

## Schrijftalent gezocht!

*In deze uitgave is plaats gemaakt voor een gastcolumn.*

*Ditmaal een bijdrage van Sgt1 L.H. Hoedemakers, die ingaat op het Militair Strafrecht.*

*De redactie daagt andere lezers uit om ook een column te schrijven voor de Militaire Spectator. De keuze van het thema is vrij, maar het moet wel passen binnen de formule van het blad. Voorwaarde voor plaatsing is dat de redactie uw boodschap relevant acht voor de lezers. Verder moet uw verhaal in niet meer dan*

*duizend woorden voor het voetlicht worden gebracht.*

*U kunt uw bijdrage sturen naar de bureauredactie (zie colofon). Wij zijn erg benieuwd wie zich geroepen voelt om te reageren. Uiteraard zijn we ook nieuwsgierig naar de thema's die u onder de aandacht van de lezers wilt brengen. Uw bijdrage wachten we dan ook met belangstelling af.*

*De hoofdredacteur*

## De militair, de opdracht en het strafrecht

### Wijziging van artikel 38 Wetboek van Militair Strafrecht

*Sgt1 L.H. Hoedemakers*

**N**a een onderzoek naar de toepassing van het militaire strafprocesrecht bij uitzendingen heeft de Commissie-Borghouts 21 aanbevelingen gedaan, waaronder de aanbeveling tot wijziging van artikel 38 Wetboek van Militair Strafrecht (hierna: MSr). De wetswijziging beoogt een grotere rechtszekerheid voor militairen. Na de wetswijziging zal dit artikel een extra strafuitsluitingsgrond bevatten en wordt de bestaande uitgebreid. In deze bijdrage wil ik de huidige situatie ten aanzien van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de militair behandelen. Vervolgens bezie ik de situatie na de wetswijziging. Tot slot volgt een persoonlijke beschouwing van het voorstel.

#### De huidige situatie

Militairen worden ingezet voor diverse taken. Tijdens de uitvoering van de militaire taak in bijvoorbeeld crisisbeheersingsoperaties kan de militair genoodzaakt worden geweld te gebruiken. Dit geweldgebruik kan leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid. Doorgaans wordt immers voldaan aan een delictomschrijving uit bijvoorbeeld het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr). De militair die op correcte wijze functioneel geweld toepast, moet er op kunnen vertrouwen dat hij of zij straffeloos blijft. Bovendien moet de militair voor de uitvoering van zijn opdracht een zo groot mogelijke rechtszekerheid worden geboden. Voor de verantwoording van het gebruikte geweld kan

de militair gebruik maken van strafuitsluitingsgronden uit het commune strafrecht en de specifieke militaire strafuitsluitingsgrond verwoord in artikel 38 MSr. Artikel 38 MSr luidt momenteel:

*Niet strafbaar is hij die in tijd van oorlog binnen de grenzen zijner bevoegdheid een naar de regelen van het oorlogsrecht geoorloofd feit begaat, of wiens bestraffing strijdig zou zijn met een verdrag, geldende tussen Nederland en de mogendheid waarmede Nederland in oorlog is, of met enig voorschrift, ingevolge zodanig verdrag vastgesteld.*

Hierbij zij opgemerkt dat deze strafuitsluitingsgrond enkel van toepassing is in tijd van oorlog. Tijd van oorlog is nu nog beperkt gedefinieerd in artikel 71 MSr. Dit heeft tot gevolg dat er momenteel situaties zijn waarin de militair geen beroep kan doen op artikel 38 MSr. Denk bijvoorbeeld aan de situatie in Irak, waar Nederlandse militairen deelnamen aan de missie SFIR. In gevallen waar geen beroep op art. 38 MSr mogelijk is kan de militair wellicht een beroep doen op een strafuitsluitingsgrond uit het commune strafrecht.

Hoewel artikel 38 MSr slechts een beperkte werking heeft, is de wetgever van mening dat de militair die binnen de geweldsinstructie handelt momenteel voldoende wordt beschermd

door het bestaande wettelijke stelsel van strafuitsluitingsgronden. Geweldsinstructies vol-  
doen door de overname in operatieplannen  
ook aan de definitie van het bevoegd gegeven  
ambtelijk bevel als vermeld in artikel 43 Sr:

*Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter  
uitvoering van een ambtelijk bevel, gegeven  
door het daartoe bevoegde gezag.*

Door deze constructie kan de militair voor  
het rechtvaardigen van zijn daad succesvol  
verwijzen naar zijn geweldsinstructies.

De militair die deelneemt aan een missie krijgt  
een geweldsinstructie mee in de vorm van  
geweldsinstructie militairen (GI) en de aide-  
memoire (AM). Het spreekt voor zich dat de  
militair overtuigd moet zijn van de noodzaak  
van deze geweldsinstructie en de strafrechtelijke  
gevolgen van overtreding van de geweldsinstruc-  
tie moet begrijpen. De militair die zijn gewelds-  
instructie overtreedt, zal zich niet langer kun-  
nen beroepen op de strafuitsluitingsgrond van  
artikel 43 Sr, maar eventueel wel op noodweer  
of noodweereces. Bij gebrek aan een straf-  
uitsluitingsgrond zal de militair strafrechtelijk  
vervolgd kunnen worden. De militaire inzet  
van de laatste jaren veronderstelt een goed besef  
bij militairen van de bevoegdheden. Met uit-  
zondering van Eric O. zijn recent geen militairen  
vervolgd wegens functioneel geweldgebruik.

#### **Situatie na de wetswijziging**

Hoewel een militair dus ook nu al mogelijk-  
heden heeft bij vervolging wegens geweld-  
gebruik, volgde de wetgever het advies van  
de Commissie-Borghouts en stelde een wets-  
wijziging voor. Het betreft allereerst een  
wijziging van het begrip tijd van oorlog:

*In dit wetboek wordt onder oorlog mede ver-  
staan: een gewapend conflict dat niet als oor-  
log kan worden aangemerkt en waarbij het  
Koninkrijk is betrokken, hetzij ter individuele  
of collectieve zelfverdediging, hetzij tot herstel  
van de internationale vrede en veiligheid.*

Deze wijziging betekent dat een aantal crisis-  
beheersingsoperaties ook onder het bereik van  
de bestaande strafuitsluitingsgrond zullen val-  
len. De extra rechtvaardigingsgrond van artikel

38 MSr is als volgt geformuleerd:

*Niet strafbaar is 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.*

Ondanks de mogelijkheden geboden door het  
commune strafrecht, zijn er een drietal voor-  
delen in de wetswijziging vervat. Ten eerste:  
de aanpassing van artikel 38 MSr omvat al het  
rechtmatige geweldgebruik, mits correct toe-  
gepast. Expliciet wordt in de memorie van  
toelichting bijvoorbeeld de militaire bijstand  
op grond van de Politiewet 1993 genoemd.  
Ten tweede: in de literatuur zijn verschillende  
opvattingen ten aanzien van de juridische aard  
van de *Rules of Engagement*. Dit probleem  
wordt in de kiem gesmoord door het toekomstige  
tweede lid van artikel 38 MSr. Dit lid bevat  
een verwijzing naar een geweldsinstructie door  
het woord 'regels' te gebruiken. Deze term ver-  
onderstelt regels in de breedste zin van het woord.  
Ten slotte heeft de voorgestelde wetswijziging  
een positieve invloed op het rechtszekerheids-  
gevoel van militairen. In een militaire wet is  
een algemene strafuitsluitingsgrond opgenomen  
voor alle militaire taken. Een beroep op het  
commune strafrecht is niet meer noodzakelijk.

#### **Beschouwing van het voorstel**

Ik ben het met de wetgever eens dat het gebruik  
van geweld en het afleggen van verantwoording  
hiervoor altijd samen moet gaan. Dit heeft in  
het kader van de sociale aanvaardbaarheid en  
voor het draagvlak van de militaire inzet voor-  
delen. Even zo vanzelfsprekend is dat de mili-  
tair die op een rechtmatige en juiste manier  
gebruik maakt van zijn bevoegdheden straffe-  
loos blijft. Hoewel dat ook onder het huidige  
recht het uitgangspunt is, kan dat vooral bij  
militair optreden volgens bepaalde ROE een  
probleem opleveren. Dit probleem wordt opge-  
lost door het nieuwe artikel 38 MSr lid 2. Het  
feit dat de omweg via het commune strafrecht  
met zijn strafuitsluitingsgronden niet meer  
nodig is levert wat mij betreft de belangrijkste  
meerwaarde van het toegevoegde lid op.  
De doelstelling van de wetgever, het bieden  
van meer rechtszekerheid, komt hierdoor  
zeker tot uitdrukking. ■