

Erik O. en Peter V.

An de zaak waarop onderstaande uitspraak betrekking heeft, kwam geen dokter te pas. Het gaat om een aantal algemene overwegingen uit de uitspraak in hoger beroep tegen de marinier Erik O. die ervan werd verdacht de bij de werkzaamheden in Irak geldende geweldsinstructie te hebben overtreden. Het afgelopen jaar zijn de procedures tegen Erik O. en tegen de arts Peter V(encken) vaak in één adem genoemd, als voorbeelden van buitenproportioneel optreden van het Openbaar Ministerie (OM). Om die reden staat we stil bij de uitspraak tegen Erik O. Vanzelfsprekend willen we op geen enkele wijze suggereren dat het bedrijven van gezondheidszorg en de bijzondere (oorlogs)omstandigheden in Irak vergelijkbaar zijn. Daar gaat het niet om. Het vonnis van het Gerechtshof bevat enkele algemene overwegingen over het OM die ook interessant zijn voor andere strafprocedures, bijvoorbeeld in de gezondheidszorg.

In de zaak Erik O. kritiseert de rechter de 'veel te zware inschatting' die het OM van de zaak maakte. Terugkijkend doemt dat beeld ook op in de zaak tegen Peter Vencken: van normaal medisch handelen werd levensbeëindiging gemaakt, en de arts bracht een aantal dagen



in hechtenis door. Crucialer is dat het Hof in de zaak Erik O. oordeelt dat het onderzoek van het OM onvolledig is geweest. Ook dat is relevant in vergelijking met de procedure tegen Vencken, waar uiteindelijk een grote discrepantie bleek te bestaan tussen de aanklacht en de verklaringen van de medische deskundigen. Uitvoeriger

onderzoek had dat eerder aan het licht kunnen brengen, waardoor mogelijk een procedure voor de rechter had kunnen worden voorkomen. Ten slotte meent het Hof dat het OM in de zaak Erik O. meer *situational awareness* had moeten ontwikkelen. En ook dat geldt in de gezondheidszorg en juist bij zulke complexe en hectische situaties als die rond het sterfbed van patiënten. Van het juridiseren van stervenshulp wordt niemand wijzer.

Zowel Erik O. als Peter V. zijn door de strafrechter vrijgesproken. Eind goed, al goed, zo kan men zeggen, maar beiden hebben er wel een fikse prijs voor moeten betalen.

B.V.M. CRUL, arts
MR. J. LEGEMAATE

De volledige uitspraak vindt u op onze website:
www.medischcontact.nl/dezeweek



Uitspraak Gerechtshof te Arnhem d.d. 4 mei 2005 - militaire kamer

Gewezen op het hoger beroep, ingesteld tegen het vonnis van de militaire kamer in de rechtbank te Arnhem van 18 oktober 2004 in de strafzaak tegen [VERDACHTE], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum], wonende te [woonplaats], [adres], [rang], [reg. nr.].

HET HOGER BEROEP

De officier van justitie heeft tegen voormeld vonnis hoger beroep ingesteld.

ONDERZOEK VAN DE ZAAK

(...)

Het hof heeft kennisgenomen van de vordering van de advocaat-generaal, na voorlezing aan het hof overgelegd, en van hetgeen door en namens de verdachte naar voren is gebracht. De advocaat-generaal heeft veroordeling voor het primair telastegelegde geëist, met oplegging van zes maanden militaire detentie, geheel voorwaardelijk, alsmede 240 uur werkstraf, met aftrek.

ONTVANKELIJKHEID VAN HET HOGER BEROEP

Door de raadsman is bepleit dat de officier van justitie niet-ontvankelijk verklaard moet worden in het hoger beroep, omdat dit hoger beroep - kort gezegd - een overwegend rechtspolitek doel nastreeft en abstraheert van het wezen van een strafproces, namelijk de vaststelling of in een individueel geval een bestraffing op zijn plaats is.

Het hof is van oordeel dat dit verweer moet worden verworpen. Het Openbaar Ministerie streeft onmiskenbaar, zelfs met een zekere vasthoudendheid, ook de veroordeling en bestraffing van deze individuele verdachte na. Dat de vervolging door zijn tot dusverre unieke karakter mede betekenis kan hebben voor de instructie van militairen die op missie worden gestuurd, voor de strafrechtelijke aanpak van vergelijkbare zaken in de toekomst en overigens voor de beantwoording van vragen, die het belang van deze individuele strafzaak mogelijk overstij-

gen, doet aan de ontvankelijkheid van het hoger beroep niet af.

HET VONNIS WAARVAN BEROEP

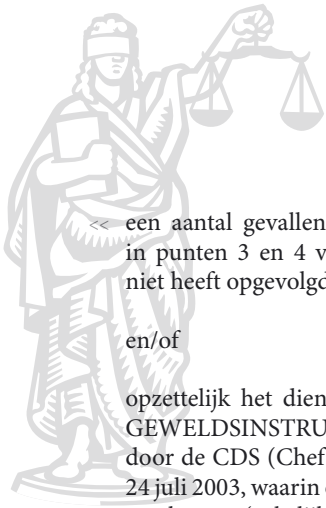
Het hof zal het vonnis, waarvan beroep, vernietigen nu het weliswaar tot dezelfde beslissing komt als de rechtbank, maar op grond van een op belangrijke punten andere motivering.

DE TENLASTELEGGING

Aan verdachte is tenlastegelegd dat:

hij als militair op of omstreeks 27 december 2003 op of nabij de Main Supply Route (MSR) Jackson, gelegen tussen Al Khidr en As Samawah in Irak, in elk geval in Irak, opzettelijk het dienstvoorschrift 'AIDE-MEMOIRE VOOR SFIR COMMANDANTEN', vastgesteld door de CDS (Chef Defensie Staf) d.d. 24 juli 2003, waarin onder meer is voorgeschreven (zakelijk weergegeven):

- dat het gebruik van strikt noodzakelijk geweld slechts is toegestaan in >>



« een aantal gevallen zoals omschreven in punten 3 en 4 van dat voorschrift, niet heeft opgevolgd,

en/of

opzettelijk het dienstvoorschrift 'SFIR GEWELDSINSTRUCTIE', vastgesteld door de CDS (Chef Defensie Staf) d.d. 24 juli 2003, waarin onder meer is voorgeschreven (zakelijk weergegeven):

- dat het gebruik van geweld slechts is toegestaan in een aantal gevallen zoals omschreven in punt 2 van die instructie, niet heeft opgevolgd,

(...)

De advocaat-generaal heeft ter terechtzitting voor alle duidelijkheid aangegeven, dat in de telastelegging alleen wordt bedoeld op het laatste door verdachte afgevuurde waarschuwingsschot.

ONTVANKELIJKHEID VAN HET OM

De raadsman heeft het in eerste aanleg gevoerde verweer, dat de officier van justitie niet ontvankelijk was in de vervolging, in hoger beroep gehandhaafd. Hij heeft daartoe aangevoerd dat er sprake is van ernstige schending van beginselen van een goede procesorde waarbij doelbewust of met grove veronachtzaming van verdachtes belangen wordt tekort gedaan aan diens recht op een behoorlijke behandeling van zijn zaak (het zogeheten 'Zwolsmancriterium', door de raadsman niet geheel correct geciteerd en daardoor ogenschijnlijk iets opgerekt ten opzichte van de in NJ 1996, 249 door de Hoge Raad gebezigde formulering 'ernstige inbreuken op de beginselen van een behoorlijke procesorde, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan'). Ook indien de belangen van verdachte op zichzelf niet zouden zijn geschaad, is er sprake van zeer fundamentele inbreuken, die niet-ontvankelijkheid kunnen opleveren (het zogeheten 'Karmancriterium', NJ 1999, 567).

Naar het oordeel van het hof heeft de rechtbank dit verweer op goede gronden verworpen. Het hof komt tot hetzelfde oordeel. In essentie gaat het om het volgende.

a. Er zou een rechts-politieke interventie hebben plaatsgevonden ten aan-

zien van een sectie op het vermeende slachtoffer, aangezien de minister van Justitie heeft besloten een daartoe strekkend rechtshulpverzoek niet door te zenden.

Het hof is van oordeel dat dit niet is te wijten aan, noch is toe te rekenen aan het Openbaar Ministerie. Het is duidelijk dat mede door deze, gelet op de te verwachten internationale verwikkelingen zeker te billijken handelwijze van de minister van Justitie het forensisch onderzoek verre van optimaal is geweest.

Het is evenzeer duidelijk dat de daardoor op belangrijke punten gebleven twijfel niet ten nadele van verdachte mag strekken. Maar dat is een bewijskwesitie en doet niet af aan de ontvankelijkheid van de officier van justitie in de vervolging.

b. De aanhouding van verdachte was in strijd met artikel 5 van het EVRM omdat, zo begrijpt het hof, er ten tijde van de aanhouding (op 31 december 2003) een in verzekeringstelling (op 1 januari 2004) van verdachte geen sprake was van de op grond van deze verdragsbepaling vereiste 'reasonable suspicion of having committed an offence'.

Het hof deelt deze opvatting van de raadsman niet. In dit eerste stadium van het onderzoek waren er voldoende aanwijzingen voor een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit waarvoor voorlopige hechtenis was toegelaten. Zoals ook de rechtbank met juistheid heeft opgemerkt, is een redelijk vermoeden van overtreding van artikel 136 van het Wetboek van Militair Strafrecht daartoe reeds voldoende, gelet op het bepaalde in artikel 26 van de Wet militaire strafrechtspraak. Op genoemde data was immers aannemelijk dat een Iraakees door een schot van verdachte was gedood of ten minste zwaar gewond, en dat er niet letterlijk was gehandeld conform de in de instructies het 'Aide-Memoire voor SFIR-commandanten' (AM) of in de 'SFIR Gewelddinstructie' (GI) beschreven waarschuwingprocedure. Bovendien was op dat moment reeds verschillend door gehoorde militairen verklaard over de op het moment van schieten bestaande dreiging.

Overigens staat - behoudens wellicht bijzondere omstandigheden waarvan te dezen geen sprake is - de beoordeling van de rechtmatigheid van de in verzekeringstelling door de rechter-commissaris er aan in de weg, dat het hof de bij deze beoordeling aangevoerde argumenten in het kader van de ontvankelijkheidsvraag nogmaals weegt.

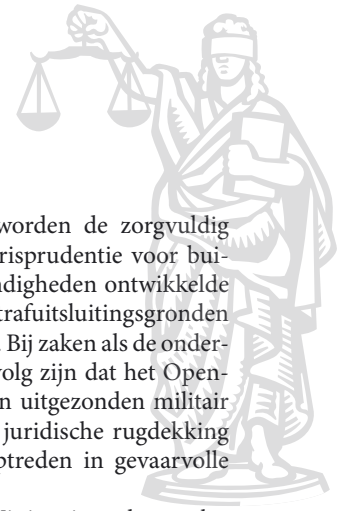
c. Schending van de *presumptio innocentiae* door het Openbaar Ministerie in het algemeen en meer in het bijzonder door de uitlatingen van de voorzitter van het College van procureurs-generaal.

Naar het oordeel van het hof heeft het Openbaar Ministerie de zaak aanvankelijk veel te zwaar ingezet. Het Openbaar Ministerie, meer in het bijzonder mr. De Wijkerslooth in zijn NOVA-interview op 5 januari 2004, heeft daarbij tevens niet de bij het prille stadium van het onderzoek te prefereren terughoudendheid in acht genomen. In de 'Aanwijzing voorlichting opsporing en vervolging' van het College van procureurs-generaal wordt ten aanzien van 'geruchtmakende zaken' met zoveel woorden gesteld dat politie en OM rekening houden met een overbelichting van bijvoorbeeld een verdenking of een aanhouding. Dat is dus niet gebeurd.

Tot enig nadeel voor verdachte heeft dit echter niet geleid: de rechter-commissaris heeft de vordering tot inbewaringstelling op 6 januari 2004 afgewezen omdat er onvoldoende ernstige bezwaren bestonden (voor de verdenking; hof) dat verdachte bewust gericht geschoten heeft op het slachtoffer of op de groep burgers.

d. De beslissing tot verdere vervolging is niet zorgvuldig genomen, namelijk op grond van een onvolledig onderzoek.

Naar het oordeel van het hof is het onderzoek inderdaad niet volledig geweest. Het niet horen van de Nederlandse bataljonscommandant, de luitenant-kolonel [betrokkene 1], het niet overleggen van de relevante 'situational reports' (sitreps) en het onvolledige forensische onderzoek zijn evenzovele hiaten. Toch kan naar het oordeel van het hof niet gezegd worden dat er dusdanige steken waren gevallen dat



vervolging op grond van het voorliggende dossier in redelijkheid niet had dienen plaats te vinden. Dat ook het Openbaar Ministerie (uiteindelijk) enige twijfel aan de haalbaarheid van de vervolging zou hebben gekregen, doet daaraan niet af.

Voor het overige geldt hetgeen het hof reeds onder a. heeft opgemerkt: uiteindelijk nog resterende onzekerheid verzwakt uiteraard de bewijspositie van het Openbaar Ministerie, maar leidt niet zonder meer tot zijn niet-ontvankelijkheid.

(...)

g. Op grond van het voorgaande verwerpt het hof het verweer van de verdediging dat het Openbaar Ministerie niet ontvankelijk verklaard zou moeten worden. Door het Openbaar Ministerie is niet, en zeker niet onherstelbaar, in strijd gehandeld met enig (laat staan: fundamenteel) beginsel van een behoorlijke procesorde, noch anderszins doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdediging.

(...)

OVERWEGINGEN TEN OVERVLOEDE

a. Het hof onderkent dat het een, gelet op het uitgebreide requisitoir en pleidooi, relatief kort arrest heeft gewezen, waarin aan vele te berde gebrachte details en nuances geen aandacht wordt besteed. Het hof is van oordeel dat ook het militaire strafrecht 'robuust' moet zijn in die zin, dat de individuele militair in het veld moet weten waar hij aan toe is, wat hij wel mag en wat hij niet mag. Hij kan immers niet vóór iedere handeling zijn 'legal adviser' raadplegen. Hierbij past het doorhakken van knopen en niet het eindeloos ontrafelen daarvan.

b. In het requisitoir is een aantal rechtsvragen gesteld die voor een gedeelte zijn beantwoord in dit arrest en voor een gedeelte niet. Het hof onderkent het belang van (de beantwoording van) deze vragen, maar roept in herinnering dat artikel 12 van de aloude Wet algemene bepalingen de rechter tot terughoudendheid maant. Dit geldt zeker voor de feitenrechter.

Voor een groot gedeelte zijn het vragen die het Openbaar Ministerie, in goed

overleg met de militaire en militair-juridische deskundigen van het ministerie van Defensie, zelf zou kunnen beantwoorden en ten grondslag zou kunnen leggen aan een afgewogen beleid voor instructie en vervolging. Aan dit goede overleg heeft het in dit geval ontbroken, zoals blijkt uit de verklaring van de deskundige [betrokene 3]. Het hof onderkent dat de bereidheid daartoe van beide kanten moet komen ('It takes two to tango'), maar moet tot zijn spijt constateren dat in dit geval het Openbaar Ministerie kennelijk onvoldoende was voorbereid op de vraag hoe een dergelijk schietincident aan te pakken. Dit heeft geleid tot de, zeker bij aanvang, veel te zware inschatting van de zaak, zoals hiervoor genoemd bij de beoordeling van de ontvankelijkheid.

c. Nadere gedachtevorming binnen het Openbaar Ministerie heeft inmiddels geleid tot een andere insteek bij onderzoek en vervolging: een schietende militair wordt in het vervolg niet primair als verdachte aangemerkt, zulks in navolging van de Instructie positie politiefunctionaris bij geweldsaanwending. Naast de voor de hand liggende opmerking dat in het algemeen de positie van verdachte niet alléén nadelen voor de betrokkene met zich brengt (gedacht kan worden aan bijvoorbeeld het zwijgrecht), ziet het hof een ander bezwaar. Met een vergelijkbare regelgeving als voor de politie wordt uit het oog verloren dat het militaire optreden tijdens internationale missies van een volstrekt andere orde is. Een voorbeeld hiervan is juist het zelfstandige waarschuwingsschot, dat als politiebevoegdheid inderdaad taboe is, maar in de militaire praktijk geenszins.

d. Bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van het hoger beroep heeft het hof reeds gewag gemaakt van 'een zekere vasthoudendheid' waarmee het Openbaar Ministerie veroordeling van verdachte nastreefde. Doordat het hof de ROE als dienstvoorschrift heeft aangemerkt, kon hetgeen in de appèlmemorie omtrent het legaliteitsbeginsel wordt gesteld, grotendeels onbesproken blijven. Het hof wil echter niet onbesproken laten dat het Openbaar Ministerie een wel heel eenzijdige visie op het legaliteitsbeginsel heeft gepresenteerd, waarin het slechts ten nadele van verdachten zou strekken. Als het hof het goed ziet, miskent het Openbaar Ministerie dat het legaliteitsbeginsel eerst en vooral een rechtsbeschermende

functie heeft en worden de zorgvuldig in literatuur en jurisprudentie voor buitengewone omstandigheden ontwikkelde buitenwettelijke strafuitsluitingsgronden terzijde geschoven. Bij zaken als de onderhavige kan het gevolg zijn dat het Openbaar Ministerie een uitgezonden militair in feite de nodige juridische rugdekking ontzegt bij zijn optreden in gevaarvolle omstandigheden.

Het Openbaar Ministerie zal terzake, net als de militair die op missie wordt gestuurd naar buitenlandse brandhaarden, de nodige 'situational awareness' moeten ontwikkelen.

(...)

BESLISSING

Het hof:

Vernietigt het vonnis, waarvan beroep, en doet opnieuw recht:

Verklaart niet bewezen, dat verdachte het primair, subsidiair en meer subsidiair telastegelegde heeft begaan en spreekt verdachte daarvan vrij.

Aldus gewezen door mr Van den Heuvel, voorzitter, mrs Boekhorst Carrillo, lid, en brigade-generaal (tit.) In het Veld, militair lid, in tegenwoordigheid van Roetgerink, griffier, en op 4 mei 2005 ter openbare terechtzitting uitgesproken. ■