorgvuldig advies uiteraard een feitelijke toetsing plaatsvindt, is de uitkomst een vrijblijvende suggestie en indicatie van de mogelijke uitkomst van een formele toetsing. Een toets daarentegen is een formele afweging van de publicatie ten opzichte van de in wet- en regelgeving gestelde criteria en voorwaarden. De uitkomst daarvan is niet vrijblijvend en kan leiden tot het nemen van maatregelen, waaronder rechtspositionele of, in het ergste geval, strafrechtelijke. Of dit formele onderscheid ook in de praktijk doorklinkt en zichtbaar is, is geheel afhankelijk van de wijze waarop de directie Communicatie adviseert, waaronder de formulering van het advies en de presentatie daarvan. Hoe dan ook, op basis van de Aanwijzing

<sup>23</sup> De door het EHRM toelaatbaar geachte verplichtingen tot discretie en loyaliteit laten zich althans niet goed verstaan met de in de Nederlandse rechtspraak noodzakelijk geachte mate van schade aan de openbare dienst. Zie de uitspraak van de CRvB genoemd in noot 13 in vergelijking met de EHRM zaken genoemd in noten 20 en 21.

SG is het advies echter niet meer dan dat. Ik ben het dan ook niet eens met de stelling dat een dergelijk advies een “directe specifieke ambtelijke aanwijzing is,” zoals Warnar stelt, noch dat het niet opvolgen van het advies neerkomt op plichtsverzuim. Dat het negeren van het advies tot risico’s leidt voor de ambtenaar doet daar niet aan af. Die risico’s houden immers verband met de publicatie (in weerwil van het advies) maar veranderen de (juridische) aard en rol van het advies niet. Anders gesteld, als de ambtenaar het advies negeert neemt hij het risico dat uit de publicatie gevolgen voortkomen, maar die gevolgen zijn gekoppeld aan de publicatie, niet aan het negeren van het advies.

De verplichting om vooraf advies te vragen is daarmee kwetsbaar, want afhankelijk van de wijze van invulling daarvan door de directie Communicatie, maar niet als zodanig in strijd met het recht. Wel kan de adviesplicht, en zeker het daaruit volgende advies, ontegenzeggelijk een “chilling effect” tot gevolg hebben. Zoals hierboven werd uiteengezet, is een dergelijk effect echter niet in strijd met de Grondwet voor zover het ‘chilling effect’ voortkomt uit (het dreigen met) wettelijke handhavingsmogelijkheden. In het geval van de ambtelijke vrijheid van meningsuiting, zijn die wettelijke mogelijkheden opgenomen in de (militaire) ambtenarenwetgeving. Dat het advies de ambtenaar herinnert aan die handhavingsmogelijkheden of een vrees doet ontstaan dat er eventueel handhavend zal worden opgetreden maakt het advies, mits zuiver geformuleerd, echter niet tot iets anders dan een advies. Wat een Europeesrechtelijke beoordeling daarvan betreft, kan uit de eerdere uiteenzetting van de opvattingen van het EHRM worden opgemaakt dat een dergelijk effect wel wordt gelijkgesteld met een inperking van de vrije meningsuiting. Omdat het EHRM echter ook een ruimere marge accepteert wat betreft restricties voor ambtenaren op dit gebied, is het naar mijn overtuiging niet waarschijnlijk dat het EHRM een voorafgaande adviesplicht in strijd zou achten met artikel 10 EVRM. Ook hier geldt echter dat de uiteindelijke beoordeling geheel afhankelijk is van de wijze waarop deze adviesplicht in de praktijk wordt ingevuld. Een – de facto – verbod op publicatie zal immers wel een schending van zowel de Grondwet als artikel 10 EVRM opleveren.

## Conclusie: de rol van de ambtenaar en zijn meningen

Hoewel inmiddels al weer enige tijd geleden, geven de debatten rond de “oekaze Kok” enkele nuttige aanknopingspunten voor het onderhavige debat.<sup>24</sup> Zo constateerde de GPV destijds “een spanning tussen enerzijds de loyaliteit aan de minister en anderzijds het recht om wetenschap te beoefenen, ook voor een ambtenaar.” De VVD nam een hard standpunt in<sup>25</sup> en achtte het “staatsrechtelijk onjuist en ongewenst dat een ambtenaar in het openbaar uitspraken doet [...] waarmee hij of zij een bewindspersoon in verlegenheid kan brengen.” Daarbij wees de VVD nadrukkelijk op de ministeriële verantwoordelijkheid voor uitlatingen van ambtenaren en werd het ongepast geacht als ambtenaren in het openbaar meningen zouden uiten over het beleid van hun eigen minister. Als blijk van de scherpte van het debat voegde de VVD daaraan toe dat een ambtenaar die dat toch wenst te doen “moet dan maar [...] lid worden van een politieke

<sup>24</sup> Handelingen Tweede Kamer, vergaderjaar 1998, 29 september 1998 (pp. 7-264 tot en met 7-284) en 15 december 1998 (pp. 37-2690 tot en met 37-2694).

<sup>25</sup> Overigens werd het standpunt van de VVD naast principiële gronden ook gebaseerd op een zorg dat een te vrije uitoefening van de meningsuiting door ambtenaren tot gevolg zou hebben dat er steeds debatten met ministers gevoerd zouden moeten worden na iedere publicatie. Handelingen 1998, pp. 7-273 - 7-274).

fractie, professor zijn of iets dergelijks.” Diezelfde scherpste was ook zichtbaar in de bijdrage van de D66 fractie, die aangaf dat de deskundigheid van ambtenaren juist aanleiding kon zijn om wel persoonlijke opvattingen van ambtenaren te laten publiceren en hoopte dat er geen sprake zou zijn van “een Paarse muilkorf”. Wel vond D66 het alleszins voor de hand liggen dat een ambtenaar die zijn vrijheid van meningsuiting wilde gaan beoefenen, dat vooraf aan de minister kenbaar zou maken.

Hoewel het slechts speculeren zou zijn of de bij Defensie gehanteerde plicht tot voorafgaand advies in lijn zou zijn met het standpunt van D66, valt wel op dat zelfs in de meest ferme verdediging van de ambtelijke vrijheid van meningsuiting een voorafgaande kennisgeving aan de minister van belang wordt geacht.<sup>26</sup> Dat is ook niet verwonderlijk, want uit de debatten blijkt evenzeer dat werd erkend dat de minister (in ieder geval in enige mate) politiek verantwoordelijk is voor het optreden van zijn of haar ambtenaren, ook als het gaat om uitoefening van de vrijheid van meningsuiting door die ambtenaren. Het natuurlijke forum voor de meningen van de ambtenaar is daarbij de interne advisering aan de minister, waarin de ambtenaar vrij zijn mening en advies moet kunnen geven, terwijl gebruik maken van het openbare forum tot noodzakelijke restricties leidt. Deze opvatting wordt gedeeld door Cliteur, die zijn artikel afsluit met de (overigens sterker geformuleerde) conclusie dat “een ambtenaar voorzover het om het terrein van zijn werk gaat géén vrijheid van meningsuiting heeft.”<sup>27</sup> Hoewel ik een dergelijk absoluut geformuleerde benadering van de ambtelijke vrijheid van meningsuiting niet deel, valt uit zowel de rol en functie van de ambtenaar als uit het (daarop in ieder geval deels gebaseerde) rechtsstelsel op te maken dat de plichten en de verantwoordelijkheden van het zijn van ambtenaar onvermijdelijk tot gevolg hebben dat de ambtenaar een zekere mate van beperking van de vrijheid van meningsuiting moet dulden.

Plaatsen we de hierboven gestelde observatie in relatie tot de Aanwijzing SG, dan kan tot slot worden geconcludeerd dat de daarin besloten adviesplicht niet alleen tot gevolg heeft dat zowel de ambtenaar als de minister (of althans het ministerie) vooraf weten waar ze aan toe zijn, maar ook past in het stelsel rond de ambtelijke vrijheid van meningsuiting. Voorwaarde daarvoor is echter wel dat de adviesplicht wordt toegepast zoals het bedoeld is: advies en geen toetsing of verlov vooraf. De wijze waarop de advisering plaatsvindt, en met name de formulering, strekking en presentatie van het advies, zijn daarvoor bepalend. Om dat waar te maken zal de Directie Communicatie dus steeds de eigen rol en *raison d'être* goed voor ogen moeten houden: duidelijk en zuiver communiceren.

---

<sup>26</sup> Ook minister Jorritsma gaf in het debat op 15 december 1998 aan geen bezwaar te hebben tegen afwijkende meningen van haar ambtenaren, mits de gelegenheid bestond om zorgvuldige afwegingen te maken en de grenzen van het toelaatbare te bewaken. In combinatie met eerdere uitspraken (Handelingen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1997-1998, 8 september 1998, p. 6426-6427) kan dat worden gelezen als het voorafgaand moeten informeren van de minister over voorgenomen uitlatingen of publicaties.

<sup>27</sup> Cliteur, op. cit. noot 3, p. 95.

## Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Militaire kamer

Beschikking van 5 november 2013

21-004141-13

*Rechtens:* mr. R. van den Heuvel, voorzitter, mr. R.H. Koning, lid, commandeur (A) (tit.) mr. R.R.H. Laurens, militair lid.

### Eenvoudige ongeoorloofde afwezigheid

*Een militair is tot twee keer toe langer dan vier dagen ongeoorloofd afwezig. Het verweer van zijn raadsman dat de militair dienstongeschikt is slaagt niet omdat de militair zich niet volgens de geldende procedures ziek heeft gemeld en ook niet uit de feiten blijkt dat er sprake was van dienstongeschiktheid.*

#### ARREST

gewezen op het hoger beroep, ingesteld tegen het vonnis van de militaire politierechter in de rechtbank Oost-Nederland van 28 maart 2013 in de in eerste aanleg gevoegde strafzaken, parketnummers 05-800240-12 en 05-800267-12, tegen

[Naam],  
geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum],  
wonende te [adres],  
eertijds matroos der eerste klasse, [registratienummer].

### Het hoger beroep

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

### Onderzoek van de zaak

Dit arrest is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting van het hof van 22 oktober 2013 en, overeenkomstig het bepaalde bij artikel 422 van het Wetboek van Strafvordering, het onderzoek op de terechtzitting in eerste aanleg.

Het hof heeft kennis genomen van de vordering van de advocaat-generaal, strekkende tot veroordeling van verdachte tot een taakstraf van 20 uren, subsidiair 10 dagen hechtenis. Deze vordering is na voorlezing aan het hof overgelegd. Het hof heeft voorts kennisgenomen van hetgeen door verdachte en zijn raadsman, mr K.D. Regter, naar voren is gebracht.

### Het vonnis waarvan beroep

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

De tenlastelegging



Aan verdachte is tenlastegelegd dat:

Zaak met parketnummer 05-800240-12:

hij als militair, in tijd van vrede, in of omstreeks de periode van 24 april 2012 tot en met 04 mei 2012 van verdachtes te of nabij Doorn, gemeente Utrechtse Heuvelrug,, in elk geval in Nederland, gelegen onderdeel opzettelijk, althans in ernstige mate nalatig, ongeoorloofd afwezig is geweest gedurende langer dan vier dagen, althans in genoemd tijdvak of een gedeelte daarvan gedurende een of meer perioden van langer dan vier dagen.

Zaak met parketnummer 05-800267-12 (gevoegd):

hij als militair, in tijd van vrede, in of omstreeks de periode van 10 mei 2012 tot en met 30 mei 2012 van verdachtes te of nabij Den Helder, in elk geval in Nederland, gelegen onderdeel opzettelijk, althans in ernstige mate nalatig, ongeoorloofd afwezig is geweest gedurende langer dan vier dagen, althans in genoemd tijdvak of een gedeelte daarvan gedurende een of meer perioden van langer dan vier dagen.

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

### Bewezenverklaring

In de zaak met parketnummer 05-800240-12:

Verdachte diende zich op 24 april 2012 te melden op de Van Braam Houckgeestkazerne te Doorn. Verdachte heeft toen laten weten dat hij “klaar” was met defensie en dat hij niet de intentie had om zich op 24 april 2012 te gaan melden.

Tot 4 mei 2012 heeft verdachte zich niet telefonisch of in persoon gemeld op de kazerne in Doorn. Verdachte reageerde in de tussenliggende periode niet op voicemailberichten waarin hem werd verzocht zich te melden of contact op te nemen bij zijn direct leidinggevende of bij sergeant-majoor [betrokkene 1].

Verdachte had in die periode geen vakantieverlof of ander verlof.

Op 4 mei 2012 heeft verdachte zich telefonisch gemeld bij de Koninklijke Marechaussee te Heerlen. Verdachte deelde toen mede dat hij onvoldoende financiële middelen had om direct naar de kazerne te komen om daar in persoon te verschijnen. Hij deelde mede dat hij het onzin vond om alleen voor het melden naar Doorn te komen. Hij wenste zich op 7 mei 2012 te melden. Op 7 mei 2012 heeft verdachte zich ook daadwerkelijk op de kazerne te Doorn gemeld.

In de zaak met parketnummer 05-800267-12:

Op 10 mei 2012 had verdachte zich moeten melden bij zijn loopbaanbegeleider. Verdachte heeft zich daar toen niet gemeld. Vanaf 10 mei 2012 is getracht om verdachte telefonisch en via e-mailberichten te bereiken. Deze pogingen hebben niet tot een contact met verdachte geleid. Tot 30 mei 2012 is verdachte ongeoorloofd afwezig geweest.

## STRAFRECHTSPRAAK

Verdachte had in die periode geen vakantieverlof of ander verlof.

Verdachte heeft tegenover de Koninklijke Marechaussee desgevraagd verklaard dat hij begrijpt dat zijn gedrag niet acceptabel was.

Het hof is van oordeel dat uit hetgeen verdachte zelf heeft verklaard al blijkt dat hij opzettelijk ongeoorloofd afwezig was in de beide tenlastegelegde periodes.

Door de raadsman is aangevoerd dat verdachte dienstongeschikt was ten tijde van de tenlastegelegde feiten. Het hof is van oordeel dat voor deze stelling van de raadsman onvoldoende feitelijke grondslag bestaat. Dat verdachte dienstongeschikt was blijkt ook niet uit het door de verdediging overgelegde medisch dossier van verdachte. Overigens heeft verdachte zich ook niet volgens de geldende procedure ziek gemeld in de periodes waarin hij ongeoorloofd afwezig was.

De enkele stelling van de verdediging ter terechtzitting in hoger beroep dat verdachte zich op enig moment vóór 30 mei 2012 op een defensielocatie in Kerkrade heeft gemeld, is niet nader onderbouwd, zodat het hof daaraan voorbij gaat.

Vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolging is naar het oordeel van het hof niet aan de orde.

Door wettige bewijsmiddelen, waarbij de inhoud van elk bewijsmiddel -ook in onderdelen- slechts wordt gebezigd tot het bewijs van dat tenlastegelegde feit waarop het blijkt de inhoud kennelijk betrekking heeft, en waarin zijn vervat de redengevende feiten en omstandigheden waarop de bewezenverklaring steunt, heeft het hof de overtuiging verkregen en acht het hof wettig bewezen, dat verdachte het in de zaak met parketnummer 05-800240-12 en in de zaak met parketnummer 05-800267-12 tenlastegelegde heeft begaan, met dien verstande, dat:

Zaak met parketnummer 05-800240-12:

hij als militair, in tijd van vrede, in of omstreeks de periode van 24 april 2012 tot en met 04 mei 2012 van verdachtes te of nabij Doorn, gemeente Utrechtse Heuvelrug, in elk geval in Nederland, gelegen onderdeel opzettelijk, althans in ernstige mate nalatig, ongeoorloofd afwezig is geweest gedurende langer dan vier dagen, althans in genoemd tijdvak of een gedeelte daarvan gedurende een of meer perioden van langer dan vier dagen;

Zaak met parketnummer 05-800267-12 (gevoegd):

hij als militair, in tijd van vrede, in of omstreeks de periode van 10 mei 2012 tot en met 30 mei 2012 van verdachtes te of nabij Den Helder, in elk geval in Nederland, gelegen onderdeel opzettelijk, althans in ernstige mate nalatig, ongeoorloofd afwezig is geweest gedurende langer dan vier dagen., althans in genoemd tijdvak of een gedeelte daarvan gedurende een of meer perioden van langer dan vier dagen;

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

### Strafbaarheid van het bewezenverklaarde

het in de zaak met parketnummer 05-800240-12 bewezen verklaarde levert op:

Opzettelijke ongeoorloofde afwezigheid, in tijd van vrede, terwijl de afwezigheid langer dan vier dagen duurt.

het in de zaak met parketnummer 05-800267-12 bewezen verklaarde levert op:

Opzettelijke ongeoorloofde afwezigheid, in tijd van vrede, terwijl de afwezigheid langer dan vier dagen duurt.

### Strafbaarheid van de verdachte

Verdachte is strafbaar aangezien geen omstandigheid is gebleken of aannemelijk geworden die verdachte niet strafbaar zou doen zijn.

### Oplegging van straf en/of maatregel

De hierna te melden strafoplegging is in overeenstemming met de aard en de ernst van het bewezenverklaarde en de omstandigheden waaronder dit is begaan, mede gelet op de persoon van verdachte, zoals van een en ander bij het onderzoek ter terechtzitting is gebleken.

In het bijzonder in aanmerking genomen hetgeen omtrent de persoon van verdachte is gebleken, is het hof van oordeel dat oplegging van een taakstraf van de hierna aan te geven duur, passend en geboden is.

### Toepasselijke wettelijke voorschriften

Het hof heeft gelet op de artikelen 22c, 22d en 57 van het Wetboek van Strafrecht en artikel 98 van het Wetboek van Militair Strafrecht.

Deze voorschriften zijn toegepast, zoals zij golden ten tijde van het bewezenverklaarde.

### Beslissing

Het hof:

Vernietigt het vonnis waarvan beroep en doet opnieuw recht:

Verklaart zoals hiervoor overwogen bewezen dat de verdachte het in de zaak met parketnummer 05-800240-12 en in de zaak met parketnummer 05-800267-12 ten laste gelegde heeft begaan.

Verklaart niet bewezen hetgeen de verdachte meer of anders is ten laste gelegd dan hierboven is bewezen verklaard en spreekt de verdachte daarvan vrij.

Verklaart het in de zaak met parketnummer 05-800240-12 en in de zaak met parketnummer 05-800267-12 bewezen verklaarde strafbaar, kwalificeert dit als hiervoor vermeld en verklaart de verdachte strafbaar.

## STRAFRECHTSPRAAK

Veroordeelt de verdachte tot een taakstraf voor de duur van 20 (twintig) uren, indien niet naar behoren verricht te vervangen door 10 (tien) dagen hechtenis.

### NASCHRIFT

*In onderhavig arrest wordt een militair veroordeeld tot het verrichten van een taakstraf vanwege het tot twee keer toe ongeoorloofd afwezig zijn in de zin van artikel 98 onder 2° van het Wetboek van Militair Strafrecht (WMSr). De militair gaf te kennen dat hij klaar is met Defensie en kwam niet opdagen op de plekken waar hij werd opgedragen naar toe te gaan. Omdat zijn afwezigheid in beide periodes langer dan vier dagen duurde, was zijn ongeoorloofde afwezigheid in beide periodes strafbaar.*

*Een periode van ongeoorloofde afwezigheid stopt wanneer de militair weer ter beschikking staat van de militaire autoriteiten (artikel 114 lid 2 WMSr). Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat dan beslissend is of er een situatie is ontstaan waarin de militaire autoriteiten rechtstreeks of indirect weer het gezag over de militair kunnen uitoefenen. Dat is volgens vaste jurisprudentie in elk geval zo als de militair zich op zijn onderdeel meldt of ter beschikking komt van de Koninklijke Marechaussee. Het is opvallend dat volgens het ten laste gelegde het einde van de eerste afwezigheidsperiode plaatsvindt op de dag dat de militair zich telefonisch meldt bij de Koninklijke Marechaussee en bovendien tijdens dit contact te kennen geeft dat hij het onzinnig vindt om zich alleen voor het melden te begeven naar zijn onderdeel in Doorn. De militair meldt zich pas na het daaropvolgende weekend op het onderdeel. Dergelijk telefonisch contact is gezien artikel 114 lid 2 en de wetsgeschiedenis doorgaans niet voldoende om een periode van ongeoorloofde afwezigheid te doen stoppen.*

*De raadsman van de militair voert als reden voor de afwezigheid aan dat de militair dienstongeschikt was. Het zich ongeschikt voor de dienst voelen zonder de procedure uit de Regeling ziek- en herstelmelding defensiepersoneel te volgen neemt de ongeoorloofdheid van het afwezig zijn niet weg. De militair had onder meer persoonlijk zijn directe chef moeten inlichten omtrent zijn eventuele verhindering en daarnaast de eerste twee werkdagen van het ziekteverzuim bereikbaar moeten zijn. Nu de militair zich niet aan de regeling heeft gehouden en ook achteraf niet kon worden aangetoond dat hij dienstongeschikt was, hecht het Hof terecht niet veel waarde aan dit argument.*

*De ongeoorloofd afwezige militair had in de ten laste gelegde periodes kennelijk erg veel moeite met het voldoen aan de op hem rustende dienstverplichtingen. Een verstoorde werksfeer of een mindere (mentale dan wel fysieke) gesteldheid kunnen daar redenen voor zijn. Simpelweg wegblijven zal echter leiden tot tuchtrechtelijke of zelfs strafrechtelijke consequenties die voor rekening van de afwezige militair komen.*

M.R.A.

# Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Militaire kamer

Arrest van 2 oktober 2014

Rechtshoofden: mr. R. van den Heuvel, voorzitter, mr. R.H. Koning, lid, commandeur (LD) (tit.) mr. R.R.H. Laurens, lid

## Afghaanse souvenirs

*Bij uitroteren van Afghanistan-tangangers worden (onderdelen van) een wapen en munitie naar Nederland verscheept, ten laste gelegd als valsheid in geschrift ten aanzien van het desbetreffende formulier en het zonder consent invoeren van die goederen. Ontvankelijkheid en omvang van het onderzoek in hoger beroep. Voorwaardelijk opzet: toepasselijke criteria; motiveringsplichten. Wanneer gelden gebruikte hulzen als 'munitie'? Kennelijke schrijffout in tenlastelegging?*

(Sv artt. 359 lid 2, 410, 416:VWM art. 3 lid 2)

### ARREST

gewezen op het hoger beroep, ingesteld tegen het vonnis van de militaire kamer van de rechtbank Gelderland van 19 augustus 2013 in de in eerste aanleg gevoegde strafzaken [A] en [B], tegen

[naam],  
geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum],  
wonende te [adres],  
eertijds sergeant-majoor, [registratienummer],  
[...].

## Het hoger beroep

De verdachte en de officier van justitie hebben tegen het hiervoor genoemde vonnis hoger beroep ingesteld.

## Onderzoek van de zaak

Dit arrest is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting van het hof van 18 september 2014 en, overeenkomstig het bepaalde bij artikel 422 van het Wetboek van Strafvordering, het onderzoek op de terechtzitting in eerste aanleg.

Het hof heeft kennis genomen van de vordering van de advocaat-generaal zoals gedaan ter terechtzitting en strekkende tot veroordeling van verdachte tot een taakstraf voor de duur van 120 uren subsidiair 60 dagen hechtenis. Op de door de advocaat-generaal overgelegde vordering is vermeld dat gevorderd wordt een taakstraf voor de duur van 100 uren subsidiair 50 dagen hechtenis.

Het hof heeft voorts kennis genomen van hetgeen door verdachte en zijn raadsman, mr. D.C. Keuning, naar voren is gebracht.

## Ontvankelijkheid van het hoger beroep

Verdachte is bij vonnis waarvan beroep vrijgesproken van de onder parketnummer [zaak B] onder 1 en 2 primair en subsidiair tenlastegelegde feiten. Hoger beroep tegen deze gegeven vrijspraak staat niet open. Het hof zal verdachte daarom in zoverre niet-ontvankelijk verklaren. Het hof zal verdachte eveneens niet-ontvankelijk verklaren in zijn hoger beroep voor zover dat is gericht tegen de deelvrijspraken van de feiten 1 en 2 op de tenlastelegging met parketnummer [zaak A].

Het Openbaar Ministerie heeft slechts grieven aangevoerd tegen de vrijspraak van het onder parketnummer [zaak A] tenlastegelegde feit 2, voor zover het betrof de koperen hulzen van verschillende kalibers. Het hof zal het door de officier van justitie tegen de overige (deel) vrijspraken ingestelde hoger beroep op de voet van artikel 416, derde lid van het Wetboek van Strafvordering niet-ontvankelijk verklaren.

## Het vonnis waarvan beroep

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

## De tenlastelegging

Aan verdachte is -na wijziging van de tenlastelegging ter terechtzitting in eerste aanleg- tenlastegelegd dat:

[zaak A]

1. hij op meerdere tijdstippen althans op enig tijdstip in of omstreeks de periode van 12 december 2011 tot en met 16 januari 2012 te Mazar-e-Sharif in Afghanistan, tezamen en in vereniging met een ander of anderen, althans alleen, opzettelijk gebruik heeft/hebben gemaakt van (een) vals(e) of vervalst(e) formulier(en) "Non Dangerous Goods" (dossierpagina 52 en/of 54 en/of 168 en/of 182), – (elk) zijnde een geschrift dat bestemd was om tot bewijs van enig feit te dienen – als ware die/ dat geschrift(en) echt en onvervalst, bestaande dat gebruikmaken hierin dat een of meerdere van voornoemde formulieren "Non Dangerous Goods" door verdachte en/of zijn mededader(s) is/zijn bevestigd op een of meerdere pallet(s)/Movebox(en) althans een voor verzending van goederen (per vliegtuig naar Nederland) bestemd voorwerp/object en bestaande die valsheid of vervalsing hierin dat er ten aanzien van een of meerdere zich op/in die pallet(s)/Movebox(en) bevindende/ aanwezige goed(eren), (namelijk 176 kilogram, althans een grote hoeveelheid koperen hulzen van diverse kalibers en/of 203, althans een aantal scherpe patronen kaliber 5.56 mm en/of 2.120, althans een aantal, scherpe patronen kaliber 5.56 mm en/of kaliber 9 mm en/of een onderdeel van een lanceerinrichting bestemd voor het afschieten van een granaat), sprake was van gevaarlijke stoffen als bedoeld in artikel 2, sub 1 van het Besluit vervoer gevaarlijke stoffen door de lucht;

2. hij op of omstreeks 16 januari 2012 te Eindhoven, althans in Nederland, tezamen en in vereniging met een ander of anderen althans alleen, zonder consent, een onderdeel van een of meer wapens van categorie II, te weten een lanceerinrichting (bestemd voor het afschieten van een granaat) en/of (onderdelen van) munitie van categorie II en/of categorie III, te weten

176 kilogram (althans een grote hoeveelheid) koperen hulzen van diverse kalibers en/of (in een OPS-vest) 203 scherpe patronen kaliber 5.56 mm en/of 2120 althans een groot aantal scherpe patronen, kaliber 9 mm en/of 5.56 mm (koelbox), heeft doen binnenkomen vanuit Afghanistan;

[zaak B]

3. hij op omstreeks 13 mei 2012 te Leeuwarden, althans in Nederland, voorhanden heeft gehad, een of meer hulpstukken die specifiek bestemd zijn voor wapens (Glock 17) en van wezenlijke aard vallend onder categorie II en/of categorie III, te weten 3 patroonmagazijnen Glock 17 althans een aantal patroonhouders.

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

### Vrijpraak

Met betrekking tot feit 1 op de tenlastelegging met parketnummer [zaak A] is het hof van oordeel dat niet aannemelijk is geworden dat verdachte ten aanzien van de 203 scherpe patronen kaliber 5.56 mm in een OPS-vest en de 2120 scherpe patronen kaliber 5.56 mm in een koelbox, willens en wetens de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat deze zich op de pallet waarvoor hij een Non Dangerous Goods-verklaring tekende, bevonden. Het hof overweegt daartoe met betrekking tot de 2120 scherpe patronen kaliber 5.56 mm dat niet kan worden uitgesloten dat de kistjes waarin deze munitie zich bevond door iemand anders in de koelbox zijn gedaan. Het hof acht niet bewezen dat verdachte hiervan op de hoogte was en ook niet dat hij dat had moeten zijn. Met betrekking tot de 203 scherpe patronen 5.56 mm in het OPS-vest acht het hof niet buiten redelijke twijfel dat verdachte, zoals hijzelf verklaart, is vergeten deze in te leveren voor zijn vertrek naar Nederland en dat hij dus niet wist dat die munitie nog in zijn OPS-vest zat. Nergens blijkt uit dat de aanwezige patronen zo zwaar waren dat verdachte alleen al op grond van de gewichtstoename van een – zwaar – OPS-vest gemerkt moet hebben dat ze nog in zijn vest zaten. Het hof is daarom van oordeel dat verdachte van dit feit behoort te worden vrijgesproken.

Ten aanzien van feit 2 op de tenlastelegging met parketnummer [zaak A], voor zover nog aan het oordeel van het hof onderworpen, is het hof van oordeel:

#### *Ten aanzien van de 203 scherpe patronen 5.56 mm*

Niet buiten redelijke twijfel is dat verdachte de in zijn OPS-vest aangetroffen 203 scherpe patronen kaliber 5.56 mm is vergeten in te leveren voor zijn vertrek naar Nederland en hij dus niet wist dat die munitie nog in zijn OPS-vest zat. Er was dan ook geen sprake van (voorwaardelijke) opzet bij verdachte op het plegen van dit feit, zodat hij daarvan in zoverre zal worden vrijgesproken.

#### *Ten aanzien van de 176 kilogram koperen hulzen*

Tussen het Openbaar Ministerie en de verdediging bestaat verschil van mening over de vraag, of de betreffende hulzen onder de (verbods)bepalingen van de Wet wapens en munitie (WWM) kunnen worden gebracht.

In artikel 3, tweede lid van de WWM wordt bepaald: “De bepalingen betreffende munitie zijn mede van toepassing op onderdelen van die munitie, voor zover geschikt om munitie van te maken”.

In de Memorie van Toelichting op de WWM wordt over deze bepaling het volgende opgemerkt: “Lege hulzen van afgeschoten patronen zijn niet zonder meer geschikt om opnieuw munitie van te maken en vallen dus in het algemeen niet onder deze bepaling” (Kamerstukken II, 1976-1977, I 4413 nr. 3, p. 26).

Méér of anders is er, voor zover het hof heeft kunnen nagaan, op dit punt in de parlementaire geschiedenis niet gezegd.

In de ten tijde van het tenlastegelegde feit vigerende Circulaire Wapens en Munitie 2012 (Circulaire van 3 januari 2012, op 11 januari 2012 gepubliceerd in de Staatscourant 2012, nr. 582) is op dit punt te lezen: “1.2.4 Onderdelen van munitie. Artikel 3, tweede lid, van de WWM stelt dat de bepalingen betreffende munitie mede van toepassing zijn op onderdelen van munitie, voorzover die geschikt zijn om daarvan munitie te maken. Voor wat betreft munitie voor geweren, pistolen en revolvers worden daarvoor geschikt geacht: kogels, hulzen en slaghoedjes voor gebruik in hulzen”.

Anders dan door de verdediging is gesteld kan naar het oordeel van het hof uit de CWM2012 niet worden afgeleid, dat (onderdeel 1.2.4 van) de Circulaire slechts betrekking heeft op nieuwe hulzen. Dit moge blijken uit het verschil dat op diverse plaatsen wordt gemaakt tussen “kenmerklijk gebruikte lege hulzen” die *wel* of die *niet* zijn bestemd voor dan wel deel uitmakend van een verzameling.

Evenmin kan de verdediging worden gevolgd in haar stelling, dat het toekennen van betekenis aan deze bepaling van de Circulaire in strijd zou komen met het legaliteitsbeginsel. De Circulaire is een voorschrift van algemene strekking, dat op deugdelijke wijze (door publicatie in de Staatscourant) voor een ieder kenbaar is gemaakt. Vergelijk ook het arrest van de Hoge Raad van 30 januari 2007, NJ 95, waarin aan de Circulaire Wapens en Munitie (1997) mede betekenis wordt toegekend.

Het Openbaar Ministerie beroept zich op de aangehaalde bepaling uit de Circulaire, alsmede op het door [deskundige 1], als deskundige op het gebied van het Forensisch wapen- en munitieonderzoek werkzaam bij het NFI, op 7 maart 2014 uitgebrachte rapport. De heer Kerkhoff komt tot de conclusie dat de hulzen van kaliber 9mm Parabellum, kaliber 5,56x45mm NATO en kaliber 7,62x51mm NATO in het algemeen geschikt zijn om hergebruikt te worden.

De verdediging beroept zich op de geciteerde opmerking in de Memorie van Toelichting, alsmede op de verklaring ter terechtzitting van het hof van de heer [deskundige 2], als deskundige op het gebied van Toetsing aan de Wet wapens en munitie ingeschreven in het Nederlands Register Gerechtelijke Deskundigen. De deskundige [deskundige 2] heeft verklaard dat en waarom niet zonder meer kan worden aangenomen dat de betreffende hulzen voor hergebruik geschikt waren.

Naar het oordeel van het hof brengt de redactie van artikel 3, tweede lid WWM mee dat, óók als wordt aangenomen dat (gebruikte) hulzen in het algemeen geschikt zijn voor hergebruik, bij gemotiveerde betwisting daarvan in concreto, op het Openbaar Ministerie de bewijslast ligt van de geschiktheid om met die hulzen (weer) munitie te maken.

Contra-indicaties zijn in dit geval:

- de hulzen waren niet *bestemd* voor hergebruik en hebben (daarom) niet de daarop afgestemde zorgvuldige behandeling gekregen;



- de hulzen zijn over een lange periode verzameld: ze waren niet alleen afkomstig van ATF 18, maar ook van voorgaande rotaties; ongewis is hoe de (klimatologische) omstandigheden ter plaatse van invloed zijn geweest op de kwaliteit van het materiaal;
- de hulzen werden lukraak, ongesorteerd, los in een grote bak gestort;
- in de bak bevonden zich 176 kg hulzen, hetgeen niet bevorderlijk moet worden geacht voor de kwaliteit van de onderste lagen.

Het hof is van oordeel dat deze contra-indicaties zodanig zwaar wegen dat niet zonder nader onderzoek gezegd kan worden, dat de hulzen hergebruikt konden worden. Zodanig onderzoek is niet verricht en kan ook niet meer worden verricht, omdat de hulzen inmiddels zijn vernietigd.

Een en ander brengt het hof tot het oordeel, dat niet buiten redelijke twijfel vastgesteld kan worden dat de hulzen voldeden aan de wettelijke eis dat zij geschikt waren om munitie van te maken, zodat verdachte ook in zoverre dient te worden vrijgesproken van het onder 2 tenlastegelegde.

Ten aanzien van feit 3 op de tenlastelegging met parketnummer [zaak B] overweegt het hof dat tenlastegelegd is dat verdachte omstreeks 13 mei 2012 te Leeuwarden een drietal patroonmagazijnen voor een Glock voorhanden heeft gehad.

Uit het op 14 mei 2013 door wachtmeester 1<sup>e</sup> klasse der Koninklijke Marechaussee [verbalisant] opgemaakte proces-verbaal van bevindingen (dossierpagina 40) blijkt evenwel dat op 13 mei 2013 het onderzoeksteam onderzoek heeft verricht naar de PGU-kasten van verdachte op het munitiecomplex Beetgumermolen. Daarom dient verdachte ook van dit feit te worden vrijgesproken.

Het hof heeft derhalve uit het onderzoek ter terechtzitting niet door de inhoud van wettelijke bewijsmiddelen de overtuiging bekomen dat verdachte het in de zaak met parketnummer [zaak A] onder 1 en 2 en in de zaak met parketnummer [zaak B] onder 3 tenlastegelegde heeft begaan, zodat verdachte daarvan behoort te worden vrijgesproken.

[Volgt: niet-ontvankelijkverklaring van verdachte voor zover zijn hoger beroep gericht is tegen de deelvrijspraken in zaak A en de vrijspraken in zaak B; niet-ontvankelijkverklaring van de officier van justitie voor zover diens hoger beroep geen betrekking heeft op de in zaak A onder 2 bedoelde koperen hulzen; vernietiging van het bestreden vonnis; vrijspraak van het ten laste gelegde voor zover aan 's Hof's oordeel onderworpen – Red.]

### NASCHRIFT

*1. Toen de uitzending van verdachte en een – eveneens vervolgd<sup>1</sup> – collega van hem erop zat, moesten hun bezittingen naar Nederland verscheept worden. Daartoe dienden zij onder meer een formulier 'Non Dangerous Goods' in te vullen en te ondertekenen, waarin zij verklaarden dat de verscheepte kisten geen gevaarlijke voorwerpen bevatten. Die zaten er echter wel in: bij controle in Nederland werden een lanceerinrichting bestemd voor het afschieten van een granaat, 203 scherpe patronen kaliber 5.56 mm, 2120 scherpe patronen, kaliber 9 mm en 5.56 mm en 176 kilogram koperen hulzen van*

<sup>1</sup> Het op dezelfde dag gewezen arrest inz. de medeverdachte is gepubliceerd als ECLI:NL:GHARL:2014:7466. Uit de tekst moge volgen waarom hier het niet gepubliceerde arrest betreffende verdachte besproken wordt.

diverse kalibers aangetroffen. Vanwege deze vondst werden de verdachten (o.m.) vervolgd ter zake van 1. valsheid in geschrift en 2. het zonder consent invoeren van (onderdelen van) wapens en/of munitie.

Hoewel de oorspronkelijke tenlasteleggingen van deze feiten gelijk luidden, maakten de verschillende posities van de verdachten, c.q. hetgeen ten aanzien van ieder bewezen kon worden dat in hoger beroep het voorwerp van onderzoek in de zaak van verdachte niet identiek is aan het voorwerp van onderzoek in de zaak van zijn medeverdachte. Die was van beide feiten integraal vrijgesproken, terwijl verdachte was veroordeeld ter zake van valsheid in geschrift ten aanzien van 203, resp. 2120 scherpe patronen en invoer van 203 scherpe patronen. Bovendien bouwt het hoger beroep voort op het onderzoek in eerste aanleg: het gerechtshof kan de partij die geen schriftuur houdende grieven indient noch ter terechtzitting mondeling bezwaar maakt tegen de beslissingen van de rechtbank in zoverre niet-ontvankelijk verklaren in haar hoger beroep (art. 416 lid 2 en 3 Sv). Dat heeft het Hof ten aanzien van het OM ook gedaan (art. 416 lid 3 Sv). Omdat verdachte slechts opkwam tegen zijn veroordelingen en de officier van justitie zijn hoger beroep beperkte tot de vrijspraken van invoer van 176 kilo koperen hulzen, stond in de zaak van verdachte zowel valsheid in geschrift (betreffende 203, resp. 2120 scherpe patronen) als invoer zonder consent (van 203 scherpe patronen en 176 kilo koperen hulzen) ter discussie en in de zaak van zijn medeverdachte slechts invoer zonder consent (van 176 kilo koperen hulzen).<sup>2</sup>

2. In de zaak van verdachte moet het Hof allereerst de vraag beantwoorden of verdachte opzet op de valsheid van het formulier 'Non Dangerous Goods' had, c.q. op de aanwezigheid van de door hem niet opgegeven 203 scherpe patronen in zijn OPS-vest, resp. 2120 scherpe patronen in een koelbox. Verdachte betwistte in zoverre opzet gehad te hebben: een ander moet de patronen in de koelbox hebben gedaan en hij was vergeten dat zich nog patronen in zijn OPS-vest bevonden.

Opzet wordt gemeenlijk omschreven als 'willen en weten'. Waar de toepasselijke delictomschrijving opzet op een bepaalde omstandigheid eist, wordt verlangd dat de verdachte die omstandigheid kende en aanvaardde.<sup>3</sup> Zekere wetenschap is niet vereist; in voorkomende gevallen mag genoeg genomen worden met voorwaardelijk opzet.<sup>4</sup> Daarvan is sprake in het geval verdachte bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de desbetreffende omstandigheid zich voordoet.<sup>5</sup> Voor veroordeling moet ten minste dit opzet bewezen worden, d.w.z. redelijke twijfel daaromtrent uitgesloten kunnen worden.

De woordkeuze van het Hof is echter niet geheel consistent, wat aanleiding kan geven tot misverstand. De formulering 'willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaarden' kan geen kwaad, hoewel daarin het algemene opzetcriterium (willens en wetens) en de constructie als voorwaardelijk opzet

<sup>2</sup> Verdachtes veroordeling ter zake van valsheid in geschrift ten aanzien van 2120 scherpe patronen lijkt onverenigbaar met zijn vrijspraak van de invoer van die patronen. Die vrijspraak berust echter op de overweging dat niet kon worden vastgesteld wie de patronen in de koelbox gedaan had waarin zij werden aangetroffen (ECLI:NL:RBGEL:2013:2430), en dat sluit niet uit dat verdachte van de aanwezigheid van de patronen op de hoogte was.

<sup>3</sup> J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 210 e.v.

<sup>4</sup> De Hullu, a.w., p. 225 e.v.

<sup>5</sup> HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552 m.nt. YB (HIV I). Hoewel dat geval een materieel delict betrof, c.q. de vraag moest worden beantwoord of verdachte de aanmerkelijke kans aanvaard had dat zijn handelen een verboden gevolg teweeg zou brengen, wordt geen andere eis gesteld waar het een formeel delict betreft, als een omstandigheid waaronder verdachte handelde ter discussie staat; C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen (red.), *T&C Strafrecht*, aant. 11.a, 12 op art. 225 (Verheul).

(bewuste aanvaarding van een aanmerkelijke kans) vermengd zijn. Hooguit kan tegen deze formulering worden ingebracht dat het wilsaspect van voorwaardelijk opzet – bewustheid van een aanmerkelijke kans – daarin minder goed tot uitdrukking komt.

Problematisch is echter de formulering ‘verdachte was op de hoogte/had op de hoogte moeten zijn’. Die formulering sluit nl. niet uit dat verdachte niet op de hoogte was, dus van bewuste aanvaarding niet gesproken kan worden. Het verwijt dat men had moeten weten wat men niet wist duidt niet op opzet (*dolus*) maar op schuld (*culpa*). Daarbij zij aangetekend dat allicht sprake is van een verschrijving. Niet alleen zijn er delictomschrijvingen waarin opzet en schuld equivalent zijn<sup>6</sup>, de omschrijvingen van (voorwaardelijk) opzet en (bewuste) schuld kunnen bedrieglijk dicht tegen elkaar aan liggen. Schuld is aanwezig waar de dader had moeten weten (maar niet wist), opzet waar hij moet hebben geweten.<sup>7</sup> De formulering ‘moet hebben gemerkt’ verwoordt dat goed.

Vervolgens is de vraag of verdachte van de patronen moet hebben geweten; het criterium voor de beoordeling of het bestanddeel opzet aanwezig is dient te worden onderscheiden van de inhoud ervan. Ook in dit verband bezigt het Hof verschillende formuleringen: ‘niet aannemelijk (dat verdachte willens en wetens de aanmerkelijke kans op aanwezigheid van scherpe patronen aanvaardde)’, ‘(niet) kan worden uitgesloten (dat een ander de kistjes met patronen in de koelbox deed)’, ‘(niet) bewezen (dat verdachte wist dat een ander de kistjes in de koelbox gedaan had)’ en ‘(niet) buiten redelijke twijfel (dat verdachte vergeten was de patronen in zijn OPS-vest in te leveren)’.

Hier lijkt het Hof op te breken dat de criteria voor beantwoording van de bewijsvraag en voor beoordeling van (bewijs)verweren asymmetrisch zijn.<sup>8</sup> De rechter mag tot bewezenverklaring overgaan als hij door de inhoud van wettige bewijsmiddelen de overtuiging bekomen heeft dat de verdachte schuldig is aan het ten laste gelegde (art. 338 Sv), d.w.z. verdachtes onschuld redelijkerwijs kan worden uitgesloten. De formulering ‘niet aannemelijk’ is niet streng genoeg. Een bewezenverklaring is echter reeds uitgesloten als daarmee onverenigbare feiten en omstandigheden aannemelijk geworden zijn. Als de verdachte zodanige feiten en omstandigheden aanvoert, moet de rechter daarop gemotiveerd antwoorden; slechts aan theoretische – zonder meer onaannemelijke – mogelijkheden mag hij voorbijgaan.<sup>9</sup> ‘(Niet) kan worden uitgesloten’ en ‘(niet) buiten redelijke twijfel’ geven er blijk van dat het Hof zich – terecht – verplicht achtte gemotiveerd te antwoorden op verdachtes verklaringen voor de aanwezigheid van de patronen; het mocht daarvan geen bewijs verlangen.

Het Hof had zich dus preciezer kunnen uitdrukken. Daarmee is overigens niet gezegd dat de onvastheid van zijn terminologie fataal is. De omstandigheid dat niet kan worden uitgesloten dat een ander kistjes met scherpe patronen in de koelbox gedaan heeft, sluit uit dat verdachtes opzet op de aanwezigheid van die patronen bewezen kan worden. En hetzelfde geldt voor de aanwezigheid van scherpe patronen in verdachtes OPS-vest: nu verdachte daarvoor een niet onredelijke verklaring gegeven heeft, kon niet worden geconcludeerd dat hij van die patronen moet hebben geweten.

<sup>6</sup> De zgn. pro parte doluise, pro parte culpa delicten: J. Rimmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Kluwer 1996, p. 219.

<sup>7</sup> Zo gezien sluiten opzet en schuld elkaar uit, en gaat het niet om graden van verwijt. Zie voor een aansprekend voorbeeld waarin verdachte van een culpoos delict werd vrijgesproken omdat hij opzettelijk gehandeld had ECLI:NL:GHAMS:2013: 2339.

<sup>8</sup> Deze asymmetrie: de omstandigheid dat de vaststelling van schuld aan hogere eisen moet voldoen dan de vaststelling van onschuld kan worden verklaard uit de onschuldpresumptie; zie daaromtrent E. van Sliedregt, *Tien tegen een*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

<sup>9</sup> G.J.M. Corstens & M. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 855-857

3. Wat de ten laste gelegde invoer betreft, onderscheidt het Hof tussen de scherpe patronen in verdachtes OPS-vest en de koperen hulzen. Verdachtes verklaring voor de aanwezigheid van de patronen gold gelijkelijk voor het invullen van het formulier 'Non Dangerous Goods' en het invoeren zonder consent, en het Hof oordeelt overeenkomstig: de omstandigheid dat verdachte de patronen vergeten was sluit ook (voorwaardelijk) opzet op invoer uit.<sup>10</sup>

Aan de vraag of verdachte ten aanzien van de koperen hulzen opzet had komt het Hof niet toe. De vraag of verdachte opzettelijk (onderdelen van) munitie heeft ingevoerd veronderstelt nl. dat de gebruikte, lege hulzen hebben te gelden als 'munitie' als bedoeld in art. 3 lid 2 van de Wet wapens en munitie (WWM). En daaromtrent bestond verschil van inzicht tussen OM en verdediging.

Dat ziet in de eerste plaats op het toepassingsbereik van de wettelijke regels. Art. 3 lid 2 WWM bepaalt dat de bepalingen betreffende munitie mede van toepassing zijn op onderdelen van munitie die geschikt zijn om munitie te maken. De vraag is dan of lege, gebruikte hulzen hergebruikt kunnen worden. Die vraag werd in de Memorie van Toelichting in beginsel ontkennend beantwoord: hulzen van afgeschoten patronen zijn niet zonder meer geschikt om opnieuw munitie van te maken.<sup>11</sup> Het kan echter niet worden uitgesloten. Het Hof verwijst naar de Circulaire Wapens en Munitie 2012, die onder 1.2.4. bepaalt: Artikel 3, tweede lid, van de WWM stelt dat de bepalingen betreffende munitie mede van toepassing zijn op onderdelen van munitie, voorzover die geschikt zijn om daarvan munitie te maken. Voor wat betreft munitie voor geweren, pistolen en revolvers worden daarvoor geschikt geacht: kogels, hulzen en slaghoedjes voor gebruik in hulzen.<sup>12</sup> Het voorbehoud uit de Memorie van Toelichting komt in deze bepaling niet voor, maar dat dwingt volgens het Hof - anders dan door de verdediging betoogd - niet tot de conclusie dat slechts nieuwe hulzen als 'munitie' kunnen gelden. Het tegendeel volgt uit de regeling vervat in art. 18 lid 1, aanhef en onder f en i van de Regeling Wapens en Munitie, die (o.m.) voorziet in vrijstelling van de verboden tot doen binnenkomen, vervoeren en voorhanden hebben van gebruikte hulzen die bestemd zijn voor of deel uitmaken van een verzameling. M.a.w.: behoudens zo'n vrijstelling is de invoer van gebruikte hulzen verboden, voor zover deze voor hergebruik geschikt zijn.

Ook dat werd door de verdediging betwist: volgens een ter terechtzitting gehoorde deskundige kan niet zonder meer 'in het algemeen' worden aangenomen dat de in de tenlastelegging bedoelde hulzen voor hergebruik geschikt waren. Het Hof spreekt zich daaromtrent niet met zo veel woorden uit, wat het ook niet hoefde te doen. Immers, waar namens verdachte gemotiveerd de toepasselijkheid van een in de tenlastelegging gebezigd wettelijk begrip betwist wordt, moet de rechter doen blijken van een onderzoek ter zake.<sup>13</sup> Dus ook als het Hof zou aannemen dat de hulzen in het algemeen niet voor hergebruik geschikt waren, diende het te onderzoeken of deze hulzen hergebruikt konden worden.

<sup>10</sup> Hoewel de Wet wapens en munitie geen subjectieve bestanddelen noemt, wordt ten aanzien van de in art. 55 omschreven misdrijven aangenomen dat opzet vereist is; H.J.B. Sackers, *Wet wapens en munitie*, Deventer: Kluwer 2012, p. 207 e.v.

<sup>11</sup> *Kamerstukken II*, 1976/77, 14413 nr. 3, p. 26.

<sup>12</sup> Ten tijde van het ten laste gelegde feit gold de circulaire van 3 januari 2012, *Stcrt.* 2012, 582; thans is de circulaire van 25 juni 2014, *Stcrt.* 2014, 1806 (i.w.tr. 1 juli 2014) van kracht, die wat de hier besproken bepaling betreft echter gelijklopend is. De Circulaire stoelt op art. 38 lid 2 WWM; waarom zij - zoals door de verdediging betoogd - in strijd zou zijn met het legaliteitsbeginsel wordt uit het arrest niet duidelijk; vgl. 30 januari 2007, *NJ* 2007, 95

<sup>13</sup> HR 13 maart 2007, *NJ* 2007, 180.

## STRAFRECHTSPRAAK

*Die vraag lijkt in het licht van de door het Hof vastgestelde contra-indicaties - het betrof een grote hoeveelheid hulzen die niet waren bestemd voor hergebruikt, over een lange periode verzameld waren en niet gesorteerd waren - ontkennend beantwoord te moeten worden. Daarmee lag de bewijslast (weer) bij het openbaar ministerie, dat - zoals ten laste gelegd - diende te bewijzen dat de hulzen voor hergebruik geschikt waren. En dat bleek een probatio diabolica te zijn: omdat de hulzen inmiddels vernietigd waren, kon niet worden bewezen dat het munitie betrof.*

*4. Ten slotte moest de vraag worden beantwoord of ten aanzien van verdachte kon worden bewezen dat hij op 13 mei 2012 drie magazijnen voor een pistool van het fabricaat Glock voorhanden had. Die vraag leek eenvoudig, nu uit het desbetreffende proces-verbaal onmiskenbaar bleek dat de magazijnen precies een jaar later - op 13 mei 2013 - gevonden waren. Vrijspraak ligt dan voor de hand. Men kan zich echter afvragen of de vermelding van het jaartal in de tenlastelegging niet op een kennelijke verschrijving berust. Zo'n verschrijving mag worden hersteld mits de verdachte blijk geeft te begrijpen wat hem verweten wordt en het (rechts)karakter van de tenlastelegging niet wezenlijk verandert.<sup>14</sup> Van het laatste was geen sprake geweest, of verdachte begreep wat hem verweten werd blijkt niet. Weliswaar had verdachte hoger beroep ingesteld tegen de desbetreffende veroordeling, uit het arrest kan niet worden afgeleid op welke gronden het in zoverre berustte. En dan wreekt zich dat rechters alleen over kennelijke schrijffouten spreken als zij die herstellen.*

M.M.D.

---

<sup>14</sup> Vgl. ECLI:NL:GHSGR:2010:BO1004 (Amsterdam i.p.v. Amstelveen).

## Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 23 oktober 2014

ECLI:NL:CRVB:2014:3444

Rechtshandelingen: mr. E.J.M. Heijs (voorzitter), mr. B.J. van de Griend (lid) en mr. M.T. Boerlage (lid)

### Strafontslag in het AMAR?

*Een sergeant van de Koninklijke Landmacht (KL) wordt voorgedragen voor ontslag in verband met vermeend bezit van kinderporno en illegaal vuurwerk, alsmede een langer geleden gepleegd alcoholverkeersdelict en een geweldsdelict. Voor laatstgenoemde gebeurtenis is de sergeant al schriftelijk gewaarschuwd, en tevens heeft hij een formele waarschuwing gekregen voor het lidmaatschap van de “harde kern” van een voetbalsupportersgroep.*

*Voor het bezit van kinderporno wordt de sergeant door de rechtbank Arnhem vrijgesproken, maar de minister verleent desalniettemin het aangezegde ontslag wegens wangedrag voor alle genoemde feiten. De minister blijft bij dit standpunt, ook nadat de sergeant tegen het ontslag bezwaar heeft gemaakt. De sergeant stelt tegen die beslissing beroep in bij de rechtbank 's-Gravenhage en hoger beroep in bij de Centrale Raad van Beroep, maar vangt bij beide rechterlijke instanties bot. De strafrechter heeft de sergeant van het bezit van kinderporno vrijgesproken, maar de bewijsregels in het ambtenarenrecht zijn minder strikt. Wel is noodzakelijk dat op basis van de beschikbare, deugdelijk vastgestelde, gegevens de overtuiging is verkregen dat de betrokken ambtenaar de hem verweten gedragingen heeft begaan. De Centrale Raad van Beroep is van oordeel dat de gegevens die de minister ten grondslag heeft gelegd aan het ontslag aan deze maatstaf voldoen.*

*De Centrale Raad van Beroep kwalificeert ontslag wegens wangedrag als disciplinaire straf (onvoorwaardelijk ontslag).*

(AMAR, artikel 39, tweede lid, aanhef en onder l, ontslag wegens wangedrag)

#### UITSPPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 27 augustus 2013, 13/2262 (aangevallen uitspraak)

Partijen:

[appellant] te [woonplaats] (appellant)  
de Minister van Defensie (minister)

### I. Procesverloop

Namens appellant heeft mr. S.M. Diekstra, advocaat, hoger beroep ingesteld.

Namens de minister heeft mr. drs. A.J. Verdonk voorwaardelijk incidenteel hoger beroep ingesteld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 11 september 2014. Appellant is niet verschenen en heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. Diekstra. De minister heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. drs. Verdonk.

## II. Overwegingen

1.1. Appellant is met ingang van 12 januari 2009 aangesteld bij het beroepspersoneel van de Koninklijke Landmacht in de rang van sergeant.

1.2. Bij brief van 7 maart 2012 is het Commando Landstrijdkrachten door het College van Procureurs-Generaal geïnformeerd over de aanhouding en vervolging van appellant vanwege elf bij een huiszoeking aangetroffen afbeeldingen/multimediafiles met kinderporno en dertien stuks feestvuurwerk niet bestemd voor particulier gebruik. Voorts zijn antecedenten van appellant verstrekt waaronder een tijdens het dienstverband gegeven strafbeschikking voor het rijden onder invloed op 25 mei 2010, waartegen appellant niet in verzet is gekomen, en een door appellant geaccepteerd transactievoorstel in verband met het plegen van mishandeling op 1 april 2010.

1.3. Bij besluit van 25 april 2012 is appellant geschorst en is hem meegedeeld dat hij zal worden voorgedragen voor ontslag.

1.4. Bij vonnis van de militaire kamer van de rechtbank Arnhem van 10 september 2012 is appellant vrijgesproken van het aan hem ten laste gelegde bezit van, kort weergegeven, kinderporno.

1.5. Bij besluit van 9 oktober 2012 (ontslagbesluit) heeft de minister appellant met ingang van 15 oktober 2012 ontslag verleend op grond van artikel 39, tweede lid, onder I, van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR) wegens wangedrag buiten de dienst. Daaraan is ten grondslag gelegd het bezit van bij de huiszoeking aangetroffen kinderporno en feestvuurwerk. De minister heeft bij zijn afweging voorts betrokken de bij brief van 27 juli 2010 aan appellant gegeven formele waarschuwing wegens betrokkenheid bij een vechtpartij in de nacht van woensdag 31 maart 2010 op donderdag 1 april 2010 in het centrum van Arnhem waarbij appellant voorts nadrukkelijk is gewaarschuwd voor zijn alcoholgebruik. Voorts heeft de minister betrokken de bij brief van 11 april 2011 gegeven formele waarschuwing in verband met zijn lidmaatschap van de "harde kern" van de voetbalsupporters van FC Twente en de onder rechtsoverweging 1.2 genoemde antecedenten.

1.6. Bij besluit van 19 februari 2013 (bestreden besluit) heeft de minister het bezwaar tegen het ontslagbesluit ongegrond verklaard.

2. Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het beroep tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard.

3. Appellant heeft in hoger beroep aangevoerd dat hij niets afwist van de op zijn computer aangetroffen kinderporno en het in zijn woning aangetroffen feestvuurwerk. Hij is niet de eer-

ste gebruiker van de computer. Er kwam voorts geregeld bezoek dat gebruik maakte van de computer, welke niet was voorzien van een wachtwoord. Hij had voorts een huisgenoot. Appellant kan niet verantwoordelijk worden gehouden voor wat anderen in zijn woning doen. De militaire kamer van de rechtbank Arnhem heeft appellant vrijgesproken omdat tien afbeeldingen niet toegankelijk waren. Appellant klaagt voorts dat hij niet over juridische bijstand beschikte bij aanvang van de procedure. Uit oogpunt van zorgvuldige bejegening had appellant gewezen moeten worden op zijn zwijgrecht.

#### 4. De Raad komt tot de volgende beoordeling.

4.1. Ingevolge artikel 39, tweede lid, aanhef en onder l, van het AMAR kan aan de militair ontslag worden verleend wegens wangedrag in de dienst, dan wel buiten de dienst voor zover dit gedrag schadelijk is of kan zijn voor zijn dienstvervulling of niet in overeenstemming is met het aanzien van zijn ambt.

4.2. Volgens vaste rechtspraak (CRvB 15 september 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BT1997) gelden in het ambtenarentucht recht niet die strikte bewijsregels die in het strafrecht van toepassing zijn. Voor de constatering van wangedrag dat tot disciplinaire bestraffing aanleiding kan geven is wel noodzakelijk dat op basis van de beschikbare, deugdelijk vastgestelde, gegevens de overtuiging is verkregen dat de betrokken ambtenaar de hem verweten gedragingen heeft begaan.

4.3. Vast staat dat bij de huiszoeking in de woning van appellant kinderporno op zijn computer en feestvuurwerk niet bestemd voor particulier gebruik is aangetroffen. Op basis daarvan heeft de minister tot de conclusie kunnen komen dat sprake was van bezit daarvan door appellant. Het lag op de weg van appellant om zijn stelling nader te onderbouwen dat de aanwezigheid ervan is te verklaren uit het handelen van anderen buiten zijn medeweten. De gemachtigde van de minister heeft appellant daartoe nog uitdrukkelijk in de gelegenheid gesteld door het schriftelijk stellen van een aantal vragen op 17 december 2012. Appellant heeft deze vragen in zijn op 19 december 2012 schriftelijk gegeven reactie niet concreet beantwoord, maar opnieuw volstaan met een (algemene) verwijzing naar een beweerdelijke huisgenoot en meerdere mensen die gebruik hebben gemaakt van zijn computer. Voorts heeft appellant geantwoord zijn huisgenoot niet te hebben “geconfronteerd met de vondst van de KP omdat hij hem niet onnodig wilde verdenken”. Daarmee is de stelling van appellant dat hij geen wetenschap had van de in zijn woning aangetroffen kinderporno en feestvuurwerk en anderen daarvoor verantwoordelijk zijn, onvoldoende feitelijk onderbouwd en daarmee niet aannemelijk geworden. Het enkele gegeven dat appellant door de strafrechter wegens gebrek aan bewijs is vrijgesproken van het hem ten laste gelegde, geeft de Raad, gelet op 4.2, geen aanleiding tot een ander oordeel.

4.4. De minister heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat appellant zich met het in bezit hebben van elf afbeeldingen/multimediafiles en dertien stuks feestvuurwerk niet bestemd voor particulier gebruik aan wangedrag buiten de dienst heeft schuldig gemaakt. Dat tien afbeeldingen niet langer toegankelijk zijn, doet daaraan niet af. Nu niet is gebleken dat de gedragingen niet aan appellant kunnen worden toegerekend, was de minister bevoegd tot het opleggen van



een disciplinaire straf. De straf van onvoorwaardelijk ontslag is niet onevenredig te achten aan het aan dat ontslag ten grondslag gelegde plichtsverzuim.

4.5. Voor zover appellant stelt dat hij is geschaad in zijn processuele belang omdat hij bij de eerste hoorzittingen niet is bijgestaan door een juridisch geschoolde raadsman en voorbij is gegaan aan zijn recht om te zwijgen, treft deze stelling geen doel. Appellant is bij de uitnodigingen tot horen van onder meer 27 maart 2012 en 4 april 2012 gewezen op de mogelijkheid zich te laten bijstaan door een raadsman of advocaat. Appellant heeft er zelf voor gekozen zich te laten bijstaan door een medewerker van de vakbond en zijn broer. Verder mist zijn stelling feitelijke grondslag, nu appelland bij aanvang van de hoorzittingen is gezegd dat hij het recht heeft om te zwijgen.

4.6. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat het hoger beroep van appelland niet slaagt. Daarmee vervalt het door de minister voorwaardelijk ingestelde incidenteel beroep. De aangevallen uitspraak wordt bevestigd.

5. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

### III. Beslissing

De Centrale Raad van Beroep bevestigt de aangevallen uitspraak.

#### NASCHRIFT

1. Deze uitspraak van de Centrale Raad van Beroep is ieder geval op twee punten interessant te noemen. Allereerst wordt de vraag beantwoord of een vrijspraak door de strafrechter betekent dat hierdoor tevens het treffen van een rechtspositionele maatregel vanuit defensie van de baan is. Het antwoord is, in lijn met eerdere jurisprudentie, ontkennend. Als voorbeeld kan naar de volgende gevallen verwezen worden. Bij een doorzoeking van de woning van een politieambtenaar werd een bedrag van € 289.167,86 in contant geld aangetroffen. De politieambtenaar werd strafrechtelijk vervolgd voor helling en aan hem werd disciplinair ontslag verleend vanwege dat feit. Hij werd uiteindelijk vrijgesproken, maar het ontslag bleef gehandhaafd. 'De vrijspraak betekent slechts dat de strafrechter niet bewezen heeft geacht dat appelland zich heeft schuldig gemaakt aan de hem telastegelegde opzetheling dan wel schuldheiling. In het tuchtrecht (lees: ambtenarenrecht, AFV.) gaat het echter niet om de vaststelling van strafbare feiten' (CRvB 24 april 2003, LJN ECLI:NL:CRVB:2003:AK9024). Een enkele vrijspraak door de strafrechter betekent dus allermindst dat rechtspositioneel optreden van de baan is. "Dat appelland door de (militaire) politierechter is vrijgesproken is, zoals uit vaste rechtspraak van de Raad (CRvB 31 juli 2008, LJN BD9689) blijkt, niet van doorslaggevende betekenis. De bestuursrechter moet het door de minister gestelde wangedrag beoordelen los van hetgeen in het strafproces is overwogen en geoordeeld" (CRvB 15 maart 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW0297).

2. Het tweede punt is de vraag of een ontslag wegens wangedrag moet worden aangeduid als een disciplinaire straf, als een strafontslag. In de voorbije jaren heeft de Centrale Raad van Beroep dit niet gedaan. Anders dan de ambtenarenreglementen voor rijksambtenaren (ARAR), burgerambtenaren bij defensie (BARD en politieambtenaren (BARP) kent het Algemeen militair ambtenarenreglement

(AMAR) geen (hoofdstuk) disciplinaire straffen. De disciplinaire straffen voor militairen zijn immers geregeld in de Wet militair tuchtrecht. Dit neemt overigens niet weg dat de Centrale Raad van Beroep een ontslag wegens wangedrag eerder reeds toetste “met inachtneming van de rechtspraak van de Raad ten aanzien van disciplinaire straffen zoals deze in diverse rechtspositieregelingen voor burgerambtenaren zijn geregeld” (CRvB 29 april 2010, MRT 2012, p. 95 e.v., m.nt. A.F.V.).

3. Toch is een kentering in de duiding van het ontslag wegens wangedrag waar te nemen. In eerdere uitspraken (bijv. CRvB 1 juli 2010, MRT 2012, p. 250, m.nt. A.F.V., en CRvB 3 november 2011, MRT 2012, p. 256, m.nt. A.F.V.) sprak de Centrale Raad al over een disciplinair ontslag als het gaat om een ontslag wegens wangedrag, maar in de onderhavige uitspraak wordt gesproken over “de straf van onvoorwaardelijk ontslag” (rov. 4.4). Een gelijklopende woordkeuze wordt gebezigd in CRvB 24 juli 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2534. Uit deze uitspraken wordt evenwel niet duidelijk waarom de Centrale Raad van Beroep ervoor is gaan kiezen het ontslag wegens wangedrag expliciet als een straf te gaan kwalificeren. Het roept tevens de vraag op hoe een (straf)ontslag wegens wangedrag zich verhoudt met straffen die opgelegd zijn op grond van de Wet militair tuchtrecht. Dit vanuit het gegeven dat tweemaal voor hetzelfde feit mag worden gestraft (“ne bis in idem”). In de jurisprudentie wordt er thans niet van uitgegaan dat er in een dergelijk geval sprake is van dubbele bestrafing (CRvB 29 april 2010, MRT 2012, p. 95 e.v., m.nt. A.F.V.). Voorts kan de vraag gesteld worden welke andere ontslaggronden uit het AMAR eveneens het predicaat “strafontslag” zouden verdienen. De tijd zal leren hoe deze vragen beantwoord worden.

A.F.V.

## AANKONDIGING

### Het Militair Rechtelijk Tijdschrift gaat ‘digitaal’

Om aansluiting te blijven houden met het in toenemende mate ‘gedigitaliserende’ lezerspubliek en de ‘gedigitaliseerde’ omgeving - ook binnen Defensie - heeft de redactie van het MRT recentelijk besloten om in de loop van 2015 over te gaan van een papieren naar een digitale uitgave.

Wij zijn thans doende de implementatie voor te bereiden. In de volgende nummers wordt u nader over de invoering en het tijdspad geïnformeerd.

Annotatoren:	M.R.A.	- Mr. M.R. Aaron
	S.M.D.	- Mr. S.M. Diekstra
	M.M.D.	- Mr. M.M. Dolman
	J.R.G.J.	- Mr. J.R.G. Jofriet
	J.v.K.	- Dr. J.G.F.M. van Kessel
	F.K.O.	- Mr. F.A. Kooloos
	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 ([MRT@mindef.nl](mailto:MRT@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. J.P. Spijk MA, Brigade Generaal, Militair Juridische Dienst (bd);
Secretaris/penningmeester	Mr. Y.J. Foliant, Kapitein van de Koninklijke Landmacht;
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. G. Souer, Kapitein ter Zee van Administratie;
voor de Koninklijke Marechaussee	Mr. P. Coomans, Hoofd Juridische Zaken;
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;
Cdre Mr. P.T. Heblij	Hoofd Militair Juridische Dienst Krijgsmacht, Adjunct-directeur Juridische Zaken;
Mr. R. van den Heuvel	Voorzitter van de Militaire Kamer van het Gerechtshof Arnhem – Leeuwarden;
Prof. Mr. Th. A. de Roos	Raadsheer-plaatsvervanger in het Hof 's-Hertogenbosch, emeritus-hoogleraar Straf- en Strafprocesrecht aan de Universiteit van Tilburg;
Adres van de Redactiecommissie:	CCOE t.a.v. Kapitein Mr. Y.J. Foliant, Brasserskade 227A, 2497 NX 's-Gravenhage.

## VASTE MEDEWERKERS:

Mr. M.J. Smeets en mr. P.J.H. Souren, Bijzondere Regelingen Defensie van ABP/APG.  
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. M. de Bruin, Adviseur Humanitair Oorlogsrecht en Grondbeginselen Nederlandse Rode Kruis.  
Dr. M.C. Zwanenburg, Afd. Internationaal Recht, Directie Juridische Zaken, Ministerie van Buitenlandse Zaken.  
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 € 60,40. 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 adreswijzigingen per e-mail (MRT@mindef.nl) door te geven aan de secretaris.

*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.