

Vergaderjaar 2009–2010

**31 487 (R1862)**

## **Wijziging Wetboek van Militair Strafrecht in verband met het opnemen van een strafuitsluitingsgrond voor rechtmatig geweldgebruik door militairen**

**B**

### **VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIES VOOR JUSTITIE EN VOOR BUITENLANDSE ZAKEN, DEFENSIE EN ONTWIKKELINGSSAMENWERKING<sup>1</sup>**

Vastgesteld 3 november 2009

Het voorbereidend onderzoek geeft de commissies aanleiding tot het maken van de volgende opmerkingen en het stellen van de volgende vragen.

Het voorbereidend onderzoek geeft de commissies aanleiding tot het maken van de volgende opmerkingen en het stellen van de volgende vragen.

De leden van de **PvdA-fractie** hadden met instemming kennis genomen van het onderhavige wetsvoorstel. Zij menen, dat «onze jongens en meisjes», die in militaire operaties hun moeilijke klus moeten klaren, rechtszekerheid moet worden geboden. Zij moeten er op kunnen vertrouwen, dat zij glashelder worden geïnformeerd en getraind in hun geweldsinstructie en dat zij – indien zij betrokken raken bij geweldsincidenten en daarbij gehandeld hebben conform die Nederlandse Operatie Orders – niet met onverwachte verrassingen inzake opsporing en onderzoek zullen worden geconfronteerd. Bij deze internationale operaties zullen zij zich door de specifieke strafuitsluitingsgrond van art 38 lid 2 WMSr gesteund weten. Deze leden hadden kennis genomen van het debat in de Tweede Kamer en constateerden nog enige onduidelijkheden.

De regering heeft het parlement uitvoerig geïnformeerd, hoe militairen voordat zij op missie gaan, worden geïnstrueerd en getraind in de toepasselijke Rules of Engagement, de eventuele «caveats» die door Nederland zijn gemaakt en de Nederlandse Operatie Orders, die op de RoE en de caveats zijn gebaseerd. Ook op werkbezoek in Kandahar en Tarin Kowt is deze leden gebleken hoezeer onze militairen zich rekenschap geven van de voor hen geldende Rules of Engagement en hoezeer zij daarnaar handelen. Zolang de Nederlandse militairen in Nederlandse eenheden onder Nederlands gezag opereren zal er dus vermoedelijk geen verwarring over rol en reikwijdte van de geweldsinstructie ontstaan.

Wat echter onvoldoende opgehelderd is gebleven, is de instructie op voorhand in relatie tot operaties door meer «gemengde» eenheden en al

Samenstelling:

**Justitie:**

Leden: Holdijk (SGP), Dölle (CDA), Tan (PvdA), Van de Beeten (CDA), voorzitter, Broekers-Knol (VVD), De Graaf (VVD), Kneppers-Heynert (VVD), Kox (SP), Westerveld (PvdA), vice-voorzitter, Doek (CDA), Engels (D66), Franken (CDA), Peters (SP), Quik-Schuijt (SP), Haubrich-Gooskens (PvdA), Ten Horn (SP), Janse de Jonge (CDA), Koffeman (PvdD), Böhler (GL), Van Bijsterveld (CDA), Strik (GL), Lagerwerf-Vergunst (CU), De Vries (PvdA), Duthler (VVD) en Yildirim (Fractie-Yildirim).

**Buitenlandse Zaken, Defensie en Ontwikkelingssamenwerking:**

Leden: Van den Berg (SGP), Vac. (CDA), Dupuis (VVD), Rosenthal (VVD), Ten Hoeve (OSF), De Graaf (VVD), voorzitter, Vedder-Wubben (CDA), Kox (SP), Schouw (D66), Van Driel (PvdA), Eigeman (PvdA), Franken (CDA), 1e vice-voorzitter, Thissen (GL), Van Kappen (VVD), De Boer (CU), K.G. de Vries (PvdA), Willems (CDA), Haubrich-Gooskens (PvdA), Hillen (CDA), Smaling (SP), 2e vice-voorzitter, Koffeman (PvdD), Böhler (GL), Kuiper (CU), Elzinga (SP) Vliegthart (SP) en Yildirim (Fractie-Yildirim), Flierman (CDA).

helemaal indien deze operaties onder buitenlands gezag worden uitgevoerd. Deze leden bedoelen met buitenlands gezag niet zozeer het bevelvoorderschap op het niveau van de commandant ISAF, maar het operationele commandoschap op een lager niveau, bijvoorbeeld door inzet van commando-eenheden of door luchtsteun van onze F16's bij grondoperaties van andere mogendheden. Zo ja, hoe worden onze militairen dan op mogelijke afwijkende geweldsinstructies getraind?<sup>1</sup> Mogen zij vervolgens een dienstbevel weigeren uit te voeren indien dat niet strookt met hun eigen Nederlandse Operatie Orders? Zo nee, hoe wordt dan organisatorisch voorkomen, dat militairen in een dergelijk gezagsconflict verzeild raken? Zij kunnen immers, indien zij weten dat zij zouden handelen buiten hun geweldsinstructie om, zich niet beroepen op een bevoegd gegeven ambtelijk bevel (art.43 Sr), noch zich beroepen op een rechtmatige uitoefening van geweld.

Een tweede vraag, die deze leden hadden, is een vermoede inconsistentie in de juridische ondersteuning, die militairen zouden moeten hebben gedurende de onderzoeksfase van een zich voorgedaan hebbend geweldsincident. In de Nota naar aanleiding van het verslag (blz. 5) geeft de regering aan, dat bij een onderzoek naar een geweldsincident de militair in beginsel als getuige wordt gehoord. Daarbij wordt echter op voorhand aan de militair medegedeeld, dat hij geen vragen behoeft te beantwoorden. Deze leden begrijpen deze opmerking aldus, dat hier door het OM dan wel de marechaussee een cautie aan de militair wordt gegeven. Hebben zij dit goed begrepen? Zo ja, wat stelt het in beginsel «getuige» zijn en niet een «verdachte», dan eigenlijk voor? Zo nee, wat is dan de ratio van de opmerking, dat de militair geen vragen hoeft te beantwoorden? Hebben zij in een dergelijke onduidelijke fase van het onderzoek (de militair heeft nog geen idee of hij getuige dan wel verdachte zal zijn) niet juist behoefte aan de bijstand van een raadsman?

Als derde punt zijn deze leden wel enigszins verontrust geraakt door de al te geruststellende bewoordingen van de regering tijdens het plenaire debat in de Tweede Kamer over de mate van juridische bijstand die de «getuigende of verdachte» militair mag verwachten (Handelingen pag. 6-376, 6-381, 6-383, 6-384). In het kort verzekeren de bewindslieden, dat het OM en de Marechaussee deskundig en met empathie zullen optreden, dat de militair natuurlijk altijd op eigen initiatief mag bellen met een raadsman, dat overduidelijk is geregeld in het gemene strafrecht wanneer ten behoeve van een *verdachte van ernstige misdrijven* (sic!) een raadsman moet worden ingeschakeld, en dat tenslotte erals een soort vangnet – altijd de mogelijkheid van de aanwezigheid van een officier-raadsman is. Hoe weet de regering zo zeker, dat de ingezette reorganisatie bij OM en marechaussee altijd tot een deskundige en empathische inzet zal leiden, zelfs indien op het eerste gezicht het vermoeden bestaat dat de militair onjuist geweld heeft toegepast? Is terugval in het gedrag, zoals dat waarmee Eric O. werd geconfronteerd, niet denkbaar? Hoe wordt aan de militair bekend gemaakt, welke raadsman in het verre Nederland voldoende deskundig is om hem telefonisch te kunnen bijstaan? Wordt de militair bijvoorbeeld tegelijkertijd met de cautie een telefoonlijst van de leden van de Militaire Balie<sup>2</sup> uitgereikt? Wat moeten de leden van de PvdA-fractie zich voorstellen bij een officier-raadsman? Is dit een in de advocatuur geschoolde en ervaren jurist? Gaat deze optreden *onafhankelijk* van zijn werkgever – de krijgsmacht – en onvoorwaardelijk in het belang van de militair? Is een officier-raadsman als ware hij een advocaat gehouden aan *geheimhoudingsplicht*? Zo hij/zij deze schendt, kan hij daarvoor disciplinair worden vervolgd? Kan de officier-raadsman zich beroepen op het voor advocaten gebruikelijke *verschoningsrecht*?

<sup>1</sup> En indien in Afghanistan geen afwijkende caveats op de NATO ROE door Nederland zijn gemaakt, hoe zit het dan in andere missies (zoals SFIR in Irak).

<sup>2</sup> Zie artikel in de Volkskrant d.d. 15 september 2009: Militair komt juridisch steeds zwakker te staan.

Wordt in het geval dat de militair wordt bijgestaan door een officier-raadsman wel voldaan aan art. 6 EVRM?

Tot hoever strekt het *uitzendingsgebied*, waarbinnen altijd een officier-raadsman beschikbaar zou zijn, zich uit? Is er in Uruzgan een raadsman beschikbaar, op Airfield Kandahar één en een in Kabul bij ISAF Headquarters? Of wordt bedoeld, dat in heel Afghanistan één raadsman beschikbaar is en wordt deze dan per omgaande naar de standplaats van de militair overgevlogen?

Tenslotte vragen de leden van de PvdA-fractie nog een verheldering van de bezwaren die de regering heeft opgeworpen tegen het voorgestelde amendement Boekestein. Deze leden hebben de woorden van de regering tijdens het plenaire debat aldus begrepen, dat de strafuitsluitingsgrond in het voorgestelde art 38 lid 2 WMSr als een *rechtvaardigingsgrond* moet worden beschouwd, waarbij de bewijslast dat deze rechtvaardigingsgrond *niet* aanwezig zou zijn bij het OM berust. En dat daarentegen het goedbedoelde amendement waarbij de term «redelijkerwijs» werd toegevoegd, deze rechtvaardigingsgrond eensklaps zou «degraderen» tot een meer subjectieve *schulduitsluitingsgrond*, waarbij een zwaardere bewijslast juist bij de geweldplegende militair zou zijn komen liggen.

Hoe zit dat dan in vergelijking met art. 41 Sr, het noodweerartikel? Daar wordt toch ook de redelijkheidstoets gehanteerd? Is een beroep op noodweer daarmee eveneens een beroep op een schulduitsluitingsgrond geworden?

De leden van de **SGP-fractie** alsmede de leden van de **CU-fractie** hebben met belangstelling van het wetsvoorstel kennis genomen. Hoewel zij in overwegende mate met instemming van het voorstel hebben kennisgenomen, bestaat bij hen niettemin behoefte aan verduidelijking op enige punten die het voorstel raken.

Tijdens de plenaire behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer op 24 september jl. is door de minister van justitie met nadruk en bij herhaling betoogd (Handelingen 6–376 l.k. en 6–383 l.k.) dat de voorgestelde tekst wil voorzien in een rechtvaardigingsgrond. De minister van Defensie daarentegen sprak tijdens deze behandeling over een strafuitsluitingsgrond (zie Handelingen 6–378 l.k.), zulks overigens in overeenstemming met het intituleren van het wetsvoorstel. Deze leden verzoeken om een korte uiteenzetting over het verschil tussen een rechtvaardigingsgrond, een strafuitsluitingsgrond en een schulduitsluitingsgrond en zij vragen of het intitulé van het wetsvoorstel in het licht van dit onderscheid op correcte wijze het karakter van de voorgestelde wijziging/aanvulling van artikel 38 weergeeft.

Wat betreft de rechtsbijstand van een onder verdenking staande militair vroegen deze leden om nauwkeurige omschrijving van hetgeen in de praktijk wordt begrepen onder de «supportstructuur» van Defensie. Zij wilden graag de vraag beantwoord zien of de positie van een militair – verdachte vanaf het begin van het strafrechtelijk onderzoek qua rechtsbijstand rechtens vergelijkbaar is met de positie van een burger-verdachte in Nederland. In dat verband stelden deze leden ook de vraag of de positie

van een officier-raadsman, niet zijnde de commandant van verdachte, qua onafhankelijkheid op één lijn te stellen is met die van een advocaat.

De voorzitter van de vaste commissie voor Justitie,  
Van de Beeten

De voorzitter van de vaste commissie voor Buitenlandse Zaken, Defensie  
en Ontwikkelingssamenwerking,  
De Graaf

De griffier voor dit verslag,  
Hester Menninga