

DE RAADGEVER IN OORLOGSRECHT. FUNCTIES, STATUUT EN AANSPRAKELIJKHEID NAAR INTERN EN INTERNATIONAAL STRAFRECHT¹

J.M. Cool, R. Remacle en F. Thomas²

Inleiding

Sinds de uitwerking, op het einde van de XIX^e eeuw, van de eerste codificaties van Den Haag en Genève inzake oorlogsrecht en humanitair recht, hebben de Verdragspartijen de verplichting de naleving van deze verdragsbepalingen te verzekeren, niet in het minst in het raam van de strijdkrachten. Nadat België, als vierde Lidstaat van de NAVO na Denemarken, Italië en Noorwegen, door de Wet van 16 april 1986, o.m. het eerste Aanvullend Protocol bij de Verdragen van Genève van 1949 'inzake de bescherming van de slachtoffers van internationale gewapende conflicten' had bekrachtigd (verder: GP I)³, stelde de in februari 1987 opgerichte Interdepartementale Commissie voor Humanitair Recht dan ook een lijst op van de concrete, interne uitvoeringsmaatregelen die de verschillende ministeriële departementen reeds in vreedstijd zouden moeten treffen.⁴ Aan het Ministerie van Landsverdediging vertrouwdde zij de vorming toe van de 'juridische adviseurs in de strijdkrachten', een nieuwe instelling van internationaal recht⁵ die de Verdragsstaten, op grond van artikel 82 GP I, in hun respectieve legers moeten inbouwen. Op 7 juli 1987 stelde de Generale Staf aan de Minister van Landsverdediging de voorlopige structuur voor, volgens welke de zgn. 'raadgevers in oorlogsrecht' bij de strijdkrachten (verder: ROR)⁶ zouden georganiseerd wor-

1. Dit artikel is de herwerkte versie van de preadviezen van de auteurs op de studiedag d.d. 19 april 1991 van het Studiecentrum voor militair strafrecht en oorlogsrecht. Aan de werkgroep m.b.t. 'De aansprakelijkheid van de raadgevers in oorlogsrecht' namen ook deel de heren CZAPLICKI, substituut van de Auditeur-Generaal, luitenant-kolonel SBH DRIESEENS, GOSSIAUX van het Burgerlijk Algemeen Bestuur (Ministerie van Landsverdediging), HERBOTS, hoogleraar K.U. Leuven en LUYPAERS, majoor bij de Rijkswacht en lic. jur. Als expert werd Prof. R. VERSTRAETEN (K.U. Leuven) geraadpleegd.

2. Resp. eerste substituut van de Krijgsauditeur (Gent), luitenant-kolonel SBH van het vliegwezen (Koninklijk Hoger Instituut voor Defensie) en hoogleraar (Koninklijke Militaire School).

3. *B.S.*, 7 november 1986. Terzelfdertijd keurde België ook het tweede Aanvullend Protocol inzake de bescherming van de slachtoffers van niet-internationale gewapende conflicten, goed. Laatstgenoemde verdragstekst is evenwel ter zake niet relevant.

4. De oprichting van deze Commissie werd in het vooruitzicht gesteld door W. MARTENS, Eerste Minister, in zijn toespraak gehouden te Brussel n.a.v. de opening van het Rode Kruis-symposium over de 'Tenuitvoerlegging van de Aanvullende Protocollen bij de Conventies van Genève van 12 augustus 1949' (27 en 28 november 1986), gepubliceerd in het *Tijdschrift voor Militair Strafrecht en Oorlogsrecht*, 1988, 219-224, op 223. OFFERMANS, M., 'La Commission interdépartementale de droit humanitaire de Belgique', *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1991, 164-177.

5. BOSLY, H., 'Rapport de synthèse (Première partie) du neuvième Congrès international de la Société internationale de Droit pénal militaire et de Droit de la Guerre (Lausanne, 2-6 septembre 1982)', *Revue de Droit pénal militaire et de droit de la guerre*, 1982, 547.

6. In België wordt de voorkeur gegeven aan deze benaming, omdat zij beter is afgestemd op de eigenlijke opdrachten van de betrokkene dan de meer algemene term 'juridisch adviseur'.

den.⁷ De Minister keurde het ontwerp, dat inmiddels een definitieve vorm gekregen heeft in het Algemeen Order J/797, zonder meer goed.

Opdrachten

De opdracht van de ROR bestaat erin de militaire overheid in te lichten over de toepassing van de vier Conventies van Genève van 1949⁸ en het eerste Aanvullend Protocol hierbij, alsook over het onderwijs dat ter zake moet verstrekt worden op alle niveaus van de krijgsmacht (GP I, art. 82). Het lijkt raadzaam een onderscheid te maken tussen de uitvoering van voormelde opdracht in oorlogstijd dan wel in vreedstijd.

In *oorlogstijd* dient de ROR, op eigen initiatief of op aanvraag van het commando, te beletten dat bevelen worden gegeven die strijdig zijn met het humanitair recht en mogelijk leiden tot het plegen van hetzij 'ernstige inbreuken', hetzij 'gewone inbreuken' op de Conventies van Genève en op het eerste Aanvullend Protocol.⁹ Hij doet dit door middel van adviezen die o.m. betrekking kunnen hebben op de leiding en op het verloop van de militaire operaties (GP I, art. 35-42), op het statuut van combattant c.q. krijgsgevangene (GP I, art. 48-51) en op de bescherming van de burgerbevolking en van de goederen van burgerlijke aard (GP I, art. 52-56).

De ROR oefent zijn functie – een staffunctie – uit in nauwe samenwerking met cel 3 'operaties' en eventueel met cel 5 'civiele zaken', zonder hierbij het commando te mogen hinderen en zonder te beschikken over een vetorecht t.o.v. geplande acties. Het belang van zijn preventieve taak is evenwel niet te onderschatten. Hoewel zijn adviezen niet bindend zijn, kan de militaire chef, die uiteraard zelf gebonden is door de Belgische wetgeving en door de internationale verdragen waarbij België Partij is, ze niet verwerpen zonder zich minstens bloot te stellen aan strafrechtelijke vervolgingen wegens die handelingen die als 'ernstige inbreuken' op het humanitair recht worden gekwalificeerd.¹⁰ Daarenboven zou elk van

7. Voor zijn voorstel beschikte de Generale Staf over een rechtsvergelijkende benadering, geconcretiseerd in de Akten van het reeds vermelde negende Internationaal Congres van de Internationale Vereniging voor Militair Strafrecht en Oorlogsrecht (*Tijdschrift voor Militair Strafrecht en Oorlogsrecht*, 1982, 483-534), alsook over de fundamentele studie van de functie naar Belgisch recht van G. VAN GERVEN, vooreerst besproken in de werkgroep II 'De installatie van juridische adviseurs bij de strijdkrachten', op het Symposium van het Belgische Rode Kruis (Brussel, 27-28 november 1986) en naderhand, onder de titel 'Inleidend referaat' gepubliceerd in het *Tijdschrift voor Militair Strafrecht en Oorlogsrecht*, 1988, 247-299.

8. *B.S.*, 26 september 1952.

9. De vier Conventies van Genève en het eerste Aanvullend Protocol voeren een onderscheid in tussen de 'ernstige inbreuken' – b.v. de deportatie van burgers, het nemen van gijzelaars, het doen van aanvallen op de burgerbevolking of nog het aanwenden van apartheidspraktijken – en de 'inbreuken' – b.v. het misbruik van het nationaliteitskenteken of het uithongeren van burgers. T.o.v. de daders van delicten van de eerste categorie, beschouwd als oorlogsmisdaden (GP I, art. 85, vijfde lid) zijn de Verdragsstaten verplicht strafrechtelijke sancties te treffen; t.o.v. de tweede categorie hebben de Partijen enkel de verplichting het plegen ervan te doen ophouden b.v. door disciplinaire maatregelen.

10. In de huidige stand van zaken steunt de bestraffing nog steeds op de delictomschrijvingen vervat in het Strafwetboek van 1867. Vervolgingen zijn m.a.w. alleen dan mogelijk indien de constitutieve elementen van een delict van gemeen recht in de 'ernstige inbreuk' terug te vinden zijn. Hierin zal veran-

zijn bevelen, gegeven tegen de mening van de ROR in en waarvan de 'uitvoering kennelijk het plegen van een misdaad of van een wanbedrijf kan meebrengen'¹¹, door zijn ondergeschikten moeten betwist worden, hetgeen allerminst van aard is om bij te dragen tot een efficiënte bevelvoering.

In *vredestijd* ligt de klemtoon op andere aspecten van de taak van de ROR (GP I, art. 6, eerste lid, art. 80, eerste en tweede lid, art. 83, eerste lid). Hij adviseert de militaire overheden bij de voorbereiding, conform het humanitair recht, van de opdrachten van het leger in oorlogstijd. Als dusdanig is hij betrokken bij de keuze van gevechtsmiddelen alsook bij de uitwerking van verdedigingsplannen en neemt hij deel aan manoeuvres en oefeningen (CPX en FTX). Fundamenteleler nog is zijn rol in de verspreiding en in het onderwijs van het humanitair recht, ook buiten het leger, door middel van de uitwerking van programma's¹², de redactie van handboeken en de vorming van onderrichters.¹³

Statuut en vorming

Het behoort tot de bevoegdheid van elke Verdragsstaat om te beslissen over het – militair of civiel – statuut van de ROR. Bij deze beslissing speelt de noodzakelijke vertrouwensrelatie tussen de militaire commandant en zijn ROR een doorslaggevende rol: zonder deze vertrouwensrelatie zou de doeltreffendheid van de ROR zeer beperkt, zometeen onbestaande zijn. Het lijkt inderdaad niet aangewezen aan het commando een raadgever op te dringen die niet tot het militaire milieu behoort. Daar er in België nagenoeg¹⁴ een consensus bestond over het feit dat de ROR niet alleen juridisch onderlegd moet zijn, maar ook een grondige kennis moet hebben van de gevechtsmiddelen en methodes, alsook van de stafprocedures en zich in een staf moet kunnen integreren, heeft de Generale Staf officieren in actieve dienst en reserveofficieren aangeduid om de functie te bekleden. Als ROR zijn zij inderdaad van meetaf vertrouwd met de taal en de denkwijze van de stafofficieren, alsook met de organisatie en het functioneren van een staf. Zij kennen de beschikbare militaire middelen, o.a. de verschillende wapens en hun uitwerking m.i.v. tactische procédés als artillerie- en luchtsteun, zodat zij een realistisch en geloofwaardig advies kunnen formuleren. Wat het humanitaire recht betreft, krijgen deze officieren een aangepaste vorming van drie weken in het Koninklijk Hoger Instituut voor Defensie (KHID; Brussel). In deze discipline is bovendien een voortgezette vorming voor de ROR onontbeerlijk. Zij wordt bewerkt door deelname aan conferenties, seminaries, ingericht door de Interdepartementale Commissie voor Humanitair Recht, door het Rode Kruis, door de universiteiten en ook door het KHID zelf. Aan praktische training uiteindelijk wordt ge-

dering komen zodra het wetsontwerp 1317 'betreffende de bestraffing van de ernstige inbreuken op de internationale Verdragen van 12 augustus 1949 en op het Aanvullend Protocol I bij die Verdragen, van 8 juni 1977', neergelegd op 30 april 1991, wet zal worden.

11. Art. 11, tweede lid van de Wet van 14 januari 1975 houdende het tuchtreglement van de Krijgsmacht, *B.S.*, 1 februari 1975.

12. Bij wijze van voorbeeld: Strijdkrachten, Generale Staf, Divisie Operaties, *Tijdelijke richtlijnen voor het onderricht van het oorlogsrecht in de strijdkrachten*, december 1990, 10 p.

13. In dezelfde zin: VAN GERVEN, G., *o.c.*, 266.

14. *Contra* inderdaad: VAN GERVEN, G., *o.c.*, 271.

daan gedurende de oefeningen en manoeuvres waaraan de officieren van het actieve en reservekader met de hoedanigheid van ROR, moeten deelnemen.¹⁵

In vreedstijd zijn het officieren in actieve dienst die de functie van ROR uitoefenen, dit naast hun normale staffunctie. In oorlogstijd zullen zij bijgestaan worden, zoniet vervangen, door reserve-officieren met een juridische vorming. Deze laatsten krijgen dezelfde, hierboven beschreven, gespecialiseerde vorming als de officieren in actieve dienst, maar moeten ook de normale bevorderingsvorming verderzetten teneinde hun kennis van de militaire wetenschappen op peil te houden.

De onafhankelijkheid van de ROR met een militair statuut ten opzichte van het commando is en blijft een punt van betwisting. Bepaalde Staten zijn van oordeel dat hij volledig onafhankelijk moet zijn en dus bij uitsluiting aan de Minister van Landsverdediging verantwoording verschuldigd is.¹⁶ Andere, zoals België, zijn van oordeel dat de rol van de ROR niet wezenlijk verschilt van die van de officieren in de overige stafafdelingen, nl. in oorlogstijd, zonder tussenpersoon, samenwerken met de eenheidscommandant of met de stafchef.

Echelon

Het artikel 82 GP I bepaalt dat de ROR beschikbaar moet zijn op het 'gepaste echelon' en 'wanneer nodig'.

Op het 'gepaste echelon' betekent op het niveau waar het commando beschikt over de macht en de middelen om daden te stellen die mogelijk indruisen tegen het humanitair recht, d.w.z. wanneer het beschikt over de steun van de artillerie, de genie en de luchtvaart.¹⁷ De uitdrukking 'wanneer nodig' wijst op de hypothese waarin eenheidscommandanten beneden het niveau van de brigade, zowel in vreedstijd als in oorlogstijd, ook op de hulp van een ROR moeten kunnen rekenen. In het licht van deze ruime verdragsbepaling¹⁸ heeft de Generale Staf besloten om zowel in vreedstijd als in oorlogstijd een ROR te situeren niet alleen op het niveau van de Generale Staf, van de staven der machten en op dit van de operationele commando's (corps, divisie en brigade), maar eveneens in bepaalde onafhankelijke eenheden zoals het regiment para-commando. Ten behoeve van de verdediging van het grondgebied zijn ook in elke provincie ROR's voorzien, in vreedstijd en in oorlogstijd.

De hierboven beschreven initiatieven nemen op het terrein reeds een concrete vorm aan. Telkens België thans militairen naar het buitenland stuurt naar aanleiding van humanitaire operaties, is onder hen ten minste één officier met de vorming van ROR aanwezig. Dat deze tegenwoordigheid verre van overbodig is, werd o.m. bewezen in Rwanda in het najaar 1990. Onder de betiteling 'Un tribunal dans les fourgons' meldt de krant *Le Soir* van 23 oktober 1990, benevens de

15. De hoedanigheid van officier van de ROR wordt niet unaniem als een *conditio sine qua* voor zijn efficiëntie beschouwd. Zie o.m.: PARTSCH, K.J., 'Rechtsberater in des Streitkräften - Ein neuer juristischer Beruf?', in *Etudes et essais en l'honneur de Jean Pictet*, La Haye, Nijhoff, 1984, 196-197.

16. VAN GERVEN, G., *o.c.*, 253.

17. VAN GERVEN, G., *o.c.*, 288-289.

18. SANDOZ, Y. e.a., *Commentaire des Protocoles additionnels*, Genève, Nijhoff, 1986, 973.

identiteit van de betrokken ROR, volgend voorval: 'Sans avoir eu à intervenir en tant que tel (sic) à proprement parler, l'équipe belge a été sollicitée lorsque des Tutsis se sont placés sous la protection des paras belges afin qu'ils leur facilitent une demande d'asile à l'ambassade de France'.

Ook wanneer, zoals op dit ogenblik in Joegoslavië in het raam van de operatie UNPROFOR, het Belgisch leger in opdracht van de Verenigde Naties ingezet wordt om, als 'peace keeping force', de vrede te helpen handhaven, vergezelt een ROR het Belgisch contingent. Wat dit type van VN-missies betreft, rijzen trouwens bijkomende problemen. Vooreerst kan de VN-vredesmacht, soms ook wel 'Soldiers without enemies' genoemd, niet als een oorlogvoerende Partij beschouwd worden: haar tegenwoordigheid in de 'gaststaat' berust immers op diens toestemming en wordt met hem trouwens verdragsrechtelijk vastgelegd in een zgn. 'Status of Forces Agreement'. Hieruit volgt dat er geen sprake kan zijn van een gewapend conflict naar de zin van het gemeenschappelijk artikel 2 van de vier Conventies van Genève van 1949, zelfs niet indien de VN-blauwhelmen uit zelfverdediging geweld zouden moeten aanwenden. Daarenboven zijn de Verenigde Naties als dusdanig geen Partij bij de humanitaire verdragen. Hic et nunc kunnen zij dit, om louter verdragstechnische redenen, ook niet worden.¹⁹ Ten einde de naleving van het humanitair recht in de praktijk niettemin te verzekeren, wordt, van de ene kant, in de militaire reglementen voor de VN-troepen volgende clause ingelast: 'The Force shall observe the principles and spirit of the general international Conventions applicable to the conduct of military personnel'. Van de andere kant wordt in de akkoorden of in de briefwisseling tussen de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties en de Staat die manschappen ter beschikking stelt gepreciseerd welke verdragen bedoeld worden, met name de vier Conventies van Genève, het Verdrag van Den Haag van 14 mei 1954 inzake de bescherming van culturele goederen in geval van een gewapend conflict en desgevallend het GP I, indien de Staat laatstgenoemd instrument heeft bekrachtigd. Diezelfde Staat dient de kennis van het humanitair recht in hoofde van de leden zijn nationaal contingent te waarborgen en de eerbiediging van de verdragsverplichtingen te doen naleven.²⁰

Strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Belgisch recht²¹

In de mate waarin de ROR alleen advies verstrekt en geen beslissingsbevoegdheid bezit, lijkt het onontbeerlijk vooraf de rechtspositie van de militaire com-

19. DÖRENBERG, A.J.T., 'Legal aspects of peacekeeping operations', *Tijdschrift voor militair recht en oorlogsrecht*, 1989, 199-200. De auteur voegt hieraan toe dat de Verenigde Naties materieel niet uitgerust zijn voor de uitvoering van bepaalde verdragsverplichtingen zoals b.v. voor de opvang van krijgsgevangenen.

20. SCHINDLER, D., 'United Nations forces and international humanitarian law', in *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet, o.c.*, 524.

21. De hiernavolgende beschouwingen over de individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid van de ROR mogen niet doen vergeten dat ook de Staat, binnen bepaalde grenzen, op internationaal en nationaal vlak aansprakelijk kan zijn voor de handelingen van zijn uitvoerende macht; de ROR is daar een lid van. Voormelde modaliteiten van aansprakelijkheid zijn uiteraard nooit strafrechtelijk. Uitvoe-

mandant zelf – de advies-aanvrager a.h.w. – te onderzoeken t.o.v. de bevelen die hij geeft: hij is ongetwijfeld voor de mogelijk delictuele gevolgen ervan persoonlijk aansprakelijk. Toch moet de vraag gesteld worden in hoeverre hij dwaling, wegens verkeerd advies van de ROR, kan inroepen als schulditsluitingsgrond. Lange tijd werd in België gesteld dat deze laatste, om aanvaardbaar te zijn bij uitsluiting op feitelijke aangelegenheden diende te slaan. Dwaling en onwetendheid nopens het recht – in casu over de verplichtingen uit het humanitair recht en de strafbaarheid van bepaalde gedragingen – werden uitgesloten. Sinds de Tweede Wereldoorlog werd deze traditionele stelling enigszins afgezwakt en wordt de rechtsdwaling als schulditsluitingsgrond erkend, indien zij onoverwinnelijk is – b.v. bij verkeerd advies van de overheid – en slaat op een constitutief bestanddeel van het delict.²² Toch lijkt deze nieuwe benadering ter zake niet relevant. Men heeft hier hoofdzakelijk te maken met beroepsofficieren, van wie slechts moeilijk kan aanvaard worden dat zij onwetend zouden zijn van de normen van intern c.q. internationaal recht die, in welke omstandigheden ook, de uitoefening van hun beroep beheersen. Overigens bestaat thans consensus over het feit dat, bij een manifeste inbreuk op het humanitair recht noch rechtvaardigingsgronden – zelfs niet het bevel van de meerderheid²³ –, noch schulditsluitingsgronden – op dwang na²⁴ – kunnen weerhouden worden. Alleen verzachtende omstandigheden worden in aanmerking genomen, wat geen enkele incidentie heeft op het bestaan van het misdrijf zelf en evenmin op de principiële schuld van de dader. Indien het bevel tot het plegen van een inbreuk op het humanitair recht niet als rechtvaardiging in hoofde van de militair wordt erkend, dan zal het louter advies van de ROR a fortiori als dusdanig verworpen worden.

Uit hetgeen voorafgaat blijkt derhalve dat de militaire commandant steeds zelf verantwoordelijk blijft voor zijn beslissingen en voor de gevolgen ervan, onverschillig of de ROR een advies heeft gegeven of niet.

Nu vaststaat dat het advies van de ROR het commando nooit van de eigen verantwoordelijkheid vrijstelt, lijkt de vraag naar de eventuele strafrechtelijke aansprakelijkheid van de adviesverlener zelf vrij complex. Hierna zullen verschillende hypothesen onderzocht worden.

rig hierover: HERBOTS, J., *De aansprakelijkheid van de raadgever in oorlogsrecht t.o.v. het intern burgerlijk recht*, gestencild verslag (april 1991); VAN GERVEN, G., o.c., 276-278.

22. VAN DEN WIJNGAERT, C., *Strafrecht en Strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, boek I, 285-288.

23. Art. 3 van de Wet van 20 juni 1947 betreffende de bevoegdheid van de militaire rechtscollèges inzake oorlogsmisdaden (*B.S.*, 1947, 26-27 juni 1947) stelde reeds dat de beklaagde zich niet kan beroepen op de rechtvaardiging van het bevel van hogerhand wanneer de hem ten laste gelegde handeling een 'klaarblijkelijke schending' uitmaakt van de wetten en gebruiken van de oorlog. Conform de uitspraak van het Internationaal Militair Tribunaal van Nürnberg, formuleert het wetsontwerp nr. 1317, van zijn kant, hetzelfde principe in art. 7, tweede lid en past het toe op de uitvoerder van het bevel dat 'duidelijk' het plegen van ernstige vergrijpen tegen de vier CG en het GP I tot gevolg heeft. Men leze hierover: HENNAU, C. en VERHAEGEN, J., o.c., 440-442.

24. HENNAU, C. en VERHAEGEN, J., *Droit pénal général*, Brussel, Bruylant, 1991, nr. 332 (meer bepaald het voorbeeld). Ook het eerder vermelde wetsontwerp behoudt impliciet de dwang. Cf. *Gedr. St.*, Senaat, 1990-91, nr. 1317, 1, 15.

1. DE ROR IS AFWEZIG

Indien de ROR *wettig afwezig* is, komt zijn aansprakelijkheid uiteraard niet in het gedrang. Indien hij daarentegen *onwettig afwezig* is, maakt hij zich schuldig aan postverlating en vindt artikel 25, derde lid van het Militair Strafwetboek²⁵, dat in oorlogstijd dreigt met een straf van afzetting, op hem toepassing, vermits het slaat op '... l'officier dans le rang, qui, tout comme le simple soldat, pour pourvoir à sa propre sûreté, abandonne son poste, c'est-à-dire l'endroit où il doit se trouver et où la troupe dont il fait partie se trouve encore'.²⁶

Mogelijk komt ook de strafverzwarende omstandigheid 'in tegenwoordigheid van de vijand' (art. 25, vierde lid Mil. Sw.) in aanmerking, waardoor de doodstraf kan uitgesproken worden. Een officier bevindt zich in voormelde situatie wanneer de hem opgelegde dienst rechtstreeks verband houdt met een tegen de vijand gerichte activiteit of met een handeling die tot doel heeft de vijand te bestrijden. Alhoewel het algemeen order dat zijn opdracht omschrijft hem niet tot doel stelt rechtstreeks deel te nemen aan militaire operaties, is en blijft de ROR een officier en kan hij betrokken worden in gevechtsacties. Naargelang de omstandigheden zal hij derhalve onder toepassing van artikel 25, derde dan wel vierde lid Mil. Sw. vallen.²⁷

Wanneer de ROR niet aanwezig is en dus geen advies kan verstrekken, kan hij moeilijk als deelnemer aan een schending van het humanitair recht beschouwd worden. Zelfs wanneer zijn afwezigheid bewust en mogelijk kwaadwillig zou zijn, dan nog brengt zij de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de ROR als deelnemer niet in het gedrang.

2. DE ROR IS AANWEZIG

Volgende gevallen zijn denkbaar. De ROR geeft een correct advies dat hetzij wel, hetzij niet wordt opgevolgd: hij heeft zich van zijn taak gekweten, zodat hem niets kan ten laste gelegd worden. Mocht hij een *onjuist advies* geven dat niet wordt opgevolgd zodat ook geen misdrijf wordt gepleegd, dan komt zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid evenmin in het gedrang. Een van de voorwaarden om tot strafbare deelneming naar de artikelen 66-67 Sw. te besluiten is immers het bestaan van een objectief strafbaar feit door de wet als misdrijf of wanbedrijf gekwalificeerd²⁸, wat hier niet het geval is. Men kan zich ten slotte de vraag stellen of de ROR die een onjuist advies geeft, wat voor gevolg heeft dat de militaire commandant metterdaad een oorlogsmisdrijf pleegt, strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld. Hier kan de vereiste van het opzet, als gemeenschappelijke band tussen hoofddader en deelnemer, voor problemen zorgen. Alleen indien de ROR bewust onjuiste informatie geeft en hierdoor het, in hoofde van de militaire chef vooraf bestaande delictueel, opzet bekrachtigt en indien dit opzet zich daarenbo-

25. Wet van 27 mei 1870, B.S., 4 juni 1870.

26. R.P.D.B., v^o Justice Militaire, nr. 110.

27. Art. 21 Mil. Sw. daarentegen slaat op de officier die het bevel voert over een eenheid waarover hij ook verantwoordelijk is. Deze opdracht strookt niet met de functie van ROR, zodat art. 21 Mil. Sw. niet van toepassing is.

28. DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1989, nr. 563.

ven ook concretiseert in een schending van het humanitair recht – als misdad of als wanbedrijf naar Belgisch recht –, dan pas kan zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid als intellectuele deelnemer overwogen worden.²⁹ Wanneer de ROR daarentegen een onjuist advies geeft uit onkunde of uit nalatigheid, dan kan hij, bij gebrek aan opzet, niet strafrechtelijk aansprakelijk gesteld worden voor de eventueel delictuele gevolgen ervan. Wel kan hij op die gronden steeds tuchtrechtelijk vervolgd worden.

Quid wanneer de ROR weigert advies te geven? Is hij aansprakelijk, indien naderhand een oorlogsmisdrijf wordt gepleegd? Het antwoord lijkt negatief, nu de deelneming door onthouding niet strafbaar is.³⁰ Alleen in geval van gekwalificeerde onthouding is mogelijk een vorm van deelneming voorhanden.³¹ Het zal evenwel niet gemakkelijk zijn om uit de enkele onthouding enig kwaadwillig opzet in hoofde van de ROR af te leiden en ook te bewijzen.

Blijft de vraag naar *schuldig verzuim* in hoofde van de ROR. Sommige modaliteiten daarvan worden op zich niet beschouwd als deelneming maar als afzonderlijke misdrijven. Relevant naar intern recht lijkt vooral artikel 422*bis* Sw. dat slaat op eenieder die verzuimt hulp te verlenen aan iemand die in groot gevaar verkeert, wanneer die hulp geen gevaar inhoudt noch voor hemzelf, noch voor anderen.³² In dit welbepaalde geval zou zich b.v. de ROR bevinden die met opzet na laat tussenbeide te komen bij de militaire commandant wanneer een voorgenomen of bevolen militaire operatie onder de burgerbevolking verliezen zou veroorzaken die niet te rechtvaardigen zijn door het verwachte militair voordeel. Ook in deze laatste hypothese zullen wellicht problemen rijzen, vermits de te verlenen hulp volgens artikel 422*bis* Sw. een daadwerkelijke hulp moet zijn, van aard om het gevaar te bezweren. Deze eigenschap wordt soeverein beoordeeld door de rechter. Aangezien de militaire commandant bij uitsluiting meester blijft over de operaties, rijst de vraag of het al dan niet adviseren aan deze voorwaarde voldoet.³³

Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat de precieze omlijning van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de ROR in de toekomst mogelijk nog aanleiding zal geven tot discussie. Essentieel lijkt evenwel dat het principe ervan hic et nunc duidelijk wordt gesteld m.a.w. dat een stafofficier aansprakelijk kan zijn, benevens de militaire commandant zelf, voor zijn persoonlijke (intellectuele) bijdrage tot de uitwerking en de formulering van een bevel waarvan de uitvoering leidt tot een oorlogsmisdrijf. Dit principe werd voor het eerst na de Tweede Wereldoorlog verwoord door de Amerikaanse militaire rechtbank te Nürnberg: 'If the basic idea

29. VAN GERVEN, G., *o.c.*, 282. Deze auteur verwerpt de aanzetting als vorm van deelneming vanwege de ROR, hetgeen logisch lijkt vermits adviezen door de rechtbanken doorgaans niet beschouwd worden als 'middelen' in de zin van art. 66, vierde lid Sw.

30. DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *o.c.*, nr. 588.

31. Volgens DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *o.c.*, nr. 588 betreft het dan de positieve aanmoediging tot het plegen van een misdrijf en de schending van de – wettelijke of contractuele – plicht tot handelen, voor zover de wil bestaat een misdrijf te laten plegen en door zijn onthouding hiertoe bij te dragen'.

32. Vgl. ook GP I, art. 86, eerste lid.

33. Een negatief antwoord op de gestelde vraag geeft VAN GERVEN, G., *o.c.*, 280. Ter zake dient ook verwezen naar art. 5 van het reeds vermelde wetsontwerp 1317 dat o.i. evenmin een afdoende oplossing biedt voor de bijzondere problematiek van de ROR.

is criminal under international law, the staff officer who puts the idea under the form of a military order (...), commits a criminal act under international law'.³⁴

Positie t.o.v. het jurisdictierecht

Indien een Belgische ROR, als deelnemer, oorlogsmisdrijven in het raam van zijn functie zou plegen, rijst de vraag naar het rechtscollege, bevoegd om van de feiten kennis te nemen.

Naar vigerend Belgisch recht zijn de feiten in se oorlogsmisdrijven, maar moeten zij voorlopig nog als misdrijven van gemeen recht gekwalificeerd worden bij ontstentenis van een ad hoc wetgeving.³⁵ De vervolgingen geschieden op grond van de traditionele jurisdictiebeginselen, met name de territorialiteit (art. 3 Sw.) – voor feiten op Belgisch grondgebied gepleegd – en de actieve personaliteit – voor feiten in het buitenland gepleegd.³⁶ Gezien de hoedanigheid van militair van de beklaagde worden de vervolgingen aanhangig gemaakt hetzij voor de krijgsraad, hetzij voor het militair gerechtshof zetelend in eerste en laatste aanleg, naargelang zijn graad (Wet van 15 juni 1899 houdende eerste en tweede titel van het Wetboek van strafrechtspleging voor het leger, art. 104).³⁷ Steeds ten gevolge van dit militair statuut zal op hem eerder artikel 10*bis* dan artikel 7 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering van toepassing zijn. Genoemd artikel verschilt hierin van artikel 7 V.T. dat het de vervolgingen in België niet laat afhangen van de vereiste van de dubbele strafbaarheid van de feiten. Ook dient de verdachte militair zich, bij het instellen van de vervolgingen, niet noodzakelijk in België te bevinden: het kan immers voorkomen dat zij in het buitenland in handen van de Belgische militaire overheden wordt gesteld en door hen in België wordt teruggebracht. Een voorafgaande klacht of een officieel bericht van de buitenlandse overheden is evenmin vereist.³⁸

34. FONTENOT, R.J., 'Development of the staff legal officer's responsibility under the law of war', *Tijdschrift voor Militair Strafrecht en Oorlogsrecht*, 1975, 81.

35. Het art. 1 van het ontwerp 1317 daarentegen incrimineert twintig 'ernstige inbreuken' op de vier CG en op het GP I.

36. Art. 9 van het ontwerp 1317 gaat verder. Van de ene kant, voert het het universaliteitsbeginsel in conform de vier CG en het GP I (eerste lid). Dit heeft tot gevolg dat de daders van oorlogsmisdrijven, in het ontwerp genoemd, toch in België kunnen vervolgd worden zelfs indien noch de Staat loci delicti commissi, noch de Staat-slachtoffer de gepleegde feiten strafbaar stellen. Het universaliteitsbeginsel dient weliswaar subsidiair te blijven t.o.v. de interne aanknopingspunten zoals territorialiteit en personaliteit, maar verzekert de repressie ingeval uitlevering naar de Staat, die op die gronden bevoegd is, om technisch-juridische redenen, niet mogelijk lijkt (*aut dedere aut iudicare*). Van de andere kant, schaft het de voorwaarden – klacht van het buitenlandse slachtoffer en officiële kennisgeving van de buitenlandse overheden – voor vervolgingen te lande af (tweede lid), afgezien de civiele dan wel militaire hoedanigheid van de dader.

37. *B.S.*, 30 juni 1899.

38. Memorie van Toelichting bij de Wet van 14 juli 1951, *B.S.*, 9 augustus 1951. Krachtens de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp 1317 zou het wetsontwerp ter goedkeuring van het internationaal verdrag tegen het nemen van gijzelaars trouwens voorzien in de afschaffing van art. 13 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, dat precies voor niet-militairen deze beperkingen aan de extraterritoriale bevoegdheid van de Belgische rechtbanken formuleert.

Tot besluit dient gesteld dat de invoering en de uitbouw van de functie van de ROR ongetwijfeld als positief moeten worden ervaren. Aan deze officier komt de fundamentele taak toe niet alleen de eigenlijke oorlogscriminaliteit te voorkomen, maar ook en vooral reeds in vreedstijd de klemtoon te leggen op de noodzaak van de strikte eerbiediging van het humanitair recht, ook tijdens militaire oefeningen waarvan de soms 'ludieke' sfeer nooit schendingen zou mogen in de hand werken.³⁹ Dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de ROR, onder bepaalde voorwaarden, kan weerhouden worden zal ongetwijfeld het besef van het wezenlijk belang van zijn opdracht bevorderen.

39. DU BRULLE, Chr., 'Quand les 'prisonniers de guerre' mènent à la Cour militaire', *Le Soir*, 6 december 1991.