

# De status van aanwijzingen van buitenlandse commandanten bij de beoordeling van functioneel militair geweldgebruik

Een reactie op de bijdrage van mr.A.F.Vink over de 'Tactical Directive',  
in MRT, vol. 103, nr. 2, pp. 86-91

DOOR: KOLONEL DR. P.A.L. DUCHEINE<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Wat is de juridische status van de 'Tactical Directive' zoals die onder meer door Commandant ISAF wordt uitgegeven? Deze vraag stond centraal in een recente en bijzonder lezenswaardige bijdrage van mr.A.F.Vink. De handschoen die Vink zichzelf toewerpt én zijn daaropvolgende analyse en beschouwing dragen in algemene zin bij aan een beter begrip van de beoordeling van functioneel militair geweldgebruik, de daarbij van toepassing zijnde rechtsregimes tijdens militaire operaties in het algemeen én de regimes binnen ISAF in het bijzonder. In aanvulling op Vink's bijdrage zou ik enkele aspecten verder willen uitdiepen.

## 2. Het 'oude' vraagstuk van de ROE?

Voordat het zo ver is, zou ik eerst willen wijzen op het feit dat Vink een kwestie heeft aangekaart die gelijkenis vertoont met de problematiek die voorheen bestond – en wellicht nog steeds bestaat – rondom Rules of Engagement (ROE). Ten tijde van de crisisbeheersingsoperaties in voormalig Joegoslavië (UNPROFOR en IFOR/SFOR) kaarten Jörg, Kroon en Jacobs, en Eiting & Van Duurling deze vergelijkbare problematiek ook al aan.<sup>2</sup> Een gemeenschappelijke conclusie van Vink's illustere voorgangers was dat de juridische status van ROE – toen – in het Nederlandse strafrecht onduidelijk was.

In 2005 nam de Militaire Kamer van het Gerechtshof te Arnhem deze onduidelijkheid (deels) weg met haar fameuze Eric O. arrest. In dit arrest kwam het Gerechtshof tot de conclusie dat de ROE die van toepassing waren op Eric O. "aan alle eisen, die artikel 135 van het

<sup>1</sup> Paul Duchaine is militair jurist en als Universitair Hoofddocent en onderzoeker/gastdocent verbonden aan resp. de Nederlandse Defensie Academie (Faculteit Militaire Wetenschappen) en de Universiteit van Amsterdam (ACIL/Leerstoel militair recht). De meningen en opvattingen in dit artikel komen voor de verantwoordelijkheid van de auteur. Zij geven niet noodzakelijk de mening van de Minister van Defensie weer. De auteur is mrs. G.F. Walgemoed, E.H. Pouw en B.M. Kuijper erkentelijk voor hun opmerkingen en suggesties.

<sup>2</sup> Zie o.a. N. Jörg (1996), 'De zaak Clegg', in: *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, vol. 89, nr. 2, p. 54; W.B. Kroon & M. Jacobs (1996), 'Rules of engagement; Een verkenning', in: *Militaire Spectator*, vol. 166, nr. 3, pp. 124-130, p. 127; R.M. Eiting & J.S. van Duurling (1998), 'De aangeliende waakhond: conceptuele gedachten over 'Rules of Engagement'', in: *Militaire Spectator*, vol. 167, nr. 4, pp. 168-179, p. 173.

Wetboek van Militair Strafrecht aan een dienstvoorschrift stelt” voldeden.<sup>3</sup> Die conclusie trok het Hof destijds in de specifieke context van de SFIR missie.<sup>4</sup> Omdat de Commandant der Strijdkrachten sindsdien buitenlandse ROE expliciet tot de zijne maakt en deze doorgeeft in de vorm van dienstvoorschriften,<sup>5</sup> nemen velen voetstoots aan dat alle ROE zich per definitie kwalificeren als dienstvoorschriften. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat de inventieve denkwijze die het Hof in het arrest toepaste, nog niet in een andere context of door een hoger juridisch college is gezien.

### 3. Buitenlandse aanwijzingen

Hoe dit ook zij, Vink's vraag naar de juridische status van een Tactical Directive vertoont dus sterke overeenkomsten met de jarenlange zoektocht naar de status van ROE. In de wetenschap dat die laatste kwestie tot veler tevredenheid beslecht is, is het inderdaad een uiterst relevante vraag die Vink opwerpt. Ik zou de vraag echter willen verbreden, omdat ik meen dat dezelfde vraag ook geldt voor Standaard Operating Procedures (SOPs), Standard Operating Instructions (SOIs), Special Instructions (SPINs) voor vliegers en zelfs voor Operatie-orders, -plannen en -bevelen (OPORDs, OPLANs en OpBevel) en Fragmentation Orders (FRAGOs). De problematiek van de juridische status van 'buitenlandse' aanwijzingen was voorheen ook niet enkel en alleen van toepassing op ROE (inbegrepen nationale voorbehouden (*caveats*) uit interpretaties (*amplifications*)). En nu nog steeds niet louter op Tactical Directives.

Gemakshalve ga ik uit van de veronderstelling dat dit soort opdrachten, aanwijzingen en richtlijnen (hierna: aanwijzingen)<sup>6</sup> van buitenlandse commandanten niet zijn overgenomen door de hoogste Nederlandse nationale commandant ter plekke.

Dat SOPs, SOIs, OpOrds, OPLANs en FRAGOs én Tactical Directives er zijn om opgevolgd te worden is evident. Zolang de aanwijzingen of opdrachten in deze documenten geen strijdigheid met nationaal of internationaal recht, dan wel met nationale restricties (*caveats* en *amplifications*) opleveren, dienen deze aanwijzingen in beginsel te worden opgevolgd (zie hierna § 4.1).<sup>7</sup> Daarmee is hun status echter niet bepaald.

Zodra er sprake is van een buitenlandse commandant die deze documenten heeft vastgesteld, is die status naar Nederlands recht in navolging van het hiervoor geschetste euvel met ROE en Tactical Directives niet glashelder. Hoe moet Commandant Task Force Uruzgan (TFU) omgaan met de 'SOP Doelbestrijding' van Commandant ISAF dan wel Commandant RC South? Hoe moet de Nederlandse F-16 vlieger omgaan met de SPINs? Wat doet de Nederlands Commandant RC South met de OPORD van Commandant ISAF? Hoe gaan de militairen van TFU om met de in een FRAGO vervatte aanwijzingen met betrekking tot een

<sup>3</sup> Hof Ah 4 mei 2005, LJN AT4988, MRT 2005, p. 213.

<sup>4</sup> Zie hierover: Dolman, M.M., Ducheine, P.A.L., Gill, T. D. & Walgemoed, G.F. (2005). 'Functioneel geweldgebruik in internationale operaties: een spiegel van rechtspraak en rechtspraak.' in: *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, vol. 98, nr. 10, pp. 369-420.

<sup>5</sup> *Handelingen II* 2009-2010, 6, 369-384, p. 377.

<sup>6</sup> Korthedshalve zal ik hierna de generieke term "aanwijzingen" hanteren. Coolen (zie hierna) hanteert "dienststopdrachten".

<sup>7</sup> Coolen, G.L. & Walgemoed, G.F. (2008). *Militair strafrecht* (5<sup>e</sup> druk), Deventer: Kluwer, p. 95: "Dit betekent niet dat een zodanig bevel niet behoeft te worden opgevolgd".

### *Collateral Damage Estimate* bij targeting?

Ik wil deze kwestie via twee deelvragen benaderen. Op de eerste plaats door te bezien wat het (strafrechtelijke) gevolg is van het niet-opvolgen van aanwijzingen van buitenlandse commandanten. Op de tweede plaats door specifiek te focussen op de strafuitsluitingsgrond van artikel 38 Wetboek van Militair Strafrecht (WMS). De vraag is wat het niet opvolgen van aanwijzingen van buitenlandse commandanten tot gevolg heeft bij een eventueel beroep op deze strafuitsluitingsgrond.

## 4. Niet-opvolgen buitenlandse aanwijzingen

Vink maakt duidelijk dat de Tactical Directive van COM-ISAF als zodanig geen dienstvoorschrift en ook geen dienstbevel in de zin van het Wetboek van Militair Strafrecht is.<sup>8</sup> Datzelfde lot treft ook andere aanwijzingen van buitenlandse commandanten. Coolen en Walgemoed bevestigen dit: aanwijzingen van buitenlandse commandanten zullen normaliter geen dienstbevelen en dienstvoorschriften naar Nederlands militair strafrecht zijn.<sup>9</sup> Coolen beschreef eerder de mogelijkheid om buitenlandse militairen in dit verband met Nederlandse commandanten gelijk te stellen via de weg van art. 75a WMS.<sup>10</sup> Een mogelijkheid die tot dan toe (1996), en nu nog steeds, onbenut was en is gebleven.<sup>11</sup>

### 4.1. Geen dienstbevel/dienstvoorschrift?

Het enkele feit dat die buitenlandse aanwijzingen geen dienstbevel of -voorschrift naar Nederlands militair strafrecht zijn, doet echter niet af aan het feit dat die aanwijzingen in beginsel door ondergeschikte (Nederlandse) militairen moeten worden opgevolgd: ook als die aanwijzingen door een buitenlandse commandant zijn uitgevaardigd.<sup>12</sup> Dat is de strekking, de essentie, van het bekleden van een militair commando én van de militaire ondergeschiktheid:

Het komt steeds vaker voor dat Nederlandse militairen [...] onder bevel worden gesteld van een buitenlandse militair. Geschiedt dit, dan kan deze buitenlandse militair vanzelfsprekend *dienstopdrachten* verstrekken. Deze *dienstopdrachten* behoren – even vanzelfsprekend – door degenen tot wie zij zijn gericht, te worden opgevolgd.<sup>13</sup>

Het feit dat de wetgever (nog) niet voorzien heeft in de strafrechtelijke consequenties van het niet opvolgen van aanwijzingen van buitenlandse commandanten, zoals hij dat wel deed bij Nederlandse commandanten, doet aan de plicht tot opvolging van dit soort aanwijzingen niet af. De vraag naar de consequenties is juist één van de vragen van Vink (en ondergetekende). Ontbreken de strafrechtelijke consequenties van het niet opvolgen van de aanwijzingen van buitenlandse commandanten? Of lijkt dit zo?

<sup>8</sup> Vink, A.F. (2010). 'Grenzen aan geweldgebruik binnen de Rules of Engagement: de Tactical Directive' in: *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, 103, 2, p. 86-91, 89.

<sup>9</sup> Coolen & Walgemoed (2008), pp. 95-97. Uitgebreid: Coolen, G.L. (1996). 'Dienstopdrachten, gegeven door buitenlandse militairen', in: *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, vol. 89, nr. 6, pp. 238-241.

<sup>10</sup> Gelijktelling ex. art 67a WMS en art. IV Rijkswet van 4 juli 1963, Stb. 295: Coolen (1996), p. 239.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 239-240.

<sup>12</sup> Coolen & Walgemoed (2008), p. 95.

<sup>13</sup> Coolen (1996), p. 238. Zie uitgebreid p. 240-241. [Accent: PD].

## 4.2. Wat dan wel?

Wat in ieder geval helder is, is dat de Nederlandse militair die deze aanwijzingen negeert of overtreedt, in strijd handelt met de op hem/haar rustende plicht van artikel 126 (Wijze van dienstvervulling) AMAR:<sup>14</sup>

De militair in werkelijke dienst is verplicht de hem opgedragen werkzaamheden of diensten en de overige plichten voortvloeiende uit zijn functie nauwgezet, ijverig en naar beste vermogen te vervullen, de uit dien hoofde voor hem geldende voorschriften en orders te kennen en zich te gedragen zoals een goed militair ambtenaar betaamt.<sup>15</sup>

Aangezien (artikel 126 van) het AMAR zich als dienstvoorschrift in de zin van art. 135 WMS kwalificeert, valt het niet naleven van de aanwijzingen van buitenlandse commandanten op te vatten als het niet-opvolgen van een dienstvoorschrift (i.c. art. 126 van het AMAR).<sup>16</sup> Coolen merkte hier in 1996 over op:

Volgt een militair een hem (bevoegd gegeven) dienstopdracht [in casu aanwijzing van een buitenlandse commandant] niet op, dan handelt hij dus in strijd met deze bepaling. Dit geldt ook indien de opdracht [in casu aanwijzing] is gegeven door een boven de (Nederlandse) militair gestelde buitenlandse militair.<sup>17</sup>

Het niet opvolgen van dienstvoorschriften levert onder normale omstandigheden een tucht-rechtelijk vergrijp op. Het betreft een overtreding van de gedragsregel van artikel 18(1) Wet militair tuchtrecht (WMT):

In strijd met de militaire tucht gedraagt zich de militair die een dienstvoorschrift niet opvolgt.

Onder voorwaarden kan deze schending van het AMAR ook als strafbaar feit in de zin van Boek 2 (Misdriften), Titel VI (Schendingen van het dienstvoorschrift) WMS worden gekwalificeerd. Volgens artikel 136 WMS (opzetvariant) is dat het geval indien er “als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade ontstaat aan of te duchten is voor de gereedheid tot het daadwerkelijk uitvoeren van een operatie [...]”, dan wel “indien daarvan gemeen gevaar voor personen of goederen” of “levensgevaar voor een ander te duchten is”, dan wel “indien daarvan levensgevaar voor een ander te duchten is en het feit iemands dood ten gevolge heeft.” De schuldvariant is neergelegd in artikel 137 WMS.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Voorheen (tot 2006) Art. 137 AMAR.

<sup>15</sup> AMAR, Hoofdstuk I Ia Integriteit, § I. Regels omtrent goed handelen als militair ambtenaar.

<sup>16</sup> Conform: Coolen (1996); Coolen & Walgemoed (2008), p. 96. Op dit punt zijn de auteur geen rechterlijk uitspraken bekend. Dolman merkt in ‘Van den Bosch’ op dat in een Nederlands dienstvoorschrift in de zin van het militair strafrecht vastgelegd zou kunnen worden dat allerlei aanwijzingen zoals de ROE moeten worden opgevolgd: Dolman, M.M. (2007), ‘Titel III: Uitsluiting, vermindering en verhoging der strafbaarheid’, in: *Bosch, Th. W. van den, Militair straf- en tuchtrecht*, Arnhem: Gouda-Quint, WMSr Art. 38-8-12.

<sup>17</sup> Coolen (1996), p. 241.

<sup>18</sup> De militair aan wiens schuld het is te wijten, dat hij een dienstvoorschrift niet opvolgt, wordt gestraft:

1°. met gevangenisstraf of hechtenis van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie, indien daardoor gemeen gevaar voor personen of goederen ontstaat;

2°. met gevangenisstraf of hechtenis van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie, indien daardoor levensgevaar voor een ander ontstaat;

3°. met gevangenisstraf of hechtenis van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie, indien het feit iemands dood ten gevolge heeft;

4°. met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie, indien als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade ontstaat aan of te duchten is voor de gereedheid tot het daadwerkelijk uitvoeren van een operatie of oefening van enig onderdeel van de krijgsmacht en het feit is gepleegd in tijd van oorlog.

Waar het dan concreet om gaat, is of door het niet-naleven van de aanwijzingen van buitenlandse commandanten, bijvoorbeeld de Tactical Directive of een SOP, personen zijn omgekomen, gewond zijn geraakt, levensgevaar is ontstaan, etc. Het behoeft weinig verbeeldingskracht om te doorzien dat waar Commandant ISAF aanwijzingen geeft over doelbestrijding – zij het in de Tactical Directive, SOP dan wel FRAGO – terwijl een Nederlandse militair deze niet opvolgt, personen en goederen vanwege een kinetische doelbestrijdingsoperatie gevaar kunnen lopen.

De terechte vraag, die ook door Vink werd opgeworpen, is natuurlijk wie als normadresaat van de verschillende aanwijzingen moet worden gezien. Uit de (deels) openbare Tactical Directive blijkt dat dit iedere ISAF militair (én burger) betreft. Voor de geclassificeerde overige aanwijzingen is dat voor de buitenstaander minder duidelijk. Het lijkt me echter logisch dat bijvoorbeeld een SOP Doelbestrijding (Targeting) van Commandant ISAF zowel zijn eigen staf, als zijn directe ondercommandanten regardeert. Zoals de SOP Targeting van Commandant TFU diens staf en ondercommandanten adresseert.

## 5. Strafuitsluiting

Met de tweede deelvraag wil ik mij meer in het bijzonder richten op de situatie waarbij een Nederlandse militair geweld gebruikt en bij een eventuele tegen hem ingestelde vervolging een beroep wenst te doen op de strafuitsluitingsgrond van artikel 38 WMS. Ik ga gemakshalve uit van de tekst van het wetsvoorstel zoals dat nu in de Eerste Kamer voorligt.<sup>19</sup>

### 5.1. Het nieuwe artikel 38 WMS

Wanneer het wetsvoorstel kracht van wet heeft gekregen zal aan het huidige artikel – onder vernummering van het huidige artikel naar het eerste lid – een tweede lid worden toegevoegd. Bovendien wordt via een nieuw artikel 71 het begrip “in tijd van oorlog” geactualiseerd. Artikel 38 WMS zal dan komen te luiden:

-1. (thans 38) 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 waarmee Nederland in oorlog is, of met enig voorschrift, ingevolge zodanig verdrag vastgesteld.

-2 (nieuw) 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.<sup>20</sup>

Het eerste lid biedt een specifieke strafuitsluitingsgrond die van toepassing is “in tijd van oorlog” waaronder dan mede verstaan moet worden:

[...] 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.<sup>21</sup>

Zoals de regering aangeeft, “wordt voor artikel 38 [WMS] de uitleg die in de literatuur al

<sup>19</sup> Kamerstukken I 2009-2010, 31 487 (R 1862), nr. A, p. 1.

<sup>20</sup> Kamerstukken II 2007-2008, 31 487 (R 1862), nr. 2, p. 1.

<sup>21</sup> Kamerstukken II 2007-2008, 31 487 (R 1862), nr. 2, p. 1: tekst artikel 71 (nieuw).

wel aan het begrip werd gegeven in de wet vastgelegd”.<sup>22</sup> Het begrip “tijd van oorlog” en de strafuitsluitingsgrond (in het nieuwe artikel 38, lid 1 VMMS) zien dan toe “op alle situaties waarop het internationaal humanitair recht betrekking heeft”.<sup>23</sup> Anders gezegd: op alle gevallen van gewapend conflict.

Het meer algemene tweede lid van artikel 38 heeft straks primair betrekking op alle situaties van “rechtmatig [functioneel militair] geweldgebruik buiten [een] gewapend conflict”.<sup>24</sup> Daaronder valt ook functioneel geweldgebruik in nationale operaties en in crisisbeheersingsoperaties waarin het humanitair oorlogsrecht niet van toepassing is omdat er geen sprake is van een gewapend conflict. Dat het humanitaire oorlogsrecht daarbij uit beleidsmatige overwegingen wel wordt toegepast, doet aan die situatie niets af.<sup>25</sup>

## 5.2. Binnen en/of buiten een gewapend conflict?

Artikel 38 verschaft zodoende een geclausuleerde strafuitsluitingsgrond voor militair geweldgebruik. De voorwaarden waaronder deze strafuitsluitingsgrond kan worden ingeroepen verschillen vanwege de aard van de operaties. Anders gezegd: tijdens een gewapend conflict ligt de clausule primair – maar niet alleen – besloten in het specifieke eerste lid.<sup>26</sup> Daarbuiten ligt de clausule besloten in het algemene twee lid. Overigens kan er verschil van inzicht bestaan over de aanwezigheid van een gewapend conflict.<sup>27</sup> Het is goed te herhalen wat de regering hier in het wetsvoorstel over stelt:

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).<sup>28</sup>

Het bestaan van een gewapend conflict moet dus aan de hand van de feiten worden vastgesteld.<sup>29</sup> De mening van de betrokken partijen (omtrent het bestaan van een gewapend conflict) is daarbij *niet* doorslaggevend,<sup>30</sup> aldus ook de Nederlandse regering:

<sup>22</sup> Kamerstukken II 2007–2008, 31 487 (R 1862), nr. 3, p. 1.

<sup>23</sup> Kamerstukken II 2007–2008, 31 487 (R 1862), nr. 3, p. 1.

<sup>24</sup> Kamerstukken II 2007–2008, 31 487 (R 1862), nr. 3, p. 7.

<sup>25</sup> Zie Ducheine, P.A.L. (2009), ‘ISAF en oorlogsrecht: ‘Door het juiste te doen, vreest gij niemand’’, in: *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, vol. 102, nr. 6, pp. 277–300.

<sup>26</sup> Het tweede lid is overigens óók op situaties van een gewapend conflict van toepassing. Het eerste lid is dan echter de *lex specialis* ten opzichte van de *lex generalis* in het tweede lid.

<sup>27</sup> Zie hierover: Ducheine (2009), pp. 285–286.

<sup>28</sup> Kamerstukken II 2007–2008, 31 487 (R 1862), nr. 3, p. 3.

<sup>29</sup> Zie: Koninklijke Landmacht (2005), *Handleiding Humanitair Oorlogsrecht*, pp. 23–24; Ducheine (2009), p. 285; Bartels, R. & Boogaard, J.C. van den (2008), ‘Definitie van gewapend conflict. Hoe ‘binnenlands’ is ‘niet-internationaal’? in: *Nederlands Juristenblad*, 38, pp. 2414–2418, p. 2416.

<sup>30</sup> Zie overigens de mening van de Duitse regering (dat er ook in het Noorden van Afghanistan sprake is van een gewapend conflict): *Regierungserklärung des Bundesministers des Auswärtigen, Dr. Guido Westerwelle, zum deutschen Afghanistan-Engagement nach der Londoner Konferenz vor dem Deutschen Bundestag* am 10. Februar 2010 in Berlin (Buttelin 16-1), 10-02-2010, <[www.bundesregierung.de/nn\\_1514/Content/DE/Bulletin/2010/02/16-1-bmaab-t.html](http://www.bundesregierung.de/nn_1514/Content/DE/Bulletin/2010/02/16-1-bmaab-t.html)>, benaderd: 18-2-2010.

[D]e opvatting van de strijdende partijen aangaande de status van het conflict [is] niet relevant [...] voor de toepassing van het recht. [...] Deze benadering voorkomt dat staten om welke reden dan ook de werking van het recht zouden kunnen beletten door toepassing van creatieve juridische interpretaties van het recht of van de feitelijke situatie.<sup>31</sup>

Ik zal primair de situatie van het gewapende conflict bezien (in relatie tot ISAF). Daarna komt de situatie buiten het gewapende conflict aan de orde.

### 5.3. Gewapend conflict: binnen de grenzen zijner bevoegdheid

Tijdens een gewapend conflict kan een Nederlandse militair een beroep doen op artikel 38 eerste lid (nieuw) mits hij functioneel geweld heeft gebruikt, dat (1) een “naar de regelen van het oorlogsrecht geoorloofd feit” oplevert, mits dit geweldgebruik (2) “binnen de grenzen zijner bevoegdheid” wordt toegepast. Anders gezegd: voor rechtmatige oorlogshandelingen kan hij – mits hij de grenzen van zijn bevoegdheden niet overschrijdt – een beroep doen op de strafuitsluitingsgrond van art. 38, eerste lid WMS. Naast de rechtmatige oorlogshandeling moet de militair zich primair conformeren aan Rules of Engagement (inclusief *caveats* en *amplifications*), aldus de regering.<sup>32</sup>

Het verdient opmerking dat het international 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.<sup>33</sup>

Naast ROE zal de militair zich uiteraard moet conformeren aan hem verstrekte opdrachten en opgedragen taken. Deze zijn veelal vervat in OPORDs en OPLANs, alsmede in FRAGOs. Daarbij speelt ook het door Vink genoemde ‘Oogmerk van de hogere commandant’ een belangrijke rol.<sup>34</sup> Mijns inziens worden de binnengrenzen “zijner bevoegdheid” verder nader bepaald door SOPs, SOLs, SPINs en Tactical Directives.

Wil een Nederlandse militair zich succesvol beroepen op artikel 38, eerste lid WMS, dan moet hij naast het HOR (buitengrens) en de ROE (binnengrens) óók binnen de grenzen van de hier gehanteerde term “aanwijzingen” blijven. Dat deze aanwijzingen niet per se van een Nederlandse commandant afkomstig hoeven te zijn, lijkt me evident. Ook aanwijzingen van buitenlandse (militaire en civiele) superieuren begrenzen logischerwijs de bevoegdheid van militairen.

De bevoegdheid van militairen (om geweld te gebruiken) kan op vele manieren ingeperkt worden. Via een directe opdracht is de meest voor de hand liggende. Via andere aanwijzingen – waaronder een Tactical Directive of een SOP Doelbestrijding – is een andere optie. Dat die aanwijzingen niet als een Nederlands dienstbevel of dienstvoorschrift in de zin van het militair strafrecht te kwalificeren zijn omdat ze van een buitenlandse commandant afkomstig zijn, doet

<sup>31</sup> Kamerstukken I 2005-06, 30 300 X, nr. A, p. 4.

<sup>32</sup> Conform: Dolman (2007), WMSr Art 38-8-12.

<sup>33</sup> Kamerstukken II 2007-2008, 31 487 (R 1862), nr. 3, p. 3.

<sup>34</sup> Vink (2010), p. 86.

daar niet aan af. Ook dit soort aanwijzingen dienen te worden opgevolgd, zoals hiervoor is gebleken. Een andere opvatting zou strijdig zijn met de essentie van het militaire commando én van de militaire ondergeschiktheid.

Kort en goed komt het er op neer dat tijdens “tijd van oorlog”, lees een gewapend conflict,<sup>35</sup> een Nederlandse militair een beroep kan doen op de strafuitsluitingsgrond van artikel 38 eerste lid (nieuw) WMS, mits hij het HOR (buitengrens), de ROE (binnengrens), én andere grenzen van zijn bevoegdheid respecteert. Die andere grenzen worden getrokken door “aanwijzingen” van commandanten, ongeacht hun afkomst. Tot die aanwijzingen moeten worden (onder andere) gerekend: de militaire opdracht en opgedragen taken inclusief het oogmerk van de commandant (zoals verwoord in OPLANs, OPORDs, FRAGOs), alsmede SOPs, SOIs, SPINs én Tactical Directives.

#### 5.4. Binnen en buiten gewapend conflict: conform de regels voor die taak

Buiten gevallen van een gewapend conflict kan een Nederlandse militair pas een beroep doen op het tweede lid van artikel 38 WMS indien hij geweld gebruikt, in (1) de rechtmatige uitoefening van zijn taak,<sup>36</sup> mits dit geweldgebruik (2) “in overeenstemming [is] met de regels die voor de uitoefening van die taak zijn vastgesteld”. Wat onder dit laatste moet worden verstaan, lijkt primair betrekking te hebben op geweldsinstructies, aldus de regering in de Memorie van Toelichting:

Het bestanddeel «regels die voor de uitoefening van die taak zijn vastgesteld » heeft betrekking op de geweldsinstructies voor de militair.<sup>37</sup>

Het begrip ‘geweldsinstructies’ moet echter ruim worden opgevat en omvat naast dienstvoorschriften, ROE en dergelijke eveneens opdrachten sec, aldus de regering:

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 [ROE], 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.<sup>38</sup>

De regering legt ook uit hoe zij tot deze ruime lezing komt:

De [ROE] 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*.<sup>39</sup>

Op vragen van de Tweede Kamerfracties antwoordde de regering dat de strafuitslui-

<sup>35</sup> Waaronder ik de situatie reken waarin ISAF zich bevindt, zie Duchéine (2009).

<sup>36</sup> Aangaande ‘functioneel geweld’: “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”. Zie: *Kamerstukken II 2007–2008*, 31 487 (R 1862), nr. 3, p. 5-6.

<sup>37</sup> *Kamerstukken II 2007–2008*, 31 487 (R 1862), nr. 3, p. 5.

<sup>38</sup> *Kamerstukken II 2007–2008*, 31 487 (R 1862), nr. 3, p. 5-6. [Accent: PD].

<sup>39</sup> *Kamerstukken II 2007–2008*, 31 487 (R 1862), nr. 3, p. 5-6. [Accent: PD].



tingsgrond “buiten twijfel [stelt] dat sprake dient te zijn van geweldgebruik in het kader van een militaire taakopdracht én in overeenstemming met de daarvoor geldende regels, waaronder de geweldsinstructies”.<sup>40</sup>

Bij de uitleg over de frase in de wettekst legde de regering uit wat onder “rechtmatig gebruik van geweld”, wordt verstaan, waarbij ze en *passant* een derde element introduceerde:

het gebruik van geweld in het kader van de militaire taakopdracht dat in overeenstemming is met de geweldsinstructies en onder de gegeven operationele omstandigheden voldoet aan [3] de vereisten van *subsidiariteit* en *proportionaliteit*.<sup>41</sup>

Samenvattend betekent dit dat in alle gevallen – binnen en buiten een gewapend conflict – waarin Nederlandse militairen functioneel geweld aanwenden, zij een beroep kunnen doen op de strafuitsluitingsgrond van artikel 38 tweede lid (nieuw) WVMS, mits (a) de militair bevoegd was, (b) dit geweldgebruik voldeed aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit, en zij (c) in overeenstemming handelden met de regels die voor de uitoefening van die taak zijn vastgesteld. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat deze laatste clausule alle aanwijzingen bevat die door Nederlandse en buitenlandse commandanten aan de taakuitvoering zijn gesteld. Die “regels” omvatten onder andere: de (militaire) opdracht en opgedragen taken, het oogmerk van de commandant, OPLANs, OPORDs, FRAGOs, maar ook SOIs, SOPs, SPINs, én uiteraard Tactical Directives.

## 6. Conclusie

Vink stelde in zijn bijdrage de vraag centraal wat de juridische status van de Tactical Directive van Commandant ISAF was. Ik heb Vink’s vraag breder getrokken door ook andere aanwijzingen van buitenlandse commandanten onder de loep te nemen. Onder aanwijzingen versta ik hier – naast ROE (inclusief *caveats* en *amplifications*) – onder andere: OPORDs en OPLANs, FRAGOs (waarbij ook het ‘Oogmerk van de hogere commandant’ een rol speelt), SOPs, SOIs, SPINs en Tactical Directives.

Op de eerste plaats is bezien wat het (strafrechtelijke) gevolg is van het niet-opvolgen van dergelijke aanwijzingen van buitenlandse commandanten. Duidelijk is dat ook buitenlandse aanwijzingen in principe moeten worden opgevolgd. Dat deze aanwijzingen geen dienstbevel of dienstvoorschrift in de zin van het militair strafrecht zijn, doet aan dit beginsel niet af. Niet-opvolging zou strijdig kunnen zijn met de plicht zoals die is neergelegd in art. 126 AMAR: “De militair in werkelijke dienst is verplicht de hem opgedragen werkzaamheden of diensten en de overige plichten voortvloeiende uit zijn functie nauwgezet, ijverig en naar beste vermogen te vervullen, [ ... ] en zich te gedragen zoals een goed militair ambtenaar betaamt.” Schending van deze plicht uit art. 126 AMAR levert een schending van het dienstvoorschrift (van art. 126) AMAR op, en kan als tuchtrechtelijk vergrijp via artikel 18 WMT dan wel als strafbaar feit in de zin van artt. 136-137 WMS worden aangepakt.

Op de tweede plaats is geanalyseerd wat het niet opvolgen van aanwijzingen van buitenlandse commandanten tot gevolg heeft bij een eventueel beroep op de strafuitsluitingsgrond van artikel 38 Wetboek van Militair Strafrecht (WMS). Uit die analyse blijkt dat – binnen en buiten

<sup>40</sup> Kamerstukken II 2008–2009, 31 487 (R 1862), nr. 5, p. 2-3.

<sup>41</sup> Kamerstukken II 2008–2009, 31 487 (R 1862), nr. 5, p. 3. [Accent: PD].

## REACTIE

de situatie van een gewapend conflict – zo'n beroep pas kan slagen als de militair *binnen de grenzen van zijn bevoegdheid* (eerste lid: tijdens een gewapend conflict) en/of *conform de regels die voor de uitoefening van zijn taak zijn vastgesteld* (tweede lid: binnen en buiten gewapend conflict) functioneel geweld aanwendt. Uit analyse blijkt dat ook aanwijzingen van buitenlandse commandanten deel uit maken van die “grenzen” en “regels”. Tot die aanwijzingen moeten – naast ROE – onder andere gerekend worden: OPORDs, OPLANs, FRAGOs, SOPs, SOIs, SPINs, ROE én Tactical Directives.

---