

Vergaderjaar 2009–2010

**31 487 (R1862)**

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

**C**

### **MEMORIE VAN ANTWOORD**

Ontvangen 26 januari 2010

#### **1. Algemeen**

Met veel belangstelling hebben wij kennisgenomen van het voorlopig verslag van de vaste commissies voor Justitie en voor Buitenlandse Zaken, Defensie en Ontwikkelingssamenwerking over het wetsvoorstel. Het verheugt ons dat de leden van de aan het woord zijnde fracties de voorgestelde wetgeving in ruime mate ondersteunen. In deze memorie van antwoord gaan wij graag in op de in het voorlopig verslag gestelde vragen en gemaakte opmerkingen. Zij bieden gelegenheid nader in te gaan op doel en inhoud van de voorgestelde wetgeving, alsmede op enkele punten die in het verlengde van de voorgestelde wetgeving liggen. Wij zijn de leden daarvoor erkentelijk. Waar mogelijk zullen de vragen van verschillende fracties over hetzelfde onderwerp of met elkaar samenhangende onderwerpen hieronder gezamenlijk worden beantwoord.

De leden van de fractie van de **PvdA** vroegen naar de toepassing van geweldsinstructies tijdens het optreden van Nederlandse militairen in gemengde eenheden en onder buitenlands gezag, daarbij doelend op buitenlands operationeel bevel. Zij vroegen hoe militairen in dat geval worden getraind, of militairen in die situatie mogen weigeren een dienstbevel uit te voeren en hoe anders wordt voorkomen dat militairen in een gezagsconflict terechtkomen.

In reactie op deze vragen brengen wij graag het volgende naar voren. Van een gezagsconflict kan in de door deze leden geschetste situatie geen sprake zijn, omdat de Nederlandse geweldsinstructies, bestaande uit (en verder afgeleid van) de op internationaal niveau tot stand gekomen Rules of engagement en de daarop aangebrachte Nederlandse voorbehouden (zogenoemde «caveats»), te allen tijde van kracht zijn voor de Nederlandse militairen. Ook tijdens optreden in gemengde eenheden en onder buitenlands operationeel bevel blijven de Nederlandse militairen onderworpen aan hun eigen geweldsinstructies. Om die reden wordt steeds getracht het aantal voorbehouden op en afwijkingen van de standaard Rules of engagement zo beperkt mogelijk te houden en vindt voorafgaand aan militaire operaties informatie-uitwisseling en afstemming plaats over de voor de desbetreffende eenheden geldende afwijkingen van de standaard Rules of engagement. Buitenlandse bevelvoerende militairen zijn

niet bevoegd om Nederlandse militairen te bevelen de voor hen geldende geweldsinstructies te overtreden. Het niet opvolgen van een dergelijk onbevoegd gegeven bevel is, zo het toch zou worden gegeven, geoorloofd.

In antwoord op de vragen van de fractie van de **PvdA** over de positie van de militair bij een onderzoek naar geweldgebruik, brengen wij graag het volgende naar voren.

Bij een onderzoek naar geweldgebruik geldt als uitgangspunt dat de militair als getuige wordt aangemerkt, tenzij aanstonds duidelijk is dat er gerede twijfel bestaat over de vraag of conform de geweldsinstructies is gehandeld. De militair wordt medegedeeld dat hij als getuige wordt gehoord. Daarnaast wordt de militair erop gewezen dat hij geen vragen behoeft te beantwoorden indien hij door beantwoording zichzelf aan het gevaar van een vervolging zou blootstellen. Deze regeling – die in belangrijke mate is geïnspireerd op de positie van politiefunctionarissen bij geweldsaanwending – is al sinds oktober 2004 in een aanwijzing van het College van procureurs-generaal vervat. Het belang van de regeling is vooral gelegen in de bevestiging van het uitgangspunt dat er bij geweldgebruik vanuit wordt gegaan dat de militair in beginsel rechtmatig heeft gehandeld. De cautie wordt de militair pas gegeven als hij als verdachte wordt aangemerkt en als zodanig wordt gehoord.

De leden van de fractie van de **PvdA** stelden voorts enkele vragen over de mate waarin de militair in een operatiegebied rechtsbijstand mag verwachten. In dit verband stelden deze leden onder meer enkele vragen over de rol en positie van de officier-raadsman. De leden van de fracties van de **SGP** en de **ChristenUnie** stelden enkele aanverwante vragen.

Graag beantwoorden wij deze vragen in onderlinge samenhang als volgt. In de eerste plaats willen wij erop wijzen dat de implementatie van de aanbevelingen van de Commissie Borghouts heeft geleid tot een belangrijke kwaliteitsslag bij zowel het openbaar ministerie als de Koninklijke Marechaussee. Wij menen dat een zorgvuldige bejegening van de militair bij geweldgebruik thans voldoende wordt gewaarborgd.

Het uitgangspunt is dat bij de strafvordering in militaire zaken het Wetboek van Strafvordering (Sv) van toepassing is. In zoverre is de positie van een verdachte militair in een operatiegebied vergelijkbaar met die van een verdachte burger in Nederland. De specifieke omstandigheden in een operatiegebied laten evenwel in het algemeen niet toe dat een militair die als verdachte wordt aangemerkt zich (direct) fysiek met een advocaat kan verstaan. Dit gegeven neemt evenwel niet weg dat wat rechtsbijstand betreft, gestreefd wordt naar zo veel mogelijk vergelijkbare en adequate voorzieningen. Tijdens de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel door de Tweede Kamer hebben wij aangegeven dat – naast de mogelijkheid van bijstand door een officier-raadsman en de ondersteunende rol van de commandant – zonodig voorafgaand aan het verhoor als verdachte in de mogelijkheid van telefonisch consulterend overleg met een advocaat in Nederland kan worden voorzien. Indien de verdachte militair bij gebreke van een gekozen raadsman een advocaat krijgt toegevoegd, mag worden verondersteld dat deze voldoende deskundig is om de verdachte militair telefonisch bij te staan. In onderhavig verband is verder relevant dat thans een beleidsaanpassing heeft plaatsgevonden ten aanzien van bijstand van de verdachte door een raadsman naar aanleiding van de arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in onder meer de zaken Salduz (nr. 36 391/02) en Panovits (nr. 4268/04), alsmede de arresten die de Hoge Raad op 30 juni 2009 inzake de uitleg van voornoemde arresten van het EHRM heeft gewezen. Bij brief van 15 april 2009 is de Tweede Kamer over de voorgenomen aanpassing van het beleid terzake geïnformeerd (Kamerstukken II 2008/09, 31 700 VI, nr. 117). Wij veroorloven ons op deze plaats naar de desbetreffende brief

te verwijzen. Het ligt in de rede dat in het verlengde van de uitwerking door het openbaar ministerie van de aanpassingen van het beleid in Nederland tevens aandacht zal uitgaan naar de wijze waarop aan militairen in operatiegebieden rechtsbijstand wordt verleend. Wij zullen bevorderen dat daaromtrent door het openbaar ministerie procedureafspraken zullen worden gemaakt.

Niettegenstaande het feit dat bijstand door een advocaat voorop staat, brengen wij met betrekking tot de officier-raadsman graag nog het volgende naar voren. De Wet militaire strafrechtspraak omvat op dit punt aanvullend recht. Artikel 23 van de Wet militaire strafrechtspraak voorziet in de mogelijkheid om een officier als raadsman toe te laten. De bijstand door een officier-raadsman richt zich in het algemeen op het verschaffen van inzicht in de specifiek militaire aspecten die aan het feitencomplex zijn verbonden en de sociale factoren die daarmee in verband staan. De officier-raadsman dient zich terughoudend op te stellen bij het verlenen van bijstand van meer juridische aard. Iedere officier krijgt tijdens zijn initiële opleiding onderricht in het (militair) straf- en strafprocesrecht, maar van een in het strafrecht gespecialiseerde jurist is bij de officier-raadsman in het algemeen geen sprake. In Nederland worden officieren slechts als raadsman toegevoegd indien zij zich daartoe bereid hebben verklaard. Er bestaat een pool van officieren die bereid zijn als zodanig op te treden. Met het oog op onafhankelijke bijstand wordt een officier geacht alleen dan in te stemmen met een verzoek om als raadsman op te treden als hij voldoende functionele afstand heeft tot de verdachte militair en het feitencomplex en dit zijn dienstuitoefening niet schaadt. Buiten Nederland kan in beginsel iedere officier als raadsman aan een verdachte militair worden toegewezen. Hiermee heeft de wetgever zeker willen stellen dat een verdachte militair, ook indien ter plaatse geen advocaat beschikbaar is, over een raadsman kan beschikken (Kamerstukken II 1982/83, 17 804 (R 1228), nr. 5, p. 35). Ook in deze situatie zal vanzelfsprekend rekening moeten worden gehouden met de organieke functie van de officier die als raadsman optreedt.

De officier-raadsman is verplicht tot geheimhouding van alle informatie die hem in zijn hoedanigheid als raadsman wordt toevertrouwd. Deze plicht volgt uit artikel 12a van de Militaire Ambtenarenwet 1931, waarin onder meer is neergelegd dat elke 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. Ingevolge artikel 6 van de Wet militair tuchtrecht levert schending van deze geheimhoudingsplicht een tuchtvergrijp op. Tevens kan ingevolge artikel 272 van het Wetboek van Strafrecht (Sr) sprake zijn van een algemeen strafbaar feit. Ten slotte volgt uit het systeem van de wet dat de officier die als raadsman optreedt, zich op grond van artikel 218 Sv kan beroepen op het verschoningsrecht.

De leden van de fracties van de **SGP** en de **ChristenUnie** verzochten om een korte uiteenzetting over de verschillen tussen strafuitsluitingsgronden, rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden. In dit verband vroegen deze leden of het opschrift van het wetsvoorstel op correcte wijze het karakter van het voorgestelde artikel 38, tweede lid, Wetboek van Militair Strafrecht (WMSr) weergeeft. De leden van de fractie van de **PvdA** stelden een aanverwante vraag die wij hier graag bij betrekken. Deze leden vroegen om een nadere toelichting op de bezwaren van de zijde van de regering tegen het amendement dat tijdens de plenaire behandeling van het wetsvoorstel door de Tweede Kamer door het toenmalige kamerlid Boekestein (VVD) werd ingediend (Kamerstukken II 2009/10, 31 487 (R1862), nr. 7).

In reactie op deze vragen brengen wij graag het volgende naar voren. Strafuitsluitingsgronden plegen te worden onderverdeeld in rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden. Deze onderverdeling houdt

hoofdzakelijk verband met het verschil dat kan worden gemaakt tussen enerzijds gronden die de wederrechtelijkheid aantasten (rechtvaardigingsgronden) en anderzijds gronden die de verwijtbaarheid wegnemen (schulduitsluitingsgronden). Met andere woorden, door rechtvaardigingsgronden is het feit niet strafbaar; door schulduitsluitingsgronden is de dader niet strafbaar. In beide gevallen is strafuitsluiting het gevolg. In het stelsel van strafuitsluitingsgronden omvat het voorgestelde artikel 38, tweede lid, WMSr een rechtvaardigingsgrond: De militair die geweld gebruikt in de rechtmatige uitoefening van zijn taak en in overeenstemming met de voor de uitoefening van die taak geldende regels is niet strafbaar.

Uit het bovenstaande volgt dat er in het door de leden van de fracties van de **SGP** en de **ChristenUnie** geconstateerde verschil in de door ons tijdens de plenaire behandeling van het wetsvoorstel door de Tweede Kamer terzake de voorgestelde bepaling gebruikte terminologie geen licht zit. Ook het opschrift van het wetsvoorstel geeft het karakter van de voorgestelde bepaling op correcte wijze weer: de voorgestelde bepaling is een strafuitsluitingsgrond, en wel een rechtvaardigingsgrond.

Het amendement van het toenmalige kamerlid Boekestein strekte er in onze lezing toe de voorgestelde rechtvaardigingsgrond te vervangen door een schulduitsluitingsgrond. Niet de afwezigheid van wederrechtelijkheid, maar de afwezigheid van verwijtbaarheid zou bij de in het amendement voorgestelde bepaling leiden tot straffeloosheid. Immers, blijkens de toelichting op het amendement beoogde de indiener de rechter meer ruimte te geven om de militair die *onrechtmatig* geweld heeft gebruikt, maar daar onder de gegeven omstandigheden geen verwijt van kan worden gemaakt omdat hij heeft gehandeld in de verontschuldgbare onbewustheid ten aanzien van de onrechtmatigheid van de hem verweten gedraging, straffeloos te laten.

Die benadering zou naar onze overtuiging niet voorzien in de duidelijkheid waaraan in deze behoefte bestaat en die voor de Commissie Borghouts de aanleiding voor haar aanbeveling heeft gevormd. Die duidelijkheid wordt wel geboden door het voorgestelde artikel 38, tweede lid, WMSr. Daarin wordt op heldere wijze tot uitdrukking gebracht dat de militair die rechtmatig – dat wil zeggen in de rechtmatige uitoefening van zijn taak en in overeenstemming met de regels – geweld gebruikt, geen strafbaar feit heeft begaan. Dat is precies waar in deze behoefte aan bestaat en daarin schuilt dan ook het belang van de voorgestelde bepaling. Als bezwaar tegen het amendement hebben wij voorts naar voren gebracht dat hetgeen de indiener voor ogen stond in het strafrecht wordt bewerkstelligd door een beroep op afwezigheid van alle schuld. Deze grond voor strafuitsluiting is niet in een wettelijke regel verankerd, maar vormt een – uit het schuldbeginsel voortvloeiend – algemeen uitgangspunt dat geldig is voor het gehele strafrecht. Indien de rechter in het concrete geval van oordeel is dat het de militair niet valt aan te rekenen dat hij geweld heeft gebruikt buiten de rechtmatige uitoefening van zijn taak en/of in strijd met de daarvoor vastgestelde regels, omdat hij er redelijkerwijs vanuit mocht gaan dat hij wel handelde in de rechtmatige uitoefening van zijn taak en in overeenstemming met de regels, is er afwezigheid van schuld.

De leden van de fractie van de **PvdA** trokken nog een vergelijking met de in artikel 41 Sr neergelegde rechtvaardigingsgrond noodweer. Deze leden stelden dat ook bij noodweer sprake is van een redelijkheidstoets. Zij vroegen of een beroep op noodweer daarmee eveneens een beroep op een schulduitsluitingsgrond is geworden.

De veronderstelling van deze leden dat de in artikel 41, eerste lid, Sr neergelegde rechtvaardigingsgrond op eenzelfde wijze zou zijn vormgegeven als de bepaling zoals voorgesteld in het amendement-Boekestein, moet op een misverstand berusten. De «redelijkheidstoets» bij noodweer, waaraan deze leden refereerden, bestaat uit de beoordeling door de rechter of in het gegeven geval het gepleegde strafbare feit ter noodzake-

lijke verdediging geboden was. De rechter zal in dit kader nagaan of is voldaan aan de vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit.

De minister van Justitie,  
E. M. H. Hirsch Ballin

De minister van Defensie,  
E. van Middelkoop