

De strafuitsluitingsgrond, vervat in artikel 38 WvMS

door

PROF. MR. G.L.COOLEN

Een korte bijdrage waarin een eerder met betrekking tot artikel 38 WvMS gedaan voorstel - dat merkwaardigerwijs niet door de Commissie-Borghouts is overgenomen - wordt herhaald, niet vanuit de gedachte dat de aanhouder wint, maar omdat de overtuiging bestaat dat aanvaarding van het voorstel betekent dat volledig wordt tegemoetgekomen aan de thans tegen artikel 38 bestaande bezwaren, zonder dat dit enig gevolg heeft voor andere wettelijke bepalingen.

1. Het rapport van de Commissie-Borghouts

Op 31 augustus jl. bracht de door de Ministers van Justitie en van Defensie naar aanleiding van de zaak *Eric O.* ingestelde *Commissie evaluatie toepassing militair strafrecht*, onder voorzitterschap van C.J.L. Borghouts, haar rapport uit. Het is een gedegen rapport geworden dat - naast een voorwoord en een aantal bijlagen - vier hoofdstukken telt: (1) Inleiding, (2) Juridisch kader, (3) Resultaten van het onderzoek, (4) Beoordelingskader, conclusies en aanbevelingen. De Commissie is - na bestudering van de relevante literatuur en na het horen van vertegenwoordigers van Defensie, het OM en de Koninklijke Marechaussee, alsmede van deskundigen op het gebied van het militaire strafrecht - tot de slotsom gekomen dat het wettelijk kader waarbinnen strafvordering in militaire zaken plaatsheeft, in beginsel volstaat. Een belangrijk punt van aandacht is echter, aldus de Commissie, 'het gebruik van het verouderde begrip *tijd van oorlog* in het Wetboek van Militair Strafrecht en de juridische aspecten die daarmee samenhangen'.

De Commissie stelt vast dat een reparatierijkswet zal voorzien in een aanvulling van het begrip *tijd van oorlog* in het Wetboek van Militair Strafrecht met het begrip *gewapend conflict*. Naar haar mening kan echter, gelet op het bepaalde in artikel 38 WvMS, niet met een zodanige wijziging worden volstaan. Artikel 38 bepaalt dat niet strafbaar is hij die *in tijd van oorlog* binnen de grenzen van zijn bevoegdheid een naar de regels van het oorlogsrecht geoorloofd feit begaat. De Commissie is van oordeel dat de in het artikel vervatte strafuitsluitingsgrond zich zal dienen uit te strekken 'tot de huidige en toekomstige vormen van operationele inzet van Nederlandse militairen'. Zij voegt hieraan toe dat zij zich realiseert dat een zodanige wijziging 'mogelijk gevolgen heeft voor andere wettelijke bepalingen en de systematiek van de wet'.

2. De aanduiding *tijd van oorlog*

Tijd van oorlog is een strafrechtelijk begrip. De aanduiding komt voor op vele plaatsen in het Wetboek van Militair Strafrecht. De aanduiding komt ook voor in het Wetboek van Strafrecht. In *tijd van oorlog* is een feit veelal zwaarder strafbaar dan in tijd van vrede; of eerder strafbaar.¹⁾ De wet zegt niet wat onder *tijd van oorlog* moet worden verstaan. Uit de wetgeschiedenis volgt echter dat *tijd van oorlog* ziet op een oorlog in volkenrechtelijke zin, op een rechtstoestand die ontstaat zodra de ene Staat de andere de oorlog heeft ver-

¹⁾ Zo levert opzettelijke ongeoorloofde afwezigheid in tijd van vrede pas na vier dagen een strafbaar feit op; in tijd van oorlog echter reeds na twee dagen.

klaard; of heeft verklaard zich met de andere Staat in oorlog te beschouwen.²⁾

Oorlogen in volkenrechtelijke zin zijn zeldzaam geworden. De reden is dat oorlogsverklaringen - of, in de terminologie van de Grondwet, in-oorlog-verklaringen - aan het begin van vijandelijkheden sinds het einde van de Tweede Wereldoorlog in onbruik zijn geraakt. Om die reden is in 1949, in elk van de toen tot stand gebrachte vier Verdragen van Genève, uitdrukkelijk bepaald dat deze Verdragen niet alleen van toepassing zijn 'ingeval een oorlog is verklaard', maar ook bij elk ander gewapend conflict dat ontstaat tussen twee of meer Staten, 'zelfs wanneer de oorlogstoestand door een der Partijen niet wordt erkend'. Ook in andere naoorlogse verdragen is een zodanige bepaling opgenomen. Verzuimd is toen het Wetboek van Militair Strafrecht aan te passen. Dit is ook later niet geschied. Het gevolg is dat *tijd van oorlog* in strafrechtelijk zin zich in feite niet meer, of nog hoogst zelden, zal voordoen.

Volledigheidshalve wordt in dit verband gewezen op artikel 71 WvMS. Dit artikel bepaalt dat voor een gedeelte van de krijgsmacht *tijd van oorlog* aanwezig wordt geacht, indien het - in tijd van vrede - is aangewezen voor een van de in het artikel genoemde taken, mits de aanwijzing op de door de Kroon voorgeschreven wijze is bekendgemaakt. In de naoorlogse jaren is van de mogelijkheid die artikel 71 biedt eenmaal gebruik gemaakt, en wel met betrekking tot de thans in Afghanistan opererende *Special Forces*.³⁾

3. Artikel 38 WvMS nader beschouwd

Zoals gezegd komt de aanduiding in *tijd van oorlog* op vele plaatsen in het Wetboek van Militair Strafrecht voor, in de regel als strafverzwarende omstandigheid.⁴⁾ Niet als strafverzwarende omstandigheid komt de aanduiding voor in artikel 38 WvMS. Dit artikel bevat twee bepalingen. De eerste bepaling luidt dat niet strafbaar is hij die in *tijd van oorlog* binnen de grenzen van zijn bevoegdheid een naar de regels van het oorlogsrecht geoorloofd feit begaat. Ten tijde van de totstandkoming van artikel 38 (in het jaar 1903) golden de regels van het oorlogsrecht uitsluitend in geval van een oorlog in volkenrechtelijke zin. Zo bepaalde artikel 2 van het Landoorlogverdrag (1907): 'De voorschriften, vervat in het bij artikel 1 bedoelde Reglement (het Landoorlogreglement), zijn slechts van toepassing voor de contracterende Mogendheden in geval van oorlog tussen twee of meer van Haar.' Omdat ook de aanduiding *tijd van oorlog* uitsluitend zag op een oorlog in volkenrechtelijke zin, hielden de woorden 'in *tijd van oorlog*' in artikel 38 op geen enkele wijze een beperking in. In feite was sprake van een overbodige toevoeging. Een beperking werd ook niet beoogd. Volgens de memorie van toelichting was de bepaling in het wetboek opgenomen 'ten einde straffeloosheid te waarborgen voor al die handelingen, die, tijdens ze gepleegd worden, als

²⁾ Zie bijvoorbeeld de toelichting van de zijde de regering bij de bepaling dat onder tijd van oorlog mede wordt begrepen de tijd waarin een oorlog dreigende is. Volgens de toelichting steunt deze uitbreiding op de gedachte dat het tijdstip van de aanvang van een oorlog 'strafrechtelijk niet afhankelijk mag worden gesteld van volkenrechtelijke vragen of formaliteiten'. 'Zo is voor sommige onderwaterzettingen meer tijd nodig dan waarover men beschikken zou, indien men wilde wachten tot het ogenblik waarop ons een oorlogsverklaring zal zijn uitgereikt.' (J. Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, Eerste deel, tweede druk, p. 538).

³⁾ Dit betekende overigens niet dat de *Special Forces*, zoals de kranten schreven, 'onder het oorlogsrecht werden gebracht'. Of het oorlogsrecht van toepassing is, hangt immers niet af van de omstandigheid of zich wel of niet tijd van oorlog in strafrechtelijke zin voordoet.

⁴⁾ Ook als strafverzwarende omstandigheid zal de aanduiding dienen te worden vervangen door een in deze tijd meer passende aanduiding. Soms zal dit zijn de aanduiding in geval van een gewapend conflict, soms de aanduiding onder operationele omstandigheden. Zie hieromtrent G.L. Coolen, *Tijd van oorlog*, een verouderd begrip, MRT 2000, p. 270-274.

geoorloofde oorlogsdaden zijn te beschouwen'.⁵⁾

De tweede in artikel 38 WvMS vervatte bepaling zegt dat niet strafbaar is hij wiens bestraffing strijdig zou zijn met een verdrag, geldend tussen Nederland en de Mogendheid waarmee Nederland in oorlog is. De bepaling is, zoals in de memorie van toelichting valt te lezen, in het Wetboek van Militair Strafrecht opgenomen, 'opdat niemand strafbaar zij in strijd met de verklaringen, vastgesteld door de Internationale Vredesconferentie'.⁶⁾ Met 'de Internationale Vredesconferentie' is bedoeld de Eerste Haagse Vredesconferentie (van 1899), waarbij het Landoorlogverdrag, met bijbehorend Landoorlogreglement, werd vastgesteld. De bepaling heeft geen zelfstandige betekenis (meer). Indien iemands bestraffing strijdig is met een Verdrag, geldend tussen Nederland en de Mogendheid waarmee Nederland in oorlog is, is het begane feit immers kennelijk naar de regels van het oorlogsrecht geoorloofd.

4. Voorstel

Naar het oordeel van de Commissie-Borghouts verdient het aanbeveling 'om de specifiek op militairen gerichte strafuitsluitingsgrond, genoemd in artikel 38 WvMS, zich te laten uitstrekken tot alle huidige en toekomstige vormen van operationele inzet van Nederlandse militairen'. Aannemende dat is bedoeld: alle vormen van inzet, mits het oorlogsrecht toepasselijk is, deel ik dit standpunt van de Commissie. Ik zou het echter anders zeggen: op de in artikel 38 WvMS vervatte strafuitsluitingsgrond moet een beroep kunnen worden gedaan in alle gevallen waarin het oorlogsrecht van toepassing is. Dit doel is op een eenvoudige wijze te bereiken: door in artikel 38 de woorden 'in *tijd van oorlog*' te schrappen.

Schrapping van de woorden 'in *tijd van oorlog*' betekent in de eerste plaats dat het artikel weer - in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever - 'straffeloosheid waarborgt voor al die handelingen, die, tijdens ze gepleegd worden, als geoorloofde oorlogsdaden zijn te beschouwen'. In de tweede plaats houdt schrapping in dat de tekst van het artikel beter aansluit bij de tekst van andere, soortgelijke bepalingen. Zo luidt artikel 42 WvS: 'Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een wettelijk voorschrift.' Dat het voorschrift toepasselijk moet zijn, is niet vermeld; en behoeft ook niet te worden vermeld. Het spreekt vanzelf. Zoals het ook vanzelf spreekt dat een beroep op de in artikel 38 WvMS vervatte strafuitsluitingsgrond slechts kan worden gedaan indien het oorlogsrecht van toepassing is. En ten slotte: schrapping in artikel 38 WvMS van de woorden 'in *tijd van oorlog*' heeft geen gevolgen voor andere wettelijke bepalingen of voor de systematiek van de wet.

Ook de andere in artikel 38 WvMS vervatte bepaling - dat niet strafbaar is hij wiens bestraffing strijdig zou zijn met een verdrag, geldend tussen Nederland en de Mogendheid waarmee Nederland in oorlog is - kan mijns inziens beter worden geschrapt. Zij heeft geen zelfstandige betekenis (meer).

Aanvaarding van hetgeen in deze bijdrage is voorgesteld betekent dat artikel 38 WvMS komt te luiden:

'Niet strafbaar is hij die binnen de grenzen van zijn bevoegdheid een naar de regels van het oorlogsrecht geoorloofd feit begaat.'

⁵⁾ Van der Hoeven, deel I, p. 420.

⁶⁾ Van der Hoeven, deel I, p. 421.