
Vergaderjaar 2005–2006

30 300 X

**Vaststelling van de begrotingsstaat van het
Ministerie van Defensie (X) voor het jaar 2006**

A

BRIEF VAN DE MINISTER VAN DEFENSIE

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 25 november 2005

Tijdens het begrotingsdebat van 10 mei 2005¹ heb ik aan het lid Van Middelkoop een vervolgnotitie toegezegd over de juridische aspecten van vredesoperaties. Met deze brief doe ik deze toezegging gestand.

De Minister van Defensie,
H. G. J. Kamp

¹ De eerder verschenen stukken zijn gedrukt onder 29 800 X ek-A, B, C en D, vergaderjaar 2004–2005.

VERVOLGNOTITIE JURIDISCHE ASPECTEN BIJ MILITAIRE OPERATIES

Inleiding

Tijdens de behandeling van de begroting van het Ministerie van Defensie op 10 mei 2005 in de Eerste Kamer der Staten-Generaal stelde het lid Van Middelkoop een groot aantal vragen van juridische aard over militaire operaties. Daarbij verwees hij onder andere naar een eerdere notitie die op zijn verzoek door Defensie aan de Eerste Kamer was aangeboden (Kamerstuk 29 200 X nr. C, 28 april 2004). Vanwege zowel de complexiteit als het aantal van de vragen van de heer van Middelkoop, heb ik toegezegd naast de reeds gegeven mondelinge antwoorden, een vervolgnotitie aan de Eerste Kamer aan te bieden met meer gedetailleerde antwoorden op de vragen. Hierbij doe ik deze toezegging gestand.

Wettelijke basis voor militair optreden in het buitenland

De heer Van Middelkoop stelde dat aangezien zijns inziens de wettelijke basis voor geweldgebruik tijdens militair optreden ontbrak of althans onduidelijk is, een Rijkswet geweldgebruik krijgsmacht wenselijk is. Deze mening wordt door de regering niet gedeeld. Militair optreden buiten Nederland vindt zijn grondslag in het volkenrecht en, met uitzondering van het bestaan en de doelomschrijving van de krijgsmacht zoals omschreven in artikel 97 van de Grondwet, niet in het nationale recht. Nationale wetten kunnen immers alleen bevoegdheden geven die buiten Nederland kunnen worden toegepast voor zover het internationale of interregionale recht zulks toestaat.¹ Het soevereiniteitsbeginsel, in combinatie met het verbod op het gebruik van, of het dreigen met, geweld in de internationale betrekkingen zoals omschreven in artikel 2, vierde lid, van het Handvest van de Verenigde Naties, sluiten uit dat staten eigener beweging of op basis van hun interne wetgeving militair optreden of militair geweldgebruik op vreemd grondgebied toepassen. Een Rijkswet brengt daarin derhalve geen verandering.

Het volkenrecht kent een aantal grondslagen voor militair optreden buiten het eigen land. De meest duidelijke grondslag is nog steeds een mandaat van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties met daarin opgenomen de taken en bevoegdheden van een strijdmacht. Ook als een dergelijke resolutie ontbreekt biedt het volkenrecht in enkele gevallen een grondslag voor militaire operaties. Daarbij valt te denken aan het recht op (collectieve) zelfverdediging zoals omschreven in artikel 51 van het Handvest van de VN. Ook het bevrijden of evacueren van landgenoten uit een ander land behoort, als onderdeel van het recht op nationale zelfverdediging², tot de volkenrechtelijke grondslagen voor militair optreden in een ander land.

De reikwijdte van de taakuitvoering en de daarbij benodigde geweldsbevoegdheden is afhankelijk van de grondslag waarop de operatie wordt uitgevoerd. In het geval van een mandaatresolutie van de VN-Veiligheidsraad zullen de taken en bevoegdheden zoals gezegd in het mandaat zelf zijn opgenomen. Bij zelfverdediging is de taak beperkt tot het afslaan of voorkomen van een gewapende aanval, maar zijn de geweldsbevoegdheden alleen beperkt door de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit.³ In het geval van een bevrijdings- of evacuatieoperatie dient het optreden beperkt te blijven tot het ontzetten en evacueren van de landgenoten (en die van eventuele bondgenoten) en dient het geweldgebruik te worden beperkt tot verdedigend optreden (noodweer).

¹ Zie in dit verband, ook wat betreft de formulering, artikel 539a van het Wetboek van Strafvordering.

² De volkenrechtelijke status van dergelijke operaties is onderwerp van academische discussie. Er bestaat echter een meerderheid voor het uitgangspunt dat zij onderdeel zijn van het recht op nationale zelfverdediging.

³ Het Internationaal Gerechtshof heeft zich enkele keren uitgesproken over de status van deze beginselen als onderdeel van het dwingende gewoonterecht (*ius cogens*).

Deze regels, alsmede die welke bij andere grondslagen aan de orde zijn, komen voort uit het (geschreven) algemene volkenrecht en in een aantal gevallen uit het (ongeschreven) internationaal gewoonterecht. Dat recht is niet statisch maar vloeit voort uit de internationale (politieke) ontwikkelingen. Zo is het begrip «humanitaire interventie» en de daaraan verbonden voorwaarden en rechtsregels verder ontwikkeld als gevolg van het NAVO-optreden in het kader van de crisis in Kosovo. Met uitzondering van de genoemde beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit zijn er dan ook geen algemene regels met betrekking tot de taakstelling of geweldsbevoegdheden die voor elke grondslag zonder meer toepasselijk zijn. Steeds zal aan de hand van de juridische grondslag invulling moeten worden gegeven aan de exacte taak en de bijbehorende «Rules of Engagement»¹ (ROE) voor de operatie.

De rechten, plichten en verantwoordelijkheden van militairen tijdens operaties in het buitenland zijn dan ook specifiek voor de betreffende operaties en kunnen derhalve per operatie verschillen. Het is (ook) om die reden niet goed mogelijk om dit stelsel in een Rijkswet vast te leggen. Een dergelijk wettelijk kader zou immers, gelet op het bovenstaande, ofwel in dermate algemene bewoordingen moeten worden opgesteld dat daarmee geen duidelijkheid wordt gegeven, ofwel steeds het risico creëren dat de wet niet aansluit bij de internationaal-rechtelijke kaders voor een operatie.²

Tot slot zij opgemerkt dat ook het Hof te Arnhem in de zaak Eric O. van oordeel was dat het juridisch kader en de legitimatie voor het optreden van individuele militairen in Irak moest worden gevonden in de resoluties van de Veiligheidsraad en de Rules of Engagement. De ROE moeten volgens het Hof worden aangemerkt als een «dienstvoorschrift» in de zin van het Wetboek van Militair Strafrecht. Vervolgens kwam het Hof tot de conclusie dat het geweld op grond van dit kader bevoegd was toegepast.

Toepassing van het humanitair oorlogsrecht

Het toepassingsgebied van het humanitair oorlogsrecht staat wat betreft internationale gewapende conflicten omschreven in het gemeenschappelijk artikel 2 van de Verdragen van Genève en in artikel 1, derde en vierde lid, van het Eerste Aanvullende Protocol bij die Verdragen. Wat betreft niet-internationale gewapende conflicten staat het toepassingsgebied omschreven in het gemeenschappelijk artikel 3 van de Verdragen van Genève en in artikel 1, eerste en tweede lid, van het Tweede Aanvullende Protocol bij die Verdragen. Daarbij valt direct op dat de omschrijving voor internationale gewapende conflicten aanzienlijk ruimer is dan die welke wordt gegeven voor niet-internationale gewapende conflicten. De achtergrond daarvan ligt primair in de zorg van sommige staten dat de door hen als interne aangelegenheden beschouwde situaties, door een (te) ruime definitie in het Protocol als niet-internationaal gewapend conflict zouden kunnen worden aangemerkt en daarmee binnen de reikwijdte van het humanitair oorlogsrecht zouden komen.³

Kort samengevat betekenen de bepalingen inzake de reikwijdte van het humanitair oorlogsrecht dat de regels aangaande internationale gewapende conflicten van toepassing zijn in gevallen van geweldgebruik tussen de krijgsmachten van twee of meer staten. De regels aangaande niet-internationale gewapende conflicten zijn van toepassing in gevallen van geweldgebruik binnen een staat tussen reguliere strijdkrachten en gewapende groepen of tussen gewapende groepen onderling, mits aan een aantal aanvullende criteria wordt voldaan.

¹ Zie ook verder in deze notitie de antwoorden op de specifiek op ROE gerichte vragen.

² Een discrepantie tussen de wet en het internationaal-rechtelijke kader kan riskant zijn zowel indien de wet beperkter is dan de internationaal-rechtelijke grondslag toestaat, als in het geval dat de wet ruimer is. In het eerste geval ontberen de militairen immers de bevoegdheden die het internationaal-rechtelijk kader biedt indien zij zich strikt aan de wet houden. Die bevoegdheden kunnen echter essentieel zijn om de missie te kunnen uitvoeren. In het tweede geval handelen de militairen naar internationaal-rechtelijke normen onbevoegd en kunnen zij daardoor, hoewel te goeder trouw, strafbaar zijn.

³ Zie wat betreft de achtergrond van deze bepalingen de gezaghebbende commentaren van het ICRC op de Verdragen en Protocollen (Pictet, 1952, wat betreft de Verdragen en Sandoz, 1987, wat betreft de Protocollen). Zie ook de ICRC website (www.icrc.org) voor de opvattingen van het ICRC over de toepassing van het humanitair oorlogsrecht op hedendaagse conflicten en de «war on terror».

Voor beide situaties geldt dat de opvatting van de strijdende partijen aangaande de status van het conflict niet relevant is voor de toepassing van het recht. Zo is het voor internationale gewapende conflicten ook niet nodig dat de staat van oorlog is verklaard of wordt erkend, hoewel ook formeel verklaarde oorlogen uiteraard onder de werking van het recht vallen. 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. De toepassing van het humanitair oorlogsrecht is dan ook niet afhankelijk van formele juridische verklaringen maar ontstaat door de feitelijke vaststelling van het bestaan van een conflict.

Uit het toepassingsbereik van het humanitair oorlogsrecht volgt dat dit recht niet snel van toepassing zal zijn op vredes machten, anders dan dat zij als non-combattanten op grond van dit recht bescherming kunnen genieten tegen handelingen van de (voormalige) strijdende partijen ter plaatse. Pas als de vredesmacht zelf feitelijk gaat deelnemen aan het conflict als partij, wordt de vredesmacht zelf ook gebonden door het humanitair oorlogsrecht. In alle overige gevallen is de vredesmacht althans formeel juridisch niet door dat recht gebonden en is op de vredesmacht het overige internationale recht, waaronder primair het mandaat of de regels met betrekking tot de volkenrechtelijke grondslag voor de operatie, van toepassing.

Op grond van deze criteria is het humanitair oorlogsrecht sinds de totstandkoming van de Verdragen van Genève in 1949¹ formeel juridisch alleen van toepassing geweest op Nederlandse militairen in de oorlog in Korea, de Golfoorlog², de operatie Allied Force³ en de operatie Enduring Freedom⁴.

Het humanitair oorlogsrecht kent beperkingen en bevoegdheden. De beperkingen betreffen voornamelijk de regels aangaande de middelen en methoden van oorlogvoering en dienen onder meer om bescherming te bieden aan personen die niet (meer) deelnemen aan het conflict. Tot die categorie behoren primair de burgerbevolking, de gewonden, de zieken en de (krijgs-)gevangenen. De bevoegdheden betreffen het recht van combattanten om deel te nemen aan het conflict en, omgekeerd afgeleid van de beperkingen, de wijze waarop zij het conflict mogen voeren.

Zolang het humanitair oorlogsrecht niet formeel juridisch van toepassing is op een vredesmacht, zijn de bevoegdheden van de vredesmacht beperkt tot die welke voortvloeien uit het mandaat of de juridische grondslag voor het optreden. Behoudens bevoegdheden in het kader van «force protection», behoort het recht om deel te nemen aan het conflict doorgaans niet tot de bevoegdheden van een vredesmacht. Niettegenstaande het feit dat een vredesmacht gaandeweg, bijvoorbeeld door aanhoudende noodzaak tot toenemend geweldgebruik in het kader van «force protection», alsnog partij kan worden in een gewapend conflict⁵ ontleent een vredesmacht dan ook geen bevoegdheden aan het humanitair oorlogsrecht.

Wat betreft de beperkingen bestaat reeds lange tijd het beleid binnen de NAVO en, ook buiten het kader van de NAVO binnen Nederland, om deze beperkingen ook wanneer het humanitair oorlogsrecht formeel juridisch niet van toepassing is, als veilige marge te hanteren bij het optreden van de Nederlandse krijgsmacht. Daarmee wordt voorkomen dat onduidelijkheid zou ontstaan over de bevoegdheden, afhankelijk van de soms mogelijk wisselende status van een vredesmacht in een conflictgebied. Door ten minste deze grens te hanteren, en soms zelfs een striktere grens,

¹ De Verdragen uit 1949 en de Protocollen uit 1977 zijn de meest recente versies van de «Conventies van Genève». Er bestonden voordien echter al «Conventies van Genève», eveneens door het ICRC opgesteld, waarvan de Conventie van 1864 de eerste was.

² De «tweede» Golfoorlog, waarbij de bezetting van Koeweit door Irak ongedaan werd gemaakt. De «eerste» Golfoorlog, niettegenstaande de nummering zoals door de VS wordt gehanteerd, betreft de langdurige oorlog tussen Iran en Irak. Feitelijk was de inval van de VS en het VK in Irak derhalve de «derde» Golfoorlog.

³ De luchttacties van de NAVO in 1999 tijdens de crisis in Kosovo.

⁴ Zowel de landoperatie in Afghanistan als de maritieme operatie in de Arabische Zee en rond het Arabisch schiereiland. De strijdkrachten van het voormalige Taliban-bewind in Afghanistan en Al-Qa'ida, inmiddels aangevuld met de Hezb-i-Islami Gulbuddin, worden in dit conflict als de vijand aange-merkt.

⁵ Een voorbeeld van een vredesmacht die door de omstandigheden in het inzetgebied uiteindelijk zelf partij werd bij het conflict is de ONUC-operatie die in de jaren zestig in de Congo werd uitgevoerd.

wordt in ieder geval voorkomen dat (onbedoeld) het handelen van de militairen strijdigheid met het humanitair oorlogsrecht zou opleveren.

Aan dit beleid wordt strikt de hand gehouden. Het vormt dan ook een van de uitgangspunten bij de juridische beoordeling van een voorgestane operatie en de daarbij behorende «Rules of Engagement» en aanverwante operationele instructies. Schending van deze regels, instructies of de beleidsregel als zodanig levert dan ook niet per definitie een oorlogsmisdrijf op, maar kan wel leiden tot een strafbaar feit indien daarmee (tevens) dienstvoorschriften e.d. worden overtreden. Daar waar het toepasselijk recht, zoals het mandaat, meer toestaat dan het humanitair oorlogsrecht, zullen eventueel strikt noodzakelijke en op deze grondslag toegestane uitzonderingen op de humanitair oorlogsrechtelijke beperkingen steeds juridisch getoetst worden en met de nodige voorwaarden in de instructies worden opgenomen.

Statusovereenkomsten

In de eerder aangeboden notitie werd uitsluitend gesproken over de juridische aspecten ten aanzien van militaire operaties. Daaronder werd niet verstaan het houden van oefeningen of het stationeren van troepen op bondgenootschappelijk grondgebied in vreedstijd. Er dient dan ook een onderscheid te worden gemaakt tussen statusovereenkomsten met gastlanden in het kader van militaire operaties en de permanente statusovereenkomsten zoals die gelden binnen de NAVO en de EU.

Bij de onderhandelingen over statusovereenkomsten met niet-NAVO en niet-EU landen in het kader van militaire operaties, is voor Nederland het uitgangspunt dat Nederland exclusieve jurisdictie wil verkrijgen over het Nederlandse personeel. Dat is echter niet altijd mogelijk, omdat veel landen vasthouden aan hun soevereine recht om jurisdictie uit te oefenen over eenieder op hun grondgebied. Daar waar het niet mogelijk is om exclusieve jurisdictie te verkrijgen worden de risico's voor het personeel verkleind door aanvullende maatregelen, waaronder een verbod op het verlaten van de basis en beperkingen in de verkeersdeelname. Ook worden dergelijke uitzonderingen aan de Staten-Generaal meegedeeld.

De statusovereenkomsten zoals die gelden binnen de NAVO en de EU gaan uit van gedeelde jurisdictie. Bij strafbare feiten gepleegd tijdens de uitoefening van de dienst heeft de zendstaat primaire jurisdictie. Bij overige strafbare feiten en bij strafbare feiten die een ernstige verstoring van de interne rechtsorde in het betreffende land tot gevolg hebben geldt het gastland primaire jurisdictie. Deze statusovereenkomsten gelden echter uitsluitend op het grondgebied van de respectieve organisaties en zijn dan ook, zoals gezegd, primair bedoeld voor gezamenlijke oefeningen of bij stationering in vreedstijd. Daarbij geldt uiteraard tevens als overweging dat het recht in de betreffende landen kenbaar is en in de regel aansluit bij de normen zoals die in Nederland ook gelden.

Artikel 38 van Wetboek van Militair Strafrecht en overige (militaire) strafuitsluitingsgronden

Strafuitsluitingsgronden dienen te worden gezien in de context van het recht dat in de gegeven omstandigheden van toepassing is. Artikel 38 van het Wetboek van Militair Strafrecht (WMS) is een strafuitsluitingsgrond die in de context moet worden gezien van het recht in tijd van gewapend conflict, vooruitlopend op de aanpassing van de wet zoals voorzien in de Rijksbrede reparatiewet¹. Artikel 38 WMS biedt een brede strafuitsluitingsgrond voor handelingen die onder normale omstandigheden strafbaar zouden zijn, maar in de context van een gewapend conflict zijn

¹ De reparatiewet beoogt (onder andere) aanvulling van het begrip «oorlog» met de term «gewapend conflict» in het Wetboek van Militair Strafrecht.

toegestaan. Daarbij gelden wel de voorwaarden dat daarbij de grenzen van het oorlogsrecht en de grenzen van de bevoegdheden van de betreffende militair niet geschonden worden. Hiermee wordt met andere woorden het normbeeld bepaald: handelingen die in het kader van het gewapend conflict tot de militaire taakopdracht behoren¹ zijn toegestaan, tenzij deze naar geldend recht zijn verboden. Dit normbeeld is het spiegelbeeld van de afweging onder normale omstandigheden, waarbij het aanwenden van krijgshandelingen is verboden tenzij nadrukkelijk toestemming is verleend in het geldend recht.

De «bevoegdheden» waarnaar artikel 38 WMS verwijst omvatten meer dan alleen de «Rules of Engagement». Zij omvatten onder meer ook de instructies van de betreffende commandant, de taakopdrachten, en de Aanwijzingen van de Commandant der Strijdkrachten (CDS). De «Rules of Engagement» betreffen immers alleen de bevoegdheden tot geweldgebruik in het kader van de taakuitvoering, terwijl voor de toepassing van artikel 38 WMS tevens relevant is of de handelingen waarvoor de strafuitsluitingsgrond wordt ingeroepen ook pasten binnen de gegeven taken en instructies van de militair in het kader van de operatie. Handelingen die niet gerelateerd zijn aan de taakuitvoering, zoals bijvoorbeeld handelingen verricht tijdens verlof, in de vrije uren of in strijd met de gegeven orders, zijn, indien zij strafbare feiten opleveren, ook in tijd van gewapend conflict strafbaar en worden niet automatisch gerechtvaardigd door de bijzondere omstandigheden.

Artikel 43 van het Wetboek van Strafrecht is van een andere orde. Toepassing van artikel 43 Sr. is immers niet normbepalend zoals dat bij toepassing van artikel 38 WMS, bijvoorbeeld door toepassing van artikel 71 WMS, het geval is. Artikel 43 Sr. is immers te allen tijde inroepbaar wanneer uitvoering wordt gegeven aan een bevoegd gegeven ambtelijk bevel, terwijl artikel 38 WMS duidelijk de context van een gewapend conflict aangeeft en ook specifiek voor die omstandigheden is bedoeld. Dat normbeeld bepaalt vervolgens welke overige wet- en regelgeving van toepassing is op de gedraging en hoe de gedraging gewogen moet worden. In het geval van artikel 38 WMS is dat bijvoorbeeld het humanitair oorlogsrecht. Juist in het kader van een adequate inschatting van de lokale omstandigheden en de waardering van een gedraging in die context is het van belang om het juiste normbeeld te hanteren.

Bevelen van buitenlandse militairen kunnen niet zonder meer als bevoegd gegeven ambtelijk bevel in de zin van artikel 43 Sr. worden opgevat. In deze context kan worden gewezen op artikel 11 van de Wet internationale misdrijven, dat onder andere is opgenomen omdat een meer specifieke norm voor de internationale context nodig werd geacht. Buitenlandse militairen zijn normaliter niet op grond van enige Nederlandse wet bevoegd verklaard tot het geven van (dwingende) bevelen.² Buitenlandse militairen zijn in ieder geval niet bevoegd tot het geven van dienstbevelen in de zin van artikel 125 WMS, tenzij een aanwijzing in de zin van artikel 71a WMS plaatsvindt. Daarvan is echter nog nooit gebruik gemaakt. In de praktijk worden bevelen van buitenlandse militairen dan ook omgezet in Nederlandse bevelen door de wijze waarop dergelijke bevelen in de commandolijn worden doorgegeven aan de Nederlandse operationele eenheden. Het bekende systeem van de Nederlandse «Red Card Holder», die opdrachten en bevelen toetst aan de Nederlandse uitgangspunten voor deelname aan een operatie voordat de opdrachten en bevelen worden doorgegeven aan de Nederlandse operationele eenheden, sluit aan op deze benadering.

¹ Keijzer spreekt van feiten «die tot de krijgstaaft van de betrokkene behoren». Zie de aantekeningen bij artikel 38 in Bosch, Th. W., Militair Straf- en Tuchtrect, Kluwer 2004

² Zie onder andere de aantekeningen bij artikel 43 Sr. in Cleiren en Nijboer, Strafrecht: Tekst en Commentaar en in Noyon, Lange-meijer en Rammelink, Het Wetboek van Strafrecht.

Rules of Engagement

Zoals hierboven uiteengezet zijn de «Rules of Engagement» (ROE) regels betreffende de geweldsbevoegdheden in het kader van de taakuitvoering binnen een bepaalde operatie. Zoals in de ROE zelf ook wordt aangegeven, dienen deze bevoegdheden echter te worden uitgeoefend onder toepassing van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit en in het kader van de opgedragen taken. De taken in kwestie zijn vervolgens alleen dan bevoegd opgedragen voor zover zij overeenkomen met het mandaat of met de juridische basis uit het algemene volkenrecht. Het gestelde in de ROE zelf is op zich dan ook niet voldoende om de rechtmatigheid van het geweldgebruik te toetsen. Het is juridisch dan ook niet mogelijk om een strafuitsluitingsgrond op te stellen waarmee geweldgebruik conform de ROE per definitie als gerechtvaardigd zou gelden.

Het arrest van het Hof te Arnhem in de zaak Eric O. heeft daarbij vastgesteld dat een dergelijke algemene strafuitsluitingsgrond voor handelen op grond van de ROE ook niet nodig is. Zelfs zonder een dergelijke algemene strafuitsluitingsgrond kwam het Hof immers tot de conclusie, na raadpleging van het mandaat en de ROE en na beoordeling van de feiten van de casus, dat betrokkene rechtmatig had gehandeld. Daarbij baseerde het Hof zich overigens niet alleen op het gestelde in de ROE en kan dus ook uit dit arrest geen grondslag worden opgemaakt voor een algehele strafuitsluiting voor handelen op grond van de ROE als algemene regel.

Voor Nederlandse militairen worden de ROE vastgesteld door de CDS. Dit geldt zowel voor ROE die door Nederland zelf zijn opgesteld als voor internationale ROE. Laatstgenoemde ROE worden, mede naar aanleiding van de zaak Eric O., thans na goedkeuring als dienstvoorschrift uitgegeven. Datzelfde geldt voor eventueel door Nederland bij die ROE te maken voorbeholden (de zogenaamde «caveats»). Na de vaststelling door de CDS worden de ROE ter beschikking gesteld van de eenheden die ze moeten toepassen in de betreffende operatie. Dit kan afzonderlijk gebeuren, bijvoorbeeld bij wijzigingen van de ROE tijdens een reeds lopende operatie, of als bijlage bij de opdracht van de CDS ter uitvoering van de betreffende operatie. Deze bekendstelling spreekt voor zich, aangezien de ROE geen ander nut of betekenis hebben dan in het kader van de taakuitvoering in de betreffende operatie. Het wettelijk vastleggen van een plicht tot bekendstelling van de ROE aan de betreffende eenheden is dan ook overbodig.

Bij de missiegerichte opleiding wordt uitleg gegeven over de ROE voor de betreffende operatie en wordt zo veel mogelijk geoefend in het toepassen van die ROE. Daarnaast wordt in het kader van de overige opleidingen aandacht besteed aan het onderwerp ROE. Daarbij kan worden gedacht aan opleidingen zoals de Hogere Militaire Vorming, de cursus Militair Operationeel Recht, en de Commandantenopleiding van de Koninklijke Marine. Ook worden symposia georganiseerd over dit onderwerp en wordt het onderwerp behandeld als thema in workshops en symposia over andere operationele onderwerpen. Er wordt dan ook veel aan gedaan om de kennis en het begrip aangaande ROE in het algemeen en de ROE voor specifieke operaties zeker te stellen en, waar nodig en mogelijk, te verbeteren.

Het voornoemde arrest van het Hof te Arnhem heeft de status van ROE als dienstvoorschrift vastgesteld. De wettelijke basis voor de ROE, alsmede voor de bevoegdheid van de minister van Defensie en van de CDS om de ROE uit te geven, is daarmee eveneens vastgesteld en bestaat uit artikel 135 WMS en artikel 9 van het Rijksbesluit uitvoeringsbepalingen militair

strafen tuchtrecht. De strafbaarheid van overtreding van de ROE volgt op grond van deze status uit artikel 136 WMS.

Wat betreft de voorgestelde aandacht voor verbetering van de kennis van het internationale strafrecht zij opgemerkt dat dit een geheel ander onderwerp betreft dan de ROE. Onder internationaal strafrecht wordt immers verstaan het recht zoals dat wordt toegepast door de internationale tribunalen en het internationale strafhof. De daaraan ten grondslag liggende internationale rechtsnormen, waaronder het humanitair oorlogsrecht en mensenrechten, zijn reeds onderdeel van de algemene militaire opleiding en van vervolgoopleidingen. Ook wordt aan deze aspecten aandacht besteed in het kader van de missiegerichte opleidingen. Onderwijs inzake de internationale rechtsnormen heeft de blijvende aandacht van Defensie en zowel de invulling van het onderwijs als de kennis van deze beginselen bij militairen worden periodiek getoetst. De totstandkoming van het Statuut van het Internationale Strafhof heeft daaraan vanzelfsprekend eveneens een impuls gegeven.

Militaire strafrechtspleging

Over de afspraken tussen Defensie en het Openbaar Ministerie, waaronder de afspraken betreffende overleg aangaande militaire operaties, zijn de Staten-Generaal reeds op 9 juli 2004 per brief geïnformeerd (Kamerstuk 29 521 nr. 6). Het voornoemde arrest van het Hof te Arnhem heeft het belang van deze afspraken en van het voeren van overleg bevestigd. Vanzelfsprekend vormt dit arrest zelf inmiddels ook onderwerp van overleg tussen Defensie en het OM. Beide partijen zijn zich nadrukkelijk bewust van de ernst van de uitspraken van het Hof en van het belang om wederzijds begrip en kennis te bevorderen. Een wettelijk voorschrift daartoe is dan ook overbodig.

Het voeren van overleg tussen de opsporingsambtenaren van de Koninklijke marechaussee en de betreffende bevelvoerend commandant van een eenheid bij een strafrechtelijk onderzoek leent zich evenmin voor vastlegging in een wettelijk voorschrift. Het spreekt voor zich dat de opsporingsambtenaren belast met een strafrechtelijk onderzoek daartoe alle relevante personen horen. Het blijft echter ter beoordeling van het OM of voldoende bewijs is verzameld om tot vervolging over te gaan en welk bewijs daarvoor benodigd is. Dat kan per geval verschillen.

Hoewel het horen van de betreffende eenheidscommandant in de regel tot de essentiële bewijsgaring zal behoren, moet het echter mogelijk blijven om het strafrechtelijk onderzoek naar de omstandigheden van het specifieke geval in te richten. Een wettelijk voorschrift zoals voorgesteld biedt in dat kader onvoldoende ruimte voor de met de opsporing belaste ambtenaren en de ter zake verantwoordelijke officier van justitie.

Het kan onder omstandigheden in het belang van een strafrechtelijk onderzoek ook onwenselijk zijn om de commandant van de betreffende eenheid direct in kennis te stellen van een strafrechtelijk onderzoek tegen militairen onder zijn bevel. Dit geldt zowel voor het horen van de commandant als voor het op overige wijze in kennis stellen van de commandant ter zake een lopend of in te stellen strafrechtelijk onderzoek. Een besluit om de commandant niet direct of onverwijld hiervan in kennis te stellen kan bijvoorbeeld aan de orde zijn indien de rol van de commandant bij de pleging van het vermeende strafbare feit onduidelijk is. Kennisgeving aan de commandant zal dan ook in de regel plaatsvinden op het moment dat daardoor geen (risico van) schade kan ontstaan voor het strafrechtelijk onderzoek.

De aanwijzing van het College van Procureurs-Generaal dat militairen na geweldgebruik eerst als getuige dienen te worden gehoord is op mijn verzoek tot stand gekomen. De wijze van optreden die in deze aanwijzing wordt voorgeschreven werd in de praktijk echter reeds langere tijd toegepast. Het lijkt dan ook niet waarschijnlijk dat deze aanwijzing zal worden ingetrokken, en in ieder geval niet zonder overleg met Defensie. Ook deze aanwijzing vormt overigens onderwerp van het hierboven genoemde overleg tussen Defensie en het OM.

Het Nederlandse militaire recht kent een duidelijke scheiding tussen strafrecht en tuchtrecht, voornamelijk gebaseerd op de ernst van de gedraging. Bij de algehele herziening van het militaire straf- en tuchtrecht, culminerend in de vaststelling van de (gewijzigde) wetten op 1 januari 1991, is deze scheiding en de verdeling van de strafbare feiten tussen het strafrecht en het tuchtrecht zorgvuldig (her-)bevestigd. De destijds gehanteerde uitgangspunten voor dit systeem zijn nog immer van kracht en de onderliggende overwegingen, die destijds ook met de Staten-Generaal zijn gedeeld in het kader van de wetsvoorstellen, zijn onverminderd de geldende opvattingen van de regering. Voor uitbreiding van bevoegdheden tot tuchtrechtelijke afdoening van strafbare feiten of voor uitbreiding van de feiten die voor tuchtrechtelijke afdoening in aanmerking komen, is dan ook geen aanleiding.

Datzelfde geldt voor de invoering van een militaire officier van justitie of een herstel van de verwijzingsofficier. In veel landen wordt juist thans een omvorming waargenomen van militaire strafrechtpleging naar een (gemengd) civiel systeem zoals wij dat in Nederland kennen. Ook bij de advisering en consultatie van landen in het voormalige Oostblok in het kader van het democratiseringsproces bestaat juist veel waardering en belangstelling voor het Nederlandse systeem. Ontwikkelingen die een gedeeltelijke of gehele terugkeer inhouden naar het oude systeem zouden dan ook afwijken van de Europese tendens.

Een uitbreiding of instelling van mogelijkheden tot het inroepen van een (militair) verschoningsrecht of geheimhoudingsplicht lijkt niet nodig in het licht van het huidige strafrecht. Op militairen is immers, gelet op artikel 2 WMS, eveneens het civiele strafrecht van toepassing. Daarin wordt zowel voor ambtenaren, waaronder derhalve ook militairen, als in het algemeen een geheimhoudingsplicht erkend en wordt schending van die plicht zelfs als misdrijf strafbaar gesteld. Een militair die gehouden is tot antwoorden, maar daardoor het risico loopt een geheimhoudingsplicht te schenden, kan wijzen op dit conflict in rechtsbelangen, ook in rechte, en verzoeken van beantwoording van de vraag verschoond te blijven.¹ Omdat deze bepalingen reeds bedoeld zijn voor het geheim houden van staatsgeheimen en ambtsgeheimen, lijkt er geen noodzaak te bestaan deze mogelijkheden uit te breiden.

De artikelen 96 en 100 van de Grondwet

Zowel bij de herziening van de defensiebepalingen in de Grondwet van 22 juni 2000 als in debatten en schriftelijke gedachtewisselingen met de Staten-Generaal sindsdien is de reikwijdte en betekenis van artikel 100 uitvoerig aan de orde geweest. Zonder het reeds gewisselde integraal te herhalen, zullen een aantal van de belangrijkste uitgangspunten en standpunten hieronder worden weergegeven in relatie tot de gestelde vragen en stellingen zoals verwoord in het begrotingsdebat.

De constitutionele verhoudingen tussen de regering en het parlement bepalen dat de regering regeert en dat het parlement vrij moet blijven om de regering vanuit een onafhankelijke positie te controleren. Een

¹ Zie bijvoorbeeld artikel 98 tot en met 98c Sr., artikel 272 Sr. en artikel 218 Wetboek van Strafvordering.

verstrengeling van deze rollen waarbij het parlement in beslissende zin participeert in individuele regeringsbesluiten zoals aan de orde bij de inzet van de krijgsmacht ontnemt het parlement deze vrijheid en committeert het parlement in gelijke mate met de regering aan het besluit als zodanig. Omdat een dergelijke verstrengeling onwenselijk wordt geacht, is in artikel 100 van de Grondwet dan ook voorzien in een consultatierecht van het parlement, maar niet in een instemmingsrecht.¹

De reikwijdte van dit consultatierecht strekt zich uit tot de inzet en terbeschikkingstelling van de krijgsmacht ter handhaving of bevordering van de internationale rechtsorde. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling blijkt dat hoewel terbeschikkingstelling, zoals in het begrotingsdebat van 10 mei 2005 aan de orde kwam, inderdaad ook onder de reikwijdte van artikel 100 valt, hiermee wel is bedoeld een besluit in relatie tot daadwerkelijke inzet van de krijgsmacht.² Het betreft dus het ter beschikking stellen van de krijgsmacht aan internationale organisaties voor de daadwerkelijke inzet in specifieke operaties en niet slechts een meer vrijblijvende terbeschikkingstelling voor eventuele toekomstige inzet. Dit onderscheid is ook aan de orde geweest bij de gedachte-wisselingen rond de NRF en de EU battlegroups. In die gevallen is door de regering gesteld dat de terbeschikkingstelling minder vrijblijvend is. De regering heeft de Staten-Generaal dan ook steeds ingelicht over de terbeschikkingstelling van de krijgsmacht in deze contexten.³

De beperking in artikel 100 tot de taak omschreven als handhaving of bevordering van de internationale rechtsorde betekent dat de inzet of terbeschikkingstelling van de krijgsmacht voor de verdedigingstaak niet onder de reikwijdte van artikel 100 valt. Deze beperking is echter slechts betrekkelijk omdat deze taak in de praktijk het overgrote deel van de inzet van de krijgsmacht in internationaal verband beslaat. Zoals hierboven reeds is uiteengezet in relatie tot de toepassing van het humanitair oorlogsrecht is de inzet van de Nederlandse krijgsmacht in gewapend conflict sinds de Tweede Wereldoorlog uitermate beperkt geweest. Bovendien heeft de regering gesteld – en ook waargemaakt – bereid te zijn om ook in het concrete geval van inzet in het kader van de operatie Enduring Freedom, waar artikel 100 althans formeel niet van toepassing is, de Staten-Generaal in de geest van artikel 100 te informeren.

Een vergelijking tussen operaties in het kader van de verdedigingstaak, waaronder operaties op grond van artikel 51 van het Handvest van de Verenigde Naties, en situaties waarop artikel 96 van de Grondwet ziet gaat niet in alle gevallen op. Ook al zijn er situaties denkbaar waarbij de verdedigingstaak gekoppeld zou kunnen worden aan een formele «in-oorlogverklaring», het is niet waarschijnlijk dat een dergelijke verklaring in de huidige tijd zal worden gevraagd of gegeven. Een dergelijke verklaring past ook niet in de moderne internationale rechtsorde, waarin het rechtmatig gebruik van geweld in de internationale betrekkingen gekoppeld is aan het herstel of bewaren van de internationale vrede en veiligheid of aan reactieve inzet op grond van een dreigende of daadwerkelijke gewapende aanval. Daarnaast is ook het humanitair oorlogsrecht juist gekoppeld aan de feitelijke omstandigheden van een gewapend conflict en niet aan een formele staat van oorlog vanwege de mogelijke discrepantie tussen de feitelijke omstandigheden en de noodzaak tot bescherming van personen daarin, en de formeel politiek-juridische besluitvorming omtrent een «in-oorlogverklaring».

Ook de inhoud en strekking van artikel 96 van de Grondwet, waaronder de besluitvorming door de Staten-Generaal in verenigde vergadering, geeft aan dat de procedure ter zake de «in-oorlogverklaring» niet van dezelfde orde is als de besluitvorming en de consultatie van het parlement in

¹ Zie onder andere de Nota naar aanleiding van het Verslag, Tweede Kamer, Kamerstuk 25 367, nr. 5, p. 8, en de Memorie van Antwoord, Eerste Kamer, Kamerstuk 25 367, nr. 226b, p. 5.

² Zie onder andere de Memorie van Antwoord, Eerste Kamer, Kamerstuk 25 367, nr. 226b, p. 4.

³ Zie ook de brief aan de Staten-Generaal van 11 juni 2004 over het AIV-advies aangaande ontwikkelingen op het gebied van crisis-beheersing, Kamerstuk 29 521, nr. 5.

relatie tot de inzet van de krijgsmacht zoals bedoeld in artikel 100 en de toepassing naar analogie van artikel 100 op militaire operaties zoals Enduring Freedom. Een systeem waarbij de inzet van de krijgsmacht voor de verdedigingstaak in alle gevallen wordt behandeld op grond van artikel 96 van de Grondwet zou dan ook disproportioneel zijn en aan deze operaties een status toekennen die niet noodzakelijkerwijs in verhouding staat tot de ware aard daarvan. In dit kader wordt ook gewezen op het gestelde in de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer¹, waarin op pagina 2 wordt aangegeven dat artikel 96 van toepassing is «op omstandigheden die door hun ingrijpende en directe betekenis voor de gehele bevolking en het Koninkrijk zo uitzonderlijk zijn dat deze een bijzondere procedure vergen». Dit verhoudt zich niet tot een procedure die, zoals voorgesteld, bedoeld is als parallel of analogie van de consultatie van het parlement zoals omschreven in artikel 100.

Tot slot, wat betreft de «tijd van oorlog»-bekendmaking zoals bedoeld in artikel 71 WMS, dient te worden benadrukt dat deze van geheel andere orde is dan de «in-oorlogverklaring» van artikel 96 van de Grondwet. Zoals deels gemeld in mijn brief over het toepassen van artikel 71 WMS in het kader van de uitzending van Nederlandse militairen naar Afghanistan in het kader van de operatie Enduring Freedom,² is de verklaring zoals in dat artikel bedoeld om voor een bepaald deel van de krijgsmacht voor een bepaalde periode de bijzondere omstandigheden van «tijd van oorlog» in de zin van het WMS van toepassing te verklaren. Zij heeft alleen gevolgen voor de toepassing van een aantal specifieke bepalingen in het WMS. De «in-oorlogverklaring» van artikel 96 Grondwet daarentegen verklaart het hele Koninkrijk in oorlog en heeft derhalve gevolgen voor het hele Koninkrijk, die zich bovendien uitstrekken tot veel meer dan de toepassing van het WMS.

Een ander belangrijk verschil tussen deze bepalingen is dat de verklaring bedoeld in artikel 71 WMS gerelateerd is aan de feitelijke omstandigheden waarin het betreffende deel van de krijgsmacht de opgedragen taken moet uitvoeren. De gevolgen van een dergelijke verklaring, waaronder zowel de strafuitsluiting op grond van artikel 38 WMS als de strafverzwaringen, houden dan ook verband met die feitelijke bijzondere omstandigheden. Dat is echter wat anders dan de formele en voornamelijk politiek-juridische betekenis van de «in-oorlogverklaring» zoals bedoeld in artikel 96 Grondwet. Die verklaring dient niet om bepaalde feitelijke omstandigheden vast te stellen, maar juist om een specifieke politiek-juridische omstandigheid te doen ontstaan. Dat er een discrepantie tussen deze begrippen en deze artikelen is ontstaan is dan ook verklaarbaar, mede in het licht van de reeds genoemde ontwikkelingen in het internationale recht ter zake.

¹ Memorie van Antwoord, Eerste Kamer, Kamerstuk 26 243 nr. 165a.

² Brief van 22 april 2005, Kamerstuk 27 925, nr. 172.