

De minister van Justitie
d.t.v. mr. M.J. Alink
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Afdeling Ontwikkeling

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

t (070) 361 97 23
f (070) 361 97 46
www.rechtspraak.nl

datum 31 januari 2008
contactpersoon R.C. Hartendorp
doorkiesnummer 070 - 361 9788
faxnummer 070 - 361 9746
e-mail R.Hartendorp@rechtspraak.nl
ons kenmerk UIT 12059 / ONTW RH
uw kenmerk 5520431/07/6
onderwerp Conceptvoorstel van rijkswet Wijziging Wetboek van Militair Strafrecht in verband met het opnemen van een strafuitsluitingsgrond voor rechtmatig geweldgebruik door militairen - advies

Geachte heer Hirsch Ballin,

Bij brief van 5 december 2007 met hierboven vermeld kenmerk verzocht u, mede namens de minister van Defensie, de Raad voor de rechtspraak (de "**Raad**") advies uit te brengen inzake het conceptvoorstel van rijkswet Wijziging Wetboek van Militair Strafrecht in verband met het opnemen van een strafuitsluitingsgrond voor rechtmatig geweldgebruik door militairen (het "**Wetsvoorstel**"). Het Wetsvoorstel is een nadere uitwerking van één van de aanbevelingen van de Commissie evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij uitzending en ziet op het opnemen van een specifieke wettelijke bepaling in het Wetboek van Militair Strafrecht tot vrijwaring van straf voor rechtmatig geweldgebruik door militairen.

Gehoord de gerechten, adviseert de Raad als volgt.¹

Voor zijn advies sluit de Raad aan bij het advies van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak over het Wetsvoorstel van 22 januari 2008. Dit laatstgenoemde advies is als bijlage aangehecht.

¹ De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklast van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechters zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.

datum 31 januari 2008
kenmerk UIT 12059 / ONTW
pagina 2 van 9

De Raad wil nog wel aandacht vragen voor het volgende. Op 23 september 2005 heeft de Raad geadviseerd over een conceptversie van het wetsvoorstel Reparatierijkswet (de “**Reparatierijkswet**”). Dit voorstel bevat ook een aantal kleine, maar de voor rechtspleging belangrijke, wijzigingen van het Wetboek Militair van Strafrecht en het Wetboek Militaire Strafrechtspraak. De Raad heeft begrepen dat de Reparatierijkswet nog niet is ingediend bij de Rijkswinsterraad omdat over een aantal onderdelen van het voorstel, die niet primair het militaire straf(proces)recht betreffen, nog geen consensus is bereikt met de Nederlandse Antillen en Aruba. Gezien het grote praktische belang van de Reparatierijkswet voor de rechtspraak, herhaalt de Raad zijn verzoek van 2 februari 2007 en dringt bij u aan op de bespoediging van de ambtelijke en politieke besluitvorming over de Reparatierijkswet.

Indien na het uitbrengen van dit advies het Wetsvoorstel op belangrijke onderdelen anders dan in hiervoor bedoelde zin wordt gewijzigd, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren.

Hoogachtend,

Th. Groeneveld
Lid Raad voor de rechtspraak

datum 31 januari 2008
kenmerk UIT 12059 / ONTW
pagina 3 van 9

Bijlage: advies Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak 22 januari 2008

1. Inleiding

Bij brief van 5 december 2007 (kenmerk 5520431/07/6) heeft de Minister van Justitie, mede namens de Minister van Defensie, aan de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) advies gevraagd over een voorstel van rijkswet Wijziging Wetboek van Militair Strafrecht in verband met het opnemen van een strafuitsluitingsgrond voor rechtmatig geweldgebruik door militairen.

Het onderhavige advies is voorbereid door een werkgroep van leden van de NVvR en vastgesteld door de Wetenschappelijke Commissie van de NVvR.

2. Korte inhoud van het voorstel

De inhoud van het voorstel van rijkswet² is tweeledig:

1. het opnemen van een specifieke wettelijke bepaling in het Wetboek van Militair Strafrecht (WMSr) tot vrijwaring van straf voor rechtmatig geweldgebruik door militairen;
2. aanpassing van het begrip '(tijd van) oorlog' in het WMSr in lijn met de terminologie zoals die gebruikt wordt in de Wet internationale misdrijven (Wim) en het Wetboek van Strafrecht (Sr).

2.1 Specifieke strafuitsluitingsgrond

Voorgesteld wordt om aan artikel 38 WMSr als tweede lid toe te voegen:

2. 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.

Dit voorstel wordt gedaan naar aanleiding van een door de Commissie Evaluatie toepassing militair strafprocesrecht³ ('Commissie Borghouts') gedane aanbeveling te onderzoeken, op welke wijze – in aanvulling op het bestaande wettelijk kader – kan worden voorzien in een op de huidige en toekomstige vormen van inzet van Nederlandse militairen toegesneden specifieke wettelijke bepaling waarin de legitimatie van geweldgebruik conform de geweldsinstructies wordt opgenomen.⁴

Door de introductie van een specifieke strafuitsluitingsgrond beoogt de wetgever de legitimatie van geweldgebruik door militairen op een meer eenduidige wijze in de wet vast te leggen.

2.2 Aanpassing van het begrip oorlog

Voorgesteld wordt artikel 71 WMSr te wijzigen zodat dit komt te luiden:

² Daar waar in het advies wordt gesproken over het voorstel van rijkswet en memorie van toelichting wordt bedoeld concept-voorstel van rijkswet en concept-memorie van toelichting. Omwille van de leesbaarheid is er echter voor gekozen niet telkens het woord concept toe te voegen.

³ Kamerstukken II 2005/2006, 30 300 X, nr 136.

⁴ Rapport Cie. Borghouts, p. 70.

datum 31 januari 2008
kenmerk UIT 12059 / ONTW
pagina 4 van 9

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

Dit voorstel maakte deel uit van een voorstel voor een rijksbrede reparatiewet, dat in voorbereiding was, maar vanwege de rijksbrede taakstelling door het ministerie van Justitie getemporiseerd 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 de uitleg die in de literatuur al wel aan het begrip werd gegeven, in de wet vastgelegd: '(tijd van) oorlog' ziet op alle situaties waarop het internationaal humanitair recht betrekking heeft.

3. Algemene opmerkingen

"Voorop staat dat het bestaande wettelijk stelsel van strafuitsluitingsgronden voldoende rechtsbescherming biedt voor de militair die conform zijn geweldsinstructies heeft gehandeld", aldus de memorie van toelichting in het voetspoor van de Commissie Borghouts.⁵ De NVvR deelt die opvatting. Wat de voorgestelde strafuitsluitingsgrond toevoegt aan hetgeen thans al in het eerste lid van artikel 38 WMSr is bepaald⁶ wordt uit de memorie van toelichting niet duidelijk. Op p. 7 hiervan wordt wel aangegeven dat de huidige bepaling zelfstandige betekenis behoudt, maar het omgekeerde (waarin de meerwaarde van de nieuwe bepaling zou moeten liggen) wordt niet aangegeven. De NVvR zou als voorbeeld hiervan willen noemen het geweldgebruik door militairen buiten een gewapend conflict.

De NVvR betreurt het dat de eerder genoemde Reparatierijkswet zo lang op zich liet wachten en nu op de lange baan is geschoven.⁷ Een groot aantal onderwerpen aangaande de militaire strafrechtspraak behoeft al jarenlang afdoende geregeld te worden.⁸ Anderzijds kan de vraag worden gesteld of de wijziging van oorlog in gewapend conflict als (slechts) 'reparatie' kon gelden. Het is winst dat in ieder geval dit belangrijke onderwerp thans met voorrang regeling vindt.

⁵ Rapport Cie. Borghouts, p. 69.

⁶ "Niet strafbaar is hij die in tijd van oorlog binnen de grenzen zijner bevoegdheid een naar de regelen van het oorlogsrecht geoorloofd feit begaat (...)"

⁷ Een eerste ontwerp dateert van 1 april 2003. De Raad voor de Rechtspraak heeft hierop in de zomer van 2003 commentaar geleverd. Op 23 september 2004 adviseerde de Raad naar aanleiding van een aangepast wetsontwerp en bij brief van 2 februari 2007 vroeg de Raad voor de Rechtspraak nogmaals om spoedige behandeling van de rijksbrede reparatiewet .

⁸ Vgl. gerechtshof Arnhem (militaire kamer) 10 september 2003, MRT 2004, p. 341, over het (reeds vanaf 1 januari 2002!) niet eenduidig geregeld zijn van de bevoegdheid om in hoger beroep kennis te nemen van vonnissen van de militaire kantonrechter. De thans in art. 71 WMSr gekozen formulering is al per 5 augustus 1952 in het Wetboek van Strafrecht opgenomen bij de invoering van art. 107a Sr (Stb. 1952, 408), echter met het grote verschil dat art. 107a Sr het heeft over de 'overeenkomstige toepassing' van een aantal genoemde strafbepalingen en dat dit wetsontwerp een volledige gelijkstelling bewerkstelligt van 'oorlog' en 'gewapend conflict'.

datum 31 januari 2008
kenmerk UIT 12059 / ONTW
pagina 5 van 9

Wel heeft het thans voorliggende voorstel van rijkswet een aantal als "militair-onvriendelijk" aan te merken gevolgen, die waarschijnlijk niet bedoeld zijn.⁹

4. Wijziging van artikel 38 WMSr

4.1. Artikel 38 WMSr (huidige tekst / het nieuwe eerste lid in het wetsvoorstel)

Het voorstel van rijkswet heeft tot doel de algemene strafuitsluiting voor gerechtvaardigde handelingen in oorlogstijd (artikel 38 WMSr) uit te breiden tot situaties in gewapende conflicten in vredetijd tijdens uitzendingen (vredesmissies).

Betoogd wordt dat het bestanddeel 'tijd van oorlog' zoals dat nu in artikel 38 WMSr is opgenomen daarvoor te beperkt is. Het ziet op de oorlog waarbij het Koninkrijk der Nederlanden partij is (het 'geval van oorlog'; zie par. 4.2) en niet op de gewapende conflicten waarin Nederlandse militairen terecht kunnen komen bij een uitzending in het kader van een vredesmissie.

Anderzijds is naar het oordeel van de NVvR dat bestanddeel juist te ruim, want in artikel 87, derde lid, Sr dat ingevolge artikel 1 WMSr ook in het Wetboek van Militair Strafrecht van toepassing is, is onder 'tijd van oorlog' ook begrepen de periode:

- a) 'zodra dienstplichtigen buitengewoon in werkelijke dienst worden geroepen' en dat kan zijn ruim voorafgaande aan een oorlog en dan is het oorlogsrecht nog niet van kracht (bij het ontwerpen van het Wetboek van Militair Strafrecht in 1903 werd hierbij gedacht aan een mobilisatie);
- b) 'zolang zij [de dienstplichtigen] buitengewoon in werkelijk dienst worden gehouden' en dat kan zijn in de periode na afloop van een oorlog en dan is het oorlogsrecht niet meer van kracht.

De eenvoudigste oplossing om het eerdergenoemde doel te bereiken is volgens de NVvR dan ook het in de huidige tekst van artikel 38 WMSr vervangen van de woorden 'in tijd van oorlog' door 'in een gewapend conflict'. 'Gewapend conflict' ziet namelijk op alle situaties waarin het oorlogsrecht van toepassing is. In de memorie van toelichting kan opgenomen worden dat de term 'gewapend conflict' in dit geval dezelfde betekenis heeft als in de artikelen. 5 en 6 Wet internationale misdrijven.¹⁰

Dit was overigens ook het standpunt van de Minister van Defensie in zijn brief aan de Tweede Kamer van 1 februari 2006 (Kamerstukken II 2005/06, 27 925, nr 202, blz. 3, tweede alinea) waarin hij schrijft: "Artikel 38 stelt namelijk de eis dat het begane feit door het oorlogsrecht moet worden geoorloofd. Het oorlogsrecht is echter alleen van toepassing tijdens een gewapend conflict. Dit blijkt ook uit de Verdragen van Genève."

⁹ Zie nader paragraaf 5.2.

¹⁰ Strikt genomen zou zowel 'in tijd van oorlog' als 'in een gewapend conflict' in artikel 38 WMSr gemist kunnen worden aangezien het handelen 'naar de regelen van het oorlogsrecht' vooronderstelt dat het oorlogsrecht van toepassing is. Een verklaard voorstander van het geheel laten vervallen van de zinsnede 'in tijd van oorlog' is prof. mr. G.L. Coolen. Zie van zijn hand onder meer 'De strafuitsluitingsgrond, vervat in artikel 38 WvMS', MRT 2007, p. 45 en 'Nogmaals (en nu voor de laatste keer) artikel 38 WvMS', MRT 2007, p. 314.

datum 31 januari 2008
kenmerk UIT 12059 / ONTW
pagina 6 van 9

Voorts valt uit enkele recente uitspraken van de rechter¹¹ op te maken dat deze de toepasselijkheid van het oorlogsrecht vaststelt door te onderzoeken of er sprake is geweest van een gewapend conflict. Noch de term 'oorlog' noch de term 'tijd van oorlog' is in die rechterlijke uitspraken terug te vinden, maar 'gewapend conflict' juist wel!

Bovendien voorkomt het vervangen van de term 'tijd van oorlog' door 'gewapend conflict' ook dat uitgelegd moet worden dat Nederland daardoor niet in oorlog verkeert (zie ook Kamerstukken II 2004/05, 27 925, nr. 172, blz. 1, begin derde alinea)¹²

4.2 Artikel 38, tweede lid, WMSr

De NVvR merkt op dat in het voorgestelde nieuwe tweede lid van artikel 38 WMSr wordt gesproken van 'de militair die..' terwijl het eerste lid begint met 'Hij die...'

Het Wetboek van Militair Strafrecht kent twee normadressaten, te weten 'De militair die...' (zie bijv. artikel 77 WMSr) en 'Hij die...' (zie bijv. artikel 78 WMSr).

In artikel 66 WMSr wordt bepaald dat met 'hij die...' wordt bedoeld ieder die in artikel 2 Wet militaire strafrechtspraak (WMSv) wordt genoemd. Met 'militairen' in de Nederlandse strafwetgeving worden bedoeld de militairen van het Koninkrijk der Nederlanden, dus de Nederlandse, Antilliaanse en Arubaanse militairen. Zo zijn bijv. buitenlandse militairen die krijgsgevangen worden gemaakt, geen militairen, maar worden zij ingevolge artikel 65 WMSr met Nederlandse militairen gelijkgesteld.¹³

In artikel 2, tweede lid, WMSv worden de niet-militairen genoemd die in 'tijd van oorlog' onder de bevoegdheid van de militaire rechter komen te vallen. Dit zijn :

onder 1° de met militairen gelijkgestelden en degenen die binnen de krijgsmacht een vitale functie vervullen;

onder 2° de zogenaamde legervolgingen;

onder 3° krijgsgevangenen;

onder 4° ieder in door de Nederlandse krijgsmacht bezet gebied.

Gelet op het voorgaande acht de NVvR het gewenst ook in het voorgestelde nieuwe tweede lid van artikel 38 WMSr te spreken van: 'hij die'.

De NVvR wijst er op dat in de memorie van toelichting het nieuw in te voegen tweede lid van artikel 38 WMSr teveel wordt verklaard vanuit de situatie in een gewapend conflict, terwijl het ook een functie

¹¹ Rb 's-Gravenhage 14 oktober 2005 (LJN AU4347 en AU4373); Rb 's-Gravenhage 23 december 2005 (LJN AV6353); zie r.o. 10 en Rb 's-Gravenhage 7 juni 2006 (LJN AX7098); zie r.o.6.

¹² Zie verder nog: de memorie van toelichting bij het voorstel van de Wet internationale misdrijven (Kamerstukken II 2001/02, 28 337, nr. 3, bij: *Oorlogstoestand en gewapend conflict*, blz. 12, eerste alinea en blz. 13, eerste alinea) en de memorie van antwoord bij het voorstel van de Wet internationale misdrijven in de Eerste Kamer (Kamerstukken I 2002/03 28 337, nr. 108b, blz. 5 bij: *Toepassing wetsvoorstel*).

¹³ Zie ook Rb 's-Gravenhage 14 oktober 2005 (LJN AU4347 en AU4373) waar het ging om twee Afghaanse generaals die niet werden berecht door een militaire kamer, maar door de rechtbank 's-Gravenhage omdat zij voor het strafrecht niet tot de militairen worden gerekend.

datum 31 januari 2008
kenmerk UIT 12059 / ONTW
pagina 7 van 9

heeft / zal hebben in vreedetijd in of buiten Nederland. Hierbij kan gewezen worden op het optreden in het kader van:

- a) de Rijkswet geweldgebruik bewakers militaire objecten en het daarop gebaseerde Besluit geweldgebruik defensiepersoneel in de uitoefening van de bewakings- en beveiligingstaak;
- b) artikel 58 Politiewet 1993 (bijstand aan de politie door de Koninklijke Marechaussee), waarbij geweld kan worden gebruikt volgens de instructies geldend voor de politie;
- c) artikel 59 Politiewet 1993 (bijstand aan de politie door andere militairen dan leden van de Koninklijke Marechaussee), waarbij geweld kan worden gebruikt volgens de instructies geldend voor de politie.

De NVvR geeft derhalve in overweging de memorie van toelichting uit te breiden met mogelijke gevallen van geweldgebruik in vreedetijd.

Voorts vindt de NVvR het om een aantal redenen verwarrend om in de memorie van toelichting de haakjes te gebruiken in '(tijd van) oorlog'.

De term 'oorlog' is algemeen en ziet zowel op de oorlog waarbij Nederland partij is (bijv. artikelen 101 en 107 Sr) als ook op een oorlog in het algemeen (artikelen 381 en 435c Sr), terwijl de term 'tijd van oorlog' een strafrechtelijk begrip is dat een rechtstoestand voor het Nederlandse commune en militaire strafrecht aangeeft¹⁴. Ook in het Wetboek van Strafrecht (losbl.), NLR wordt in aant. 4 bij artikel 87 Sr gesteld dat steeds onderscheid moet worden gemaakt tussen deze begrippen.

'Geval van oorlog' duidt op de oorlog waarbij Nederland is betrokken.¹⁵ Met 'geval van oorlog' wordt bedoeld de oorlog die in de artikelen 21 en 34 Statuut voor het Koninkrijk en artikel 96 Grondwet wordt genoemd, de oorlog waarbij Nederland partij is. 'Geval van oorlog' komt o.a. voor in de artikelen 175a en 175b Sr, terwijl in artikel 100 Sr en in artikel 80 WMSr sprake is van een 'geval van oorlog waarbij Nederland niet betrokken is'. Hoewel dat niet in enige wet is vastgelegd, wordt er vanuit gegaan dat een 'geval van oorlog' de rechtstoestand 'tijd van oorlog' oplevert.

'Tijd van oorlog' is echter ruimer dan 'geval van oorlog' of 'oorlog' door de uitbreidingen die in artikel 87 Sr en de artikelen. 71, 71b, en 72 WMSr zijn vermeld. 'Tijd van oorlog' is enerzijds voorwaarde voor strafbaarheid (zie bijv. de artikelen 77, 78 en 84 t/m 89 WMSr), anderzijds een strafverhogende situatie (zie bijv. de vele artikelen in de reeks 105 t/m 162 WMSr).

De NVvR wijst er daarnaast op dat in de memorie van toelichting de strafuitsluitingsgrond van artikel 38 WMSr te veel in het teken van de noodweer wordt gezet door de verwijzingen naar 'proportionaliteit' en 'subsidiariteit'. De wetgever treedt hier wellicht te veel in de voetsporen van de commissie Borghouts, die de volgende formulering voorstelde: "Niet strafbaar is de militair die geweld gebruikt in de rechtmatige uitoefening van zijn taak tot handhaving of bevordering van de internationale rechtsorde en in overeenstemming met de regels die voor de uitvoering van deze taak zijn vastgesteld wanneer het daarmee beoogde doel dit, mede gelet op de aan het gebruik van geweld verbonden gevaren,

¹⁴ De gevolgen voor militairen op ander rechtsgebieden worden hier verder buiten beschouwing gelaten.

¹⁵ Hoge Raad 11 november 1997, LJN ZD0857, NJ 1998, 46, MRT 1998, p. 198 (zaak Knesevic)

datum 31 januari 2008
kenmerk UIT 12059 / ONTW
pagina 8 van 9

rechtvaardigt en dat doel niet op een andere wijze kan worden bereikt.'" Deze formulering moet als omslachtig¹⁶ worden aangeduid en is terecht niet overgenomen.

Artikel 38 WMSr is naar de NVvR meent in wezen de vastlegging in de wet van een oorlogsrechtelijke strafuitsluitingsgrond en niet van een strafrechtelijke. In een gewapend conflict zijn handelingen toegestaan die onder vredesomstandigheden strafbare feiten zouden opleveren. Zo is schieten op de tegenstander geen bedreiging, doodslag, moord of poging daartoe, is het maken van krijgsgevangenen geen vrijheidsberoving en is het opblazen van een brug geen opzettelijke vernieling. Bedacht moet worden dat in een gewapend conflict ook offensieve acties kunnen voorkomen (voor zover ze door de Rules of engagement niet zijn uitgesloten).

5. Wijziging van artikel 71 WMSr

5.1 Algemeen

Met de door de NVvR voorgestelde aanpassing van artikel 38 WMSr hoeft art. 71 WMSr niet meer te worden gewijzigd. Ook de artikelen 71a en 75 WMSr behoeven dan geen wijziging. Wordt echter 'tijd van oorlog' in artikel 38 WMSr gehandhaafd dan moet het begin van de wijzigingsopdracht niet luiden 'In dit wetboek wordt onder oorlog mede verstaan ...' maar 'In dit wetboek wordt onder tijd van oorlog verstaan ...'. Zoals reeds eerder uiteen is gezet zijn 'oorlog' en 'tijd van oorlog' verschillende begrippen. Het wijzigingsvoorstel draait in feite de zaken om. Hier wordt voorgesteld 'gewapend conflict' (mede) onder 'oorlog' te gaan verstaan, terwijl juist 'gewapend conflict' de algemene term is waaronder 'oorlog' is begrepen.

5.2 Het onvoldoende nuancerende karakter van de wijziging van artikel 71 WMSr

Bij een groot aantal delicten leidt het plegen 'in tijd van oorlog' tot een fiks hogere strafbedreiging dan 'in tijd van vrede'. De categorische wijziging van artikel 71 WMSr leidt er naar het oordeel van de NVvR toe dat, als waar ook ter wereld het Koninkrijk betrokken is bij een gewapend conflict, voor de gehele krijgsmacht deze strafverzwarende omstandigheid van toepassing is. Nu kan de militaire ziekenverzorger, die twee weken ongeoorloofd van zijn werk in Ermelo wegblijft, worden gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar (artikel 98 WMSr); onder de nieuwe regeling staat er zeven jaar en zes maanden op (artikel 100 WMSr). In de memorie van toelichting wordt aan dit aspect ten onrechte geen woord gewijd, terwijl het wetsvoorstel per saldo heel wat minder 'militair-vriendelijk' wordt dan de kennelijke strekking is.

De voorgestelde wijziging van artikel 71 WMSr brengt bovendien met zich, dat voor de gehele krijgsmacht 'tijd van oorlog' of zelfs '(geval van) oorlog' aanwezig wordt geacht, óók als slechts een klein gedeelte van de krijgsmacht bij een gewapend conflict is betrokken. De forse verhoging van een groot aantal strafmaxima is het meest in het oog springende, waarschijnlijk niet bedoelde, gevolg¹⁷.

¹⁶ Terwijl de éérste in art. 97 Grondwet genoemde bestaansreden van de krijgsmacht ("ten behoeve van de verdediging en ter bescherming van de belangen van het Koninkrijk") nog niet eens wordt genoemd.

¹⁷ Overigens is ook uit de recente jurisprudentie van de militaire kamers niet gebleken dat er bij de uitzendingen van militairen behoefte is aan een verhoging van de maximale strafbedreiging.

datum 31 januari 2008
kenmerk UIT 12059 / ONTW
pagina 9 van 9

Maar er is ook een aantal, waarschijnlijk evenzeer onbedoelde, tuchtrechtelijke en strafprocessuele effecten.

In tijd van oorlog is er minder plaats voor tuchtrechtelijke afdoening van bepaalde gedragingen dan in tijd van vrede. Opzettelijke ongeoorloofde afwezigheid is in vredestijd een strafbaar feit wanneer deze langer dan vier dagen duurt (artikel 98 WMSr), in tijd van oorlog ligt de grens tussen overtreding van een tuchtrechtelijke gedragsregel en strafbaar feit na twee dagen. Bovendien is in tijd van oorlog, anders dan in tijd van vrede, tuchtrechtelijke afdoening van enkele lichte vormen van afwezigheidsdelicten niet mogelijk.¹⁸ Dit heeft ook gevolgen voor de justitiële documentatie: in plaats van de aantekening 'sepot/tuchtrechtelijk afgedaan' wordt een strafrechtelijke afdoening vermeld.

De voorgestelde wijziging van artikel 71 WMSr heeft ook tot gevolg dat de uitgezonden eenheden gaan opereren in 'tijd van oorlog' met alle daaraan gekoppelde gevolgen. Naast de verhoging van de maximale strafbedreigingen in het Wetboek van Militair Strafrecht heeft 'tijd van oorlog' ook gevolgen via de Wet militaire strafrechtspraak. Behalve de militairen zullen dan ook de niet-militairen die deel uitmaken van de uitgezonden eenheid (geestelijke verzorgers, burger-monteurs, verslaggevers, artiesten, enz.) komen te vallen onder de bevoegdheid van de militaire kamers ingevolge het bepaalde in artikel 2, tweede lid, WMSv. Naar de letter van artikel 2, tweede lid WMSv zou ook de bevoegdheid van de militaire kantonrechter vervallen. Dit is ongetwijfeld niet bedoeld en wordt slechts bij geluk ondervangen door het in de militaire strafwetgeving nog niet doorgevoerd zijn van de wijzigingen binnen de rechterlijke organisatie per 1 januari 2002.¹⁹

6. Conclusie

De bescherming tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de militair, die rechtmatig geweld gebruikt, is ook naar geldend recht voldoende gewaarborgd. Voor zover verduidelijking wordt beoogd, kan dit naar de NVvR meent beter geschieden door in de huidige tekst van artikel 38 WMSr de woorden 'in tijd van oorlog' te vervangen door 'in een gewapend conflict'.

De voorgestelde wijziging van artikel 71 WMSr is, hoezeer het up to date brengen van het begrip 'oorlog' ook is gewenst, onvoldoende onderzocht op onbedoelde gevolgen.

¹⁸ Zie art. 79 Wet militair tuchtrecht (WMT). In vredestijd kan ongeoorloofde afwezigheid van langer dan vier dagen (art. 96, aanhef en onder 2° WMSr en art. 98, aanhef en onder 2° WMSr) met toestemming van het openbaar ministerie tuchtrechtelijk worden afgedaan als die niet langer dan acht dagen duurt. In tijd van oorlog *moet* de ongeoorloofde afwezigheid van langer dan vier dagen (buiten opzet; art. 97 aanhef en onder 4° WMSr) resp. van langer dan twee dagen (bij opzet; art. 99 aanhef en onder 2° WMSr) strafrechtelijk worden afgedaan. Vgl. J.R.G. Jofriet, "Militair tuchtrecht en 'tijd van oorlog'", MRT 2006, p. 313.

¹⁹ Vgl. par. 3 en voetnoot 7.