

Vergaderjaar 2007–2008

**31 487 (R1862)**

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

**Nr. 3**

### **MEMORIE VAN TOELICHTING**

#### **ALGEMEEN DEEL**

##### **1. Inleiding**

Op 31 augustus 2006 heeft de Commissie Evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij uitzendingen, naar haar voorzitter Commissie-Borghouts genoemd, haar rapport gepresenteerd (Kamerstukken II 2005/06, 30 300 X, nr. 136). Dit wetsvoorstel strekt tot implementatie van één van de aanbevelingen die in het rapport van de Commissie-Borghouts wordt gedaan. De desbetreffende aanbeveling ziet op het opnemen van een specifieke wettelijke bepaling in het Wetboek van Militair Strafrecht (WMSr) tot vrijwaring van straf voor rechtmatig geweldgebruik door militairen. Dit wetsvoorstel beoogt daar door middel van een aanpassing van artikel 38 Wetboek van Militair Strafrecht in te voorzien. Voorts wordt in het onderhavige wetsvoorstel uitvoering gegeven aan een reeds eerder aangekondigde wijziging van het Wetboek van Militair Strafrecht (zie Kamerstukken II 2004/05, 27 925, nr. 172 en Kamerstukken I, 2005/06, 30 300 X, A). Deze overwegend technische wijziging strekt tot aanpassing van het begrip «oorlog» in het Wetboek van Militair Strafrecht in lijn met de terminologie zoals die nu reeds wordt gebruikt in de Wet internationale misdrijven (Wim) en het Wetboek van Strafrecht. Aanvankelijk maakte dit wijzigingsvoorstel deel uit van een voorstel voor een rijksbrede reparatiewet dat in voorbereiding is. Vanwege het verband met het begrip «tijd van oorlog» in artikel 38 WMSr, is er voor gekozen dit wijzigingsvoorstel in het onderhavige wetsvoorstel op te nemen. Met het voorstel wordt voor artikel 38 WMSr de uitleg die in de literatuur al wel aan het begrip werd gegeven in de wet vastgelegd: «tijd van oorlog» in de zin van artikel 38 WMSr ziet op alle situaties waarop het internationaal humanitair recht betrekking heeft. Het vervolg van deze memorie van toelichting gaat uit van de ruime uitleg van het begrip «tijd van oorlog» in artikel 38 WMSr.

De Commissie-Borghouts werd in december 2005 ingesteld naar aanleiding van een door de Tweede Kamer aangenomen motie en had tot taak een onderzoek te doen naar zowel de structuur, als de werkwijze en de procedures die bij de vervolging van uitgezonden militairen aan de orde zijn (Kamerstukken II 2004/05, 29 800 X, nr. 51). In haar rapport constateert

de Commissie-Borghouts dat de afgelopen jaren op het terrein van het militair strafprocesrecht veel is verbeterd en dat het wettelijk kader geen problemen oplevert voor een adequate afhandeling van incidenten waarbij Nederlandse militairen zijn betrokken. Niettegenstaande de algemene positieve bevindingen, heeft de Commissie-Borghouts een aantal aanbevelingen gedaan om het stelsel van militair strafprocesrecht op enkele punten te verbeteren. Een van die aanbevelingen (a.w., blz. 70) ziet op wetgeving en strekt ertoe te bezien hoe – in aanvulling op het bestaande wettelijke kader – kan worden voorzien in een op de huidige en toekomstige vormen van operationele inzet van Nederlandse militairen toegesneden specifieke wettelijke bepaling die geweldgebruik conform de geweldsinstructies legitimeert. Het onderhavige wetsvoorstel is de vrucht van de nadere gedachtenvorming die naar aanleiding van deze aanbeveling heeft plaatsgevonden.

Voorop staat dat het bestaande wettelijk stelsel van strafuitsluitingsgronden voldoende rechtsbescherming biedt voor de militair die conform zijn geweldsinstructies heeft gehandeld. Dit wordt ook in het rapport van de Commissie-Borghouts bevestigd (a.w., blz. 69). Ook onder de huidige wetgeving is het uitgangspunt dat een militair die in de uitvoering van zijn taken op grond van de geweldsinstructies geweld gebruikt in beginsel niet wordt gestraft. In het geval van strafvervolgning zal de rechter altijd dienen te toetsen welke geweldsinstructies in het desbetreffende geval van toepassing zijn en in hoeverre zij, gelet op alle feiten en omstandigheden, strafuitsluitend werken. De Commissie-Borghouts heeft evenwel de wetgever aanbevolen de mogelijkheden te bezien voor een specifieke wettelijke bepaling waarin de strafuitsluitende werking van geweldsinstructies een grondslag vindt. De Commissie-Borghouts heeft daarbij vooral het oog op de wijze waarop de legitimatie van geweldgebruik door militairen op grond van de geweldsinstructies in de wet is vastgelegd. De Commissie-Borghouts meent dat het de rechtszekerheid van de militair ten goede komt wanneer wat betreft geweldgebruik in het kader van de huidige en toekomstige vormen van internationale inzet van Nederlandse militairen in een specifieke strafuitsluitingsgrond wordt voorzien. Vanuit die gedachte verdient het naar het oordeel van de Commissie-Borghouts (a.w., blz. 68) aanbeveling om de strafuitsluitingsgrond in artikel 38 Wetboek van Militair Strafrecht zich te laten uitstrekken tot de huidige en toekomstige vormen van operationele inzet van Nederlandse militairen.

De regering is met de Commissie-Borghouts van oordeel dat de militair een zo groot mogelijke rechtszekerheid moet worden geboden. De regering onderschrijft het standpunt van de Commissie-Borghouts dat het wenselijk is om met de introductie van een specifieke strafuitsluitingsgrond de legitimatie van geweldgebruik door militairen op een meer eenduidige wijze in de wet vast te leggen. Het onderhavige wetsvoorstel strekt daartoe. Alvorens de voorgestelde strafuitsluitingsgrond wordt besproken, zal eerst worden ingegaan op de – in dit verband relevante – bestaande strafuitsluitingsgronden. In de artikelsgewijze toelichting worden enkele bestanddelen van de voorgestelde strafuitsluitingsgrond toegelicht en wordt nader ingegaan op de voorgestelde aanpassing van het begrip «oorlog».

#### *Adviezen*

Over het concept voorstel van rijkswet zijn adviezen ontvangen van de Nederlandse vereniging voor rechtspraak (NVvR), de Raad voor de Rechtspraak (RvdR) en het College van procureurs-generaal (OM) en de Nederlandse orde van advocaten (NOvA). Deze adviezen hebben op een aantal punten geleid tot verduidelijkingen en aanvullingen in de tekst van de memorie van toelichting.

## 2. Bestaande strafuitsluitingsgronden

### *Artikel 38 Wetboek van Militair Strafrecht*

Het huidige artikel 38 Wetboek van Militair Strafrecht (WMSr) biedt een specifieke strafuitsluitingsgrond aan militairen. Het artikel voorziet in rechtvaardiging van handelingen die onder normale omstandigheden strafbaar zouden zijn, maar in tijd van oorlog zijn toegestaan. Daarbij gelden wel de voorwaarden dat het internationaal humanitair recht niet wordt geschonden en de militair de grenzen van zijn bevoegdheid niet heeft overschreden. Gedragingen in strijd met het internationaal humanitair recht zijn strafbaar. Met het internationaal humanitair recht wordt bedoeld het gehele gamma aan verdragen, regelingen, gewoonterecht en overige normen van internationaal recht waarmee enerzijds het gebruik van geweld door humanitaire normen wordt begrensd, en anderzijds waarborgen worden gecreëerd voor de bescherming van de slachtoffers van gewapende conflicten. Het geeft aan hoe partijen zich, in tijd van oorlog of gewapend conflict, ten opzichte van elkaar hebben te gedragen en aan welke regels zij zich dienen te houden. De kern van het internationaal humanitair recht wordt gevormd door de vier verdragen van Genève van 1949 en de twee Aanvullende Protocolen van 1977 bij deze verdragen.

Artikel 38 WMSr sluit in de huidige vorm aan bij het internationaal humanitair recht. Door het in dit wetsvoorstel eveneens opgenomen voorstel tot uitbreiding van het begrip «oorlog» tot «gewapend conflict» wordt dit in de wet bestendigd. Het internationaal humanitair recht is uitsluitend tijdens gewapende conflicten of traditionele oorlogen van toepassing. Nu formele oorlogsverklaringen in onbruik zijn geraakt, wordt voor de toepasselijkheid van het internationaal humanitair recht gekeken of sprake is van een gewapend conflict. De vaststelling of formeel juridisch sprake is van een gewapend conflict vereist een analyse van de feitelijke situatie, gebaseerd op de aard en omvang van de gevechtshandelingen, de doelstelling daarvan, alsmede de grondslag waarop de handelingen worden verricht. De toepasselijkheid van het internationaal humanitair recht is derhalve niet afhankelijk van formele juridische of politieke verklaringen aangaande de staat van oorlog, maar ontstaat door de feitelijke constatering van het bestaan van een gewapend conflict (zie ook Kamerstukken II, 2001/02, 28 337, nr. 3).

Op de strafuitsluitingsgrond van artikel 38 WMSr kan derhalve alleen een beroep worden gedaan in gevallen waarin het internationaal humanitair recht van toepassing is. Het verdient opmerking dat het internationaal humanitair recht de buitengrenzen trekt waarbinnen geweldgebruik gerechtvaardigd is. In de praktijk kunnen deze grenzen in de Rules of engagement voor de desbetreffende militaire operatie nauwer worden getrokken. In dat geval dient de militair die nauwere grenzen in acht te nemen om binnen zijn geweldsbevoegdheden te blijven. De geweldsinstructies bepalen uiteindelijk waartoe de militair bevoegd is.

### *Artikel 43 Wetboek van Strafrecht – bevoegd gegeven ambtelijk bevel*

De huidige internationale militaire operaties kunnen grofweg worden ingedeeld in twee categorieën: gewapende conflicten en crisisbeheersingsoperaties. Het onderscheid – in aard en naar geweldgebruik – is tegenwoordig echter vervaagd. Waar crisisbeheersingsoperaties eerder voornamelijk traditioneel vredesbewarend (*peace keeping*) waren, zijn zij thans vaker vredesafdwingend (*peace enforcing*) van aard. Deze militaire operaties zijn in volkenrechtelijke zin echter niet altijd aan te merken als gewapend conflict. In beginsel worden zij niet beheerst door het internationaal humanitair recht, maar door het mandaat of de juridische grondslag vastgesteld voor de desbetreffende militaire operatie. Zoals hierboven is beschreven, betekent dit dat een beroep op de strafuitsluitingsgrond in artikel 38 WMSr niet in alle gevallen mogelijk is, met name niet

in alle crisisbeheersingsoperaties. Benadrukt zij dat dit niet impliceert dat er in die gevallen thans sprake is van onvoldoende rechtsbescherming. In situaties waarin artikel 38 WMSr niet van toepassing is, staat voor de militair die stelt conform zijn geweldsinstructies te hebben gehandeld een beroep op de strafuitsluitingsgronden uit het commune Wetboek van Strafrecht (Sr) open. In het bijzonder kan daarbij worden gewezen op de strafuitsluitingsgrond in artikel 43 Sr. Krachtens artikel 43 Sr is een militair niet strafbaar wanneer hij een feit begaat ter uitvoering van een bevoegd gegeven ambtelijk bevel. Het ambtelijk bevel geldt voor de ontvanger van het bevel als rechtvaardigingsgrond indien hij binnen de grenzen van proportionaliteit en subsidiariteit het bevel uitvoert en daardoor niettemin aan de delictsomschrijving van een strafbaar feit voldoet. In de literatuur wordt een ruime uitleg aan het begrip ambtelijk bevel gegeven (vgl. Noyon-Langemeijer-Remmelink, Het Wetboek van Strafrecht, artikel 43, aantekening 3) en wordt algemeen aangenomen dat de geweldsinstructies strafrechtelijk de status van ambtelijk bevel toekomen. Bevelen van buitenlandse militairen kunnen niet zonder meer als bevoegd gegeven ambtelijk bevel in de zin van artikel 43 Sr worden opgevat. Buitenlandse militairen zijn normaliter niet op grond van enige Nederlandse wet bevoegd verklaard tot het geven van bevelen. In de praktijk worden bevelen van buitenlandse militairen dan ook omgezet in Nederlandse bevelen door de wijze waarop dergelijke bevelen in de commando-lijn worden doorgegeven aan de Nederlandse militairen.

De wijze waarop in de praktijk de op internationaal niveau tot stand gekomen Rules of engagement op nationaal niveau door de commandant der Strijdkrachten worden herbekrachtigd en in operatiebevelen aan commandanten worden doorgegeven, maakt dat ook de Rules of engagement juridisch als ambtelijk bevel kunnen worden gekwalificeerd (zie ook Kamerstukken II 2005/06, 27 925, nr. 202). Het bestaande wettelijk stelsel van strafuitsluitingsgronden biedt derhalve ook in situaties buiten oorlog of gewapend conflict voldoende rechtsbescherming voor de militair die stelt conform zijn geweldsinstructies te hebben gehandeld.

### **3. Specifieke strafuitsluitingsgrond**

Hoewel het huidige recht voldoende aankopingspunten biedt om alle gelegitimeerde vormen van geweldgebruik door militairen van straf uit te sluiten, is het om de navolgende redenen wenselijk om in aanvulling op het bestaande wettelijk stelsel van strafuitsluitingsgronden in de door de Commissie-Borghouts aanbevolen specifieke strafuitsluitingsgrond te voorzien. Zoals hierboven opgemerkt, biedt het Wetboek van Militair Strafrecht in artikel 38 reeds een strafuitsluitingsgrond aan militairen. In het licht van de huidige vormen van internationale inzet van Nederlandse militairen komt het toepassingsbereik van deze specifiek op militairen toegesneden strafuitsluitingsgrond echter te beperkt voor. Artikel 38 WMSr is sinds 1903 inhoudelijk ongewijzigd gebleven, terwijl de inzet en taken van de krijgsmacht in de tijd sterk zijn gewijzigd. In de huidige vorm is artikel 38 WMSr vooral toegesneden op de oorspronkelijk in de Grondwet aan de krijgsmacht opgedragen taken: de verdediging en bescherming van de belangen van het Koninkrijk. Die algemene verdedigingstaken droegen in sterke mate het stempel van een uitsluitend nationaal gerichte defensiepolitiek. Gelet op de gewijzigde internationale verhoudingen en als gevolg daarvan een toename van de internationale inzet van Nederlandse militairen, zijn de bepalingen in de Grondwet inzake de verdediging in het jaar 2000 gewijzigd (Stb. 2000, 294). Thans wordt in artikel 97 Grondwet ook de handhaving en de bevordering van de internationale rechtsorde als taak van de krijgsmacht vermeld. Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat de krijgsmacht meer dan voorheen in een context van internationale verhoudingen en verplichtingen is komen te staan en dat bij de inzet van Nederlandse militairen steeds meer nadruk is komen te liggen op het vervullen van internationale taken.

De gewijzigde inzet en taken van de krijgsmacht worden niet volledig weerspiegeld in het huidige artikel 38 WMSr. Dat artikel is immers uitsluitend van toepassing ten tijde van oorlog of gewapend conflict, terwijl niet alle militaire operaties waarbij Nederlandse militairen worden ingezet volkenrechtelijk als zodanig zijn aan te merken. Desalniettemin kunnen die militaire operaties zich in het huidige tijdsgewricht onder zeer complexe omstandigheden en hoog in het geweldsspectrum bevinden. De huidige internationale inzet van Nederlandse militairen illustreert dit.

In het licht van het bovenstaande komt het wenselijk voor om, in lijn met de gewijzigde taken van de krijgsmacht, de specifieke strafuitsluitingsgrond in artikel 38 WMSr te actualiseren door de bepaling zich te laten uitstreken tot alle gevallen van gerechtvaardigde gewelddoefening door militairen. Voorgesteld wordt om daartoe aan artikel 38 WMSr een nieuw lid toe te voegen, dat meebrengt dat van strafbaarheid is uitgesloten de militair die geweld gebruikt in de rechtmatige uitoefening van zijn taak en in overeenstemming met de regels die voor de uitoefening van die taak zijn vastgesteld. Deze constructie is voor militairen eenduidiger dan de hierboven beschreven (om)weg van de strafuitsluitingsgrond van het ambtelijk bevel. De voorgestelde aanvulling strekt mede tot verduidelijking van de strafuitsluitende werking van geweldsinstructies.

Hoewel de aanbeveling van de Commissie-Borghouts – in lijn met de onderzoeksopdracht – zich primair richt op de internationale inzet van Nederlandse militairen, heeft het onderhavige voorstel een algemene strekking. De tekst van het voorgestelde artikel 38, tweede lid, WMSr verzet zich niet tegen de mogelijkheid om ook bij vervolging wegens geweldgebruik buiten internationale operaties, bijvoorbeeld bij nationale militaire bijstand, een beroep op de bepaling te doen. In de bescherming van de belangen van het Koninkrijk ligt immers ook een belangrijke taak van de krijgsmacht. Uitvoering van die taak kan met rechtmatig geweld gepaard gaan. Het gevolg van het onderhavige voorstel is dat de toepasbaarheid van het aan artikel 38 WMSr toegevoegde tweede lid voorop komt te staan bij gedragingen waarvan de straffeloosheid thans gebruikelijk op de bepaling inzake het ambtelijk bevel zou worden gebaseerd. In de artikelsgewijze toelichting worden enkele bestanddelen van het voorstel nader toegelicht.

## **ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING**

### **Artikel I, onderdeel A**

Dit artikelonderdeel is voor een belangrijk deel reeds toegelicht in het algemeen deel van deze memorie van toelichting. Enkele bestanddelen van de voorgestelde strafuitsluitingsgrond worden hieronder nader toegelicht.

Het bestanddeel «regels die voor de uitoefening van die taak zijn vastgesteld» heeft betrekking op de geweldsinstructies voor de militair. Dit begrip omvat zowel dienstvoorschriften, vastgesteld door een conform het Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair straf- en tuchtrecht 2000 bevoegde autoriteit, als alle daarop gegronde dienstbevelen. Bedoeld zijn niet alleen de Rules of engagement, maar onder meer ook de Aide-Mémoire (voor commandanten), de instructiekaart geweldgebruik (voor de individuele militair), en de operationele bevelen en opdrachten van de commandant in de operatie-specifieke context. De Rules of engagement betreffen immers alleen de bevoegdheden tot geweldgebruik in het kader van de taakuitvoering, terwijl voor een succesvol beroep op de voorgestelde strafuitsluitingsgrond tevens relevant is of de handelingen waarvoor de strafuitsluitingsgrond wordt ingeroepen ook pasten binnen de

grenzen van de gegeven taken en instructies van de militair in het kader van de operatie.

Gedragingen die niet zijn gerelateerd aan de taakuitvoering, bijvoorbeeld gedragingen tijdens verlof of in strijd met de gegeven instructies, zijn – indien zij strafbare feiten opleveren – onverminderd strafbaar.

Over de Rules of engagement kan nog het volgende worden opgemerkt. De Rules of engagement reguleren onder welke omstandigheden in het kader van een internationale militaire operatie geweld mag worden gebruikt. Voor internationale militaire operaties worden de Rules of engagement veelal vastgesteld namens internationale organisaties waaraan het Koninkrijk een deel van haar soevereine bevoegdheden heeft overgedragen. De op internationaal niveau tot stand gekomen Rules of engagement worden op nationaal niveau door de Commandant der Strijdkrachten herbekrachtigd en in een operatieaanwijzing uitgegeven. Dit vormt de schakel tussen de internationale en nationale rechtssfeer en waarborgt de doorwerking van de legitimatie van geweldgebruik conform de Rules of engagement naar het Nederlandse rechtssysteem. Eventueel kunnen op dat moment ook op de Rules of engagement aangebrachte nationale voorbehouden (zogenoemde «caveats») worden doorgevoerd. Op deze wijze komen de Rules of engagement en de daarvan afgeleide Aide-Mémoire en instructiekaart geweldgebruik als onderdeel van het van de operatieaanwijzing afgeleide operatiebevel terecht bij de commandant van de eenheid die is belast met de uitvoering van de Nederlandse operationele inzet. De commandant draagt zorg voor het bekend maken van de gewelddsinstructies aan de militairen onder zijn bevel. Dit gebeurt onder andere door het uitreiken van aide-mémoires en instructiekaarten geweldgebruik, het opnemen van de gewelddsinstructies in de operatieorders en het voorafgaand aan en tijdens de militaire operatie brieven over en beoefenen van de geweldsbevoegdheden. Op deze wijze wordt de inhoud van de Rules of engagement aan de Nederlandse operationele eenheden bekend gesteld.

Zoals bij elke strafuitsluitingsgrond het geval, maken ook hier de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit intrinsiek onderdeel uit van de wettelijke bepaling. De gewelddsinstructies vormen de juridische grondslag voor het gebruik van geweld. Zij legitimeren echter op zichzelf niet tot iedere, onder die gewelddsinstructies denkbare, uitvoering. De rechtmatigheid van het gebruik van geweld in een concrete situatie zal moeten voldoen aan beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit. Dit sluit nauw aan bij zowel de gewelddsinstructies, waarin de regels omtrent subsidiariteit en proportionaliteit zijn opgenomen, als het stelsel van operatiegerichte voorbereiding, opleidingen en trainingen, waarin ruim aandacht wordt besteed aan de geweldsbevoegdheden van militairen onder uiteenlopende omstandigheden.

Bij de beoordeling of in het gegeven geval is voldaan aan de vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit is de hoedanigheid van degene die het geweld heeft gebruikt van belang. De toetsing aan de vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit kan op grond van onder meer rang, leeftijd of ervaring van de militair nader worden ingekleurd (vgl. J. de Hullu, *Materieel Strafrecht*, Deventer 2006, derde druk, blz. 365–366). Naast deze zogenoemde Garantenstellung kunnen ook factoren buiten iemands hoedanigheid of «kwaliteit», zoals de concrete militaire opdracht, algemene omgevingsfactoren en beschikbare wapensystemen, bij de beoordeling van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit een rol spelen.

Het nieuw voorgestelde artikel 38, tweede lid, WMSr vertoont overlap met de huidige bepaling van artikel 38, dat – indien dit wetsvoorstel wordt aangenomen – het eerste lid van het artikel zal zijn. Gelet op de reikwijdte

van het voorgestelde tweede lid, zullen zich situaties voor kunnen doen waarin zowel een beroep op het eerste lid als op het tweede lid mogelijk is. De huidige bepaling in artikel 38 WMSr behoudt echter straks als eerste lid zelfstandige betekenis voor situaties waarin het internationaal humanitair recht van toepassing is. Het tweede lid komt voorop te staan bij situaties waarin het internationaal humanitair recht niet van toepassing is, te weten rechtmatig geweldgebruik buiten gewapend conflict.

De NVvR merkt in zijn advies op dat het nieuw voorgestelde tweede lid van artikel 38 WMSr zich uitsluitend tot de militair richt, terwijl het huidige artikel 38 spreekt van «hij die (...)» en zich daarmee ingevolge artikel 66 WMSr naast de militair ook uitstrekt tot de in artikel 2, tweede lid, WMS genoemde niet-militairen. Naar het oordeel van de NVvR zou het wenselijk zijn om ook het nieuw voorgestelde tweede lid te laten spreken van «hij die (...)». In de eerste plaats zij opgemerkt dat aan de woorden «hij die (...)» in artikel 38 WMSr niet de betekenis toekomt die daar in artikel 66 WMSr aan wordt gegeven, omdat artikel 38 WMSr niet de omschrijving van een strafbaar feit bevat. De betekenis die in artikel 66 WMSr aan de uitdrukking «hij die (...)» wordt gegeven, dient er toe bepaalde delictsomschrijvingen zich te laten uitstrekken tot alle in artikel 2 van de Wet militaire strafrechtspraak genoemde categorieën personen. Zoals in het algemeen deel van deze toelichting werd aangegeven, beoogt de voorgestelde strafuitsluitingsgrond de legitimatie van geweldgebruik van militairen op grond van de geweldsinstructies op een meer eenduidige wijze in de wet vast te leggen. De bepaling richt zich daarmee tot hen die de bevoegdheid is gegeven om geweld te gebruiken. De categorieën personen genoemd in artikel 2, tweede lid, van de Wet militaire strafrechtspraak komen daarvoor niet in aanmerking.

#### *Artikel I, onderdelen B, C en D*

In het algemeen deel van deze memorie van toelichting is aangegeven dat het voorstel tot aanpassing van het begrip «oorlog» in het Wetboek van Militair Strafrecht in lijn is met de terminologie van de Wet internationale misdrijven en het Wetboek van Strafrecht. De Wet internationale misdrijven hanteert namelijk het moderne begrip «gewapend conflict». In artikel 107a Sr is het begrip «oorlog» ten aanzien van een aantal delictsomschrijvingen waarin dit begrip als bestanddeel is opgenomen verruimd tot «een gewapend conflict dat niet als oorlog kan worden aangemerkt en waarbij Nederland is betrokken, hetzij ter individuele of collectieve zelfverdediging, hetzij tot herstel van internationale vrede en veiligheid». Voorgesteld wordt om in het Wetboek van Militair Strafrecht bij deze bepaling aan te sluiten door in artikel 71 WMSr een vrijwel gelijklopende definitiebepaling op te nemen.

De NVvR heeft in zijn advies een opmerking gemaakt over de formulering van het wijzingsvoorstel met betrekking tot artikel 71 WMSr. Waar het voorstel uitgaat van een uitbreiding van het begrip «oorlog», is naar het oordeel van de NVvR «gewapend conflict» de algemene term waaronder oorlog mede wordt begrepen. Inderdaad wordt internationaal in het algemeen het begrip «gewapend conflict» gehanteerd en kan een oorlog in klassieke zin als een specifiek bepaalde vorm daaronder worden begrepen. De gekozen formulering van het nieuw voorgestelde artikel 71 WMSr sluit evenwel beter aan bij de bestaande wetssystematiek, nu bijvoorbeeld het commune strafrecht met artikel 107a Sr, zoals hierboven reeds vermeld, een vergelijkbare bepaling bevat.

Het huidige artikel 71 WMSr maakt het mogelijk het begrip «tijd van oorlog» uit te breiden naar andere situaties waarin de krijgsmacht kan komen te verkeren, maar is in de praktijk in onbruik geraakt (de toepassing in 2005 bij gelegenheid van de uitzending van een taakgroep *Special*

*Forces* naar de operatie Enduring Freedom in Afghanistan vormt hierop een uitzondering; zie hierover de brief van de Minister van Defensie aan de Voorzitters van de Eerste en Tweede Kamer van 22 april 2005, waarbij de onderhavige wetwijziging reeds werd aangekondigd (Kamerstukken II 2004/05, 27 925, nr. 172). Artikel 71a WMSr wordt wel in stand gelaten. Deze bepaling vormt een nuttige correctie op het begrip «tijd van oorlog» doordat het voor bepaalde delicten aangeeft (voor zover hier relevant) dat alleen tijd van oorlog mag worden aangenomen onder feitelijke oorlogsomstandigheden. Voorgesteld wordt om deze correctie ook van toepassing te laten zijn op het nieuwe artikel 71 WMSr. Temeer daar deze bepaling een rechterlijke toets bevat die garandeert dat rekening wordt gehouden met de feitelijke omstandigheden. Dit betekent dat de verwijzing in artikel 71a, eerste lid, naar artikel 71 moet worden geschrapt. Daartegenover staat dat, voor de duidelijkheid, ook een verwijzing naar artikel 72 wordt opgenomen. De wijziging in artikel 75 brengt het artikel terminologisch in lijn met het nieuwe artikel 71.

De NVvR onderschrijft in zijn advies het belang van het moderniseren van het begrip «oorlog» naar de huidige tijd. De NVvR heeft evenwel gewezen op een aantal veronderstelde gevolgen van de integrale uitbreiding in het Wetboek van Militair Strafrecht van het begrip «oorlog» tot een «gewapend conflict». Zo wijst de NVvR op de strafverzwaringen die gelden in «tijd van oorlog». Voorts stelt de NVvR dat de reikwijdte van de voorgestelde bepaling tot gevolg heeft dat de strafverzwaringen straks op de gehele krijgsmacht van toepassing zullen zijn op het moment dat slechts een deel van de krijgsmacht bij een gewapend conflict betrokken is. Deze veronderstelling moet evenwel op een misverstand berusten. In de eerste plaats is het niet aannemelijk dat het Openbaar Ministerie de strafverzwarende omstandigheid in «tijd van oorlog» ten laste zal leggen wanneer het strafbare feit buiten die toestand is gepleegd. Daarnaast bevat artikel 71a WMSr, zoals hierboven reeds vermeld, een correctie op het oorlogsbegrip van dat wetboek. Artikel 71a WMSr bepaalt dat de rechter de aanwezigheid van «tijd van oorlog» slechts zal aannemen «onder feitelijke oorlogsomstandigheden». Dit betekent dat op een strafbaar feit gepleegd op bijvoorbeeld een Nederlandse kazerne de eventueel aanwezige wettelijke strafverzwaring voor dat feit in «tijd van oorlog» niet van toepassing is, indien Nederland elders op de wereld gewikkeld is in een gewapend conflict.

Onder de militair complexe omstandigheden van een gewapend conflict kunnen bepaalde gedragingen ernstigere gevolgen hebben. Een situatie van gewapend conflict laat zich in die zin vergelijken met een oorlogssituatie. Die situatie rechtvaardigt voor bepaalde feiten een hogere strafbedreiging. Evenzo is het gerechtvaardigd dat in die situatie bepaalde feiten (bijvoorbeeld ongeoorloofde afwezigheid) niet langer tuchtrechtelijk worden afgedaan, maar strafrechtelijk dienen te worden gesanctioneerd. Mede tegen deze achtergrond is er voor gekozen om een uitbreidende definitiebepaling voor te stellen en niet alleen de werking van artikel 38 WMSr uit te breiden tot gewapend conflict.

Het door de NVvR genoemde strafprocessuele gevolg dat in een situatie van gewapend conflict straks ook de in artikel 2, tweede lid, van de Wet militaire strafrechtspraak bedoelde personen – voorzover het strafbare feit wordt begaan in gewapend conflict – onder de competentie van de arrondissementsrechtbank te Arnhem komen te vallen, sluit logisch aan bij hetgeen hierboven werd gesteld met betrekking tot de gelijkens in omstandigheden tussen oorlog en gewapend conflict. Op grond van het internationaal humanitair recht mogen krijgsgevangenen zelfs uitsluitend door een militair gerecht worden berecht.

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