

Communicerende grondslagen van extraterritoriale rechtsmacht

Onderzoek naar de grondslagen voor extraterritoriale rechtsmacht in België, Duitsland, Engeland en Wales en Nederland met conclusies en aanbevelingen voor de Nederlandse (wetgevings-) praktijk

Prof. mr. A.H. Klip

Mr. A.-S. Massa

Maastricht University 2010

in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatie Centrum van het Ministerie van Justitie

© 2010 WODC, Ministerie van Justitie. Auteursrechten voorbehouden.

INHOUDSOPGAVE

HOOFDSTUK 1 INLEIDING	5
1. INLEIDING	5
2. RECHTSMACHTBEGINSELEN	5
3. PROBLEEMSTELLING	6
4. ONDERZOEKSVRAGEN	6
5. METHODOLOGIE	8
HOOFDSTUK 2 EXTRATERRITORIALE RECHTSMACHT IN BELGIË	11
1. INLEIDING	11
2. PROCEDURELE VOORWAARDEN	12
3. ACTIEF PERSONALITEITSBEGINSEL	14
4. PASSIEF PERSONALITEITSBEGINSEL	16
5. BESCHERMINGSBEGINSEL	20
6. UNIVERSALITEITSBEGINSEL	21
6.1. Artikel 10, 3°	21
6.2. Artikel 10, 6°	22
6.3. Artikel 10ter	23
6.4. Artikel 10quater	25
6.5. Artikel 12bis	26
6.6. <i>Genocide, oorlogsmisdaden, misdaden tegen de mensheid</i>	29
7. CONCLUDERENDE OPMERKINGEN	33
HOOFDSTUK 3 EXTRATERRITORIALE RECHTSMACHT IN DUITSLAND	35
1. INLEIDING	35
2. TERRITORIALITEITS- EN VLAGGEBEGINSELEN	36
3. UNIVERSALITEITSBEGINSEL	36
4. PASSIEF PERSONALITEITSBEGINSEL	40
5. ACTIEF PERSONALITEITSBEGINSEL	42
6. VERHOUDING TUSSEN DE VERSCHILLENDE RECHTSMACHTBEGINSELEN	42
7. AUT DEDERE, AUT JUDICARE	42
8. VERVOLGING VAN BUITEN DUITSLAND GEPLEEGDE STRAFBARE FEITEN - OPPORTUNITEITSBEGINSEL	43
9. CONCLUSIES DUITSLAND	52
HOOFDSTUK 4 EXTRATERRITORIALE RECHTSMACHT IN ENGELAND EN WALES	54
1. INLEIDING	54
2. PROCEDURELE VOORWAARDEN	56
3. ACTIEF PERSONALITEITSBEGINSEL	56
3.1. <i>De functie van de dader</i>	57
3.2. <i>De aard van de misdrijven</i>	58
Misdrijven tegen de staatsveiligheid	58
Misdrijven gepleegd op zee	58
Moord en doodslag	59
Bigamie	59
Seksuele misdrijven tegen minderjarigen	60
Corruptie	61
Misdrijven tegen het milieu	61
Terrorisme	61
4. PASSIEF PERSONALITEITSBEGINSEL	62
5. BESCHERMINGSBEGINSEL	63
6. UNIVERSALITEITSBEGINSEL	64
6.1. <i>Internationale misdrijven</i>	64
Oorlogsmisdaden, genocide en misdaden tegen de mensheid	64
Marteling	66
6.2. <i>Terroristische misdrijven</i>	66

6.3. <i>Misdrijven gepleegd op zee en luchtvaartmisdrijven</i>	67
Misdrijven gepleegd op zee	68
Luchtvaartmisdrijven	69
7. CONCLUDERENDE OPMERKINGEN	70
HOOFDSTUK 5 EXTRATERRITORIALE RECHTSMACHT IN NEDERLAND	72
1. INLEIDING	72
2. RECHTSMACHTBEGINSELEN IN HET WETBOEK VAN STRAFRECHT	72
2.1. <i>Territorialiteitsbeginsel (artikel 2 Sr)</i>	72
2.2. <i>Extraterritoriale rechtsmacht sedert de invoering van het wetboek tot 1 januari 2010</i>	73
2.2.1. Uitgangspunt van de wetgever	73
2.2.2. Vlaggebeginsel (art. 3 Sr)	75
2.2.3. Universaliteitsbeginsel (ongeclausuleerd) (Art. 4 Sr)	75
2.2.4. Universaliteitsbeginsel (geclausuleerd).....	78
2.2.4.1. Algemene aspecten van rechtsmacht	78
2.2.4.2. Aanwezigheid verdachte in Nederland	83
2.2.4.3. Aut dedere, aut judicare	88
2.2.5. Afgeleide rechtsmacht (art. 4a Sr)	89
2.2.6. Actief nationaliteitsbeginsel	90
2.2.7. Domiciliebeginsel (art. 5a Sr)	92
2.2.8. Passief nationaliteitsbeginsel (art. 5b Sr)	93
2.2.9. Nederlandse ambtenaren (art. 6 sub 1 Sr)	95
2.2.10. Personen in dienst van in Nederland gevestigde volkenrechtelijke organisaties (art. 6 sub 2 Sr) ...	95
2.2.11. Nederlandse schippers (art. 7 Sr)	95
2.2.12. Rechtsmacht buiten het grondgebied van enige staat om (art. 5, lid 1 sub 5 Sr)	96
2.2.13. De positie van rechtspersonen, leidinggevers en deelnemers	96
3. NEDERLANDSE RECHTSMACHT IN CONTEXT	97
3.1. <i>Overlap van Nederlandse rechtsmachtbepalingen</i>	97
3.2. <i>Signaleren van rechtsmachtconflicten met andere staten</i>	98
4. BEPERKING VAN RECHTSMACHT	99
5. WETTELIJK KADER VOOR OPSPORING VAN FEITEN IN HET BUITENLAND BEGAAN	100
6. PRAKTIJK VAN DE VERVOLGING VAN MISDRIJVEN BUITEN NEDERLAND GEPLEEGD	101
7. CONCLUSIE NEDERLAND	102
HOOFDSTUK 6 EXTRATERRITORIALE RECHTSMACHT IN INTERNATIONAAL RECHT	106
1. INLEIDING	106
2. DE LOTUS ZAAK	106
3. HET INTERNATIONALE GEWOONTERECHT.....	108
4. DE YERODIA ZAAK	109
5. CONCLUSIE.....	112
HOOFDSTUK 7 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN	114
PAR. 1. INLEIDING	114
1. Inleiding.....	114
2. Aanleiding voor het onderzoek.....	114
3. Rechtsvergelijking	114
4. Het praktijkonderzoek	115
5. De structuur van de Nederlandse rechtsmachtbepalingen	116
PAR. 2. CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN, NIET GEBONDEN AAN ENIG SCENARIO	117
1. De ratio van rechtsmacht – de hoofdvraag van het onderzoek	117
2. Voor welke feiten dient er extraterritoriale rechtsmacht te zijn?.....	119
3. Het belang van de infrastructuur.....	120
4. De verhouding tussen de rechtsmachtbeginselen.....	121
PAR. 3. ALTERNATIEF SCENARIO VOOR RECHTSMACHT OVER FEITEN GEPLEEGD IN DE EUROPESE UNIE	122
1. Rechtsmachtconflicten en dubbele opsporing	123
1.1. <i>Actieve personaliteit/nationaliteit</i>	124
1.2. <i>Domicilie</i>	125
1.3. <i>Gelijke rechtsmacht over Nederlanders en ingezetenen</i>	125

1.4. Afgeleide rechtsmacht.....	126
2. Dubbele strafbaarheid.....	127
PAR. 4. ALTERNATIEF SCENARIO VOOR RECHTSMACHT OVER FEITEN GEPLEEGD BUITEN DE EUROPESE UNIE.....	127
1. De band met het feit.....	127
2. Volkenrechtelijke machtiging voor extraterritoriale rechtsmacht.....	128
3. Volkenrechtelijke machtiging voor extraterritoriale strafvordering	129
4. De rechtsmachtbeginselen nader beschouwd.....	129
4.1. Onbeperkte universaliteit.....	130
4.2. Beperkte universaliteit.....	130
4.3. Passieve nationaliteit.....	131
5. De praktijk van vervolging van buiten Nederland gepleegde feiten.....	131
PAR. 5. OVERIGE AANBEVELINGEN	133
1. Andere voorwaarden dan opportuniteitsvoorwaarden	133
2. Extraterritoriale strafvordering	133
LEESVERVANGENDE SAMENVATTING.....	135

Hoofdstuk 1 **Inleiding**

1. Inleiding

Rechtsmacht over strafbare feiten die buiten het eigen grondgebied zijn begaan is niet vanzelfsprekend. Staten hebben daarom een praktijk ontwikkeld die rechtvaardigend en redengevend is om over bepaalde strafbare feiten, ook buiten het eigen grondgebied begaan, rechtsmacht uit te oefenen. Deze rechtsmacht over feiten buiten het eigen grondgebied begaan, wordt in de regel extraterritoriale rechtsmacht genoemd. Al hoewel staten in beginsel zelfstandig de reikwijdte van hun strafwet bepalen zijn er vele internationale verdragen die staten verplichten om op een bepaalde wijze rechtsmacht te vestigen over misdrijven die zich niet op het eigen grondgebied, maar elders ter wereld hebben voorgedaan.

In het kader van de goedkeuringsprocedure van één van dergelijke verdragen, het Verdrag inzake de bestrijding van mensenhandel van de Raad van Europa van 16 mei 2005 en enkele andere verdragen alsmede de uitvoeringswetgeving daarvan, wenste de Minister van Justitie naar aanleiding van de vraag welke reikwijdte drie rechtsmachtbeginselen die in dat verdrag worden genoemd hebben een onderzoek te entameren naar uitgangspunten voor de rechtsmachtregeling in het Nederlandse strafrecht.¹ Dit vormt de concrete aanleiding tot het in opdracht geven van het onderzoek.

2. Rechtsmachtbeginselen

De literatuur onderscheidt verschillende rechtsmachtbeginselen.² Met een rechtsmachtbeginsel drukt de staat zijn band met het feit uit. Basis voor alle rechtsmacht is het territorialiteitsbeginsel, dat zijn toepassing vindt als het feit op het grondgebied van een staat is begaan. Daarnaast zijn er rechtsmachtbeginselen, die zich uitstrekken buiten het eigen grondgebied. Het zijn deze rechtsmachtbeginselen die het voorwerp van onderzoek in deze studie vormen. Grosso modo gaat het om de volgende beginselen: het actief personaliteitsbeginsel (ook wel actief nationaliteitsbeginsel) genoemd en dat rechtsmacht geeft over feiten begaan door onderdanen. Het passief personaliteitsbeginsel drukt uit dat er rechtsmacht is over feiten begaan tegen eigen onderdanen. Voorts bestaat het universaliteitsbeginsel, dat zijn toepassing vindt met betrekking tot zeer zware misdrijven, zoals internationale misdrijven,³ marteling en piraterij. Daarnaast bestaat het beginsel van de afgeleide of subsidiaire rechtsmacht, waarbij een land door middel van overdracht van strafvervolgning ook de rechtsmacht over het feit verkrijgt. Tenslotte het domiciliebeginsel, dat rechtsmacht geeft over feiten gepleegd door een gedomicilieerde vreemdeling en het zogenaamde plaatsvervangerbeginsel, dat

¹ Kamerstukken II, 2007/2008, 31391, nr. 3, p. 9.

² Zie bijvoorbeeld R. Van Elst & A. Orié, "Strafmachtrecht", in *Handboek Internationaal Strafrecht*, Kluwer, Deventer, 2008, p. 42-74.

³ Met internationale misdrijven wordt in dit rapport bedoeld op de misdrijven van de Wet Internationale Misdrijven.

rechtsmacht geeft over feiten begaan op een plaats die buiten elke rechtsmacht van enige andere staat om valt.

3. Probleemstelling

De in de kamerstukken gestelde vragen zijn uiterst relevante onderzoeksvragen. Sedert de vaststelling van het Wetboek van Strafrecht is er door de wetgever niet meer fundamenteel nagedacht over de grondslag voor extraterritoriale rechtsmacht. Wel is deze extraterritoriale rechtsmacht sinds 1886 enorm uitgebreid. In overleg met de opdrachtgever is de centrale probleemstelling ruimer geformuleerd dan in de parlementaire discussie en heeft zij betrekking op alle rechtsmachtbeginselen. De probleemstelling luidt: **Wat is de grondslag van rechtsmacht over buiten het eigen land gepleegde misdrijven?**

Verdragen verplichten kort gezegd tot het strafbaar stellen van bepaald gedrag en koppelen daaraan specifieke rechtsmachtbeginselen. Om aan zijn internationale verplichtingen te voldoen dient Nederland te voorzien in die specifieke rechtsmachtbeginselen ten aanzien van de genoemde delicten, zo is de veronderstelling. Deze oplossing kan worden gekenschetst als een ad hoc oplossing die er voor zorgt dat Nederland zijn verdragsverplichtingen nakomt. De meer structurele vraag is of er ten aanzien van elk van de rechtsmachtbeginselen (passief nationaliteitsbeginsel; domiciliebeginsel; plaatsvervangerbeginsel) iets kan worden gezegd over welke delicten voor toepassing van één van die beginselen in aanmerking komt. Het belang van zo'n vraagstelling is dat zij een fundamenteel antwoord geeft op de noden van het Nederlandse strafrecht, de belangen die het Nederlandse strafrecht beoogt te beschermen en dat zij vervolgens leidend kan zijn bij onderhandelingen over nieuwe verdragen. Voorts heeft deze benadering als effect dat bij toekomstige verdragen geen ad hoc-oplossingen meer hoeven te worden getroffen. Doordat het onderzoek zich uitstrekt over alle rechtsmachtbeginselen, is het mogelijk om rechtsmachtbeginselen in context te bezien.

Aangezien het onderzoek zijn aanleiding heeft in vragen die rezen in de procedure van uitvoeringswetgeving van internationale verdragen in Nederland, zijn de conclusies en aanbevelingen tot Nederland gericht. In wezen vormt de hoofdvraag een vraag naar de ratio van het al dan niet hanteren van een bepaald rechtsmachtbeginsel. Welke belangen beoogt de wetgever te dienen met de toepassing van bijvoorbeeld het passief nationaliteitsbeginsel? Twee aspecten dienen hierbij te worden onderscheiden. Allereerst de onderlinge vergelijking tussen de verschillende rechtsmachtbeginselen. Is de ratio van de toepassing van rechtsmachtbeginselen dezelfde of zijn er verschillen? Het tweede aspect betreft de delicten waarover met toepassing van een bepaald beginsel rechtsmacht over de grens wordt gevestigd. Op welke gronden wordt deze keuze gemaakt? En opnieuw ook hier de vraag of de keuze voor bepaalde strafbare feiten bij alle beginselen op dezelfde wijze dient te worden gebaseerd.

4. Onderzoeksvragen

Het onderzoek is als volgt aangepakt. Per land is onderzocht welke vormen van extraterritoriale rechtsmacht het kent en welke redenen er zijn om rechtsmacht te vestigen over buiten Nederland (respectievelijk de andere onderzoekslanden)

gepleegde delicten. Ten aanzien van welke delicten vestigen landen op welke grondslag rechtsmacht? Welke belangen beoogt de wetgever te beschermen met de toepassing van zijn strafrecht in het buitenland? Dat kan deels worden afgeleid uit het specifieke delict waarvoor een beginsel wordt gehanteerd (bijv. Art. 4 sub 1 Sr, bescherming van de staat), maar bij andere beginselen is dit al moeilijker. De generieke toepassing van het actief nationaliteitsbeginsel roept de vraag op welk specifiek nationaal belang er is om eigen onderdanen te kunnen vervolgen voor wat zij buiten eigen land hebben gedaan. Voorts dient inzicht te worden verkregen in de verhouding tussen de verschillende beginselen. Waarom een strafbaar feit brengen onder passieve nationaliteit en niet onder universaliteit en vice versa? De beginselen overlappen immers. De toepassing van universaliteit maakt het brengen van een delict onder elk van de andere beginselen overbodig.

Nadat inzicht is verkregen in de beginselen die het strafrecht van de te onderzoeken landen kent, dienen de voorwaarden waaronder deze plaatsvinden te worden onderzocht. Bij voorwaarden dient gedacht te worden aan de dubbele strafbaarheid, de aanwezigheid van de verdachte op het eigen grondgebied en in het bijzonder voor welke delicten de bestaande rechtsmacht geldt. Al deze voorwaarden kunnen mede inzicht geven in de belangen die men beoogt te beschermen. Tevens dient de vraag in het onderzoek te worden betrokken of de rechtsmachtbeginselen voldoende zijn toegerust voor moderne delicten, zoals begaan door middel van moderne technologie (internet/ telebanking/ telecommunicatie). Eveneens dient ten aanzien van alle beginselen, met uitzondering van universaliteit, te worden onderzocht of er nog locus delicti-regels van toepassing zijn, danwel dat locus delicti-regels hun invloed uitoefenen op andere beginselen. Ook hieruit kunnen gegevens worden verkregen over de redenen om de strafwet over buitenlandse misdrijven uit te strekken.

Naast het nationale recht is van belang wat het volkenrecht zegt over rechtsmacht. Wat is de invloed van de soevereiniteit van andere staten?⁴ Aparte aandacht dient te worden gegeven aan de specifieke beperkingen die volgen vanuit de Europese Unie. Artikel 82 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie bepaalt dat rechtsmachtconflicten moeten worden voorkomen. Nederland dient voorbereid te zijn op discussies in de Unie op dit punt. Enige ervaring met beperking van rechtsmacht bestaat inmiddels door de beperkingen van rechtsmacht die voortvloeien uit artikel 54 Schengen en het beginsel van de wederzijdse erkenning.

Positieve rechtsmachtconflicten vormen met het in aantal en reikwijdte toenemende extraterritoriale rechtsmachtbeginselen een steeds nadrukkelijker gegeven. Steeds meer staten zijn op grond van verschillende rechtsmachtbeginselen over dezelfde gedraging bevoegd. Hieraan kan een theoretische en een praktische vraag worden gekoppeld. De eerste betreft wat het gegeven van positieve rechtsmachtconflicten zegt over de rechtvaardiging van extraterritoriale rechtsmacht. De praktische vraag is van niet minder belang. Zijn er concrete problemen in de praktijk? En als dit een probleem is, dient dit te worden ondervangen door overleg, door een rangorde van rechtsmachtbeginselen of door het voorkomen van rechtsmachtoverlap? Op grond van welke overwegingen dient dit te worden beslist?

⁴ Zie laatstelijk het dispuut tussen Frankrijk en Djibouti over de vraag welke staat de moord op een Fransman in Djibouti dient te vervolgen. International Court of Justice, Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters, Djibouti v. France, 4 June 2008. Voorts ook EHRM, 10 juillet 2008, Medvedyev et autres c. France, Requête No. 3394/03.

Binnen de Europese Unie is met artikel 54 Schengen Uitvoeringsovereenkomst en de invoering van het Kaderbesluit Europees Aanhoudingsbevel een nieuw fenomeen opgekomen: wederzijdse erkenning. Wederzijdse erkenning is onlosmakelijk verbonden met rechtsmacht. De staat die als eerste overlevering vraagt en/ of de strafprocedure afrondt, belet andere staten, die ook rechtsmacht hebben, de betrokkene te vervolgen. In de context van het Europees aanhoudingsbevel bepaalt de uitvaardigende staat in beginsel dat er overgeleverd dient te worden. Het enkele feit dat de uitvoerende staat ook rechtsmacht heeft belet dat niet. Wat zegt de werking van wederzijdse erkenning over de grondslag van rechtsmachtbepalingen? Werkt wederzijdse erkenning anders al naar gelang de rechtsmachtbepaling? Het is evident, gezien het toenemende belang van de Europese Unie, dat het unierecht in het onderzoek dient te worden betrokken. Dat roept ook de vraag op welke ruimte voor eigen beleid Nederland nog resteert in een Unie waar na inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon besluiten bij meerderheid genomen kunnen worden.

Voorts is de verhouding met de extraterritoriale strafvordering van belang. Daar waar het volkenrecht staten ruimhartig toestaat hun strafwet over gedragingen buiten eigen territoir uit te strekken, is het eveneens erg duidelijk in een verbod om in het buitenland strafvorderlijk op te treden. Enkele verdragsrechtelijke uitzonderingen (bijv. grensoverschrijdende achtervolging) en ad hoc toestemming door de betreffende staat daargelaten. De vraag rijst wat de betekenis van extraterritoriale rechtsmacht is in het licht van een vrij beperkte mogelijkheid er buiten Nederland opsporingsactiviteiten op te ontwikkelen. Het respect voor de soevereiniteit van een andere staat lijkt beperkt te zijn tot de strafvorderlijke kant van de zaak en zich niet uit te strekken tot de materiële gedraging. Tenslotte wordt gekeken naar overwegingen van opportuniteit ten aanzien van de vervolging van misdrijven met een locus buiten eigen land. *Opportuniteitsoverwegingen* in de zin van dit onderzoek zijn derhalve overwegingen die (mede) een antwoord geven op de vraag of vervolging van een feit dat buiten het eigen grondgebied is begaan in een concreet geval in het algemeen belang is (art. 167 Sv).

5. Methodologie

Rechtsvergelijking

In het onderzoek is gebruik gemaakt van rechtsvergelijking. Hiermee is beoogd inzicht te verwerven in hoe andere landen met vergelijkbare situaties omgaan. Dit kan een ander licht werpen op het Nederlandse recht terzake. Wat betreft de keuze voor de landen die in het rechtsvergelijkend onderzoek worden betrokken waren de volgende overwegingen relevant. Afgezien van de vanzelfsprekendheid van Nederland zijn er natuurlijk voors en tegens bij elk van de landen. Wat betreft het aantal te onderzoeken landen is gekozen voor meer diepgang en dus niet een al te groot aantal. Een veronderstelling was daarbij dat het feit dat alle EU-lidstaten gebonden zijn aan dezelfde internationale en Europese instrumenten, hieruit een enigszins harmoniserend effect zou resulteren en de verschillen zou reduceren. In overleg met de opdrachtgever is gekozen voor België, Duitsland en Engeland en Wales. Voor België geldt dat het een uiterst relevante ervaring heeft doorgemaakt ten aanzien van universele rechtsmacht. Er tegen zou kunnen spreken dat de Belgische rechtsmacht vooral gerelateerd was aan de naar Belgisch recht voorziene burgerlijke partijstelling

door slachtoffers (incl. belangengroeperingen). Voor Duitsland geldt dat er een indrukwekkende en langdurige praktische ervaring is bij de vervolging van oorlogsmisdrijven. Nadeel is dat de ervaring daartoe beperkt lijkt. Anderzijds is de extraterritoriale rechtsmacht over commune delicten nergens zo groot als in Duitsland. Voorts is het noodzakelijk geacht in de rechtsvergelijking een land te betrekken dat de basisstructuur van deze drie continentale landen niet deelt. Het veronderstelde contrast is gemaakt met een Angelsaksisch land, waarvan bekend is dat het zijn rechtsmacht in beginsel beperkt tot territorialiteit. Engeland en Wales lag als grootste jurisdictie in de Europese Unie voor de hand. Hoe gaat een land dat traditioneel geen extraterritoriale rechtsmacht kende om met de internationale verplichtingen tot het vestigen ervan? Hebben de laatste geleid tot gewijzigd inzicht ten aanzien van de grondslag voor rechtsmacht? Uit het rechtsvergelijkend onderzoek komen diverse overeenkomsten en verschillen tussen de vier landen naar voren. De hoofdlijnen van elke land afzonderlijk worden getypeerd in het betreffende hoofdstuk. In het slothoofdstuk worden de bevindingen uit de rechtsvergelijking toegespitst op Nederland gepresenteerd.

Praktijkinterviews

Het onderzoek is aanvankelijk op basis van literatuuronderzoek uitgevoerd en strekte zich naast Nederland uit over België, Duitsland en Engeland en Wales. Tijdens het onderzoek kwam bij de begeleidingscommissie de wens op aanvullend, door middel van interviews, inzicht te verwerven in wat er in de praktijk met extraterritoriale rechtsmacht gebeurt.⁵ Welke infrastructuur bestaat er in de landen? Met *infrastructuur* wordt in deze studie bedoeld op de personen en (financiële) middelen, alsmede het juridisch instrumentarium dat ter beschikking staat voor opsporing en vervolging van feiten die in het buitenland zijn begaan. Deze interviews in de vier landen vonden plaats in de periode oktober 2009 – januari 2010 aan de hand van een semi-structureerde vragenlijst, welke is afgestemd met de begeleidingscommissie.⁶ Een lijst van personen waarmee is gesproken is opgenomen als Bijlage 7. De uit de interviews gewonnen gegevens en inzichten zijn per land in de rapportage verwerkt. Met uitzondering van de vervolging van internationale misdrijven, bleek het in alle vier landen buitengewoon moeilijk om de gesprekspartners te vinden voor het onderzoek. De ingangen die werden gehanteerd waren personen werkzaam in de reguliere internationale samenwerking in strafzaken. Een en ander leidde er of in het voorcontact of soms pas tijdens het gesprek toe, dat de respondenten wel over ruime ervaring inzake strafrechtelijke samenwerking bleken te beschikken, maar niet over specifieke ervaring met betrekking tot opsporing en vervolging van feiten die uitsluitend in het buitenland zijn gepleegd. Desalniettemin kan, vooruitlopend op de verslaglegging al reeds gemeld worden dat de uitbreiding van het onderzoek haar nut heeft bewezen, omdat zij met name inzicht heeft gegeven in de (beperkte) omvang van uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht terzake van andere misdrijven dan internationale misdrijven.

⁵ Zie voor een overzicht van de interviews Bijlage 6.

⁶ Zie Bijlage 5.

Structuur van het rapport

Het rapport is als volgt gestructureerd. Allereerst worden de onderzochte landen afzonderlijk besproken (hoofdstukken 2-5). Hierin komt zowel de stand van het recht als de wijze waarop de praktijk omgaat met extraterritoriale rechtsmacht aan de orde. In hoofdstuk 6 staat de betekenis van het volkenrecht voor de extraterritoriale rechtsmacht centraal. Op basis van de onderzoeksvragen wordt het onderzoek in hoofdstuk 7 afgesloten met conclusies en aanbevelingen. Hierbij wordt een mogelijk alternatief scenario voor de rechtsmachtregeling aangeboden. De bijlagen 1-4 geven per land een overzicht van de delicten waarvoor extraterritoriale rechtsmacht geldt.

Onderzoeksteam

Het onderzoek is verricht binnen de vakgroep strafrecht en criminologie van de Universiteit Maastricht onder leiding van prof. mr A.H. Klip. Zowel Klip als mr A.-S. Massa hebben elk twee landen voor hun rekening genomen. Zij werden voor wat betreft de vraaggesprekken in Nederland ondersteund door mr. N.G.J. van Lierop, die alle gesprekken in Nederland voor haar rekening nam. Klip heeft alle gesprekken in België, Duitsland en Engeland gevoerd. Klip is eerstverantwoordelijke voor de hoofdstukken 1, 3, 5 en 7. Massa voor de hoofdstukken 2, 4 en 6. Het onderzoek werd ondersteund door de student-assistenten Mariam Pathan en Maaïke Peters.

Ontwikkelingen in de wetgeving en rechtspraak zijn bijgewerkt tot 1 januari 2010. Het onderzoek is afgesloten op 16 maart 2010.

Prof. mr A.H. Klip en mr A.-S. Massa

Hoofdstuk 2 Extraterritoriale rechtsmacht in België

1. Inleiding

In België zijn de regels betreffende het rechtsmachtrecht in verschillende wetboeken terecht gekomen. Zowel in het Strafwetboek⁷ als in de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.⁸ Ten aanzien van de extraterritoriale rechtsmacht bepaalt artikel 4 van het Strafwetboek dat “[h]et misdrijf, buiten het grondgebied van het Rijk door Belgen of door vreemdelingen gepleegd, wordt in België niet gestraft dan in de gevallen bij de wet bepaald”. Deze bepaling formuleert het uitgangspunt dat de Belgische strafwet alleen in uitzonderlijke omstandigheden van toepassing is op degenen die buiten Belgisch grondgebied een misdrijf plegen. Deze omstandigheden en de daarop toepasselijke voorwaarden, worden nader uitgewerkt in de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering. Het Belgisch strafrecht kent verschillende beginselen van extraterritoriale rechtsmacht: het beschermingsbeginsel, het actief personaliteitsbeginsel, het passief personaliteitsbeginsel en het universaliteitsbeginsel.

De wetgever legt bij de totstandkoming van nieuwe wetgeving zelden uit waarom hij een bepaald beginsel van rechtsmacht heeft gekozen. Hij geeft alleen in bepaalde omstandigheden de redenen voor een uitbreiding (of een beperking) van extraterritoriale rechtsmacht. In de meeste gevallen werd de uitbreiding van extraterritoriale rechtsmacht gerechtvaardigd door gebeurtenissen waarin Belgische rechtbanken machteloos bleven omdat ze geen rechtsmacht konden uitoefenen, of door de implementatie van internationale of Europese verdragen. In een enkel geval werd de toepassing van extraterritoriale rechtsmacht beperkt. Dit betrof de ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht waarvoor de Belgische wet het universaliteitsbeginsel had erkend. Als gevolg van politieke redenen, hevige internationale druk, werd de wetgever ertoe gebracht de universele rechtsmacht sterk te reduceren.

Er is in België eigenlijk geen sprake van enige infrastructuur terzake van de opsporing van feiten gepleegd in het buitenland. Weliswaar heeft het Federaal Parket de bevoegdheid gekregen om zaken van terrorisme naar zich toe te trekken en is het bij uitsluiting bevoegd ten aanzien van schendingen van het internationaal humanitair recht, alsmede terzake van feiten begaan door of tegen Belgische militairen in het buitenland, maar de praktijk benadrukt met name het reactieve karakter van het optreden. Zaken beginnen doordat er door een burger, een organisatie of een buitenlandse autoriteit een klacht wordt ingediend.⁹ Van recentere datum zijn de zaken die door middel van een uitleveringsverzoek worden aangezwengeld of die welke worden overgenomen op verzoek van het Rwanda-tribunaal. Wat betreft de

⁷ Art.3 en 4 van het Strafwetboek.

⁸ Art.6 tot 14 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

⁹ Vandermeersch stelt het zo: “L’expérience du terrain nous apprend que le ministère public a rarement été le moteur de l’engagement des poursuites en matière de répression des crimes de droit international humanitaire. Il faut toutefois reconnaître que l’exercice de l’action publique en la matière est une tâche particulièrement lourde et se heurte à de nombreux écueils de droit comme de fait. Dès lors, le procureur va réfléchir à deux fois plutôt qu’une avant de s’engager dans une telle aventure.” D. Vandermeersch, *Les crimes de droit international humanitaire : l’expérience belge*, afschrift auteur in bezit.

afwezigheid van een actief opsporingsbeleid constateert Vandermeersch voorts dat veel staten veeleer de indruk geven in voorkomende gevallen op zoek te gaan naar redenen om geen vervolging te hoeven instellen dan dat zij graag een zaak doen.¹⁰ Sinds 2007 worden echter systematisch alle dossiers van personen die naar het oordeel van de Vreemdelingendienst binnen de categorie 1f van het Vluchtelingenverdrag vallen aan het Federaal Parket overgemaakt. Het Federaal Parket beschikt over een vijftal onderzoekers die jaarlijks zo'n 150 dossiers te verwerken krijgen.

De praktijk toont zich tevreden over de beschikbare middelen indien er zich een zaak van extraterritoriale rechtsmacht voordoet. Wanneer Belgische autoriteiten de opsporing van extraterritoriale feiten ter hand willen nemen is de inzet van personeel en financiële middelen probleemloos. In België geldt ook voor delicten met een locus buiten België het opportuniteitsbeginsel. Dit wordt op dezelfde wijze toegepast als bij zaken met een locus in België. Wel wordt in de praktijk geconstateerd dat zaken met een locus buiten België veel gevoeliger zijn voor factoren die relevant zijn in de sepotbeslissing. Het gaat dan bijvoorbeeld om de moeilijkere bewijsverkrijging, de aanwezigheid van de verdachte, de noodzaak van veel rechtshulpverzoeken, eventuele complicaties en gevoeligheden met het buitenland. Dat maakt dat er van vervolging van feiten buiten België in de regel weinig terecht komt.

2. Procedurele voorwaarden

Voor de uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht moet aan bepaalde procedurele voorwaarden zijn voldaan. Een eerste voorwaarde, van algemene toepassing behalve in specifieke gevallen, wordt gevonden in artikel 12 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, dat bepaalt: "(...) de vervolging van de misdrijven waarvan sprake in dit hoofdstuk, alleen plaats [heeft] wanneer de verdachte in België wordt gevonden".¹¹ Het aanwezigheidsvereiste van de verdachte op Belgisch grondgebied dient niet voor misdrijven tegen de staatsveiligheid,¹² voor misdrijven tegen de Belgische (en Europese) openbare trouw,¹³ voor ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht¹⁴ en voor internationale misdrijven.¹⁵ In alle andere gevallen moet de verdachte op Belgisch grondgebied worden gevonden voordat nationale rechtbanken extraterritoriale rechtsmacht kunnen uitoefenen.

In de praktijk wordt de aanwezigheidsvoorwaarde als knellend ervaren in twee situaties. De eerste betreft de situatie dat de verdachte België kort bezoekt, bijvoorbeeld als lid van een internationale handelsmissie. In dat geval ontstaat de rechtsmacht eerst wanneer de verdachte voet op Belgische bodem zet. Het Hof van Cassatie heeft echter geoordeeld dat verschillende korte bezoeken voor vergaderingen

¹⁰ D. Vandermeersch, "La compétence universelle en droit belge", preadvies Union belgo-Lux, afschrift auteur in bezit.

¹¹ Art.12, par. 1 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

¹² Art.6, 1^o en 10, 1^o van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

¹³ Art.6, 2^o en 10, 2^o van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

¹⁴ Art.6, 1^obis en 10, 1^obis van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

¹⁵ Art.12bis van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

in België onvoldoende zijn om te kunnen spreken van aanwezigheid in België.¹⁶ Dat betekent dat het in de praktijk onmogelijk is om opsporingsonderzoek te doen. Voorafgaand aan het bezoek is er immers geen rechtsmacht en dus geen titel voor strafvorderlijke handelingen. Het bezoek zelf wordt als te kort aangemerkt en onbekend is welke duur de rechter verlangt om wel van aanwezigheid in de zin van de wet te kunnen spreken. Advocaat-Generaal Vandermeersch ging in zijn conclusie in een zaak die op 30 mei 2007 door het Hof van Cassatie werd beslist, uit van een zeer ruime invulling van het begrip *trouvé en Belgique*, dat er op neer komt dat de betrokkene op enig moment in België moet zijn.¹⁷ Uit een arrest uit 1999 van het Hof van Cassatie,¹⁸ leidt de praktijk af dat de aanwezigheidsvoorwaarde moet zijn vervuld op het moment dat de vervolging aanvangt. De vervolging vangt naar Belgisch recht aan bij het aanbrengen van de zaak bij de onderzoeksrechter, dan wel door dagvaarding.

Het tweede probleem betreft de aangiftes die België ontvangt van eigen onderdanen die in het buitenland slachtoffer zijn geworden van ernstige strafbare feiten. De locusstaat is veelal niet in staat daar iets aan te doen en België kan niets doen, heeft zelfs geen rechtsmacht, als de betrokkene niet naar België komt. Enkele zeer schrijnende gevallen hebben het Federaal Parket ertoe bewogen voor te stellen artikel 12 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering in diere toegevoegde te wijzigen, dat de aanwezigheid van de verdachte in België voor een beperkt aantal ernstige misdrijven niet langer wordt vereist. Op het moment van afsluiten van deze tekst was het wetgevingsproces niet zo ver gevorderd dat het voorstel kon worden geciteerd.

Een tweede voorwaarde die in vele gevallen wordt vereist is de dubbele strafbaarheid. Van den Wyngaert stelde hierover: “[d]ubbele incriminatie als voorwaarde voor extraterritoriale rechtsmacht betekent dat het feit dat in België wordt vervolgd, bovendien strafbaar moet zijn naar het recht van de plaats waar het werd gepleegd (*lex loci delicti*). Als de gedraging strafbaar is in België, maar niet op de plaats waar het feit werd gepleegd, kan de dader doorgaans niet in België worden gestraft”.¹⁹ Aanvankelijk werd deze voorwaarde niet uitdrukkelijk in de wet vermeld, maar werd zij door de rechtspraak bepaald. Dit is inmiddels veranderd, de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering bepaalt op dit moment dat het vereiste van dubbele criminaliteit moet worden gerespecteerd in gevallen van actieve²⁰ en passieve²¹ personaliteit. De uitzonderingen zullen later worden onderzocht.

Een bijzonderheid in het Belgische strafprocesrecht is de burgerlijke partijstelling. Een belanghebbende kan zich ten aanzien van een aangifte burgerlijke partij stellen.

¹⁶ Al ging het hier om de vraag of een rechtspersoon “aanwezig” was, nadat haar president-directeur verschillende malen in België vergaderde. Zie Cour de Cassation, 5 mai 2004, P040482F, TOTALFINAELF.

¹⁷ AG Vandermeersch: “Il n’est pas requis en outre que l’intéressé ait été effectivement interpellé ou arrêté sur le territoire belge puisque toute arrestation et tout mandat d’arrêt requièrent le constat d’indices sérieux de culpabilité ce qui implique une enquête ou une instruction préalable.” Cour de Cassation, 30 mai 2007, P.07.0216.F.

¹⁸ Cass. 5 okt. 1999, A.C. 1999, no. 508.

¹⁹ Christine Van den Wyngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in Hoofdpijnen*, Maklu, Antwerpen, 2006, p. 1219.

²⁰ Art.7 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

²¹ Art.10, 5° van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

Sinds de wetwijziging van 2003 kunnen vervolgingen met betrekking tot internationale misdrijven en ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht niet meer op basis van burgerlijke partijstelling worden gestart, maar veeleer op basis van een beslissing van de federale procureur. Bovendien dient de burgerlijke partij een zekere band met België te hebben en moeten vreemdelingen tenminste drie jaar legaal verblijf hebben, alvorens als burgerlijke partij te kunnen worden erkend. De meeste zaken stuiten daarop af.²² Daarmee dwingt de belanghebbende af dat tegen een verdachte een dossier wordt geopend. De burgerlijke partij dient op te komen voor de kosten die uitstijgen boven de salarissen van de functionarissen, zoals reis- en verblijfskosten van een rogatoire commissie naar het buitenland. Vanzelfsprekend weerhoudt dit veel potentiële burgerlijke partijen om zich te stellen. Een burgerlijke partij zal derhalve het contact zoeken met het Openbaar Ministerie, in de hoop dat deze de zaak overneemt. In dat geval draagt de staat de kosten volledig. De praktijk verhaalt van vele gevallen waarin het OM weigerde een onderzoek te openen en de burgerlijke partij nadien desondanks niet besloot om de zaak zelfstandig voort te zetten.

Het opportuniteitsbeginsel is versterkt aangezet in het wetsontwerp met betrekking tot de bestrijding van piraterij. De federale procureur dient te onderzoeken of niet andere staten of een internationaal hof eerder zijn aangewezen. Hij doet dat op basis van de goede rechtsbedeling.²³

3. Actief personaliteitsbeginsel

Tot 1964 werd er een onderscheid gemaakt in de Belgische wetgeving tussen slachtoffers van delicten door een Belg gepleegd, namelijk wanneer het slachtoffer Belg of vreemdeling was.²⁴ In dit laatste geval was vervolging niet voor alle misdrijven mogelijk. De wet van 16 maart 1964 heeft deze situatie opgelost. De Minister van Justitie, in de context van de werkzaamheden van de Belgisch-Nederlands-Luxemburgse Studiecommissie tot Eenmaking van het Recht, heeft verklaard dat een doel van de wet was “de Belgische wet met de Luxemburgse en de Nederlandse wet in overeenstemming te brengen”.²⁵ Artikel 7 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering bepaalt:

§ 1. Iedere Belg of persoon met hoofdverblijfplaats in het Rijk die zich buiten het grondgebied van het Rijk schuldig maakt aan een feit dat door de Belgische wet misdaad of wanbedrijf wordt genoemd, kan in België vervolgd worden indien op het feit straf gesteld is door de wet van het land waar het is gepleegd.

§ 2. Indien het misdrijf gepleegd is tegen een vreemdeling, kan de vervolging slechts plaatshebben op vordering van het openbaar ministerie en moet zij bovendien voorafgegaan worden door een klacht van de benadeelde vreemdeling of van zijn familie ofwel door een officieel bericht, aan de

²² Zie bijvoorbeeld Cour de Cassation, 30 mai 2007, P.07.0216.F.

²³ Zie conceptartikel 3 § 4 wetsontwerp 2215/001. De procedure wordt in de Memorie van Toelichting gepresenteerd als een filterprocedure, zie 2215/001, p. 9.

²⁴ *Parl. St. Kamer*, 1952-1953, 704, p. 1.

²⁵ *Parl. St. Kamer*, 1952-1953, 704, p. 1.

Belgische overheid gegeven door de overheid van het land waar het misdrijf is gepleegd.

De toepassing van deze bepaling, die een algemene regeling bevat, dient aan verschillende voorwaarden te voldoen. Ten eerste moet er een misdaad of een wanbedrijf zijn gepleegd. Ten tweede moet de dader de Belgische nationaliteit hebben. In 2003 werd het criterium van nationaliteit uitgebreid met het domiciliërcriterium.²⁶ In de Memorie van Toelichting voor de Belgische Kamer heeft de eerste Minister verklaard dat dit criterium moest worden gelezen in verband met de wet van 19 december 2003 betreffende het Europees aanhoudingsbevel.²⁷ Hij verklaarde tevens dat het begrip hoofdverblijfplaats niet enkel legaal in België verblijvende personen betreft, maar ook illegalen.²⁸ Ten derde is dubbele strafbaarheid vereist. Op de vierde plaats moet de verdachte op het Belgische grondgebied worden gevonden.²⁹ Als het slachtoffer een vreemdeling is moet er aan een vijfde vereiste worden voldaan: er moet een klacht van het slachtoffer of een officieel bericht van de staat waar het misdrijf werd gepleegd zijn. In de praktijk wordt slechts in een beperkt aantal gevallen aan deze voorwaarde voldaan. Bovendien is vervolging enkel mogelijk op vordering van het openbaar ministerie. De gedachte achter deze laatste eis is de voorkoming van dubbele vervolgingen.³⁰

In bijzondere gevallen worden sommige voorwaarden niet vereist. Een eerste geval betreft de situatie die wordt omschreven in artikel 9 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering:

Iedere Belg die zich op het grondgebied van een aangrenzende Staat schuldig maakt aan een bos-, veld-, visvangst- of jachtmisdrijf, kan, indien die Staat de wederkerigheid aanvaardt, in België vervolgd worden op klacht van de benadeelde partij of op een officieel bericht, aan de Belgische overheid gegeven door de overheid van het land waar het misdrijf is gepleegd.

In dit geval hoeft het feit geen misdrijf of wanbedrijf te zijn; ook overtredingen kunnen aanleiding geven tot vervolging.³¹ Bovendien wordt de voorwaarde van dubbele strafbaarheid niet uitdrukkelijk gesteld, hoewel sommige schrijvers stellen dat “[d]eze volgt wel uit de vereiste van een klacht of een officieel bericht van het land waar het misdrijf is gepleegd”.³²

Een tweede bijzonder geval wordt gevonden in artikel 6, 1^o *bis* van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering en betreft ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht die door een Belg of een vreemdeling met hoofdverblijfplaats in België worden gepleegd in het buitenland. Voor deze misdrijven is de voorwaarde van dubbele strafbaarheid niet vereist noch de

²⁶ Wet van 5 augustus 2003 betreffende ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht.

²⁷ *Parl. St. Kamer*, 2003, 0103/001, p. 4.

²⁸ *Parl. St. Kamer*, 2003, 0103/001, p. 5.

²⁹ Art. 12 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering. Zie bv. Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 90.

³⁰ *Parl. St. Kamer*, 1962-1963, 513, Nr. 2, p. 2.

³¹ Christine Van den Wyngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in Hoofdlijnen*, Maklu, Antwerpen, 2006, p. 1224.

³² Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 92.

aanwezigheid van de verdachte op het Belgische grondgebied.³³ De eerste Minister heeft verklaard dat deze voorwaarden niet behoeften te worden gesteld omdat de betrokken feiten al internationale misdrijven waren.³⁴

Een derde geval betreft de terroristische misdrijven³⁵ die door een Belg of een vreemdeling met hoofdverblijfplaats in België worden gepleegd in het buitenland. De wetgever heeft een artikel 6, 1^oter in de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering ingevoerd door in de wet van 19 december 2003 omzettende het kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding.³⁶ Voor deze misdrijven is dubbele strafbaarheid niet vereist.

Een laatste geval wordt gevonden in artikel 6, 3^o van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering en betreft de door een Belg gepleegde misdaden en wanbedrijven tegen de openbare trouw die “tot voorwerp heeft hetzij munten die in België niet wettelijk gangbaar zijn, of voorwerpen bestemd om die munten te vervaardigen, na te maken of te vervalsen, hetzij effecten, papier, zegels, stempels of merken van een vreemd land”.³⁷ Met betrekking tot de misdrijven tegen de buitenlandse openbare trouw moeten twee procedurele voorwaarden worden gerespecteerd. Ten eerste moet de vreemde overheid een officieel bericht aan de Belgische overheid geven voordat de vervolging kan plaatsvinden.³⁸ Ten tweede dient de verdachte zich op het Belgisch grondgebied te bevinden.³⁹

De Belgische wet is tevens van toepassing op bepaalde categorieën van personen, zonder dat de voorwaarde van dubbele strafbaarheid van toepassing is.⁴⁰ Dit zijn Belgische militairen die in het buitenland misdrijven plegen,⁴¹ de kapitein en de bemanningsleden van Belgische schepen die inbreuken op het Tucht- en Strafwetboek voor de koopvaardij en de zeevisserij plegen⁴² en de diplomatieke en consulaire ambtenaren die misdrijven in het land waar zij hun zending vervullen plegen.⁴³

4. Passief personaliteitsbeginsel

Tot 1984 kende België alleen twee specifieke situaties waarin nationale rechtbanken extraterritoriale rechtsmacht konden uitoefenen op grond van het passief personaliteitsbeginsel.⁴⁴ De eerste wordt vermeld in artikel 10, 4^o van de

³³ Art. 12 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

³⁴ *Parl. St. Kamer*, 2003, 0103/001, p. 4.

³⁵ Als bedoeld in Boek II, Titel *I*ter, van het Strafwetboek.

³⁶ *Parl. St. Kamer*, 2003, 0258/001, p. 3.

³⁷ Zie Christine Van den Wyngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in Hoofdlijnen*, Maklu, Antwerpen, 2006, p. 1223. Ze schrijft dat artikel 6, 3^o een toepassing van het universaliteitsbeginsel is.

³⁸ Art. 6, 3^o van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

³⁹ Art. 12 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

⁴⁰ Zie o.a. Christine Van den Wyngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in Hoofdlijnen*, Maklu, Antwerpen, 2006, p. 1225-1226.

⁴¹ Art. 10bis van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

⁴² Art. 73, 2^o van de wet van 5 juni 1928 houdende herziening van het Tucht- en Strafwetboek voor de koopvaardij en de zeevisserij.

⁴³ Wet van 31 december 1851 met betrekking tot de consulaten en de consulaire rechtsmacht.

⁴⁴ Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 112-113.

Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering en betreft verschillende misdaden gepleegd in oorlogstijd, niet alleen tegen Belgische onderdanen, maar ook tegen vreemdelingen die in België verblijven en onderdanen van bondgenoten van België. De tweede situatie wordt gevonden in artikel 36 van de wet van 27 juni 1937 houdende herziening van de wet van 16 november 1919, betreffende de regeling der Luchtvaart.

In 1984 heeft de wetgever besloten een meer algemene formulering van het passief personaliteitsbeginsel in Belgische wetgeving in te voeren. Artikel 10, 5° van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering bepaalt:

Een vreemdeling, behoudens deze genoemd in de artikelen 6 en 7, § 1, kan in België vervolgd worden wanneer hij zich buiten het grondgebied van het Rijk schuldig maakt:

(...)

[a]an een misdaad tegen een Belgisch onderdaan, indien het feit strafbaar is krachtens de wetgeving van het land waar het gepleegd werd met een straf waarvan het maximum vijf jaar vrijheidsberoving overtreft.

In zijn Memorie van Toelichting voor de Kamer van Volksvertegenwoordigers heeft de Minister van Justitie de redenen voor deze invoering genoemd. Ten eerste stelde hij dat Belgen vaak slachtoffer worden van in het buitenland gepleegde delicten, en dat vervolgingen op grond van Belgische wetgeving niet mogelijk was behalve in de twee bovenvermelde uitzonderlijke situaties.⁴⁵ Ten tweede merkte hij op dat de vervolging gebaseerd op het passief personaliteitsbeginsel niet meer problematisch scheen, aangezien het Belgisch sociaal maatschappelijk systeem was ontheiligd.⁴⁶ Ten derde besteedde hij aandacht aan de voor slachtoffers van belang zijnde situatie dat de rechtspleging in eigen land plaatsvindt.⁴⁷ Ten laatste zei hij dat het stijgend aantal internationale reizigers de leemte in de Belgische wetgeving zichtbaar maakte.⁴⁸ Hij concludeerde dat “de voorgestelde wijziging niet alleen tot gevolg heeft de mogelijkheden tot vervolging uit te breiden daar waar een voor de Belgische rechtsorde essentieel belang geschaad wordt, maar eveneens de rechten van het slachtoffer te vrijwaren”.⁴⁹

De toepassing van het personaliteitsbeginsel wordt beperkt door een aantal voorwaarden. Ten eerste moet het slachtoffer een Belgische onderdaan zijn; ten tweede moet het misdrijf naar Belgisch recht een misdaad zijn; ten derde moet het misdrijf ook door de wetgeving van het land waar het is gepleegd bedreigd zijn met een vrijheidsstraf van meer dan vijf jaren.⁵⁰ Dat betekent dat derhalve gekwalificeerde dubbele strafbaarheid is vereist.⁵¹ Onvoldoende is de enkele strafbaarstelling in het land waar het feit gepleegd is, het is noodzakelijk dat dit feit wordt bestraft met vijf jaar of meer. Een tweede algemene voorwaarde, namelijk de aanwezigheid van de verdachte op Belgisch grondgebied, is ook van toepassing.⁵²

⁴⁵ *Parl. St. Kamer*, 1982-1983, 641, nr. 1, p. 1.

⁴⁶ *Parl. St. Kamer*, 1982-1983, 641, nr. 1, p. 1-2.

⁴⁷ *Parl. St. Kamer*, 1982-1983, 641, nr. 1, p. 2.

⁴⁸ *Parl. St. Kamer*, 1982-1983, 641, nr. 1, p. 2.

⁴⁹ *Parl. St. Kamer*, 1982-1983, 641, nr. 1, p. 2.

⁵⁰ *Parl. St. Kamer*, 1982-1983, 641, nr. 1, p. 2 en *Parl. St. Kamer*, 1982-1983, 641, nr. 3, p. 3.

⁵¹ Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 114.

⁵² Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 114.

Een van de aanleidingen tot de Belgische wetgeving van 1984, hoewel dit nooit expliciet werd verwoord, was de *Manzikala*-zaak.⁵³ Manzikala was een Congolese politicus die tijdens de crisis van de jaren zestig in zijn land verschillende gewelddaden tegen Belgische slachtoffers heeft gepleegd. In de jaren tachtig verbleef hij in een luxehotel in Brussel. Toen hij onvoldoende middelen had zijn rekening te betalen, werd hij gearresteerd en zijn foto werd gepubliceerd in de kranten. Verschillende nabestaanden van Belgische slachtoffers herkenden Manzikala en besloten een aanklacht tegen hem in te dienen. Helaas bleek dat België geen rechtsmacht kon uitoefenen over misdrijven die tegen Belgische burgers in het buitenland waren gepleegd. Zoals Tom Vander Beken opmerkt, “[m]et de invoering van de wet van 1984 besliste België in de toekomst niet meer machteloos te blijven voor dergelijke misdrijven tegen zijn onderdanen”.⁵⁴ Dit gevoel van onmacht is echter ook anno 2010 nog actueel, blijkens recente plannen om ten aanzien van het passief nationaliteitsbeginsel geen aanwezigheidsvereiste meer te stellen.

Als gevolg van de aanpassing van de wet van 5 augustus 2003 betreffende ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht werd een eerste bijzonder geval van het passieve personaliteitsbeginsel in de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering ingevoerd. Artikel 10, 1^o bis bepaalt dat Belgische rechtbanken rechtsmacht kunnen uitoefenen over misdaden die tegen een Belg of een persoon die sinds minstens drie jaar effectief, gewoonlijk en wettelijk in België verblijft, worden gepleegd. In dit geval gelden het aanwezigheidsvereiste van de verdachte op Belgisch grondgebied⁵⁵ en de voorwaarde van dubbele strafbaarheid niet. Vervolging kan niet op basis van burgerlijke partijstelling worden gestart. De federale procureur moet beslissen of de onderzoeksrechter een onderzoek kan instellen, op grond van verschillende redenen. Artikel 10, 1^o bis, 2^{de} en 3^{de} leden, bepaalt:

De vervolging, met inbegrip van het onderzoek, kan slechts plaatsgrijpen op vordering van de federale procureur, die eventuele klachten beoordeelt.

Ingeval, met toepassing van de voorgaande leden, een klacht aanhangig is gemaakt bij de federale procureur, vordert hij dat de onderzoeksrechter naar deze klacht een onderzoek instelt, behalve indien:

1^o de klacht kennelijk niet gegrond is; of

2^o de feiten bedoeld in de klacht niet overeenstemmen met een kwalificatie van de misdrijven bedoeld in boek II, titel I bis, van het Strafwetboek; of met enig ander internationaal misdrijf dat op grond van een verdrag waardoor België is gebonden, strafbaar is gesteld; of

3^o uit deze klacht geen ontvankelijke strafvordering kan volgen; of

4^o uit de concrete omstandigheden van de zaak blijkt dat deze zaak, in het belang van een goede rechtsbedeling met eerbiediging van de internationale verplichtingen van België, aanhangig zou moeten worden gemaakt hetzij bij de internationale rechtscolleges, hetzij voor een rechtscollege van de plaats waar de feiten zijn gepleegd, hetzij voor een rechtscollege van de staat waarvan de dader een onderdaan is of van de plaats waar hij kan worden gevonden, en dit

⁵³ O.a. Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 114-115; Christine Van den Wyngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in Hoofdlijnen*, Maklu, Antwerpen, 2006, p. 1226.

⁵⁴ Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 115.

⁵⁵ Art. 12 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

voor zover dit rechtscollege de kenmerken van onafhankelijkheid, onpartijdigheid en billijkheid vertoont, zoals dat onder meer kan blijken uit de relevante internationale verbintenissen waardoor België en deze Staat gebonden zijn.

Omdat het Arbitragehof oordeelde dat de afwezigheid van een rechtsmiddel tegen de beslissing van de federale procureur ongrondwettig was,⁵⁶ is de wet van 22 mei 2006 in het bijzonder de 4^{de} en 5^{de} leden van artikel 10, 1^o*bis* gewijzigd. De bepaling zegt nu:

Indien de federale procureur van oordeel is dat één of meer van de voorwaarden bedoeld in het derde lid 1^o, 2^o en 3^o, vervuld zijn, doet hij voor de kamer van inbeschuldigingstelling van het hof van beroep te Brussel vorderingen die beogen te beslissen, naargelang van het geval, dat er geen reden is tot vervolging of dat de strafvordering niet ontvankelijk is. Enkel de federale procureur wordt gehoord.

Indien de kamer van inbeschuldigingstelling vaststelt dat geen van de voorwaarden bedoeld in het derde lid 1^o, 2^o en 3^o, vervuld zijn, wijst deze de territoriaal bevoegde onderzoeksrechter aan en bepaalt zij op welke feiten het onderzoek betrekking heeft. Vervolgens wordt gehandeld overeenkomstig het gemeen recht.

De federale procureur heeft het recht cassatieberoep in te stellen tegen de arresten gewezen met toepassing van het vierde en het vijfde lid. Dit beroep wordt in alle gevallen ingesteld binnen vijftien dagen te rekenen van de uitspraak van het arrest.

In het geval bedoeld in het derde lid, 3^o, stelt de federale procureur de Minister van Justitie in kennis van het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling, indien tegen dit arrest geen rechtsmiddelen meer openstaan. Indien de feiten zijn gepleegd na 30 juni 2002 en onder de materiële bevoegdheid van het Internationaal Strafgerechtshof ressorteren, brengt de Minister van Justitie het Internationaal Strafgerechtshof van de feiten op de hoogte. In het geval bedoeld in het derde lid, 4^o, seponereert de federale procureur de zaak en geeft hij van zijn beslissing kennis aan de Minister van Justitie. Tegen deze beslissing tot seponering staat geen enkel rechtsmiddel open. Indien de feiten zijn gepleegd na 30 juni 2002 en onder de materiële bevoegdheid van het Internationaal Strafgerechtshof ressorteren, brengt de Minister van Justitie het Internationaal Strafgerechtshof van de feiten op de hoogte.

Het tweede uitzonderlijke geval met betrekking tot het passieve personaliteitsbeginsel betreft de terroristische misdrijven⁵⁷ die door een ieder in het buitenland worden gepleegd “tegen een Belgische onderdaan of instelling, of tegen een instelling van de Europese Unie of van een orgaan opgericht overeenkomstig het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap of het Verdrag betreffende de Europese Unie, die in het Rijk is gevestigd”. De wetgever heeft een artikel 10^{ter}, 4^o in de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering ingevoerd door in de wet van 19 december 2003 omzettende het kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding.⁵⁸ Voor deze misdrijven geldt het

⁵⁶ Arbitragehof nr. 62/2005, 23 maart 2005.

⁵⁷ Art. 137, 140 en 141 van het Strafwetboek.

⁵⁸ *Parl. St. Kamer*, 2003, 0258/001, p. 3.

aanwezigheidsvereiste van de verdachte op Belgisch grondgebied niet⁵⁹ en de voorwaarde van dubbele strafbaarheid is ook niet vereist.

Het passieve nationaliteitsbeginsel ligt ook ten grondslag aan het Wetsontwerp betreffende de strijd tegen de piraterij op zee en tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek.⁶⁰ Artikel 3 van het ontwerp geeft rechtsmacht over piraterij gepleegd aan boord van een Belgisch schip, of wanneer de verdachten door Belgische militairen werden aangehouden. Vervolgning kan echter ook worden ingesteld, indien de verdachte niet op Belgisch grondgebied wordt gevonden.

5. Beschermingsbeginsel

Volgens de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering kunnen Belgische nationale rechtbanken extraterritoriale rechtsmacht uitoefenen bij de toepassing van het beschermingsbeginsel over twee categorieën van misdrijven. Ten eerste tegen misdaden en wanbedrijven tegen de staatsveiligheid⁶¹ en daarnaast misdaden en wanbedrijven tegen de openbare trouw.⁶² Een door deze twee categorieën gedeelde karakteristiek is dat, net zoals voor het territorialiteitsbeginsel, geen voorwaarden zijn vereist voor de uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht in toepassing van het beschermingsbeginsel. Met andere woorden, het vereiste van dubbele strafbaarheid geldt hier niet, noch het aanwezigheidsvereiste van de verdachte op Belgisch grondgebied.⁶³ Een ander gedeeld kenmerk is dat deze misdrijven strafbaar zijn in België, niettegenstaande of de dader een Belg⁶⁴ of een vreemdeling⁶⁵ is.⁶⁶

De tweede categorie van misdrijven, de misdaden en wanbedrijven tegen de openbare trouw, betreffen de munten die in België wettelijk gangbaar zijn. Tot 2002 was het dit Belgische Frank, en daarna de euro. In 2001 vond een wetswijziging plaats die ertoe strekte het strafrecht in overeenstemming te brengen met het kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie van 29 mei 2000 tot versterking door middel van strafrechtelijke en andere sancties van de bescherming tegen valsemunterij in verband

⁵⁹ *Parl. St. Senaat*, 2003-2004, 3-332/3, p. 28.

⁶⁰ *Parl. St. Kamer*, 2009-2010, 2215/001. Zie ook *Parl. St. Kamer*, 2009-2010, 2214/001 betreffende de strijd tegen piraterij op zee.

⁶¹ Art. 6, 1° en 10, 1° van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

⁶² Art. 6, 2° en 10, 2° van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

⁶³ Christine Van den Wyngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in Hoofdpijnen*, Maklu, Antwerpen, 2006, p. 1222; Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 136; F. Thomas, "De internationale gelding van de strafwet in de ruimte", in *Actuele problemen van strafrecht*, A. De Nauw, J. D'Haenens en M. Storme (eds.), Kluwer-Gouda Quint, Antwerpen-Arnhem, 1988, p. 207.

⁶⁴ Art. 6, 1° en 2° van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

⁶⁵ Art. 10, 1° en 2° van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

⁶⁶ Christine Van den Wyngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in Hoofdpijnen*, Maklu, Antwerpen, 2006, p. 1222 en 1223; Luc Reydam, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, Oxford Monographs in International Law, 2003, p. 102. Zie *contra* Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 82. Hij stelt dat artikel 6, 1° en 2° van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering een voorbeeld van het actief personaliteitsbeginsel beschrijft.

met het in omloop brengen van de euro.⁶⁷ Deze wet heeft artikelen 6, 2° en 10, 2° gewijzigd teneinde in België een Belg of een vreemdeling te kunnen vervolgen die buiten het Belgische grondgebied strafbare feiten betreffende de namaak van de euro hadden gepleegd, waarbij niet moesten worden gewacht tot de euro op 1 januari 2002 wettelijk gangbaar werd.⁶⁸

Vermelding verdient nog het verschil tussen de paragrafen 2 en 3 van de artikelen 6 en 10 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering in de tweede categorie van misdrijven. Paragraaf 3 van artikel 6 en 10 betreft metterdaad de openbare trouw van een vreemd land, en bestaat uit een toepassing van het actief personaliteitsbeginsel (artikel 6)⁶⁹ of van het universaliteitsbeginsel (artikel 10).⁷⁰ Beschouwingen over deze bepalingen zullen later volgen.

6. Universaliteitsbeginsel

Tot voor kort was er in het Belgische recht, zoals Vander Beken stelde, “geen algemene bepaling waarin de Belgische strafwet van toepassing [werd] verklaard op (bepaalde) internationale misdrijven en waarbij een algemene regeling voor dergelijke misdrijven [was] uitgewerkt”.⁷¹ Dit is ten dele veranderd met de invoering van artikel 12bis in de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.⁷²

Het universaliteitsbeginsel komt op verschillende plaatsen in de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering⁷³ en in bijzondere wetten voor.⁷⁴ De meeste bepalingen van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering zijn het gevolg van recente parlementaire initiatieven, behalve artikel 10, 3°, dat in de volgende paragraaf besproken zal worden.⁷⁵

6.1. Artikel 10, 3°

Na de bekrachtiging van het internationaal verdrag tot bestraffing van de valsemunterij van 20 april 1929, heeft België de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering gewijzigd. In zijn memorie van toelichting voor de Kamer van Volksvertegenwoordigers heeft de Minister van Justitie de redenen voor deze

⁶⁷ Wet van 4 april 2001 tot versterking van de bescherming tegen valsemunterij met het oog op het in omloop brengen van de euro.

⁶⁸ *Parl. St.* Kamer, 2000-2001, 1001/001, p. 9.

⁶⁹ Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 89. Zie *contra* Christine Van den Wyngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in Hoofdlijnen*, Maklu, Antwerpen, 2006, p. 1223. Ze stelt dat artikel 6, 3° van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering een voorbeeld van het universaliteitsbeginsel beschrijft.

⁷⁰ Christine Van den Wyngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in Hoofdlijnen*, Maklu, Antwerpen, 2006, p. 1223; Luc Reydam, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, Oxford Monographs in International Law, 2003, p. 103.

⁷¹ Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 158.

⁷² P. Meire, La compétence universelle, *Annales de Droit de Louvain*, Vol. 64, 2004, p. 305-348.

⁷³ Art. 10, 3°; 10, 6°; 10ter; 10quater; 12bis van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

⁷⁴ Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 158.

⁷⁵ Luc Reydam, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, Oxford Monographs in International Law, 2003, p. 103.

wijzigingen verklaard.⁷⁶ Valsemunterij verstoorde volgens hem niet alleen de openbare orde van de staat op wiens grondgebied het misdrijf was gepleegd, maar ook de functie van ruilmiddel van de munt. Het gevolg zou zijn dat “elke Staat bij de bescherming van de munt van een vreemd land evenzeer en evenveel belang heeft als bij de bescherming van de munt van het eigen land”.⁷⁷

Artikel 10, 3° is vervangen en bepaalt nu dat een vreemdeling in België vervolgd kan worden als hij een misdaad of een wanbedrijf tegen de openbare trouw pleegt die “tot voorwerp heeft hetzij munten die in België niet wettelijk gangbaar zijn, of voorwerpen bestemd om die munten te vervaardigen, na te maken of te vervalsen, hetzij effecten, papier, zegels, stempels of merken van een vreemd land”.⁷⁸ In dat geval moet de zaak aan twee procedurele voorwaarden voldoen. Ten eerste moet de vreemde overheid een officieel bericht aan de Belgische overheid geven voordat de vervolging kan plaatsvinden.⁷⁹ Ten tweede dient de verdachte zich op Belgisch grondgebied te bevinden.⁸⁰ Omdat deze bepaling twee voorwaarden vereist, is het geen voorbeeld van een absolute toepassing van het universaliteitsbeginsel, maar veel eerder van een beperkte toepassing.⁸¹

6.2. Artikel 10, 6°

In 1993 heeft België besloten de nationale rechtbanken bevoegd te maken om kennis te nemen van de in het buitenland gepleegde feiten bedoeld in artikel 2 van het Europees Verdrag van 1977 tot bestrijding van terrorisme als de verdachte op het Belgische grondgebied wordt gevonden, zelfs indien er geen ander verband met België bestaat.⁸² Met artikel 10, 6° gaat België verder dan zijn internationale verplichtingen,⁸³ omdat er geen plicht tot vervolging in het Europees verdrag voor deze terreurdaden bestaat.⁸⁴ Deze uitbereiding van rechtsmacht gaat echter niet tegen het verdrag of het internationaal strafrecht in.⁸⁵

Voor de toepassing van deze uitzonderlijke extraterritoriale rechtsmacht moeten verschillende cumulatief voorwaarden gerespecteerd worden. Ten eerste moet de vervolging betreffen: “elke daad van geweld die niet is bedoeld in artikel 1 en die is gericht tegen het leven of de vrijheid van personen dan wel beoogt personen lichamelijk letsel toe te brengen”,⁸⁶ of “iedere ernstige daad anders dan bedoeld in artikel 1, gericht tegen enig goed, wanneer daarbij gemeen gevaar voor personen is ontstaan”.⁸⁷ Ten tweede moeten de misdrijven zijn gepleegd door een vreemdeling in

⁷⁶ *Parl. St. Kamer*, 1930-1931, 222, p. 1.

⁷⁷ *Parl. St. Kamer*, 1930-1931, 222, p. 1.

⁷⁸ Art. 6, 3° van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering. Art.10, 3° verwijst hiernaar.

⁷⁹ Art. 10, 3° van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

⁸⁰ Art. 12 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

⁸¹ Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 159.

⁸² *Parl. St. Senaat*, 2002-2003, 2-779/4, p. 2.

⁸³ *Parl. St. Kamer*, 2000-2001, 1179/001, p. 1 en 4.

⁸⁴ Christine Van den Wyngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in Hoofdpijnen*, Maklu, Antwerpen, 2006, p. 1235.

⁸⁵ *Parl. St. Kamer*, 2000-2001, 1179/001, p. 4 en 5.

⁸⁶ Art. 2, § 1 van het Europees Verdrag van 1977 tot bestrijding van terrorisme.

⁸⁷ Art. 2, § 2 van het Europees Verdrag van 1977 tot bestrijding van terrorisme.

het buitenland.⁸⁸ Ten derde moeten zij zijn gepleegd op het grondgebied van de lidstaten van de Raad van Europa die partij zijn bij het Europees verdrag.⁸⁹ Ten vierde moet de verdachte op het grondgebied van België worden gevonden. Op de vijfde plaats moet er een uitleveringsverzoek geweest zijn door de staat op het grondgebied waarvan het feit is gepleegd dat België heeft geweigerd op grond van een van de aangehaalde uitleveringsexcepties, namelijk politieke misdrijven,⁹⁰ de non-discriminatieclausule,⁹¹ omwille van de doodstraf⁹² en ernstige gevolgen van de uitlevering voor de verdachte, in het bijzonder gelet op zijn leeftijd of gezondheid.⁹³

Tijdens de behandeling in de Senaat heeft een lid gezegd dat er “een uitweg [wordt] geboden voor gevallen waarbij uitlevering onmogelijk is. Helemaal niet vervolgen zou een nefast beeld geven van de Belgische Justitie. België mag geen vluchtoord worden voor terroristen”.⁹⁴ De Minister van Justitie heeft deze stelling bevestigd, daaraan toevoegend dat er “een oplossing [moet] worden geboden wanneer niet wordt uitgeleverd, om te vermijden dat er straffeloosheid optreedt en er een soort feitelijk asiel”.⁹⁵ De Belgische regering heeft artikel 10, 6° in de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering ingevoerd om enkele delicate zaken in de toekomst te kunnen vermijden, in het bijzonder werd daarbij gedacht aan de zaak *Erdal*.⁹⁶

Erdal⁹⁷ was een Turkse studente die ervan werd verdacht deel te hebben genomen aan terroristische activiteiten in Turkije. Ze werd op het grondgebied van België gevonden, en Turkije vroeg de uitlevering op grond van artikel 1 van het Europees verdrag tot bestrijding van terrorisme. De Belgische Minister van Justitie weigerde het uitleveringsverzoek op de gronden dat de misdrijven een politiek karakter hadden en dat er een risico was dat Erdal ter dood zou worden veroordeeld. Later werd een strafzaak in België tegen Erdal voor dezelfde feiten gestart omdat een familielid van een Turks slachtoffer zich burgerlijke partij had gesteld bij de onderzoeksrechter. Het probleem was dat de misdrijven waarvoor Erdal werd verdacht in de categorie van artikel 2 van het Europees verdrag tot bestrijding van terrorisme vielen en niet in de categorie van artikel 1. Het gevolg was dat België geen vervolgingsverplichting had op grond van het Europees verdrag en om die reden ook geen mogelijkheid om te vervolgen op grond van Belgisch recht.

6.3. Artikel 10ter

In 1995 heeft België de Wet houdende bepalingen tot bestrijding van de mensenhandel en van de kinderpornografie aangenomen. Deze wet heeft een nieuw artikel 10ter in de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering ingevoerd. Deze bepaling bepaalt dat een ieder die mensenhandel of een van verschillende

⁸⁸ *Parl. St. Kamer*, 2000-2001, 1179/001, p. 8.

⁸⁹ *Parl. St. Kamer*, 2000-2001, 1179/001, p. 7.

⁹⁰ Art. 2 van het Europees Verdrag van 1977 tot bestrijding van terrorisme.

⁹¹ Art. 5 van het Europees Verdrag van 1977 tot bestrijding van terrorisme.

⁹² Art. 11 van het Europees Verdrag van 1977 tot bestrijding van terrorisme.

⁹³ Voorbehoud bij tot art. 1 van het Europees Verdrag inzake uitlevering van 1957 .

⁹⁴ *Parl. St. Senaat*, 2002-2003, 2-779/4, p. 12.

⁹⁵ *Parl. St. Senaat*, 2002-2003, 2-779/4, p. 12.

⁹⁶ *Parl. St. Kamer*, 2000-2001, 1179/002, p. 4.

⁹⁷ Voor de feiten van deze zaak, zie bv. Christine Van den Wyngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in Hoofdlijnen*, Maklu, Antwerpen, 2006, p. 1235-1236.

seksuele misdrijven buiten het Belgische grondgebied pleegt in België kan worden vervolgd. Meer specifiek zijn deze misdrijven: bederf van de jeugd en prostitutie,⁹⁸ kinderpornografie,⁹⁹ aanranding van de eerbaarheid en verkrachting van een minderjarige,¹⁰⁰ seksuele verminking van een minderjarige,¹⁰¹ mensenhandel,¹⁰² specifieke situaties van mensensmokkel¹⁰³ en de misdrijven die in artikelen 10 tot 13 van de wet van 9 maart 1993 ertoe strekkende de exploitatie van huwelijksbureaus te regelen en te controleren.

Tijdens de debatten in de Belgische Senaat heeft een lid gezegd dat hij “het in het voorgestelde artikel 10^{ter} V.T. Sv. vervatte principe [onderschreef], maar vrees[de] dat België zichzelf een extensieve internationale bevoegdheid toemeet en als een universele rechtbank zal optreden”.¹⁰⁴ Niet onvermeld mag blijven dat de misdrijven die tot de toepassing van het universaliteitsbeginsel leiden niet alleen ‘internationale’ misdrijven zijn die in internationale verdragen worden bepaald. Daarbij komt dat deze internationale verdragen alleen het territorialiteitsbeginsel en het actieve personaliteitsbeginsel voor de betrokken misdrijven erkennen.¹⁰⁵ Het gevolg is dat de toepassing van het universaliteitsbeginsel voor de in artikel 10^{ter} genoemde misdrijven geen grondslag heeft in internationaal gewoonterecht. Het betreft een éézijdig initiatief van België.¹⁰⁶ Het is ook opmerkelijk dat artikel 10^{ter} alle seksuele misdrijven op minderjarigen betreft en niet alleen sekstoerisme, hoewel dit volgens de wet van 1995 wel de bedoeling was.¹⁰⁷

De enige procedurele voorwaarde die krachtens artikel 12 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering vereist is, is de aanwezigheid van de verdachte op het Belgische grondgebied. De voorwaarde van dubbele strafbaarheid lijkt niet van toepassing te zijn voor misdrijven van mensenhandel en kinderpornografie. Niettemin heeft de Minister van Justitie duidelijk gemaakt voor de Kamer van Volksvertegenwoordigers dat “[d]e dubbele strafbaarstelling is vereist, wat betekent dat het misdrijf ook strafbaar moet zijn op basis van de wetgeving van het land waar

⁹⁸ Art. 379, 380 en 381 van het Strafwetboek.

⁹⁹ Art. 383^{bis}, §§ 1 en 3 van het Strafwetboek.

¹⁰⁰ Art. 372 tot 377 van het Strafwetboek.

¹⁰¹ Art. 409 van het Strafwetboek.

¹⁰² Art. 433^{sexies}, 433^{septies} en 433^{octies} van het Strafwetboek.

¹⁰³ Art. 77^{ter}, 77^{quater} en 77^{quinquies} van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

¹⁰⁴ *Parl. St. Senaat*, 1993-1994, 1142-3, p. 59.

¹⁰⁵ Luc Reydamas, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, Oxford Monographs in International Law, 2003, p. 104; Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 160.

¹⁰⁶ Luc Reydamas, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, Oxford Monographs in International Law, 2003, p. 104. Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 160-161.

¹⁰⁷ Luc Reydamas, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, Oxford Monographs in International Law, 2003, p. 104.

het gepleegd werd”.¹⁰⁸ Dit wordt gebaseerd op verschillende schrijvers.¹⁰⁹ Tevens is een klacht of een officieel bericht van de buitenlandse overheid niet vereist.¹¹⁰

6.4. Artikel 10quater

In 1999 heeft België de Wet betreffende de bestraffing van corruptie aangenomen, die een artikel 10quater in de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering heeft ingebracht. Dit is het gevolg van het Protocol bij de Overeenkomst van 1996 aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen,¹¹¹ de Aanbeveling uit 1997 van de Raad van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) die betrekking had op eerlijke handelsrelaties¹¹² en het Verdrag inzake de bestrijding van de omkoping van buitenlandse ambtenaren in internationale zakelijke transacties van 1997.¹¹³ Tijdens de bespreking in de Kamer heeft de vertegenwoordiger van de Minister duidelijk gemaakt dat artikel 10quater niet private corruptie, maar alleen openbare omkopingsmisdrijven betrof.¹¹⁴ Het resultaat is dat de “gewone regels inzake de territoriale bevoegdheid van hoven en rechtbanken moeten worden toegepast” met betrekking tot niet-ambtelijke corruptie.¹¹⁵

Deze bepaling, die een universele bevoegdheid invoerde, voorzag niet hetzelfde regime voor alle ambtenaren, maar creëerde verschillen tussen Belgische ambtenaren, ambtenaren uit EU-lidstaten, ambtenaren uit niet-EU-lidstaten, EU-ambtenaren en ambtenaren van internationale publiekrechtelijke organisaties.¹¹⁶ Dubbele strafbaarheid was bijvoorbeeld vereist voor corruptie van ambtenaren uit niet-EU-lidstaten, maar niet voor de omkoping van alle andere categorieën van ambtenaren.¹¹⁷ Een officieel bericht van de betrokken staat of organisatie was niet vereist voor vervolging van EU-ambtenaren of voor Belgische ambtenaren die zich in het buitenland aan omkoping had schuldig gemaakt, maar wel voor de andere categorieën van ambtenaren.¹¹⁸

¹⁰⁸ *Parl. St. Kamer*, 1994-1995, 1381/12, p. 8.

¹⁰⁹ Michel Franchimont, Ann Jacobs en Adrien Masset, *Manuel de la procédure pénale*, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Larcier, 2de ed., Brussel, 2006, p. 1268-1269. Zie ook Luc Reydam, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, Oxford Monographs in International Law, 2003, p. 104, voetnoot 12 en Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 161, voetnoot 711.

¹¹⁰ Wet 13 april 1995 houdende bepalingen tot bestrijding van de mensenhandel en van de kinderpornografie.

¹¹¹ *Parl. St. Kamer*, 2005-2006, 2677/001, p. 11.

¹¹² *Parl. St. Kamer*, 1997-1998, 1664/3, 19 en *Parl. St. Kamer*, 2005-2006, 2677/001, p. 4.

¹¹³ *Parl. St. Kamer*, 2005-2006, 2677/001, p. 4 en 11.

¹¹⁴ *Parl. St. Kamer*, 1997-1998, 1664/3, 20. Zie ook Christine Van den Wyngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in Hoofdlijnen*, Maklu, Antwerpen, 2006, p. 1238.

¹¹⁵ *Parl. St. Kamer*, 1997-1998, 1664/3, p. 20.

¹¹⁶ Zie Christine Van den Wyngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in Hoofdlijnen*, Maklu, Antwerpen, 2006, p. 1238; Michel Franchimont, Ann Jacobs en Adrien Masset, *Manuel de la procédure pénale*, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Larcier, 2de ed., Brussel, 2006, p. 1269-1270.

¹¹⁷ Vorig Art.10quater, 2°, 3°, 4° en 5° van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

¹¹⁸ Vorig Art.10quater, 1°, 2°, 3°, 4° en 5° van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

De Werkgroep “corruptie in internationale handelstransacties” van de OESO heeft in zijn Rapport van 2005 de Belgische benadering bestudeerd.¹¹⁹ Het Rapport merkte voornamelijk het vereiste van dubbele strafbaarheid op en ook het vereiste van een bericht van de vreemde overheid.¹²⁰ Op deze basis heeft de Belgische regering besloten artikel 10*quater* te wijzigen.¹²¹ Het nieuwe artikel bepaalt nu:

§ 1. Een persoon kan in België vervolgd worden wanneer hij zich buiten het grondgebied van het Rijk schuldig maakt:

1° aan een misdrijf bepaald in de artikelen 246 tot 249 van het Strafwetboek;¹²²

2° aan een misdrijf bepaald in artikel 250 van hetzelfde Wetboek¹²³ wanneer de persoon die een openbaar ambt uitoefent in een vreemde Staat of in een internationale publiekrechtelijke organisatie een Belg is of wanneer de internationale publiekrechtelijke organisatie waarvoor de persoon een openbaar ambt uitoefent haar zetel heeft in België.

§ 2. Iedere Belg of persoon met hoofdverblijfplaats in het Rijk die zich buiten het grondgebied van het Rijk schuldig maakt aan een misdrijf bepaald in artikel 250 van het Strafwetboek, kan in België vervolgd worden, op voorwaarde dat het feit bestraft wordt door de wetgeving van het land waar het is gepleegd.

De eerste paragraaf bevat het universaliteitsbeginsel voor corruptie gepleegd in het buitenland tegenover Belgische ambtenaren, tegen Belgen die in het buitenland voor een internationale publiekrechtelijke organisatie een openbaar ambt uitoefenen, en tegen ambtenaren die voor een internationale publiekrechtelijke organisatie met haar zetel in België werken. In de tweede paragraaf wordt het universaliteitsbeginsel beperkt tot een actief personaliteitsbeginsel voor corruptie van vreemde ambtenaren. Daadwerkelijk kunnen alleen Belgen of personen met hoofdverblijfplaats in België vervolgd worden als ze zich aan corruptie van openbare ambten schuldig maken. In dit tweede geval is de voorwaarde van dubbele strafbaarheid het enige vereiste dat blijft bestaan. Dus is er een verschil tussen corruptie en de andere misdrijven, namelijk door de algemene toepassing van het actief personaliteitsbeginsel van artikel 7 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering. Voor deze misdrijven zijn feitelijk andere voorwaarden vereist, zoals een officieel bericht of een klacht.¹²⁴

6.5. Artikel 12bis

Met de wet van 17 april 1986 betreffende de uitvoering van de artikelen 7 en 8 van het Verdrag inzake externe beveiliging van kernmateriaal, opgemaakt te Wenen en te

¹¹⁹ *Parl. St. Kamer*, 2005-2006, 2677/001, p. 11.

¹²⁰ *Parl. St. Kamer*, 2005-2006, 2677/001, p. 12.

¹²¹ Wet tot aanpassing van de wetgeving inzake de bestrijding van omkoping van 11 mei 2007.

¹²² Deze artikelen betreffen de omkoping van ambtenaren.

¹²³ Het artikel luidt: “Indien de in de artikelen 246 tot 249 bepaalde omkoping een persoon betreft die een openbaar ambt uitoefent in een vreemde staat of in een internationale publiekrechtelijke organisatie, zijn de straffen die welke in die bepalingen zijn gesteld (...)”

¹²⁴ *Parl. St. Kamer*, 2005-2006, 2677/001, p. 13-14.

New York op 3 maart 1980, heeft de Belgische wetgever artikel 12*bis* in de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering ingevoerd. In dit artikel is het universaliteitsbeginsel beperkt geïmplementeerd in de vorm van het *aut dedere, aut judicare* beginsel.¹²⁵

Omdat België een behoorlijk aantal verdragen inzake internationaal strafrecht heeft geratificeerd of zal ratificeren¹²⁶ heeft de Belgische wetgever in 2001¹²⁷ beslist “dit artikel in een bepaling van algemene toepassing om te zetten teneinde te voorkomen dat de inhoud ervan moet worden aangepast wanneer België toetreedt tot een verdrag inzake internationaal strafrecht waarin verplichtingen betreffende de rechtsmacht zijn opgenomen”.¹²⁸ Met deze bepaling implementeert België internationale verplichtingen voortvloeiend uit verdragen die een bevoegdheidsuitbreiding van de nationale rechtbanken van de verdragsluitende staten vereisen.¹²⁹

Het is één van de doelen van de wetgever “de straffeloosheid zoveel mogelijk te vermijden”.¹³⁰ Een vreemdeling die een misdrijf in het buitenland heeft gepleegd zal bestraft worden. Hij zal of worden uitgeleverd of in België worden berecht. Hij zal dus in geen geval ongestraft blijven. Het nieuwe artikel 12*bis* bepaalt:

Behoudens in de gevallen van de artikelen 6 tot 11, zijn de Belgische gerechten eveneens bevoegd om kennis te nemen van misdrijven gepleegd buiten het grondgebied van het Koninkrijk en bedoeld in een regel van internationaal verdrags- of gewoonterecht of een regel van afgeleid recht van de Europese Unie waardoor België is gebonden wanneer het krachtens die regel op enigerlei wijze wordt verplicht de zaak aan zijn bevoegde autoriteiten voor te leggen teneinde vervolging in te stellen.

In 2001 was de bepaling niet van een vervolgingsvoorwaarde voorzien. Dit is inmiddels veranderd. Een filter werd in verschillende fases in artikel 12*bis* ingevoerd. Op 5 augustus 2003 heeft de Belgische wetgever de wet betreffende ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht gewijzigd en heeft een filter voor vervolgingen ingevoerd, die van algemene toepassing is. Alle internationale misdrijven vallen hieronder, ook die door artikel 12*bis* zijn bedoeld.¹³¹ Voorzover de wetgever enkele slordigheden in deze wet over het hoofd had gezien,¹³² zijn deze gewijzigd en geïmplementeerd door een programmawet van december 2003.¹³³

Vervolgingen kunnen niet meer op basis van burgerlijke partijstelling worden gestart. De federale procureur beslist of de onderzoeksrechter een onderzoek kan instellen, op grond van verschillende redenen. Artikel 12*bis*, 2^{de} en 3^{de} lid, bepaalt:

¹²⁵ *Parl. St. Kamer*, 1984-1985, 1007, Nr. 1-3; *Parl. St. Senaat*, 1985-1986, 179, Nr. 2.

¹²⁶ Voor een lijst van deze verdragen, zie *Parl. St. Kamer*, 2000-2001, 1178/001, p. 7-9.

¹²⁷ Wet van 18 juli 2001 houdende wijziging van artikel 12*bis* van de wet van 17 april 1878 houdende de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering.

¹²⁸ *Parl. St. Kamer*, 2000-2001, 1178/001, p. 3.

¹²⁹ *Parl. St. Kamer*, 2000-2001, 1178/002, p. 6.

¹³⁰ *Parl. St. Senaat*, 2000-2001, 2-765/2, p. 3.

¹³¹ Christine Van den Wyngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in Hoofdpijnen*, Maklu, Antwerpen, 2006, p. 1240.

¹³² Zie Christine Van den Wyngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in Hoofdpijnen*, Maklu, Antwerpen, 2006, p. 1240.

¹³³ Programmawet van 22 december 2003.

De vervolging, met inbegrip van het onderzoek, kan slechts plaatsgrijpen op vordering van de federale procureur, die eventuele klachten beoordeelt.

Ingeval, met toepassing van de voorgaande leden, een klacht aanhangig is gemaakt bij de federale procureur, vordert hij dat de onderzoeksrechter naar deze klacht een onderzoek instelt, behalve indien:

1° de klacht kennelijk niet gegrond is; of

2° de feiten bedoeld in de klacht niet overeenstemmen met een kwalificatie van de misdrijven bedoeld in boek II, titel Ibis, van het Strafwetboek; of met enig ander internationaal misdrijf dat op grond van een verdrag waardoor België is gebonden, strafbaar is gesteld; of

3° uit deze klacht geen ontvankelijke strafvordering kan volgen; of

4° uit de concrete omstandigheden van de zaak blijkt dat deze zaak, in het belang van een goede rechtsbedeling met eerbiediging van de internationale verplichtingen van België, aanhangig zou moeten worden gemaakt hetzij bij de internationale rechtscolleges, hetzij voor een rechtscollege van de plaats waar de feiten zijn gepleegd, hetzij voor een rechtscollege van de staat waarvan de dader een onderdaan is of van de plaats waar hij kan worden gevonden, en dit voor zover dit rechtscollege de kenmerken van onafhankelijkheid, onpartijdigheid en billijkheid vertoont, zoals dat onder meer kan blijken uit de relevante internationale verbintenissen waardoor België en deze Staat gebonden zijn.

Omdat het Arbitragehof oordeelde dat de afwezigheid van een rechtsmiddel tegen de beslissing van de federale procureur ongrondwettig was,¹³⁴ is de wet van 22 mei 2006, in het bijzonder het 4^{de} en 5^{de} lid van artikel 12 gewijzigd:

Indien de federale procureur van oordeel is dat één of meer van de voorwaarden bedoeld in het derde lid 1°, 2° en 3°, vervuld zijn, doet hij voor de kamer van inbeschuldigingstelling van het hof van beroep te Brussel vorderingen die beogen te beslissen, naargelang van het geval, dat er geen reden is tot vervolging of dat de strafvordering niet ontvankelijk is. Enkel de federale procureur wordt gehoord.

Indien de kamer van inbeschuldigingstelling vaststelt dat geen van de voorwaarden bedoeld in het derde lid 1°, 2° en 3°, vervuld zijn, wijst deze de territoriaal bevoegde onderzoeksrechter aan en bepaalt zij op welke feiten het onderzoek betrekking heeft. Vervolgens wordt gehandeld overeenkomstig het gemeen recht.

De federale procureur heeft het recht cassatieberoep in te stellen tegen de arresten gewezen met toepassing van het vierde en het vijfde lid. Dit beroep wordt in alle gevallen ingesteld binnen vijftien dagen te rekenen van de uitspraak van het arrest.

In het geval bedoeld in het derde lid, 3°, stelt de federale procureur de Minister van Justitie in kennis van het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling, indien tegen dit arrest geen rechtsmiddelen meer openstaan. Indien de feiten zijn gepleegd na 30 juni 2002 en onder de materiële bevoegdheid van het Internationaal Strafgerechtshof ressorteren, brengt de Minister van Justitie het Internationaal Strafgerechtshof van de feiten op de hoogte.

¹³⁴ Arbitragehof nr. 62/2005, 23 maart 2005.

In het geval bedoeld in het derde lid, 4°, seponereert de federale procureur de zaak en geeft hij van zijn beslissing kennis aan de Minister van Justitie. Tegen deze beslissing tot seponering staat geen enkel rechtsmiddel open. Indien de feiten zijn gepleegd na 30 juni 2002 en onder de materiële bevoegdheid van het Internationaal Strafgerechtshof ressorteren, brengt de Minister van Justitie het Internationaal Strafgerechtshof van de feiten op de hoogte.

6.6. *Genocide, oorlogsmisdaden, misdaden tegen de mensheid*

Met betrekking tot genocide, oorlogsmisdaden en misdaden tegen de mensheid, heeft België een benadering gekozen die zij mettertijd heeft veranderd. Hoewel de wetgever aanvankelijk het universaliteitsbeginsel met onbeperkte toepassing had verkozen heeft hij later besloten uitsluitend de actieve en passieve varianten van het beginsel te behouden voor deze ernstige misdaden. Deze legislatieve evolutie kan als volgt worden gekenschetst.

In 1993 nam België de wet van 16 juni betreffende de bestraffing voor de ernstige inbreuken op de internationale verdragen van Geneve van 12 augustus 1949 en op de aanvullende protocollen I en II bij die verdragen van 8 juli 1977 aan. Met deze wet “heeft België zichzelf geprofileerd als een koploper in de internationale strijd tegen de straffeloosheid (*‘impunity’*) van daders van internationaalrechtelijke misdaden”.¹³⁵ Artikel 7 bepaalde:

De Belgische rechtbanken zijn bevoegd om kennis te nemen van de in deze wet omschreven misdrijven, ongeacht de plaats waar deze gepleegd zijn. Voor misdrijven die door een Belg in het buitenland gepleegd zijn tegenover een vreemdeling, is geen aanklacht van de vreemdeling of van zijn gezin noch enige officiële kennisgeving door de overheid van het land waar het misdrijf is gepleegd, vereist.

De wet van 1993 betrof alleen oorlogsmisdaden en niet andere internationale misdrijven die gedurende een internationaal of intern gewapend conflict waren gepleegd. Volgens deze wet konden de Belgische rechtbanken rechtsmacht uitoefenen zonder dat procedurele voorwaarden werden toegepast. Geen klacht of officieel bericht was vereist, noch de voorwaarde van dubbele strafbaarheid voor de misdrijven gepleegd in een internationaal conflict.¹³⁶ Voor de misdaden gepleegd gedurende een intern conflict moest het vereiste van dubbele criminaliteit worden gerespecteerd.¹³⁷ Ook belangrijk is het feit dat de aanwezigheid van de dader op het Belgisch grondgebied niet vereist was voor de vervolging.¹³⁸

¹³⁵ Jan Wouters en Heidi Panken, “De Genocidewet in internationaal perspectief, van nu en straks”, in Jan Wouters en Heidi Panken (eds.), *De Genocidewet in internationaal perspectief*, Larcier, Brussel, 2002, p. 1.

¹³⁶ O.a. Christine Van den Wyngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in Hoofdpijnen*, Maklu, Antwerpen, 2006, p. 1227.

¹³⁷ Damien Vandermeersch, “Belgique”, Colloque préparatoire du XVIIIème Congrès International de Droit Pénal (2007), *Droit pénal international*, “Compétence universelle”, *RIDP*, vol. 79, 2008, p. 4. Zie ook Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 163.

¹³⁸ *Parl. St. Senaat*, 1990-1991, 1317-1, p. 16.

De rechtvaardigingen voor de invoering van de wet waren voornamelijk juridisch, maar ook incidenteel moreel.¹³⁹ De Belgische regering stelde dat de wet de internationale verplichtingen van België in de interne rechtsorde zou implementeren. De vertegenwoordiger van de Minister van Justitie verklaarde dat “[d]e omzetting in het Belgische interne recht van de Verdragen van Geneve en van het eerste Aanvullend Protocol is een internationaal-rechtelijke verplichting”.¹⁴⁰ Met betrekking tot de misdrijven gepleegd gedurende een intern gewapend conflict is er geen verplichting om te vervolgen *sensu strictu* volgens internationaal recht. De auteur van het amendement voor deze uitbreiding stelde echter dat “[d]oor het wetsontwerp tot dat soort feiten uit te breiden zou het Parlement handelen naar de geest van het hedendaagse humanitair internationaal recht”.¹⁴¹ Deze uitbreiding werd ook met een morele argumentatie gerechtvaardigd, de inbrenger van het amendement stelde dat “[u]it politiek en moreel oogpunt zou het erg tegen de borst stuiten, nu het humanitair internationaal recht op een afschuwelijke wijze met voeten wordt getreden in louter interne gewapende conflicten ... dat een wet wordt aangenomen die zich beperkt tot relatief uitzonderlijke situaties van het soort als de oorlog Irak-Iran of Irak-Koeweit terwijl dagelijks weerkerende toestanden genegeerd worden. De publieke opinie zou eens te meer het partiële en zelfs selectieve karakter van de toepassing van het internationaal recht opmerken”.¹⁴²

In 1999 werd de wet tot genocide en misdaden tegen de mensheid uitgebreid.¹⁴³ De rechtvaardigingen voor deze uitbreiding waren opnieuw voornamelijk juridisch, maar ook incidenteel moreel. De auteur van het wetsvoorstel voor een uitbreiding tot genocide stelde dat “België voor één keer het voorbeeld [moet] geven wat het nakomen van zijn internationale verbintenissen betreft. De bepalingen uit het Verdrag van 1948 over de genocide maken, sinds de bekrachtiging in 1951, volwaardig deel uit van het Belgisch positief recht. België moet dus zijn wetgeving aanpassen om dit internationaal verdrag ten uitvoer te kunnen leggen”.¹⁴⁴ Hij merkte ook op dat de toepassing van het universaliteitsbeginsel helemaal niet nieuw was, maar al met de wet van 16 juni 1993 gecodificeerd was.¹⁴⁵ De Minister van Justitie onderschreef de morele dimensie van een uitbreiding tot alle ernstige schendingen van internationaal humanitair recht. In zijn ogen had België “de ethische plicht [had] na te gaan hoe [ze] met volle kracht op de gevallen van genocide [kon] reageren”¹⁴⁶ en dat “het eerder een principekwestie [was]. België is steeds een voorloper geweest in het humanitair recht en het oorlogsrecht”.¹⁴⁷

Snel begon het aantal klachten tegen internationaal bekende personen te stijgen.¹⁴⁸ Dit was het gevolg van de samenloop van twee, internationaal gezien, uitzonderlijke

¹³⁹ Olivier Corten, “De quel droit? Place et fonction du droit comme registre de légitimité dans le discours sur la “compétence universelle””, in Olivier Corten, *le discours du droit international pour un positivisme critique*, A. Pedone (ed.), Paris, 2009, p. 181.

¹⁴⁰ *Parl. St. Senaat*, 1992-1993, 481-5, p. 11.

¹⁴¹ *Parl. St. Senaat*, 1992-1993, 481-4, p. 3.

¹⁴² *Parl. St. Senaat*, 1992-1993, 481-4, p. 3-4.

¹⁴³ Wet van 10 februari 1999 betreffende de bestraffing van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht.

¹⁴⁴ *Parl. St. Senaat*, 1997-1998, 1-749/1, p. 3.

¹⁴⁵ *Parl. St. Senaat*, 1997-1998, 1-749/1, p. 3.

¹⁴⁶ *Parl. St. Senaat*, 1997-1998, 1-749/3, p. 6.

¹⁴⁷ *Parl. St. Senaat*, 1997-1998, 1-749/3, p. 7.

¹⁴⁸ Klachten tegen de volgende personen waren uitgebracht: Augusto Pinochet (gewezen Chileense president); Laurent-Désiré Kabila (Congolesse president); Abdulaye Yerodia Ndombasi (gewezen

omstandigheden. Ten eerste kende de wet geen filtermechanisme met betrekking tot de vervolging van daders die ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht in het buitenland had gepleegd. Ten tweede kent het Belgische strafprocesrecht de mogelijkheid van klacht met burgerlijke partijstelling. Met betrekking tot de klacht tegen Ariel Sharon van 2001 verklaarde het Hof van Cassatie dat de aanwezigheid van de verdachte op het Belgische grondgebied niet vereist was voor de ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht.¹⁴⁹ De Israëlische en Amerikaanse regeringen reageerden fel en Israël riep zijn ambassadeur uit België terug.¹⁵⁰ De reacties werden nog heviger in 2003 met de klachten tegen George Bush senior en leden van zijn regering en het leger voor de tijdens de eerste Golfoorlog gepleegde oorlogsmisdaden, en enkele maanden later, tegen George Bush junior en leden van de regering en het leger voor de tijdens de tweede Golfoorlog gepleegde oorlogsmisdaden. De Amerikaanse regering dreigde België met een boycot op investeringen, maar ook met verplaatsing van het NAVO-hoofdkwartier.¹⁵¹ De Amerikaanse regering wilde dit uit Brussel weg halen omdat het volgens hen niet meer mogelijk was voor de vertegenwoordigers van lidstaten naar Brussel te reizen zonder de angst dat ze zouden worden gearresteerd.

Door de internationale druk besloot de Belgische wetgever de “wet op de universele rechtsmacht” te wijzigen. In een eerste fase werd de wet van 23 april 2003 aangepast. Deze wet, die het beginsel van universaliteit behield, voerde filters voor de klachten zonder aanknopingspunt met België in. Met betrekking tot deze klachten konden vervolgingen niet meer op basis van burgerlijke partijstelling worden gestart¹⁵² en de regering kon zaken in bepaalde omstandigheden aan Belgische gerechten onttrekken.¹⁵³ Deze laatste filter, ook wel de “Bush-clausule” genoemd, was louter politiek geïnstigeerd.¹⁵⁴ Niettemin werden deze wijzigingen door enkele staten,

Congolese minister van buitenlandse zaken); Paul Kagame (Rwandese president); Ali Akbar Hashemi Rafsanjani (gewezen Iranese president); Driss Basri (gewezen Marokkaanse minister van buitenlandse zaken); Hissène Habré (gewezen president van Tsjaad); Efraim Rios Montt (gewezen Guatemalteekse president); Saddam Hoessein (gewezen Iraakse president); Ariel Sharon (gewezen Israëlische eerste minister); Yasser Arafat (gewezen Palestijnse leider); Laurent Gbagbo (president van Ivoorkust); de Afrikaanse presidenten van Congo-Brazzaville, Centraal-Afrikaanse Republiek en Mauritanië; Fidel Castro (gewezen Cubaanse president); George Bush senior (gewezen Amerikaanse president) voor de oorlogsmisdaden die tijdens de eerste Golfoorlog gepleegd waren; George Bush junior (gewezen Amerikaanse president) voor de oorlogsmisdaden die tijdens de tweede Golfoorlog gepleegd waren; de rechtspersoon Total-Elf Aquitaine voor medeplichtigheid met de militaire junta in Myanmar. Zie, o.a., Jan Wouters en Heidi Panken, “De Genocidewet in internationaal perspectief, van nu en straks”, in Jan Wouters en Heidi Panken (eds.), *De Genocidewet in internationaal perspectief*, Larcier, Brussel, 2002, p. 3-4; Christine Van den Wyngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in Hoofdlijnen*, Maklu, Antwerpen, 2006, p. 1228.

¹⁴⁹ Cass., 12 februari 2003, ref. P.02.1139.F/6.

¹⁵⁰ Christine Van den Wyngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in Hoofdlijnen*, Maklu, Antwerpen, 2006, p. 1228.

¹⁵¹ Christine Van den Wyngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in Hoofdlijnen*, Maklu, Antwerpen, 2006, p. 1228.

¹⁵² Art. 5 van de wet van 23 april 2003 tot wijziging van de wet van 16 juni 1993 betreffende de bestraffing van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht en van artikel 144ter van het Gerechtelijk Wetboek.

¹⁵³ Art. 5 van de wet van 23 april 2003 tot wijziging van de wet van 16 juni 1993 betreffende de bestraffing van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht en van artikel 144ter van het Gerechtelijk Wetboek.

¹⁵⁴ Damien Vandermeersch, “Belgique”, Colloque préparatoire du XVIIIème Congrès International de Droit Pénal (2007), *Droit pénal international*, “Compétence universelle”, *RIDP*, vol. 79, 2008, p. 5.

voornamelijk de Verenigde Staten, als onvoldoende beschouwd.¹⁵⁵ Om deze reden werd in een tweede fase in augustus 2003 de Genocidewet ingetrokken. De bepalingen betreffende de ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht werden in het Strafwetboek en het Wetboek van Strafvordering ingevoerd.¹⁵⁶ Met betrekking tot extraterritoriale rechtsmacht werden nieuwe bepalingen in de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering geïmplementeerd.

In scherp contrast met de oorspronkelijke aanpassing en de uitbreiding van de wet waren de laatste wijzigingen voornamelijk politiek geïnspireerd, incidenteel juridisch, maar zeker niet meer moreel.¹⁵⁷ Tijdens de debatten verklaarde een lid van de Senaat dat hij niet geloofde “dat het nuttig zou zijn dat België de gerechtelijke boeman van de wereld wordt (zonder enig aanknopingspunt)”.¹⁵⁸ De Minister van Justitie stelde voorts “dat het illusoir en gevaarlijk is ons gerechtelijk apparaat om te vormen tot een soort van dolende ridder van de menselijke aard, zonder het evenwel te voorzien van een degelijk en betrouwbaar werkkader en uit te rusten met de menselijke middelen vereist om deze bevoegdheid daadwerkelijk uit te oefenen.”¹⁵⁹ Hij merkte ook op dat “[d]e openbare opinie kan moeilijk begrijpen waarom zoveel achterstand bestaat met betrekking tot de belangrijke nationale processen”.¹⁶⁰ Een andere politieke rechtvaardiging betrof de Belgische belangen op internationaal vlak. Een lid van de Kamer constateerde dat “[h]et risico dat de aangekondigde vervolging van buitenlandse prominenten leidt tot diplomatieke of politieke crises, ... wel degelijk reëel [is] en mag ook niet worden onderschat”.¹⁶¹ Een ander lid merkte op dat “[d]e straffeloosheid moet uiteraard worden tegengegaan, maar de wet waarbij onze rechtbanken universele rechtsmacht wordt toegekend schaadt de Belgische belangen...”.¹⁶² Eén van zijn collega’s stelde dat “de actualiteit de vrees [bevestigt] dat klachten zullen worden ingediend om veeleer politiek dan juridisch ingegeven redenen” en dat “[e]n en ander toont aan dat de basisbeginselen van de wet van 1993 weliswaar moeten worden behouden, maar dat er tegelijk dient te worden voor gewaakt dat de Belgische diplomatieke betrekkingen en het internationaal imago van België averij oplopen”.¹⁶³ De juridische argumenten stonden in de debatten niet centraal, maar werden nu en dan aangedragen. De Minister van Justitie bijvoorbeeld wees op een juridisch aspect voor een beperking van de wet van universele rechtsmacht, toen hij verklaarde dat “[h]et bestaan van het begrip universele rechtsmacht ... niet ter discussie [kan] worden gesteld”, maar “[h]et is veeleer de wettelijkheid van de uitoefening van een universele rechtsmacht “*in absentia*”, die is geformuleerd zonder enige criterium van verbondenheid ten aanzien van het internationaal recht, die in twijfel zou kunnen worden getrokken”.¹⁶⁴

¹⁵⁵ Damien Vandermeersch, “Belgique”, Colloque préparatoire du XVIIIème Congrès International de Droit Pénal (2007), *Droit pénal international*, “Compétence universelle”, RIDP, vol. 79, 2008, p. 6.

¹⁵⁶ Wet van 5 augustus 2003 betreffende ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht.

¹⁵⁷ Olivier Corten, “De quel droit? Place et fonction du droit comme registre de légitimité dans le discours sur la “compétence universelle””, in Olivier Corten, *le discours du droit international pour un positivisme critique*, A. Pedone (ed.), Paris, 2009, p. 185.

¹⁵⁸ *Parl. St. Senaat*, 2002-2003, 2-1256/5, p. 19.

¹⁵⁹ *Parl. St. Senaat*, 2002-2003, 2-1256/5, p. 31.

¹⁶⁰ *Parl. St. Senaat*, 2002-2003, 2-1256/5, p. 31. Een argument dat ook in de praktijk werd gehoord. Het is zeer wel mogelijk rechtbank van de wereld te spelen, maar het gaat ten koste van de afhandeling van strafbare feiten begaan in eigen land.

¹⁶¹ *Parl. St. Kamer*, 2002-2003, 2265/003, p. 13.

¹⁶² *Parl. St. Kamer*, 2002-2003, 2265/003, p. 36.

¹⁶³ *Parl. St. Kamer*, 2002-2003, 2265/003, p. 37.

¹⁶⁴ *Parl. St. Kamer*, 2002-2003, 2265/003, p. 23.

De wet van 5 augustus 2003 schafte de onbeperkte universele rechtsmacht over ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht af. De misdaden die in het buitenland worden gepleegd kunnen alleen op grond van de beginselen van actieve en passieve personaliteit door Belgische rechtbanken worden gestraft. De enige toepassing van universele rechtsmacht die nog mogelijk is wordt in artikel 12*bis* gevonden en betreft uitsluitend oorlogsmisdaden vanwege de Conventies van Genève die het beginsel *aut dedere aut judicare* bevatten.

België heeft zijn positie als rolmodel in de bestrijding van straffeloosheid door het loslaten van zijn wet met universele rechtsmacht opgegeven. Het gebrek in deze Belgische wet was niet de toepassing van het universaliteitsbeginsel, maar veeleer de burgerlijke partijstelling. Dat verklaart waarom buitenlandse slachtoffers van oorlogsmisdaden en genocide met hun klachten richting België gingen, en niet naar andere staten die ook ruime universele rechtsmacht hebben, zoals Spanje of Duitsland.¹⁶⁵ Van den Wyngaert stelde terzake dat, er waren “in wezen slechts twee oplossingen: ofwel werd de universele bevoegdheid afgeschaft, ofwel de mogelijkheid voor buitenlandse slachtoffers om zich rechtstreeks tot de Belgische rechter te richten. Men heeft voor beide oplossingen gekozen, en dus volledig bakzeil gehaald t.a.v. onze destijds (zeker tot 1999) als zo progressief aangemerkte wetgeving”.¹⁶⁶ Het gevolg is dat België het universaliteitsbeginsel bijvoorbeeld voor sekstoerisme erkent, maar niet meer voor de ernstige schendingen van het humanitair recht zoals internationale kernmisdrijven.

7. Concluderende opmerkingen

De benadering van rechtsmacht in België is vergelijkbaar met die van andere continentale landen in het algemeen, hoewel ze enkele specifieke kenmerken laat zien. Territorialiteit is het uitgangspunt, maar extraterritoriale toepassingen van rechtsmacht op basis van verschillende grondslagen zijn toegelaten. De Belgische rechtsmachtbepalingen hebben de afgelopen jaren een buitengewoon turbulente ontwikkeling doorgemaakt. Er waren vele en drastische uitbreidingen. Daarnaast is België het enige land dat een forse beperking van de extraterritoriale rechtsmacht heeft ingevoerd met merkbare gevolgen.

Een eerste kenmerk van de Belgische rechtsmacht is dat de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering een algemene toepassing van drie beginselen erkent: het actieve personaliteitsbeginsel, het passieve personaliteitsbeginsel, en het universaliteitsbeginsel met betrekking tot het volkenrechtelijke beginsel *aut dedere, aut judicare*. Met betrekking tot specifieke misdrijven, zoals terrorisme, zijn ook “geval per geval” toepassingen van deze beginselen aanvaard zonder dat alle procedurele voorwaarden moeten worden gerespecteerd.

De redenen waarom uitbreidingen van rechtsmacht in België zijn ingevoerd zijn slechts tot op zekere hoogte vergelijkbaar met het buitenland. Zoals andere landen

¹⁶⁵ Christine Van den Wyngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in Hoofdpijnen*, Maklu, Antwerpen, 2006, p. 1233.

¹⁶⁶ Christine Van den Wyngaert, *Strafrecht, Strafprocesrecht & Internationaal Strafrecht in Hoofdpijnen*, Maklu, Antwerpen, 2006, p. 1234.

heeft België zijn internationale en Europese verplichtingen geïmplementeerd. Dat is het geval, bijvoorbeeld, in de context van corruptie of valsemunterij (universaliteitsbeginsel). Niettemin heeft België ook zijn rechtsmacht uitgebreid op basis van twee andere rechtvaardigingen.

Aan de ene kant heeft België extraterritoriale rechtsmacht ingevoerd om deze te kunnen toepassen in bijzondere situaties. Anders dan de andere drie landen wordt veel gewicht toegekend aan het passieve nationaliteitsbeginsel. Aan de andere kant is België verder dan zijn internationale verplichtingen gegaan met betrekking tot bepaalde categorieën misdrijven. Een voorbeeld is de universele toepassing van rechtsmacht in de context van terroristische en seksuele misdrijven, hoewel er geen internationale verplichting bestaat. Een ander voorbeeld was de Genocidewet tot 2003, die verder dan Belgische internationale verplichtingen ging. Deze uitbreidingen kunnen worden verklaard door het feit dat België een rolmodel in de internationale strijd tegen de straffeloosheid van daders van ernstige internationale misdrijven wilde spelen.

Deze ruime uitbreidingen van extraterritoriale rechtsmacht, gekoppeld met een unieke eigenschap van het Belgische strafprocesrecht – de klacht met burgerlijke partijstelling – verklaren het laatste kenmerk van rechtsmacht in België. In tegenstelling tot andere landen, zoals Engeland en Wales of het Nederland, heeft België zijn systeem gewijzigd. Om de extraterritoriale toepassing van rechtsmacht in de praktijk toepasbaar te maken en politieke klachten te vermijden heeft België besloten, onder internationale druk, de klacht met burgerlijke partijstelling af te schaffen met betrekking tot ernstige schendingen van humanitair recht en ook in de context van alle internationale misdrijven die de toepassing van het beginsel *aut dedere, aut judicare* vereisen. Maar België is daarin verder en (gezien zijn internationale verplichtingen) mogelijk te ver gegaan. Ten aanzien van de Genocidewet was bovendien beslist de universele toepassing van rechtsmacht af te schaffen, en alleen het gebruik van de actieve en passieve personaliteitsbeginselen toe te stemmen.¹⁶⁷ In de huidige rechtsmachtbepaling is een erkenning van sterkere rechtsmachtaanspraken opgenomen. België loopt niet meer voorop, maar loopt mee en vangt wat vliegen af.

De conclusie is dat België, dat ooit een progressieve interpretatie van extraterritoriale rechtsmacht had, nu een veeleer beperkte benadering toont. Deze is het gevolg van een te extreme en niet genoeg doordachte wijziging van de extraterritoriale rechtsmachtbepalingen ten aanzien van de vervolging van ernstige internationale misdrijven zoals genocide en oorlogsmisdaden. In wezen heeft men de ernst van het feit als enig relevante factor aangemerkt en een band met België of factoren van opportuniteit niet meegenomen. Belgische rechtsbedeling won het daarin van goede rechtsbedeling. Inmiddels heeft het land die positie verlaten en wijkt het niet af van de buurlanden.

¹⁶⁷ Dit laatste is opmerkelijk in het licht van de plannen in Nederland in het kader van het op 6 oktober 2009 in consultatie gebrachte Voorstel van wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van internationale misdrijven.

Hoofdstuk 3 Extraterritoriale rechtsmacht in Duitsland

1. Inleiding

Net als in Nederland wordt de Duitse rechtsmacht geregeld in de eerste artikelen van het strafwetboek. De paragrafen 3-7 StGB (Geltungsbereich) vinden hun oorsprong in het Reichsstrafgesetzbuch van 1871. Zij leidden tot de komst van de nationaal-socialisten een rustig bestaan. Na 1933 werden enkele belangrijke wijzigingen doorgevoerd. Het actief personaliteitsbeginsel werd een leidend beginsel.¹⁶⁸ De nazi's wijdden er zelfs een Verordnung über den Geltungsbereich des Strafrechts aan.¹⁶⁹ Duitsers moesten zich ook buiten de rijksgrenzen in overeenstemming met het StGB gedragen. Daarnaast werd echter weer een beperking aangebracht en de toepassing van het Duitse strafrecht op Duitsers in het buitenland uitgesloten “wenn die Tat nach den gesunden Empfinden des deutschen Volkes wegen der besonderen Verhältnisse am Tatort kein strafwürdiges Unrecht ist.” Dit laatste bleek een vrijbrief voor het plegen van oorlogsmisdrijven op niet eerder vertoonde schaal.

De Bondsrepubliek schrapte het specifiek nationaal-socialistische gedachtengoed, dus ook de bepaling van het gezonde volksrechtsgevoelen. Daarentegen handhaafde zij het actief personaliteitsbeginsel, al was dit niet meer het leidende beginsel. De rechtsmachtbepalingen bleven overeind bij de “große Strafrechtsreform” in de jaren 1954-1975.¹⁷⁰ Sedertdien valt vooral op, in vergelijking met Nederland, dat verdragen en andere verplichtingen tot uitbreiding en vestiging van rechtsmacht de oorspronkelijke structuur van de rechtsmachtbepalingen niet of nauwelijks hebben aangetast. De implementatie van internationale en Europese wetgeving met rechtsmachtbepalingen leidt vrijwel steeds tot de vaststelling dat de bestaande rechtsmachtbepalingen toereikend zijn.¹⁷¹ Er zijn dientengevolge betrekkelijk weinig wijzigingen geweest en de oorspronkelijk structuur van de rechtsmachtbepalingen (zuivere indeling naar beginselen) is behouden gebleven. Die structuur is betrekkelijk inzichtelijk en gebaseerd op twee poten: de rechtsgoederen die bescherming behoeven en de beginselen waarop rechtsmacht kan worden gevestigd. Er is nog een ander punt waarop Duitsland afwijkt: het bereik van de Duitse strafwet moet in vergelijking tot die van andere landen als zeer ruim worden aangemerkt.¹⁷² Voorts leidt rechtsmacht noch in de Bondsdag, noch in de Bondsraad tot veel discussie tussen regering en

¹⁶⁸ Zie Werle/ Jeßberger, Leipziger Kommentar, 12. Auflage, Vor § 3.

¹⁶⁹ 6.5.1940, RGBl. I. S. 754.

¹⁷⁰ Zie BR Drs 200/62, p. 105. Andreas Henrich, Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht, Freiburg im Breisgau 1994, p. 45.

¹⁷¹ Zie BT Drs. V/3266, p. 21 met betrekking tot vliegtuigkapingsverdrag van 14 september 1963; BR Drs. 539/75, p. 16 (= BT Drs. 7/4820), met betrekking tot het verdrag tot bescherming van diplomaten; BT Drs. 11/6770, p. 116 en 117 met betrekking tot het Aanvullend Protocol bij de Geneefse verdragen; BT Drs. 16/3656, p. 8, met betrekking implementatie van KdB 2005/222 aanvallen op computersystemen; BT Drs. 16/5336, p.25 = BR Drs. 121/07, p. 25, met betrekking implementatie van het VN-verdrag bestrijding nucleair terrorisme van 13 april 2005; BT Drs. 16/7218, p. 51, met betrekking tot implementatie van Raad van Europa verdrag computercriminaliteit van 23 november 2001; BR Drs. 327/02, p. 21, met betrekking tot de implementatie van het verdrag van 15 december 1997 tot bestrijding van terroristische bomaanslagen; BR Drs. 187/09, p. 34, Übereinkommen vom 20. Dezember 2006 zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen. Verdragen die zijn gesloten voor 1945, zijn niet in het onderzoek betrokken.

¹⁷² Zie Werle/ Jeßberger, Leipziger Kommentar, 12. Auflage, Vor § 3, Rn 267.

parlement. Ook de praktijk toont zich rondom tevreden. De rechtspraak heeft zich, voorzover thans inzichtelijk voor wat rechtsmacht betreft slechts met één thema beziggehouden, dat hieronder wordt besproken (legitimerender Anknüpfungspunkt).¹⁷³ Dit aanknopingspunt wordt bijvoorbeeld gevonden in langdurige aanwezigheid in Duitsland en het feit dat de verdachte daar ook is aangehouden.¹⁷⁴

2. Territorialiteits- en vlaggebeginselen

Het *territorialiteitsbeginsel* is geformuleerd in § 3 StGB en bepaalt dat het Duitse strafrecht in Duitsland geldt.

Het *Vlaggebeginsel* (§ 4 StGB Geltung für Taten auf deutschen Schiffen und Luftfahrzeugen) bepaalt dat het Duitse strafrecht geldt, zonder dat de voorwaarde van dubbele strafbaarheid wordt gesteld, voor alle strafbare feiten die op een Duits schip of in een Duits luchtvaartuig worden begaan.

3. Universaliteitsbeginsel

Universaliteitsbeginsel (Weltrechtsprinzip/ Staatsschutzprinzip) met betrekking nationale rechtsgoederen (inländische Rechtsgüter) - § 5 StGB

Het in § 5 StGB geformuleerde universaliteitsbeginsel is van onbeperkte aard. Er is in beginsel geen vereiste van dubbele strafbaarheid, geen vereiste van aanwezigheid van de verdachte of welke eis dan ook gesteld. Het gaat bij § 5 StGB om de bescherming van rechtsgoederen die Duitsland aangaan, hierin ligt de grondslag voor het vestigen van rechtsmacht. De aard van de rechtsgoederen is wat betreft de rechtsmachtvraag dominanter dan het specifieke Duitse belang.¹⁷⁵ Sinds oktober 2007 is een wetsvoorstel aanhangig dat de titel van § 5 wil wijzigen naar “Auslandstaaten mit besonderem Inlandsbezug”.¹⁷⁶ De wetgever wil met de voorgenomen wijziging onder andere veiligstellen dat voor de uitleg van § 5 StGB niet nog aanvullend een “legitimerender Anknüpfungspunkt” moet worden vastgesteld, zoals dat volgens de rechtspraak met betrekking tot § 6 StGB dient te gebeuren.

De volgende rechtsgoederen worden door § 5 StGB bestreken:

Das deutsche Strafrecht gilt, unabhängig vom Recht des Tatorts, für folgende Taten, die im Ausland begangen werden:

1. Vorbereitung eines Angriffskrieges (§ 80);
2. Hochverrat (§§ 81 bis 83);
3. Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates
 - a) in den Fällen der §§ 89, 90a Abs. 1 und des § 90b, wenn der Täter Deutscher ist und seine Lebensgrundlage im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes hat, und

¹⁷³ Zie BGH-Ermittlungsrichter, B. v. 13.2.1994, NStZ 1994, p. 232.

¹⁷⁴ Dat de verdachte in Duitsland woonde kan ook al weer enige jaren geleden zijn. Zie BGH, 30.4.1999 – 3StR 215/98.

¹⁷⁵ Zie BT Drs. 16/6558, p. 10.

¹⁷⁶ BT Drs. 16/6558. Het wetsontwerp is vanwege bepalingen niet de rechtsmacht betreffend omstreden en in januari 2010 nog niet behandeld.

- b) in den Fällen der §§ 90 und 90a Abs. 2;
- 4. Landesverrat und Gefährdung der äußeren Sicherheit (§§ 94 bis 100a);
- 5. Straftaten gegen die Landesverteidigung
 - a) in den Fällen der §§ 109 und 109e bis 109g und
 - b) in den Fällen der §§ 109a, 109d und 109h, wenn der Täter Deutscher ist und seine Lebensgrundlage im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes hat;
- 6. Verschleppung und politische Verdächtigung (§§ 234a, 241a), wenn die Tat sich gegen einen Deutschen richtet, der im Inland seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat;¹⁷⁷
- 6a. Entziehung eines Kindes in den Fällen des § 235 Abs. 2 Nr. 2, wenn die Tat sich gegen eine Person richtet, die im Inland ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat;
- 7. Verletzung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen eines im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes liegenden Betriebs, eines Unternehmens, das dort seinen Sitz hat, oder eines Unternehmens mit Sitz im Ausland, das von einem Unternehmen mit Sitz im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes abhängig ist und mit diesem einen Konzern bildet;
- 8. Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung
 - a) in den Fällen des § 174 Abs. 1 und 3, wenn der Täter und der, gegen den die Tat begangen wird, zur Zeit der Tat Deutsche sind und ihre Lebensgrundlage im Inland haben, und
 - b) in den Fällen der §§ 176 bis 176b und 182, wenn der Täter Deutscher ist;
- 9. Abbruch der Schwangerschaft (§ 218), wenn der Täter zur Zeit der Tat Deutscher ist und seine Lebensgrundlage im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes hat;
- 10. falsche uneidliche Aussage, Meineid und falsche Versicherung an Eides Statt (§§ 153 bis 156) in einem Verfahren, das im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes bei einem Gericht oder einer anderen deutschen Stelle anhängig ist, die zur Abnahme von Eiden oder eidesstattlichen Versicherungen zuständig ist;
- 11. Straftaten gegen die Umwelt in den Fällen der §§ 324, 326, 330 und 330a, die im Bereich der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone begangen werden, soweit völkerrechtliche Übereinkommen zum Schutze des Meeres ihre Verfolgung als Straftaten gestatten;
- 11a. Straftaten nach § 328 Abs. 2 Nr. 3 und 4, Abs. 4 und 5, auch in Verbindung mit § 330, wenn der Täter zur Zeit der Tat Deutscher ist;
- 12. Taten, die ein deutscher Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter während eines dienstlichen Aufenthalts oder in Beziehung auf den Dienst begeht;¹⁷⁸

¹⁷⁷ Het is onduidelijk of uit het verschil in formulering van 5b en 6 een verschil in betekenis van het domiciliebeginsel worden afgeleid. Werle/ Jeßberger, Rn. 19 en 20, § 5 StGB geven hierover geen uitsluitel.

¹⁷⁸ Kommentare aus der 8. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform (16.2.1966)
 Zu § 5 (12) (damals nr. 15): gerechtfertigte Strafgewalt für Taten im Dienst
 Für Taten die ausserhalb des Dienstes begangen wurden sollten die ausländischen Gerichte zuständig sein (Dr.Müller-Emmert).
 Es besteht ein kriminalpolitisches Bedürfnis dienstlich im Ausland befindliche Amtsträger oder der deutschen Strafgewalt zu unterstellen, weil diese (...) dort für das Ansehen der Bundesrepublik und ihrer Länder stünden. Andere Staaten haben möglicherweise aus politischen und diplomatischen Gründen kein Interesse daran deutsche Amtsträger oder Soldaten zu verfolgen und bevorzugen evt. das die Strafverfolgung in Deutschland stattfindet. Es besteht auch ein erhöhtes Bedürfnis auf die Einhaltung deutscher Strafbestimmungen zu achten bei Amtsträgern und Soldaten, weil sie sich häufig in einem abgeschlossenen Lebensraum befinden (Dr. Corves).

13. Taten, die ein Ausländer als Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter begeht;
14. Taten, die jemand gegen einen Amtsträger, einen für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder einen Soldaten der Bundeswehr während der Ausübung ihres Dienstes oder in Beziehung auf ihren Dienst begeht;
- 14a. Abgeordnetenbestechung (§ 108e), wenn der Täter zur Zeit der Tat Deutscher ist oder die Tat gegenüber einem Deutschen begangen wird;¹⁷⁹
15. Organ- und Gewebehandel (§ 18 des Transplantationsgesetzes), wenn der Täter zur Zeit der Tat Deutscher ist.¹⁸⁰

Toch is ook in Duitsland sprake van enige vervuiling, in de zin van toevoeging van voorwaarden die afdoen aan zuivere universaliteit.¹⁸¹ In § 5 zien we de volgende mengvormen: Actief personaliteitsbeginsel in combinatie met domiciliebeginsel in nrs. 3a, 5b, 9; het passief personaliteitsbeginsel in combinatie met domiciliebeginsel in nrs. 6, 7; het passief domiciliebeginsel in nr. 6a; het actief personaliteit in combinatie met passief domicilie in 8a; actief personaliteitsbeginsel in de nrs. 8b, 11a, 14a, 15; en tenslotte het passief personaliteitsbeginsel in nr. 14a.

In de meeste gevallen is concreet aangegeven welke delicten uit het wetboek van strafrecht onder de extraterritoriale rechtsmacht vallen. Dit is niet het geval voor de delicten die groepsgewijs zijn aangeduid in § 5, Nrs. 7, 12, 13 en 14 StGB. Deze nummers bevatten geen verwijzing naar paragrafen uit het wetboek.

Het Duitse wetboek kent in § 6 StGB nog een tweede paragraaf die het universaliteitsbeginsel bevat: *Universaliteit internationale rechtsgoederen* - § 6 StGB: Das deutsche Strafrecht gilt weiter, unabhängig vom Recht des Tatorts, für folgende Taten, die im Ausland begangen werden:

1. (weggefallen)
2. Kernenergie-, Sprengstoff- und Strahlungsverbrechen in den Fällen der §§ 307 und 308 Abs. 1 bis 4, des § 309 Abs. 2 und des § 310;
3. Angriffe auf den Luft- und Seeverkehr (§ 316c);
4. Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung und zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft sowie Förderung des Menschenhandels (§§ 232 bis 233a);¹⁸²
5. unbefugter Vertrieb von Betäubungsmitteln;
6. Verbreitung pornographischer Schriften in den Fällen der §§ 184a, 184b Abs. 1 bis 3 und § 184c Abs. 1 bis 3, jeweils auch in Verbindung mit § 184d Satz 1;
7. Geld- und Wertpapierfälschung (§§ 146, 151 und 152), Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion und Vordrucken für Eurochecks (§ 152b Abs. 1 bis 4) sowie deren Vorbereitung (§§ 149, 151, 152 und 152b Abs. 5);
8. Subventionsbetrug (§ 264);

Deutsche Gerichtsbarkeit für ausländische Soldaten ist wünschenswert um Probleme bei weltanschaulichen Delikten wie Homosexualität zu vermeiden, aber auch zur Erhaltung der Disziplin bei Delikten die unmittelbar mit den Dienstvorschriften verknüpft sind. (Dr. Schafheutle)

¹⁷⁹ Uitbreiding niet nader gemotiveerd dan dat dit uitvoering van een Europese overeenkomst vormt. Zie BT Drs. 13/10424, p. 7.

¹⁸⁰ Wetsvoorstel 16/6558, dat strekt tot uitvoering van vier anti-corruptieregelingen voorziet in vier nieuwe rechtsmachtconstructies, die qua complexiteit Nederlandse vormen aannemen.

¹⁸¹ Henrich spreekt van "Mischprodukte" en "Kuckuckseier". Zie p. 38-43.

¹⁸² Opgenomen zonder enige nadere toelichting. Zie BT Drs. 15/3045, p. 7.

9. Taten, die auf Grund eines für die Bundesrepublik Deutschland verbindlichen zwischenstaatlichen Abkommens auch dann zu verfolgen sind, wenn sie im Ausland begangen werden.

In de Denkschrift (Duitse Memorie van Toelichting) werd dit “stellvertretender Strafrechtspflege” genoemd.¹⁸³ De rechtspraak vereist ten aanzien van § 6 een “legitimerender Anknüpfungspunkt” voor de daadwerkelijke uitoefening van de rechtsmacht.¹⁸⁴ Die kan er al uit bestaan dat de verdachte in het buitenland drugs verkoopt die in Duitsland terecht komen. Voorts stelde het BGH in de zaak Dost dat het universaliteitsbeginsel noch dubbele strafbaarheid, noch enige volkenrechtelijke beperking kent.¹⁸⁵ Het BGH maakt duidelijk dat de eventuele beperking uit de richting van strafprocesrechtelijke voorschriften zoals § 153c StPO dient te komen, maar dat dergelijke bepalingen niet ter toetsing van de rechter staan. Het feit dat de StA de haar toekomende beslissingsvrijheid om te seponeren in de zaak Dost niet hanteerde, staat ook niet in Revision voor het BGH ter discussie.

Werle en Jeßberger leiden uit de rechtspraak van het BGH twee categoriën van relevante aanknopingspunten af. In de eerste wordt het legitimatie-verschaffende aanknopingspunt gezocht in de bijzondere band van de dader met Duitsland. In de tweede groep, die vooral oorlogsmisdrijven betreft, wordt het aanknopingspunt mede gevormd door de Duitse (militaire) betrokkenheid bij de locusstaat. In het Völkerstrafgesetzbuch is deze indeling door de wetgever vervolgens weer losgelaten.¹⁸⁶ Een specifieke link met Duitsland is voor die categorie feiten niet vereist.¹⁸⁷ Wel is gelijktijdig de opportuniteitsregel van § 153f StPO ingevoerd. Voor strafbare feiten uit het VStGB “mit Inlandsbezug” geldt daarentegen het legaliteitsbeginsel.¹⁸⁸ Voor alle andere het opportuniteitsbeginsel. Met § 153f StPO wil de Duitse regering “eine gestufte Zuständigkeitspriorität” uitdrukken: “In erster Linie sind zur Verfolgung der Tatortstaat und der Heimatstaat von Täter und Opfer sowie ein zuständiger internationaler Gerichtshof berufen.”¹⁸⁹ Op de betekenis van het legaliteits- en opportuniteitsbeginsel naar Duits recht wordt hieronder nader ingegaan.

Nr. 9 van § 6 StGB vormt een kapstokartikel waarachter allerlei verdragen verborgen gaan. Door te refereren aan de verdragsverplichting wordt voorkomen dat telkens bij

¹⁸³ BR Drs. 200/62, p. 113.

¹⁸⁴ Zie de Dost-zaak, BGH, 8.4.1987, 3 StR 11/87, BGHSt 34, 334; BGH, 11.12.1998 – 2 Ars 499/98, NStZ 1999, p. 236; BGH, 30.4.1999, 3StR 215/98, BGHSt 46, 54.

¹⁸⁵ BGH: „Der Senat geht davon aus, daß § 6 Nr. 5 StGB trotz der weiten Fassung in der Regel nur in Fällen angewendet wird, in denen sich eine Inlandsberührung der Tat aus der Ergreifung des Täters im Inland ergibt.“

¹⁸⁶ Zie voor de situatie vóór inwerkingtreding van het VStGB, Albin Eser, Völkermord und deutsche Strafgewalt, Zum Spannungsverhältnis von Weltrechtsprinzip und legitimierendem Inlandsbezug, in: Albin Eser (Hrsg.): Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Lutz Meyer-Gossner zum 65. Geburtstag, München 2001, p. 3-31.

¹⁸⁷ BR Drs. 29/02, p. 29: „eines speziellen Inlandsbezugs bedarf es nicht.“

¹⁸⁸ Op vragen uit de Bondsdag met betrekking tot aangiftes van overtreding van het VStGB antwoordde de regering dat tot 30 augustus 2006 58 aangiftes bij de Bundesanwaltschaft zijn gedaan. Deze betroffen 19 Irakese, 16 Palestijns-Israëliëse, 10 Chinese en enkele andere landen. Terzake van slechts één feit werd een Ermittlungsverfahren gestart (Congo), zie BT Drs. 16/2692, p. 11.

¹⁸⁹ BR Drs. 29/02, p. 86.

elk nieuw verdrag een nieuwe rechtsmachtbepaling moet worden ingevoerd.¹⁹⁰ Hiermee wordt beoogd aan volkenrechtelijke verplichtingen te voldoen, zonder dat dit nadrukkelijk in het wetboek behoeft te zijn neergelegd. De wetgever wilde voorkomen dat er gaten zouden vallen in de rechtsmacht omdat een uitvoeringsbepaling in de bepalingen over rechtsmacht achterwege zou zijn gebleven. In verband met de eisen van legaliteit dient natuurlijk wel een grondslag te bestaan in bestaande strafbepalingen in het StGB.¹⁹¹ § 6 Nr. 9 StGB betekent niet dat er meteen rechtsmacht ontstaat over feiten die zich op het grondgebied van de verdragspartijen hebben voorgedaan. De eis van een Duits aanknopingspunt blijft bestaan.¹⁹²

4. Passief personaliteitsbeginsel

§ 7 Geltung für Auslandstaten in anderen Fällen

(1) Das deutsche Strafrecht gilt für Taten, die im Ausland gegen einen Deutschen begangen werden, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt.¹⁹³

(2) Für andere Taten, die im Ausland begangen werden, gilt das deutsche Strafrecht, wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt und wenn der Täter

1. zur Zeit der Tat Deutscher war oder es nach der Tat geworden ist oder¹⁹⁴

2. zur Zeit der Tat Ausländer war, im Inland betroffen und, obwohl das Auslieferungsgesetz seine Auslieferung nach der Art der Tat zuließe, nicht ausgeliefert wird, weil ein Auslieferungersuchen innerhalb angemessener Frist nicht gestellt oder abgelehnt wird oder die Auslieferung nicht ausführbar ist.¹⁹⁵

¹⁹⁰ „Sinn und Zweck von § 6 Nr. 9 ist sicherzustellen, dass die Verpflichtungen, die Deutschland in den einschlägigen Abkommen übernommen hat, erfüllt werden.“ Zie Werle/ Jeßberger, Leipziger Kommentar, 12. Auflage, § 6, Rn 112.

¹⁹¹ Zie Werle/ Jeßberger, Leipziger Kommentar, 12. Auflage, § 6, Rn 131. Voor een voorbeeld van toepassing van deze bepaling BGH, B. v. 21.2.2001 – 3StR 244/00; idem 3 StR 372/00, BGHSt 46, 292.

¹⁹² BGH, 18.4.2007, 2 ARs 32/07, HRRS 2007, Nr. 492; BGH, 11.2.1999, 2 ARs 51/99.

¹⁹³ Kommentare aus der 8. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform (16.2.1966)

Zu § 7 Abs. 1 (damals § 6 Abs.1)

Diese Vorschrift drückt das Misstrauen gegen das ausländische Strafrecht aus. Deutschland sollte anderen Staaten egal welcher politischen Auffassung, Vertrauen schenken und sich nicht in die ausländische Strafjustiz einmischen. (diese Anmerkungen wurden überstimmt) (Dr. Müller- Emmert)

Das passiver Personalitätsprinzip ist notwendig aufgrund der „zweigeteilten Welt“ (kalter Krieg). In manchen Ländern (hier Ostblockstaaten und Kongo) ist eine intakte Strafrechtspflege nicht immer sichergestellt, besonders im Bezug auf deutsche Opfer. (Dr. Corves)

Man braucht diese Vorschrift um deutsche Staatsangehörige, die Opfer von Straftaten im Ausland wurden zu schützen, sofern der Täter in das deutsche Gebiet komme. (Dr. Schafheutle)

¹⁹⁴ Kommentare aus der 8. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform (16.2.1966)

Zu § 7 Abs. 2 Nr 1 (damals § 6 Abs 2 Nr. 1)

Auf Taten die ein Amtsträger außerhalb des Dienstes begeht kann deutsches Strafrecht angewandt werden nach § 7 Abs. 2 Nr. 1. Durch diesen Paragraphen können den „deutschen Belangen Rechnung getragen werden“ sofern doppelte Strafbarkeit besteht. Taten die außerhalb des Dienstes begangen werden und nach dem herrschenden ausländischen Recht nicht strafbar sind, wohl aber nach deutschem Recht können nicht bestraft werden. (Dr. Müller-Emmert)

Für leichte Auslandsdelikte sollten deutsche Gerichte nicht zuständig sein, weil Beweisschwierigkeiten entstehen können. (Dr.Schafheutle)

¹⁹⁵ Kommentare aus der 8. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform (16.2.1966)

Zu § 7 Abs.2 Nr.2

Uit dit artikel vallen de volgende rechtsmachtbeginselen af te leiden: het actief personaliteitsbeginsel en het passief personaliteitsbeginsel al dan niet gecombineerd met nadere voorwaarden en subsidiaire rechtsmacht. Het overwegende aanknopingspunt voor Duitse rechtsmacht is hier de nationaliteit en niet het specifieke delict als zodanig.¹⁹⁶

Het passief nationaliteitsbeginsel is neergelegd in § 7, Abs. 1 StGB,¹⁹⁷ onder voorwaarde dat dubbele strafbaarheid is gegeven,¹⁹⁸ of dat het delict is gepleegd op een plaats die niet door enige strafwet wordt beheerst.¹⁹⁹ De bescherming die hier wordt gegeven vindt zijn oorsprong in de bijzondere band tussen Duitsland en zijn onderdanen. Het passief personaliteitsbeginsel lijkt in de praktijk niet tot enige toepassing te leiden. Er wordt geen praktijkervaring terzake gemeld. In de literatuur werd geen verwijzing naar rechtspraak aangetroffen. Voorts rees de vraag wat “gegen einen deutschen” nu eigenlijk precies betekent.²⁰⁰ De formulering verschilt iets met “gegenüber einem” in § 5 Nr. 14a, maar dat kan worden verklaard door het karakter van het delict Abgeordnetenbestechung (§ 108e) waarvoor Nr. 14a rechtsmacht regelt. Uit de in de literatuur opgeworpen vraag van wat “gegen einen Deutschen” betekent, blijkt dat de bepaling niet wordt toegepast. In de praktijk wordt aanvullend aangegeven dat de opportunist zich verzet tegen vervolging, omdat de Duitse bewijspositie veelal slecht is en niet meer dan een aangifte van het slachtoffer omvat.

Henrich, die in 1994 een proefschrift aan het passieve personaliteitsbeginsel wijdde, pleit voor afschaffing van § 7, Abs. 1 StGB. Hij geeft daarvoor drie redenen: 1) het beginsel is overbodig omdat het meestal overlapt met andere beginselen; 2) het beginsel beschermt de Duitse onderdaan niet tegen strafbare feiten;²⁰¹ 3) het beginsel is schadelijk voor de relatie met het buitenland en geeft in het binnenland aanleiding tot illusies over de effectiviteit van het recht.

Wenn der Täter nicht deutsch ist, sollten ausländische Gerichte zuständig sein. Bei der Anwendung dieser Bestimmung steht kein deutsches Rechtsgut in Frage. (Dr. Müller- Emmert)

Ein ausländischer Staat kann die Anwendung dieser Vorschrift verhindern indem er einen Auslieferungsantrag stellt. (Dr. Schafheutle)

Die Vorschrift ist ein Fall von stellvertretender Strafrechtspflege und bezieht sich vor allem auf Taten reisender Verbrecher. Diese Vorschrift greift auch wenn aus nicht strafrechtlichen Gründen kein Auslieferungersuchen gestellt wird. (Dr. Corves)

Auch Fällen in denen die Bundesrepublik aus rechtsstaatlichen Gründen nicht ausliefert wird diese Vorschrift gerecht. Stellvertretende Strafrechtspflege spielt eine große Rolle, weil mehr Menschen häufiger die Grenzen überqueren, wie z.B. Gastarbeiter die Verkehrsunfälle verursachen. Die Bundesrepublik ist durch internationale Abkommen verpflichtet die Übernahme von der Strafverfolgung zu gewährleisten. (Dr. Schafheutle)

Der Fall der temporären Ungewissheit ob ein Staat ein Auslieferungersuchen stellt ist absichtlich nicht geregelt, weil der ausländische Staat einen primären Strafanspruch hat. (Dr. Corves).

Zie voorts Claudia Pappas, Stellvertretende Strafrechtspflege, Freiburg im Breisgau 1996.

¹⁹⁶ Zie BT Drs. 16/6558, p. 10.

¹⁹⁷ Andreas Henrich, Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht, Freiburg im Breisgau 1994.

¹⁹⁸ Zie specifiek over de dubbele strafbaarheid: Hans-Joseph Scholten, Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit in § 7 StGB, Freiburg im Breisgau 1995.

¹⁹⁹ Uit deze voorwaarde spreekt een voorrangsrecht van een andere staat. Geen Duitse rechtsmacht als een andere staat rechtsmacht heeft, ongeacht de vraag of deze er iets mee doet.

²⁰⁰ Zie Helmut Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, Baden-Baden 2009, p. 80.

²⁰¹ „Seine Schutzfunktion verfehlt § 7 Abs. 1 StGB mithin völlig“ Henrich, p. 215.

5. Actief personaliteitsbeginsel

Opgenomen in § 7, Abs. 2, sub 1 StGB, onder voorwaarde dat dubbele strafbaarheid is gegeven, of dat het delict is gepleegd op een plaats die niet door enige strafwet wordt beheerst. Bij sommige delicten is in de delictomschrijving een rechtsmachtgrondslag opgenomen. Het beschermingsbeginsel (Staatsschutzprinzip) verlangt dan dat het Duitse strafrecht van toepassing is. Dit is bijvoorbeeld gebeurd bij de criminele en terroristische organisatie (§ 129 en 129a), witwassen (§ 261) en corruptie (§ 299).

Voorzover de dubbele strafbaarheid ontbreekt, zou ten behoeve van deelnemers aanvullend nog rechtsmacht op grond van § 9 StGB kunnen bestaan, omdat voor Duitse rechtsmacht over deelnemers geen rechtsmacht over het grondfeit is vereist.²⁰²

6. Verhouding tussen de verschillende rechtsmachtbeginselen

Een rangorde wordt door de Duitse wetgever niet erkend, al wordt wel vastgesteld dat de ene staat, vanwege een bepaalde band een groter belang hecht aan strafvervolgning dan de andere staat (die een andere band heeft).²⁰³ Ten aanzien van de verplichtingen voortvloeiend uit het verdrag van 23 september 1971 tot bescherming van de burgerluchtvaart stelt de regering in de Denkschrift: “Ein Vorrang für die Zuständigkeit eines bestimmten Staates besteht nicht. Jeder der zuständigen Staaten kann in gleicher Weise darüber befinden, ob er die Strafverfolgung selbst vornehmen oder der Täter an einen anderen zuständigen Staat ausliefern will.”²⁰⁴ Toch valt in de praktijk wel vast te stellen dat aan landen met een sterkere aanspraak voorrang wordt gegeven. Dit vormt ook één van de sepotgronden van § 153c en § 153f StPO.

7. Aut dedere, aut iudicare

Opgenomen in § 7, Abs. 2, sub 2 StGB, onder voorwaarde dat dubbele strafbaarheid is gegeven, of dat het delict is gepleegd op een plaats die niet door enige strafwet wordt beheerst en in het geval dat hoewel uitlevering zou kunnen worden toegestaan, deze niet plaatsvindt. “im Inland betroffen”, in § 7, Abs. 2, sub 2 StGB, betekent dat de verdachte buitenlander in Duitsland wordt aangetroffen. Dit is derhalve een voorwaarde zonder welke geen rechtsmacht op deze grondslag kan ontstaan.²⁰⁵

Bij commune strafbare feiten worden de Duitse autoriteiten geïnformeerd door buitenlandse autoriteiten of door eigen liaison-ambtenaren in het buitenland, dat een voor Duitsland relevant feit heeft plaatsgevonden. Beleid is er voor wat betreft het stationeren van liaisons (bijv. drugs en terrorisme), niet voor wat betreft extraterritoriaal gepleegde feiten van welke aard ook.

²⁰² Zie BT Drs. 14/6682, p. 11, met betrekking tot genitale verminking van meisjes.

²⁰³ Zie BT Drs. VI/3272, p. 11 met betrekking vliegtuigkapingsverdrag van 16 december 1970.

²⁰⁴ BT Drs. 7/3982, p. 15.

²⁰⁵ Zie Werle/ Jeßberger, Leipziger Kommentar, 12. Auflage, § 7, Rn 94.

8. Vervolging van buiten Duitsland gepleegde strafbare feiten - opportuniteitsbeginsel

De Duitse wetgever heeft er voor gekozen om de uitoefening van rechtsmacht over buiten Duitsland gepleegde feiten nader te regelen in het strafvorderlijk wetboek. Hierbij doet zich iets opmerkelijks voor. Waar ten aanzien van alle reguliere delicten in Duitsland het legaliteitsbeginsel geldt, geldt ten aanzien van buiten Duitsland gepleegde strafbare feiten het opportuniteitsbeginsel (§ 153c StPO). Juist ten aanzien van de hier relevante delicten wordt derhalve een ander uitgangspunt toegepast dan ten aanzien van in Duitsland gepleegde strafbare feiten.

§§153 StPO e.v. bevatten de opportuniteitsgronden. Waar ten aanzien van andere gevallen (in Duitsland gepleegde delicten) de toestemming van de rechter noodzakelijk is om af te zien van strafvervolging, kan het Openbaar Ministerie § 153c StPO zonder rechterlijke toestemming hanteren. Met andere woorden, de sepotgronden zijn voor extraterritoriale feiten ruimer en bovendien kan een beslissing van het Openbaar Ministerie om te seponeren nauwelijks door de rechter worden gecorrigeerd. De discretionaire bevoegdheid (Ermessensspielraum) bij § 153c StPO wordt als zeer ruim gekwalificeerd.²⁰⁶ § 153c Abs. 4 StPO voorziet er zelfs in dat een reeds bij de rechter aangebrachte zaak daar weer wordt weggehaald. Uit § 153c StPO spreekt een afweging tussen het vervolgingsbelang en andere belangen, waarbij de laatste zwaarder wegen.²⁰⁷ De strafprocessuele voorschriften zijn dienstig om een rechtsmachtuitoefening die in strijd raakt met het volkenrecht te vermijden.²⁰⁸ In hoeverre daarvan in de praktijk gebruik wordt gemaakt is niet volledig duidelijk.²⁰⁹ Het lijkt erop dat veel informele sepot plaatsvinden, omdat van aanvang aan helder is dat de zaak tot niets kan leiden.

Statistische gegevens zijn niet bekend en vervolging van feiten met een locus buiten Duitsland worden niet apart bijgehouden. De praktijk schat de aantallen als erg laag in. Er wordt niet systematisch naar “Auslandsstraftaten” gezocht. Er worden de volgende bronnen door middel waarvan Duitse autoriteiten kennis krijgen van feiten die in het buitenland zijn begaan: 1) rechtshulpverzoeken; 2) aangiftes door eigen onderdanen van wat hen in het buitenland overkwam; 3) uitwisseling van gegevens op eigen initiatief op grond van artikel 7 EU-Overeenkomst 2000; 4) toeval; 5) verzekeraars die zich richten op terugvordering gestolen goederen.

§ 153c StPO luidt:

- (1) Die Staatsanwaltschaft kann von der Verfolgung von Straftaten absehen,
1. die außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Gesetzes begangen sind oder die ein Teilnehmer an einer außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Gesetzes begangenen Handlung in diesem Bereich begangen hat,
 2. die ein Ausländer im Inland auf einem ausländischen Schiff oder Luftfahrzeug begangen hat,

²⁰⁶ Zie Karlsruher Kommentar StPO, Beck München 2008, § 153c, Rn 1.

²⁰⁷ Lutz Meyer-Goßner, StPO, Beck'sche Kurz-Kommentare, München 2008, § 153c Rn 15.

²⁰⁸ Zie Werle/ Jeßberger, Leipziger Kommentar, 12. Auflage, § 6, Rn 37.

²⁰⁹ Henrich citeerde in 1994 een bron dat door de Staatsanwaltschaft bij de Landgerichte in de jaren 1982-1984 ongeveer 1500 zaken op grond van § 153c StPO werden geseponneerd. Henrich, p. 122, noot 22.

3. wenn in den Fällen der §§ 129 und 129a, jeweils auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1, des Strafgesetzbuches die Vereinigung nicht oder nicht überwiegend im Inland besteht und die im Inland begangenen Beteiligungshandlungen von untergeordneter Bedeutung sind oder sich auf die bloße Mitgliedschaft beschränken.²¹⁰

Für Taten, die nach dem Völkerstrafgesetzbuch strafbar sind, gilt § 153f.

(2) Die Staatsanwaltschaft kann von der Verfolgung einer Tat absehen, wenn wegen der Tat im Ausland schon eine Strafe gegen den Beschuldigten vollstreckt worden ist und die im Inland zu erwartende Strafe nach Anrechnung der ausländischen nicht ins Gewicht fiele oder der Beschuldigte wegen der Tat im Ausland rechtskräftig freigesprochen worden ist.²¹¹

(3) Die Staatsanwaltschaft kann auch von der Verfolgung von Straftaten absehen, die im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes durch eine außerhalb dieses Bereichs ausgeübte Tätigkeit begangen sind, wenn die Durchführung des Verfahrens die Gefahr eines schweren Nachteils für die Bundesrepublik Deutschland herbeiführen würde oder wenn der Verfolgung sonstige überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen.

(4) Ist die Klage bereits erhoben, so kann die Staatsanwaltschaft in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1, 2 und des Absatzes 3 die Klage in jeder Lage des Verfahrens zurücknehmen und das Verfahren einstellen, wenn die Durchführung des Verfahrens die Gefahr eines schweren Nachteils für die Bundesrepublik Deutschland herbeiführen würde oder wenn der Verfolgung sonstige überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen.

(5) Hat das Verfahren Straftaten der in § 74a Abs. 1 Nr. 2 bis 6 und § 120 Abs. 1 Nr. 2 bis 7 des Gerichtsverfassungsgesetzes bezeichneten Art zum Gegenstand, so stehen diese Befugnisse dem Generalbundesanwalt zu.

De Duitse regering is van mening dat het opportunitatsbeginsel niet wordt opgeheven door verdragsbepalingen. Nadrukkelijk stelt de Duitse regering dat bepalingen uit verdragen die tot onderzoek verplichten (en ook aut dedere, aut judicare) niet verplichten tot strafvervolging.²¹² Het legaliteitsbeginsel ligt volgens de regering wel ten grondslag aan een andersluidende bepaling als artikel 12 Übereinkommen vom 20. Dezember 2006 zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen.²¹³

De uitoefening van het opportunitatsbeginsel is nader uitgewerkt in de Richtlijnen für das Strafverfahren und Bußgeldverfahren (RiStBV).²¹⁴ In Nr. 94 RiStBV wordt aanvullend „bijzondere hardheid“ of het „ontbreken van een publiek belang bij

²¹⁰ Bij de wijziging van de terrorismewetgeving ging de Bondsregering uit van het volgende: “Wegen der Feststellung und Beurteilung einer im Ausland bestehender Vereinigung als terroristisch und mit einer Strafverfolgung in Deutschland verbundenen (außen-) politischen Implikationen ist abzusehen, dass Opportunitätsabwägungen i.S.d. §§ 153c bis 153e StPO zunehmend an Bedeutung gewinnen werden. Insoweit ist die Entscheidungskompetenz für die in Rede stehenden Straftaten auf den Generalbundesanwalt konzentriert.“ BT Drs. 14/7025, p. 7.

²¹¹ Uit de praktijk wordt gemeld dat met name artikel 54 Schengen voor een groot aantal zaken heeft gezorgd waarin de strafvervolging moest worden beëindigd.

²¹² Zie BR Drs. 539/75, p. 17 met betrekking tot artikel 7 verdrag tot bescherming van diplomaten; idem BT Drs. 7/3982, p. 16 met betrekking tot kapingsverdrag van 23 september 1971; idem BT Drs. 8/4133, p. 15 met betrekking tot Internationaal verdrag van 18 december 1979 tot bestrijding van gijzelingen.

²¹³ BR Drs. 187/09, p. 34-35.

²¹⁴ Vom 1. Januar 1977, geändert mit Wirkung vom 1. Januar 2008, BAnz. Nr. 208 vom 8. November 2007, Seite 7950.

strafvervolging“ genoemd als sepotgrond. Voorts moet de Staatsanwaltschaft nagaan of er internationale overeenkomsten zijn die ertoe verplichten buiten Duitsland gepleegde feiten gelijk met in Duitsland gepleegde feiten te behandelen. Indien de Staatsanwalt overweegt te seponeren (Einstellung des Verfahrens) op grond van § 153c Abs. 3, dan moet hij daarvoor de Generalstaatsanwaltschaft raadplegen (Nrs. 94 en 95 RiStBV). Het gaat bij § 153c Abs. 3 om zogenaamde Distanztaten, feiten die door een buiten Duitsland begane handeling effect in Duitsland ressorteren. Wanneer de vervolging van een dergelijk feit grote (politieke) nadelen voor de Bondsrepubliek oplevert, kan van vervolging worden afgezien.

Sepot van feiten uit het Völkerstrafgesetzbuch- § 153f²¹⁵

(1) Die Staatsanwaltschaft kann von der Verfolgung einer Tat, die nach den §§ 6 bis 14 des Völkerstrafgesetzbuches strafbar ist, in den Fällen des § 153c Abs. 1 Nr. 1 und 2 absehen, wenn sich der Beschuldigte nicht im Inland aufhält und ein solcher Aufenthalt auch nicht zu erwarten ist. Ist in den Fällen des § 153c Abs. 1 Nr. 1 der Beschuldigte Deutscher, so gilt dies jedoch nur dann, wenn die Tat vor einem internationalen Gerichtshof oder durch einen Staat, auf dessen Gebiet die Tat begangen oder dessen Angehöriger durch die Tat verletzt wurde, verfolgt wird.

(2) Die Staatsanwaltschaft kann insbesondere von der Verfolgung einer Tat, die nach den §§ 6 bis 14 des Völkerstrafgesetzbuches strafbar ist, in den Fällen des § 153c Abs. 1 Nr. 1 und 2 absehen, wenn

1. kein Tatverdacht gegen einen Deutschen besteht,
2. die Tat nicht gegen einen Deutschen begangen wurde,
3. kein Tatverdächtiger sich im Inland aufhält und ein solcher Aufenthalt auch nicht zu erwarten ist und
4. die Tat vor einem internationalen Gerichtshof oder durch einen Staat, auf dessen Gebiet die Tat begangen wurde, dessen Angehöriger der Tat verdächtig ist oder dessen Angehöriger durch die Tat verletzt wurde, verfolgt wird.

Dasselbe gilt, wenn sich ein wegen einer im Ausland begangenen Tat beschuldigter Ausländer im Inland aufhält, aber die Voraussetzungen nach Satz 1 Nr. 2 und 4 erfüllt sind und die Überstellung an einen internationalen Gerichtshof oder die Auslieferung an den verfolgenden Staat zulässig und beabsichtigt ist.

(3) Ist in den Fällen des Absatzes 1 oder 2 die öffentliche Klage bereits erhoben, so kann die Staatsanwaltschaft die Klage in jeder Lage des Verfahrens zurücknehmen und das Verfahren einstellen.

De toelichting op § 153f StPO is buitengewoon inzichtelijk in de beweegredenen van de Bondsregering ten aanzien van zowel § 153c als 153f StPO. De relevante passages uit de Denkschrift bij het VStGB luiden:²¹⁶

“Zu Artikel 3 Nr. 4 (§ 153c)

Für Taten, die nach dem VStGB strafbar sind, wird der weite Ermessensspielraum der Staatsanwaltschaft, den § 153c Abs. 1 Nr. 1 und 2 StPO für das Absehen von der Verfolgung bei Auslandstaten und bei Taten von Ausländern auf ausländischen Schiffen im Inland einräumt, durch eine besondere Ermessensstrukturierung in § 153f StPO beschränkt. Durch Artikel 3 Nr. 4 werden deshalb Taten, die nach dem VStGB strafbar sind, vom Anwendungsbereich des § 153c Abs. 1 Nr. 1 und 2 StPO ausgenommen. Die Ersetzung der Nummern 1 und 2 durch eine Sonderregelung

²¹⁵ Ingevoerd bij Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches vom 26.6.2002, BGBl. I S. 2254.

²¹⁶ BT Drs. 14/8524, p. 37-38.

schließt aber sonstige Möglichkeiten des Absehens von der Verfolgung oder der Verfahrenseinstellung nach der Strafprozessordnung oder etwa nach dem geplanten § 28 IStGHG (s. oben unter A.IV) als Sondervorschrift im Verhältnis zum IStGH nicht aus.

Zu Artikel 3 Nr. 5 (§ 153f)

Der neue § 153f StPO flankiert das in § 1 VStGB verankerte Weltrechtsprinzip im Verfahrensrecht. Er schränkt das sonst bei Auslandstaaten bestehende Ermessen der Staatsanwaltschaft für Auslandstaaten, die unter das VStGB fallen, ein und strukturiert die Ermessensausübung in zwei Richtungen: Für Fälle mit Inlandsbezug ergibt sich aus § 153f StPO eine prinzipielle Verfolgungspflicht (Legalitätsprinzip), um die Straflosigkeit von Völkerstraftaten zu verhindern; andererseits sollen die deutschen Strafverfolgungsbehörden jedoch bei Vorliegen bestimmter Fallkonstellationen von ihrer Verfolgungsmöglichkeit keinen Gebrauch machen, sondern ausländischen oder internationalen Strafverfolgungsbehörden den Vortritt lassen. Insgesamt entlastet der Gesetzgeber durch die konkreten Vorgaben des § 153f StPO die Staatsanwaltschaft in gewissem Umfang von der mitunter politisch sensiblen Entscheidung, ob sie wegen einer im Ausland begangenen Völkerstraftat eine Strafverfolgung durchführen soll. Der bei den einzelnen Verfahren drohende Ermittlungsaufwand erfährt mithin durch § 153f ein wichtiges Korrektiv, mit dem – erst recht im Zusammenhang mit den geplanten Änderungen des GG und des GVG (vgl. Begründung A. IV) – der Gefahr einer Überlastung der deutschen Ermittlungsressourcen wirksam begegnet werden kann.

Im Einzelnen beruht § 153f StPO auf folgenden Gedanken: Grundsätzlich ist im Lichte von § 1 VStGB davon auszugehen, dass für alle Straftaten nach dem VStGB unabhängig von Tatort und Nationalität der beteiligten Personen die deutsche Justiz zuständig und die Staatsanwaltschaft nach dem Legalitätsprinzip zum Einschreiten verpflichtet ist. Da es vorrangig darum geht, die Straflosigkeit der Täter völkerrechtlicher Verbrechen durch internationale Solidarität bei der Strafverfolgung zu verhindern, beschränkt sich die Ermittlungs- und Verfolgungspflicht nicht auf Taten, die einen Anknüpfungspunkt zu Deutschland aufweisen; auch wenn ein solcher nicht besteht, können sich die Ergebnisse der zunächst in Deutschland aufgenommenen Ermittlungen für ein im Ausland oder vor einem internationalen Strafgerichtshof geführtes Verfahren als wertvoll erweisen. Andererseits sollte eine Überlastung der deutschen Ermittlungsressourcen durch Fälle, die keinen Bezug zu Deutschland aufweisen und bei denen die Aufnahme von Ermittlungen durch die deutschen Behörden auch keinen nennenswerten Aufklärungserfolg verspricht, vermieden werden. Weiter ist zu bedenken, dass auch bei Fällen, die dem Weltrechtsprinzip unterliegen, eine gestufte Zuständigkeitspriorität besteht: In erster Linie sind zur Verfolgung der Tatortstaat und der Heimatstaat von Täter oder Opfer sowie ein zuständiger internationaler Gerichtshof berufen; die (an sich gegebene) Zuständigkeit von Drittstaaten ist demgegenüber als Auffangzuständigkeit zu verstehen, die Straflosigkeit vermeiden, aber im Übrigen die primär zuständigen Gerichtsbarkeiten nicht unangemessen zur Seite drängen soll. Dem Tatortstaat und dem Heimatstaat von Täter oder Opfer gebührt der Vorrang wegen ihres besonderen Interesses an der Strafverfolgung und wegen der regelmäßig gegebenen größeren Nähe zu den Beweismitteln; und ein internationaler Strafgerichtshof, der bereit ist, den Fall an sich zu ziehen, vermag den Gedanken der internationalen Solidarität am besten zur Geltung zu bringen und verfügt typischerweise über weiterreichende

Möglichkeiten, Beweismittel im Wege der (vertikalen) strafrechtlichen Zusammenarbeit zu erlangen. Soweit damit der Vorrang der Strafverfolgung auch durch den IStGH anerkannt wird, steht dies nicht im Widerspruch zu dem Subsidiaritätsprinzip des Artikels 17 IStGH-Statut. Dieses ist nämlich nicht dahin zu verstehen, dass es auch den Staat, der im konkreten Fall zur Strafverfolgung allein nach dem Weltrechtsprinzip berufen ist, dazu ermutigt, diese Zuständigkeit gegenüber dem IStGH durchzusetzen.

Die genannten Überlegungen rechtfertigen abgestufte Einschränkungen der Verfolgungspflicht. Folgende Abstufungen sind vorgesehen:

Zu § 153f Abs. 1

Soweit sich ein wegen einer Auslandstat beschuldigter Ausländer nicht im Inland aufhält und ein solcher Aufenthalt auch nicht zu erwarten ist, wird eine Strafverfolgung in Deutschland häufig wenig erfolgversprechend sein. Deshalb stellt es Absatz 1 Satz 1 in diesem Fall grundsätzlich in das Ermessen der Staatsanwaltschaft, die Verfolgung soweit möglich – unter Umständen auch im Hinblick auf ein später noch zu erwartendes Rechtshilfeersuchen – durchzuführen oder von ihr abzusehen. Dabei ist ein Aufenthalt im Inland immer dann gegeben, wenn der Beschuldigte – auch nur vorübergehend – in Deutschland anwesend ist. Die Anwesenheit auf der Durchreise ist ausreichend. Der Beschuldigte muss sich nur so lange im Inland aufhalten, wie dies zu seiner Ergreifung notwendig ist. Es kommt nicht darauf an, ob die Anwesenheit in Deutschland freiwillig oder unfreiwillig ist.

Ist ein derartiger Tatverdächtiger, der sich nicht im Inland aufhält und bei dem ein solcher Aufenthalt auch nicht zu erwarten ist, Deutscher, so legt es die besondere Verantwortung der Bundesrepublik Deutschland für völkerrechtliche Straftaten ihrer Bürger an sich nahe, um Auslieferung des Verdächtigen zu ersuchen und die Verfolgung hier durchzuführen. Es können jedoch gute Gründe dafür sprechen, einem internationalen Gerichtshof oder etwa dem Tatortstaat die Aburteilung zu überlassen. Daher wird auch insoweit der Staatsanwaltschaft Ermessen eingeräumt, sofern bereits die Verfolgung der Tat durch eine vorrangig zuständige Gerichtsbarkeit eingeleitet ist (Absatz 1 Satz 2). Aus dem Zweck der Regelung ergibt sich, dass eine anderweitige Strafverfolgung im Ausland, die nur zum Schein oder ohne ernsthaften Verfolgungswillen durchgeführt wird, um den Beschuldigten sonstiger Strafverfolgung zu entziehen, das Absehen von der Verfolgung nach § 153f StPO nicht rechtfertigen kann.

Zu § 153f Abs. 2

Wenn die Tat keinen Bezug zu Deutschland aufweist, sich kein Tatverdächtiger im Inland aufhält und außerdem ein internationaler Strafgerichtshof oder ein unmittelbar betroffener und damit vorrangig zuständiger Staat – im Rahmen eines justiziellen Verfahrens – die Verfolgung der Tat übernommen hat, ist nach dem Grundsatz der Subsidiarität regelmäßig von einer Strafverfolgung in Deutschland abzusehen (Absatz 2 Satz 1). Für Ausnahmesituationen (wenn z. B. zu befürchten ist, dass die eingeleitete Verfolgung im Tatortstaat aus politischen Gründen behindert wird und sich wichtige Zeugen in Deutschland aufhalten) sollte jedoch auch in diesem Fall die Möglichkeit der inländischen Strafverfolgung erhalten bleiben. Wie bei Absatz 1 genügt eine anderweitige „Scheinverfolgung“ nicht. Nach dieser relativ engen Regelung bleibt – außer in den Fällen des Abs. 1 – das Legalitätsprinzip unberührt,

sofern es nur am Inlandsbezug des Falles fehlt oder nur die Verfolgung im Ausland eingeleitet worden ist. Dies erscheint auch berechtigt: Weist die Tat keinen Inlandsbezug auf, hat aber noch keine vorrangig zuständige Jurisdiktion mit Ermittlungen begonnen, so verlangt das Legalitätsprinzip im Zusammenhang mit dem Weltrechtsgrundsatz, dass die deutschen Strafverfolgungsbehörden jedenfalls die ihnen möglichen Ermittlungsanstrengungen unternehmen, um eine spätere Strafverfolgung (sei es in Deutschland oder im Ausland) vorzubereiten. Wenn andererseits ein ausländischer Staat oder ein internationaler Strafgerichtshof bereits in der Sache ermittelt, aber ein Bezug von Tat, Tatverdächtigem oder Opfer zu Deutschland besteht, sollten die deutschen Behörden schon aus Gründen der weltweiten Solidarität auch unabhängig von einem konkreten Rechtshilfeersuchen die auf Grund des deutschen Anknüpfungspunkts naheliegenden Ermittlungsmöglichkeiten wahrnehmen, um das fremde Verfahren nach Kräften zu unterstützen und auch für eine etwaige spätere Übernahme des Falles durch Deutschland gerüstet zu sein.

Wenn die Verfolgung von einer vorrangig berufenen internationalen oder ausländischen Gerichtsbarkeit betrieben wird und sich ein ausländischer Tatverdächtiger in Deutschland aufhält, hat regelmäßig dessen Auslieferung bzw. die Überstellung an die die Verfolgung betreibende Gerichtsbarkeit Vorrang vor dem subsidiären deutschen Strafverfolgungsinteresse. Dies kann jedoch nur dann gelten, wenn die Auslieferung des Betroffenen zulässig und tatsächlich beabsichtigt ist. Dieser Fall ist in Absatz 2 Satz 2 in der Weise geregelt, dass auch bei dieser Konstellation von einer inländischen Strafverfolgung abgesehen werden „soll“.

Zu § 153f Abs. 3

Absatz 3 der Vorschrift sieht für den Fall, dass in den Fällen des Absatzes 1 oder 2 die öffentliche Klage bereits erhoben ist, für die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit ihrer Rücknahme und der Einstellung des Verfahrens vor.“

Dit zijn nogal heldere instructies om vooral niet te vervolgen en biedt een catalogus aan gronden om zulks niet te doen. Samengevat geldt het volgende voor Duitsland: feiten in Duitsland begaan, altijd vervolgen. Feiten buiten Duitsland begaan: niet vervolgen, tenzij.

§ 154b

(1) Von der Erhebung der öffentlichen Klage kann abgesehen werden, wenn der Beschuldigte wegen der Tat einer ausländischen Regierung ausgeliefert wird.

(2) Dasselbe gilt, wenn er wegen einer anderen Tat einer ausländischen Regierung ausgeliefert oder an einen internationalen Strafgerichtshof überstellt wird und die Strafe oder die Maßregel der Besserung und Sicherung, zu der die inländische Verfolgung führen kann, neben der Strafe oder der Maßregel der Besserung und Sicherung, die gegen ihn im Ausland rechtskräftig verhängt worden ist oder die er im Ausland zu erwarten hat, nicht ins Gewicht fällt.

(3) Von der Erhebung der öffentlichen Klage kann auch abgesehen werden, wenn der Beschuldigte aus dem Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes ausgewiesen wird.

(4) Ist in den Fällen der Absätze 1 bis 3 die öffentliche Klage bereits erhoben, so stellt das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft das Verfahren vorläufig ein. § 154 Abs. 3 bis 5 gilt mit der Maßgabe entsprechend, daß die Frist in Absatz 4 ein Jahr beträgt.

Een belangrijke zaak waarin toepassing werd gegeven aan het opportuniteitsbeginsel was die van de aangifte tegen de Amerikaanse minister van defensie Rumsfeld en enkele hooggeplaatste Amerikaanse militairen in verband met betrokkenheid bij misdrijven in Irak. Aangezien aangifte werd gedaan van oorlogsmisdrijven op grond van het VStGB was de Generalbundesanwaltschaft bevoegd. Deze wees de vervolging op grond van § 153f, Abs. 1 S.1 und Abs. 2 S.1 und S.2 StPO af. Met een Klageerzwingungsverfahren ex § 172 StPO trachtte klagers daar tegen op te komen bij het Oberlandesgericht Stuttgart. Het Oberlandesgericht Stuttgart verklaarde de klacht niet-ontvankelijk.²¹⁷ § 172 StPO sluit onder andere beslissingen die zijn genomen op grond van § 153f StPO uit van de procedure van het Klageerzwingungsverfahren, het enige dat kan worden beoordeeld of voor de afwijzing een grond is gehanteerd die niet behoort tot het “freies Ermessen”.²¹⁸ Dat was de reden dat het Oberlandesgericht marginaal in ging op de inhoudelijke argumenten van het openbaar ministerie in de zaak Rumsfeld. Het ging in die zaak om daders die, afgezien van een tweetal dat in Duitsland gestationeerd is geweest, geen band met Duitsland hebben (kein Inlandsbezug). Het OLG stelt voorts vast dat de betrokkenen vallen onder de Amerikaanse rechtsmacht en zij zich daaraan niet kunnen onttrekken: “Eine nach dem Weltrechtsprinzip zu vermeidende Strafbarkeitslücke existiert insofern nicht, so dass für eine Auffangzuständigkeit der deutschen Strafverfolgungsbehörde kein Bedürfnis besteht.”

De interpretatie van de bedoelingen van de wetgever maken duidelijk dat tegen de sepotbeslissing ex § 153f StPO in rechte niet kan worden opgekomen.²¹⁹ Ook vóór de invoering van het VStGB zijn er onderzoeken geweest naar strafbare feiten gepleegde door de Argentijnse junta ten opzichte van Duitse onderdanen. Deze leidden tot een Ermittlungsverfahren door de Staatsanwaltschaft, maar werden dan bij gebrek aan bewijs beëindigd.²²⁰

Voorzover het gaat om feiten die vallen onder het Statuut van het ICC geldt dat de Generalbundesanwaltschaft de verplichtingen uit het Statuut zo interpreteert dat in eerste instantie de locusstaat de vervolging ter hand zou moeten nemen, dan die van dader of slachtoffer, dan het internationaal strafhof en pas daarna zou ruimte zijn voor niet-betrokken overige staten. Zolang voor de Generalbundesanwaltschaft niet

²¹⁷ OLG Stuttgart, 13.9.2005, 5 Ws 109/05. Zie voorts D. Basak, Die Reformation einer Verfahrensnorm durch politische Rücksichten, in: Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2007, p. 499-519.

²¹⁸ Dat rechterlijke controle hier ontbreekt heeft forse kritiek gekregen. Zie Claus Krefß, Nationale Umsetzung des Völkerstrafgesetzbuches, Öffentliche Anhörung im Ausschuß für Menschenrechte und humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages, 24. Oktober 2007. Een initiatiefwetsvoorstel (BT Drs. 16/7134) dat afzien van vervolging van VStGB-feiten afhankelijk maakte van rechterlijke toetsing werd in de Bondsdag verworpen. Zie BT Drs 16/12534 en voorts BT Drs 16/4267.

²¹⁹ OLG Stuttgart, 13.9.2005, 5 Ws 109/05, par. 31: „Der Gesetzgeber hat mit der Konstituierung des Weltrechtsprinzips für die Verbrechen des Völkerstrafgesetzbuches in § 1, 2. Halbsatz VStGB zugleich § 153 f StPO eingeführt, um die immense Ausdehnung der Zuständigkeit deutscher Strafverfolgungsbehörden auf prozessualer Ebene einzuschränken (LR-Beulke, StPO, Nachtrag zur 25. Aufl., 2003, § 153 f Rdnr. 4). Ohne dieses strafprozessuale Korrektiv würde der weite Anwendungsbereich des § 1 VStGB ansonsten zu einer uferlosen, völkerrechtlich bedenklichen Ausdehnung der inländischen Strafverfolgung führen, die dann weitgehend auch auf solche Fälle erstreckt werden müsste, in denen von vornherein keine oder nur eine äußerst geringe Aussicht besteht, die Tat in einem inländischen Verfahren aufzuklären und abzuurteilen (vgl. bereits BGH NStZ 1999, 236).“ Idem OLG Stuttgart, 21. April 2009, 5 Ws 21/09.

²²⁰ Zie Einstellungsentscheidung, StA Nürnberg-Fürth, AZ 407 Js 41063/98 vom 27.11.2003 und 8.7.2004.

duidelijk is dat prioritaire aanspraken niet worden waargenomen, wordt van vervolging afgezien.²²¹

In Duitsland bestaat ook organisatorisch een tweedeling ten aanzien van feiten die in het buitenland zijn begaan. Voor feiten die strafbaar zijn gesteld in het VStGB is de Generalbundesanwaltschaft (GBA) bij uitsluiting van alle andere Staatsanwaltschaften bevoegd. Voor alle andere misdrijven zijn de zogenaamde Landesstaatsanwaltschaften bevoegd, zonder dat van enige specialisering of centralisering sprake is. De GBA krijgt in de praktijk op drie verschillende manieren weet van strafbare feiten die onder de VStGB vallen: a). aangiftes; b). berichtgeving in de media; c). nevenprodukten van andere onderzoeken. Aangiftes komen soms van slachtoffers, die al dan niet verdachten hebben herkend. Daarnaast zijn er ngo's, zoals Amnesty International, die gedocumenteerd aangifte doen.

Het Referat VStGB bij de GBA volgt voorts nauwkeurig de berichtgeving in de media. Televisiereportages en krantenberichten leiden tot een zogenaamd Beobachtungsvorgehen. Ten aanzien van verschillende brandhaarden in de wereld verschaft de GBA zich aldus proactief een informatiepositie, vormt zich een beeld van wat zich in grote lijnen heeft afgespeeld. Al naar gelang de feitelijke omstandigheden, omdat er bijvoorbeeld bewijs moet worden vastgelegd, worden personen gehoord en hun verklaring geanalyseerd. Daarnaast zal ook de melding dat een mogelijke verdachte Duitsland bezoekt activiteit kunnen triggeren. Van de meeste conflicten die onder de VStGB sinds 2002 vallen, kon worden gezegd dat het GBA tenminste beschikt over een stevige achtergrondinformatie.²²² De derde variant van hoe feiten ter kennis komen, het nevenprodukt, komt af en toe voor. Als voorbeeld werd genoemd een geval waarin een bank een melding ongebruikelijke transactie deed en er vervolgens een vermoeden rees van betalingen aan huurlingen.

Het Referat VStGB beim GBA bestaat sinds 1 mei 2009 en kent een Bundesanwalt, een Oberstaatsanwalt en een drietal wissenschaftliche Mitarbeiter.²²³ Met uitzondering van de Bundesanwalt werken deze medewerkers uitsluitend aan VStGB-feiten. Ten tijde van mijn bezoek was het nogal hectisch in verband met het Kunduzincident. Daarbij beschoten Duitse militaire een civiel konvooi waarbij 139 Afghaanse burgers om het leven kwamen.²²⁴ Het enige wat ten tijde van mijn bezoek werd medegedeeld was dat het GBA Kunduz in onderzoek had.

De Duitse organisatie moet worden gekenschetst als buitengewoon pro-actief. Zij demonstreert nadrukkelijk de wil om op te treden en wordt daarin door de politiek ondersteund. Men verschaft zich een informatiepositie in de wetenschap dat het gedane werk mogelijk nooit tot een aanhouding zal kunnen leiden, omdat de verdachte zich niet in Duitsland vertoont. Er ligt tenminste één zaak op de plank

²²¹ Generalbundesanwalt, 10. Februar 2005, Strafanzeige gegen Donald Rumsfeld und andere, 3 ARP 207/04-2.

²²² Ten tijde van mijn bezoek in Karlsruhe hingen grote kaarten van Congo en Rwanda aan de muur.

²²³ Men begon in 2002 met drie personen. Zie BT Drs 16/4267, p. 3.

²²⁴ De Minister van Defensie ontsloeg zijn staatssecretaris en de opperbevelhebber van het leger. Minister Jung, die ten tijde van de beschieting Minister van Defensie was, moest terugtreden als Minister van Sociale Zaken.

waarvan de bewijspositie tegen de verdachte genoeg biedt voor een aanhouding. Er is nog geen uitleveringsverzoek gedaan ten behoeve van feiten uit de VStGB.²²⁵

De praktijkmensen zijn tevreden over de wettelijke regeling in Duitsland en hebben geen behoefte aan wetswijzigingen. Ook ten aanzien van de infrastructuur en financiële middelen worden geen problemen ondervonden. De samenwerking met het Bundeskriminalamt, waar ook een eenheid VStGB is gevestigd, is optimaal. Zou het nodig zijn dat voor een concrete zaak meer personeel ter beschikking moet worden gesteld, dan zou dat probleemloos gebeuren, zo wordt gesteld. De rechtshulp met Europese landen wordt als goed en probleemloos beoordeeld. De toegevoegde waarde van het EU-netwerk oorlogsmisdrijven wordt als gering beoordeeld. Ten aanzien van proactieve samenwerking en eventuele werkverdeling zou nog wel wat verbeterd kunnen worden. Er wordt vastgesteld dat ieder land terzake van internationale misdrijven voor zich werkt. Er is geen coördinatie en er wordt geen beleid afgestemd of besproken.

Inzicht in de feitelijke omstandigheden van een conflict en de mogelijk gepleegde strafbare feiten wordt verworven in het Beobachtungsvorgehen. Als hieruit voldoende aanwijzingen voor het bestaan van een strafbaar feit resulteren (“zureichender ernstzunehmender Tatverdacht”), komt het tot een Ermittlungsverfahren.²²⁶ Dit kan worden afgesloten als er uiteindelijk onvoldoende bewijs is voor een Haftbefehl cq Anklage, dan wel wordt voortgezet met een strafprocedure.

Voor wat betreft de sepotgronden worden de gewone wettelijke gronden gehanteerd, die ook voor gewone strafbare feiten geldt. Hier is een Deutschlandbezug van groot belang. Als dit er niet is, zal er geen nader onderzoek plaatsvinden. De GBA kan ter voorbereiding van zijn beslissing bewijs verzamelen, personen horen, inlichtingen inwinnen. Ook in de beslissing uiteindelijk te seponeren wordt verwezen naar wat dat opsporingsonderzoek heeft opgeleverd. Dit wordt medegedaan om inzicht te geven in de wijze waarop het GBA gebruik heeft gemaakt van de “Ermessensfreiheit” (discretionaire bevoegdheid) gebruik heeft gemaakt. De rechter kan uitsluitend toetsen of de GBA bij zijn beslissing gebruik heeft gemaakt van voor de discretionaire bevoegdheid relevante gronden. Is dat het geval, dan is die beslissing niet nader justitiabel. Het GBA ziet zijn bevoegdheden in een rangorde en komt pas op de 3^e plaats. Eerst de locusstaat, dan het ICC en dan pas Duitsland. Dat betekent dat in veel gevallen niet kan worden opgetreden.

Er zijn in Duitsland geen discussies over de vraag of er al dan niet rechtsmacht is. Deze is sowieso gegeven. De rechtsmachtgrondslag is algemeen en niet geclausuleerd. Wat wel een punt is, is dat pas daadwerkelijk vervolgd kan worden, indien de verdachte kan worden aangehouden. Het strafprocesrecht verbiedt onder alle omstandigheden dat verstekprocedures worden gevoerd.²²⁷ Dat dit het aantal strafzaken beperkt wordt niet als problematisch ervaren.

²²⁵ Overigens is er nog nooit een dagvaarding wegens VStGB-feiten uitgebracht. De wet geldt echter voor feiten sinds 2002.

²²⁶ Bij anonieme verdachten wordt dat een Strukturverfahren, dat is een Ermittlungsverfahren tegen unbekannt.

²²⁷ BT Drs. 16/4267, p. 2.

9. Conclusies Duitsland

De Duitse rechtsmacht is zeer ruim. Volkenrechtelijke verplichtingen hebben de structuur nauwelijks aangetast. De visie van opeenvolgende Duitse regeringen is sinds de invoering van het actief personaliteitsbeginsel in de jaren dertig ongewijzigd. Rechtsmacht leidt nauwelijks tot discussie in het parlement. Ook niet bij de spaarzame gevallen waarin tot uitbreiding wordt overgegaan. Duitsland heeft, voorzover bekend, geen volkenrechtelijke voorbehouden of verklaringen met betrekking tot rechtsmacht afgelegd. De Duitse rechtsmachtbepalingen zijn een rustig bezit. De praktijk is rondom tevreden.

Anders dan Nederland is Duitsland voor het naleven van verdragen niet steeds afhankelijk van uitvoeringswetgeving. § 6 Nr. 9 StGB verschaft direct na inwerkingtreding van het verdrag universele rechtsmacht over de in het verdrag voorziene feiten.

Duitsland hanteert het opportuniteitsbeginsel ten aanzien van alle delicten buiten Duitsland begaan. Opportuniteitsgronden zijn in Duitsland losgekoppeld van de vraag van rechtsmacht. Door de rechtsmachtbepalingen niet met opportuniteitsoverwegingen te vermengen (zoals Nederland dat doet) blijven de grondslagen voor rechtsmacht goed zichtbaar: Duitse rechtsgoederen, universele rechtsgoederen, bescherming van onderdanen, naleving recht door onderdanen en gedomicilieerden (Treuepflicht). De “vervuiling” van rechtsmachtbeginselen is zeer beperkt gebleven. Ook het verschil tussen § 5 (inländische Rechtsgüter) en § 6 (ausländische Rechtsgüter) is aan erosie onderhevig. Oorspronkelijk kwam de uitvoering van verdragsverplichtingen in § 6 StGB en kwamen nationale delicten § 5 StGB. Thans vindt de uitvoering van Kaderbesluiten zowel in § 5 als in § 6 plaats.

Duitsland heeft over veel meer strafbare feiten rechtsmacht dan Nederland. De feitenlijsten in Bijlage 2 lijkt voor Duitsland veel korter dan de Nederlandse in Bijlage 4. De bijlagen geven echter een vertekend beeld. Dit wordt verklaard door dat Duitsland in veel gevallen voor alle feiten uit het StGB rechtsmacht heeft. Het Duitse stelsel is ruimer, inzichtelijker en lang niet zo gecompliceerd als het Nederlandse. Van moeilijke rechtsmachtbepalingen zoals bijvoorbeeld artikel 4 sub 14 Sr heeft men in Duitsland afgezien.

Er blijkt in Duitsland geen aandacht of enige zorg te bestaan over rechtsmachtconflicten met andere staten. Er is geen enkele aanwijzing dat de ruime rechtsmacht het land ooit in problemen heeft gebracht. Dat ligt er mogelijk ook aan dat het Duitse recht OM-belangen in politiek heikele zaken heeft ondergebracht bij de Generalbundesanwaltschaft. Ook in de toelichting op § 153c en § 153f StPO overweegt de zorg voor overbelasting van Duitse justitie en politie. Ook Duitsland ziet rechtsmacht niet als een thema dat internationaal overleg behoeft. Afgeleide rechtsmacht in de zin dat daar een overdracht van strafvervolging aan vooraf moet gaan, is in Duitsland onbekend, maar gezien de ruime primaire rechtsmacht ook niet nodig. Duitsland is door een ruime rechtsmacht zelden afhankelijk van een verzoek van een andere staat om te kunnen vervolgen.

Het onderzoek naar Duits recht bevestigt de juistheid van de uitbreiding van de onderzoeksvragen naar alle rechtsmachtbeginselen. In wezen sluit Nederland met de

invoering van passieve nationaliteit aan bij wat andere continentale landen al langer hebben.

De voorwaarde van dubbele strafbaarheid heeft een veel geringer bereik dan in het Nederlandse recht. Van enige discussie op het vlak van de dubbele strafbaarheid is niet gebleken. Het materiële legaliteitsbeginsel (in Nederland veelal het argument om de eis van dubbele strafbaarheid te handhaven) is geen punt van discussie in de Duitse context. Zie ook het BGH in Dost: de opvatting van de locusstaat doet er niet toe.

Het grote punt in Duitsland is dat het voor extraterritoriale delicten geen legaliteitsbeginsel maar een opportuniteitsbeginsel hanteert. Duitsland koppelt een zeer ruime rechtsmacht aan een volledige discretie voor het Openbaar Ministerie om daadwerkelijk tot vervolging over te gaan. De vraag moet worden gesteld of de facto de Duitse vrijheid om niet te vervolgen bij een buiten Duitsland gepleegd delict niet groter is dan de Nederlandse. Immers, kan de Duitse sepotbeslissing, anders dan die van het Nederlandse OM, nauwelijks nog door de rechter worden getoetst. Vergelijk op dit punt § 153c en 153f StPO met art. 12 Sv. Anders dan het Nederlandse recht definieert het Duitse recht eventuele soevereiniteitskwesies als punten die de opportuniteit betreffen, niet als voorwaarden voor rechtsmacht.

Overdracht van strafvervolging heeft in het Duitse recht een veel beperktere rol dan in het Nederlandse strafrecht. Duitsland heeft terzake geen enkel verdrag gesloten. De IRG voorziet wel in overdracht van strafvervolging en Duitsland neemt ook graag de strafvervolging van andere landen over. De gronden van § 153c StPO kunnen tevens worden gehanteerd voor beëindiging van de zaak in Duitsland na overdracht aan het buitenland.

Hoofdstuk 4 Extraterritoriale rechtsmacht in Engeland en Wales

1. Inleiding

Met betrekking tot de toepassing van strafrecht in de ruimte hebben Engeland en Wales de benadering gekozen dat de nationale rechtbanken alleen territoriale rechtsmacht kunnen uitoefenen, tenzij een wet, oftewel *statute*, in uitzonderlijke omstandigheden de toepassing van strafrecht expliciet heeft uitgebreid over feiten die buiten het Engels grondgebied worden gepleegd.²²⁸ Deze uitzonderlijke omstandigheden, die specifieke plaatsen, personen of misdrijven kunnen betreffen, zijn veel beperkter dan in continentale landen. Bovendien kunnen uitsluitend ondubbelzinnig gebruikte grondslagen in deze wetten worden toegepast als jurisdictiegrondslag voor buiten Engeland en Wales gepleegde feiten.²²⁹ Uitgangspunt is dat het Engels strafrecht enkel van toepassing is op binnen het grondgebied gepleegde strafbare feiten door in dit grondgebied aanwezige personen. Daarbuiten bestaat geen rechtsmacht, ook niet over Britten die buiten het grondgebied delicten plegen en niet meer in Engeland verschijnen.²³⁰

Het aantal vervolgingen van extraterritoriale misdrijven in Engeland en Wales is relatief beperkt, in vergelijking met andere landen, zoals Nederland.²³¹ De reden hiervoor is dat “[d]e vervolging op de plaats waar het misdrijf is gepleegd krijgt immers, o.m. via de uitlevering van eigen onderdanen, de absolute voorkeur”.²³² De praktijk wacht in wezen geduldig af, of er zich niet een ander land, bijvoorbeeld dat van de locus meldt, om de vervolging te doen. Zelfs als bepaalde feiten eventueel in het toepassingsgebied van Engels strafrecht vallen, is het beleid van Engeland en Wales in de praktijk alle sterkere claims van buitenlandse rechtsmacht erkennen en de verdachte uit te leveren naar het betrokken land.²³³ Vervolging in Engeland en Wales zal dus alleen mogelijk zijn wanneer er belemmeringen voor, of geen vraag tot, uitlevering zijn.²³⁴ Andere redenen zijn de kosten in tijd en geld van de vervolging van buitenlands gepleegde misdrijven in Engeland en Wales, veroorzaakt door de *common law*-vereisten, zoals de mondelinge procedure en de bruikbaarheid van het bewijs dat in het buitenland is verkregen.²³⁵

²²⁸ Celia Hampton, *Criminal Procedure*, Sweet & Maxwell Ltd., London, 3rd ed., 1982, p. 9; Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 97. Zie voorts Susanne Forster, Internationaler Geltungsbereich des Strafrechts in England und Wales, in: Sieber/Cornils (Hrsg.), *nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, Teilband 2, Duncker & Humblot Berlin 2008, p. 182-206.

²²⁹ Julian D. M. Lew, “The Extra-territorial Criminal Jurisdiction of English Courts”, 27 *Int'l & Comp. L.Q.*, 1978, p. 180.

²³⁰ Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 3.

²³¹ Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 201. Hij refereert aan een onderzoek van een *Interdepartmental Steering Committee* in Groot-Brittannië en vergelijkt het met een rapport van de Raad van Europa.

²³² Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 100.

²³³ Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 203.

²³⁴ Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 100.

²³⁵ Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 100.

Er is in Engeland en Wales geen actief beleid op het opsporen en vervolgen van misdrijven over de grens. De *territorial mind set*, zoals één van de gesprekspartners het uitdrukte, maakt dat men ook waar er in theorie rechtsmacht bestaat over extraterritoriale misdrijven, deze niet worden beschouwd als eigen Engelse zaken. Zoals gezegd ontbreekt elk opsporingsinitiatief: “we do not know of crimes committed outside the country, if nobody tells us.” Uitsluitend wanneer er met de zaak iets bijzonders aan de hand is, zal de Engelse politie actief worden. De praktijk onderscheidt twee situaties: een verdachte valt op bij de *UK Borders Agency*, die hem ter beschikking stelt van de politie. Dat kan bijvoorbeeld zijn omdat de betrokkene een ongeloofwaardig vluchtverhaal heeft uit een land waar internationale misdrijven zijn begaan, of omdat in de bagage van de verdachte, bijvoorbeeld beeldmateriaal wordt aangetroffen dat kindermisbruik in het buitenland aantoonde.

De tweede situatie die leidt tot opsporingsonderzoek is wanneer een ngo met voldoende (bewijs)materiaal voor een verdenking zich bij de politie meldt, ten aanzien van een persoon die zich in Engeland en Wales bevindt. In zo'n geval zal de politie het opsporingsonderzoek starten. Uitsluitend de *Secret Service* heeft een pro-actief beleid ten aanzien van terroristische activiteiten, maar deze leiden zelden tot overdracht van de zaak aan de politie en dan nog alleen wanneer het gaat om feiten in Engeland en Wales begaan. De overigen worden uitgeleverd.

De politie (*Metropolitan Police London*) heeft geen eigen beleid terzake geformuleerd, maar is naar eigen zeggen goed in staat de haar aangeboden zaken met een redelijke verdenking en een in Engeland en Wales aanwezige verdachte af te wikkelen. Wanneer de politie de zaak naar haar inschatting klaar heeft, wordt deze aangeboden aan de aanklager binnen de *Crown Prosecution Service*. Ook de *CPS* heeft geen enkel beleid geformuleerd ten aanzien van de vervolging van misdrijven over de grens. De enige toets die wordt verricht, maar dat is ten aanzien van alle strafbare feiten, is dat de door politie aangeboden zaak waarschijnlijk tot een veroordeling zal leiden.²³⁶ Indien dat het geval is, wordt een *charge* geformuleerd en komt de zaak op zitting. Haalt de zaak die toets naar het oordeel van de *CPS* (nog) niet, dan wordt de zaak teruggegeven aan de politie. Deze besluit dan tot voortzetting of stopzetting van het opsporingsonderzoek. Noch de politie, noch de aanklager staat in enige hiërarchische verhouding tot de politiek. Uitsluitend bewijsrechtelijke overwegingen spelen een rol in de beslissing opsporing en vervolging al dan niet door te zetten. De Minister van Justitie en Minister van Binnenlandse Zaken kunnen geen invloed uitoefenen op de volledige onafhankelijke politie en OM, alhoewel ze wel bepalend zijn voor de budgetten. Ook tussen de politie en de *CPS* bestaat geen gezagsrelatie. De enige situatie van politieke invloed bestaat in geval overwegingen van nationale veiligheid een rol spelen. Dan dient toestemming van de *Attorney General* te worden verkregen.²³⁷

Er wordt in Engeland en Wales licht geamuseerd gekeken naar de continentale pogingen om actief achter extraterritoriale feiten aan te gaan: “Why would you do a case that is not yours?” Een dergelijk onderzoek wordt ingeschat als “too idealistic” en niet beantwoordend aan de *cost-benefit* eisen. Het zou betekenen dat eigen zaken met een redelijke verwachting van een goede afsluiting, met een locus in Engeland en Wales zouden moeten blijven liggen, ten faveure van zaken die in elk geval veel

²³⁶ Zie The Code for Crown Prosecutors, CPS, November 2004.

²³⁷ Zie Protocol between the Attorney General and the Prosecuting Departments, July 2009.

resources opslorpen en een onzekere uitkomst hebben. Er is geen speciale unit belast met internationale misdrijven.²³⁸ De politiek legt vooral de nadruk op het feit dat het Verenigd Koninkrijk geen veilige haven voor oorlogsmisdadigers zal zijn.²³⁹ Hieruit spreekt eerder de wil ze buiten de deur te houden dan te vervolgen en op te sluiten.

Ondanks de geringe praktijk kent het Engelse strafrecht verschillende beginselen van extraterritoriale rechtsmacht, voornamelijk het actief personaliteitsbeginsel, maar ook het passief personaliteitsbeginsel en het universaliteitsbeginsel. Over het beschermingsbeginsel bestaat een controverse.

In Engeland en Wales zijn de regels betreffende strafrecht en strafprocesrecht niet in een wetboek gecodificeerd. Dat betekent dat alle uitzonderingen op het territorialiteitsbeginsel worden gevonden in afzonderlijke wetten. Waarom de wetgever voor een bepaald beginsel van rechtsmacht heeft gekozen, of waarom hij extraterritoriale rechtsmacht in bepaalde omstandigheden heeft uitgebreid, wordt zelden toegelicht. Een Memorie van Toelichting, zoals deze bestaat op het continent, bestaat niet en geeft geen inzicht in de ratio van de bepalingen. Van de meeste uitbreidingen van rechtsmacht geldt dat dit bijna altijd het gevolg is van de implementatie van een Europees instrument of een internationaal verdrag. In andere gevallen is het duidelijk dat de uitbreiding van extraterritoriale rechtsmacht werd gerechtvaardigd door gebeurtenissen waarop Engelse rechtbanken machteloos bleven omdat ze geen rechtsmacht konden uitoefenen. Bij gebrek aan een algemeen deel zijn ook de rechtsmachtbepalingen steeds per delict (of zelfs als onderdeel daarvan) geformuleerd.

2. Procedurele voorwaarden

In tegenstelling tot continentale landen, is de voorwaarde van dubbele strafbaarheid in beginsel niet vereist in Engeland en Wales. Dat is bijvoorbeeld het geval met betrekking tot de toepassing van het actief personaliteitsbeginsel.²⁴⁰ Hierop bestaan uitzonderingen waarop later zal worden teruggekomen. Daarentegen is het aanwezigheidsvereiste een vanzelfsprekend uitgangspunt. Zonder een verdachte in Engeland is er geen zaak. Verstekprocedures worden als groot onrecht aangemerkt en werden in Engeland niet gevoerd.

3. Actief personaliteitsbeginsel

Vander Beken schreef ten aanzien van dit beginsel: “[t]raditioneel waren de Engelse autoriteiten helemaal niet geïnteresseerd in de activiteiten van Britse onderdanen in het buitenland. Indien de plaatselijke rechtbanken geen beperkingen oplegden of

²³⁸ Alhoewel daartoe wel werd opgeroepen door de House of Lords, zie House of Lords/ House of Commons, Joint Committee on Human Rights, Closing the Impunity Gap : UK law on genocide (and related crimes) and redress for torture victims, Twenty-fourth Report of Session 2008-09, 21 July 2009, HL Paper 153, Recommendations 7, p. 33.

²³⁹ Zie Minister van Binnenlandse Zaken Jack Straw, We shall not shelter killers, War criminals living in Britain must be brought to justice – but we don’t want to be a global court, The Guardian, 8 July 2009.

²⁴⁰ Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 99.

gewoonweg niet aanwezig waren, konden de Britten in het buitenland doen wat ze wilden”.²⁴¹ In Engeland en Wales is nu het actief personaliteitsbeginsel de grondslag die het meest wordt gebruikt om de extraterritoriale toepassing van rechtsmacht uit te breiden.²⁴² De rechtvaardigingen voor deze uitbreidingen bestaan uit de functie van de dader, of de aard van de misdrijven. Het is opmerkelijk dat het criterium van nationaliteit met het domiciliëcriterium werd uitgebreid met betrekking tot meer recente toepassingen, zoals in de context van terroristische misdrijven of sekstoerisme. In wezen gebruikt men hier *residence* als criterium.

3.1. De functie van de dader

Met betrekking tot de misdrijven die door specifieke categorieën van personen worden gepleegd, zijn er twee gevallen van de toepassing van het actief personaliteitsbeginsel. De rechtvaardiging voor deze uitbreiding van extraterritoriale rechtsmacht is dat deze personen het vertrouwen dat ze van hun land had gekregen, breken als ze misdrijven plegen.²⁴³

Op de eerste plaats is de vervolging van ambtenaren mogelijk, zoals diplomaten, die misbruik van hun functie in het buitenland maken, volgens *Section 1* van de *Criminal Jurisdiction Act* van 1802 en *Section 31* van de *Criminal Justice Act* van 1948. De enige voorwaarde die vereist is voor de toepassing van deze bepalingen is dat de gepleegde feiten gelijk moeten zijn aan een misdrijf naar Engels recht.²⁴⁴ Een gevolg is dat alle feiten die misdrijven zijn in het land waarin ze gepleegd zijn niet strafbaar zullen zijn in Engeland en Wales als ze geen misdrijven zijn naar het Engelse recht. Een ander gevolg is dat ambtenaren door Engelse rechtbanken kunnen worden vervolgd voor feiten die strafbaar zijn naar Engels recht maar die geen misdrijven vormen in het recht van de plaats waar ze gepleegd zijn.²⁴⁵ De oorsprong van deze toepassing van extraterritoriale rechtsmacht kan worden gevonden in de koloniale periode, toen de gouverneurs van bepaalde koloniën hun macht konden misbruiken.²⁴⁶ Omdat Engelse ambtenaren niet konden worden vervolgd in het land waar zij hun zending vervulden, werd machteloosheid door de Engelse rechtbanken als onacceptabel beschouwd.

De tweede toepassing van het actief personaliteitsbeginsel bestaat eruit dat Engelse militairen en het civiele personeel dat hen begeleidt, kunnen worden vervolgd in Engeland en Wales wanneer ze feiten in het buitenland plegen die strafbaar zijn naar Engels recht. Deze toepassing van het actief personaliteitsbeginsel wordt omschreven in *Section 42* van de *Armed Forces Act* van 2006, die de *Army Act* van 1955, de *Naval Discipline Act* van 1957 en de *Air Force Act* van 1955 vervangt.

²⁴¹ Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 97.

²⁴² Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 97.

²⁴³ Julian D. M. Lew, “The Extra-territorial Criminal Jurisdiction of English Courts”, 27 *Int'l & Comp. L.Q.*, 1978, p. 191.

²⁴⁴ Julian D. M. Lew, “The Extra-territorial Criminal Jurisdiction of English Courts”, 27 *Int'l & Comp. L.Q.*, 1978, p. 193-194.

²⁴⁵ Julian D. M. Lew, “The Extra-territorial Criminal Jurisdiction of English Courts”, 27 *Int'l & Comp. L.Q.*, 1978, p. 194.

²⁴⁶ Julian D. M. Lew, “The Extra-territorial Criminal Jurisdiction of English Courts”, 27 *Int'l & Comp. L.Q.*, 1978, p. 191; Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 209.

3.2. De aard van de misdrijven

De toepassing van het actief personaliteitsbeginsel betreft ook bepaalde categorieën van misdrijven: misdrijven tegen de staatsveiligheid, misdrijven gepleegd op zee, moord en doodslag, bigamie, seksuele misdrijven op minderjarigen, corruptie, misdrijven tegen het milieu en terrorisme.

Misdrijven tegen de staatsveiligheid

De *Official Secrets Acts* van 1911 en 1989 geven een extraterritoriale toepassing aan bijna alle misdrijven die de belangen van de staat aantasten, zoals de overhandiging van geheime documenten aan een vreemde regering.²⁴⁷ De reden voor deze uitbreiding van extraterritoriale rechtsmacht wordt het best verklaard door Michael Hirst, door zijn opmerking dat het vreemd zou zijn dat Engelse officieren of wetenschappers ongestraft zouden blijven wanneer zij, in het geheim taken vervullend, naar het buitenland kunnen reizen en geheime documenten aan agenten van potentieel vijandige landen kunnen geven.²⁴⁸

Misdrijven gepleegd op zee

Engelse schepen worden gezien als een deel van het nationale grondgebied, maar vreemde schepen niet. Dus kunnen Engelse rechtbanken geen territoriale rechtsmacht uitoefenen over misdrijven die op buitenlandse schepen worden gepleegd, en kunnen ze alleen extraterritoriale rechtsmacht uitoefenen in de door de wet voorgezien gevallen. *Section 281* van de *Merchant Shipping Act* van 1995, die *Section 686* van de *Merchant Shipping Act* van 1894 vervangt, bepaalt dat Britten in Engeland en Wales kunnen worden vervolgd voor de misdrijven die ze op een buitenlands vaartuig hebben gepleegd. De enige voorwaarde is dat de dader niet tot de bemanning van het schip behoort.

De oorsprong van deze bepaling wordt gevonden in het dispuut tussen Engeland en Wales en Frankrijk over feiten die in 1860 waren gepleegd op een Frans schip, *La Nymphe*. In dit geval waren Britse zeemannen aan boord van het vaartuig geklommen dat langs de Engelse kust voer en hebben daarbij verschillende Franse zeemannen verwond. Frankrijk was ontevreden omdat Engelse rechtbanken machteloos stonden ten aanzien van deze feiten.²⁴⁹ Zeven jaren later werd de situatie veranderd met de aanneming van de *Merchant Shipping Act* van 1867, de voorganger van de actuele wet. Michael Hirst merkt op dat het oorspronkelijke doel van deze wet geen betrekking had op Britse passagiers, maar dat het ging om Britse burgers die geen

²⁴⁷ Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 221-224.

²⁴⁸ Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 222.

²⁴⁹ Geoffrey Marston, "Crimes by British Passengers on Board Foreign Ships on the High Seas: The Historical Background to Section 686(1) of the Merchant Shipping Act 1894", 58(1) *Cambridge Law Journal*, 1999, p. 178.

reden hadden om op het vaartuig te zijn.²⁵⁰ Engelse rechtbanken hebben de toepassing van de *Merchant Shipping Act* uitgebreid om over het geval van door nationale passagiers gepleegde misdrijven rechtsmacht te kunnen uitoefenen.

Moord en doodslag

Moord en doodslag zijn algemene misdrijven die een extraterritoriale toepassing hebben gekregen op grond van hun gruwelijke natuur en omdat ze de fundamentele concepten van Engels recht schonden.²⁵¹ De uitbreiding van jurisdictie over in het buitenland gepleegde delicten door Britten is al enkele eeuwen geleden gebeurd,²⁵² de huidige bepaling die deze uitbreiding regelt is *Section 9* van de *Offences Against the Person Act* van 1861.

Het is niet duidelijk of de voorwaarde van dubbele strafbaarheid vereist is of niet, maar wat duidelijk is, is dat in de praktijk aan dit vereiste voldaan zal worden.²⁵³ Een andere voorwaarde voor de toepassing van deze bepaling is dat de dader een *subject of Her Majesty* moet zijn. Gevolg hiervan is dat het niet enkel om Britse burgers hoeft te gaan, maar dat ook een burger van overzeese gebieden onder de rechtsmacht valt. De toepassing van *Section 9* tot deze laatste categorie van burgers was bekritiseerd in de literatuur en werd als onrechtvaardig beoordeeld als de betreffende personen bijvoorbeeld vele jaren in het buitenland hadden gewoond en geen sterke verband met Engeland en Wales hadden.²⁵⁴ Een tweede gevolg is dat *Section 9* niet toepasselijk is op de personen die hun hoofdverblijfplaats in Engeland en Wales hebben, maar geen onderdaan zijn, hetgeen in strijd zou zijn met het doel van de wetgever.²⁵⁵ In dit geval wordt het criterium van nationaliteit dus niet uitgebreid met het domiciliecriterium.

Bigamie

Bigamie is ook een misdrijf waarover buiten Engeland rechtsmacht bestaat op grond van diens gruwelijke natuur en omdat het de fundamentele concepten van Engels recht schond.²⁵⁶ De extraterritoriale toepassing van dit misdrijf, die in *Section 57* van de *Offences Against the Person Act* van 1861 is beschreven, is veeleer ongewoon.²⁵⁷ Een persoon, Brits of niet, die bijvoorbeeld al getrouwd is en die naar Engeland en Wales gaat om opnieuw in huwelijk te treden, zal niet vervolgd worden door Engelse

²⁵⁰ Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 296.

²⁵¹ Julian D. M. Lew, "The Extra-territorial Criminal Jurisdiction of English Courts", 27 *Int'l & Comp. L.Q.*, 1978, p. 180.

²⁵² Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 226.

²⁵³ Glanville Williams, "Venue and the Ambit of Criminal Law", 81 *Law Quarterly Review*, 1965, p. 401, voetnoot 72; Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 98 en 100.

²⁵⁴ Glanville Williams, "Venue and the Ambit of Criminal Law", 81 *Law Quarterly Review*, 1965, p. 401; Julian D. M. Lew, "The Extra-territorial Criminal Jurisdiction of English Courts", 27 *Int'l & Comp. L.Q.*, 1978, p. 182.

²⁵⁵ Julian D. M. Lew, "The Extra-territorial Criminal Jurisdiction of English Courts", 27 *Int'l & Comp. L.Q.*, 1978, p. 182.

²⁵⁶ Julian D. M. Lew, "The Extra-territorial Criminal Jurisdiction of English Courts", 27 *Int'l & Comp. L.Q.*, 1978, p. 180.

²⁵⁷ Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 232.

rechtbanken op basis van een extraterritoriale toepassing van bigamie, maar op basis van een territoriale toepassing van dit misdrijf. Het enige geval van extraterritoriale toepassing van bigamie betreft een Brit die in het buitenland in het huwelijk treedt. Het is dus mogelijk dat geen van de twee huwelijken in Engeland en Wales hebben plaatsgevonden om onder de strafbepaling te vallen.²⁵⁸

De oorspronkelijke rechtvaardiging van de extraterritoriale toepassing van bigamie was om de veelsoortige huwelijken van Britse zeemannen in verschillende landen te verhinderen toen Groot-Brittannië een van de sterkste zeevarende landen was. Maar nu vragen sommige auteurs af of deze extraterritoriale rechtsmacht thans nog noodzakelijk is.²⁵⁹

Seksuele misdrijven tegen minderjarigen

In Engeland en Wales was de uitbreiding van jurisdictie voor bepaalde seksuele misdrijven tegen een minderjarige niet het gevolg van een verplichting stammende uit een internationaal verdrag, maar veeleer de consequentie van de druk van verschillende bewegingen tegen de seksuele uitbuiting van kinderen.²⁶⁰ Hoewel de wetgever in eerste instantie niet meegaand was, trad de *Sex Offenders Act* in 1997 in werking, nadat het rapport van een *Interdepartmental Steering Committee* verkregen werd, waarin de uitbreiding van rechtsmacht voor bepaalde misdrijven die aan een aantal criteria voldeden, werd geëist. Deze criteria waren onder andere de ernst van het misdrijf en de kans op straffeloosheid van de dader. Deze plannen werden onmiskenbaar gevoed door gevallen van in het buitenland door Britse toeristen gepleegde seksuele misdrijven met minderjarigen.²⁶¹

Section 7 van de *Sex Offenders Act* van 1997 bepaalt dat iedere Brit, of persoon met een woonplaats in Groot-Brittannië, die een seksueel feit met een minderjarige pleegt dat strafbaar is volgens het recht van de plaats waar dat feit was gepleegd en ook volgens het Engels recht indien dat feit op het Engels grondgebied was gepleegd, door Engelse rechtbanken kan worden vervolgd. Voor de toepassing van dit voorbeeld van het actief personaliteitsbeginsel moet aan het vereiste van dubbele strafbaarheid zijn voldaan. Op overeenkomstige wijze wordt één en ander toegepast ten aanzien van gedomicilieerden. Hoewel de regering in het begin niet enthousiast was om deze wet toe te passen, werd de *Sex Offenders Act* van 1997 al in verschillende procedures gebruikt voor de vervolging van Britse sekstoeristen die misdrijven in het buitenland hadden gepleegd.²⁶²

²⁵⁸ Glanville Williams, "Venue and the Ambit of Criminal Law", 81 *Law Quarterly Review*, 1965, p. 405.

²⁵⁹ Glanville Williams, "Venue and the Ambit of Criminal Law", 81 *Law Quarterly Review*, 1965, p. 407; Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 236.

²⁶⁰ Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 268.

²⁶¹ Op dit punt, zie Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 269-270.

²⁶² Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 271.

Corruptie

In tegenstelling tot de voornoemde seksuele misdrijven met minderjarigen is de rechtsmacht met betrekking tot corruptie door Britse burgers gepleegd in het buitenland in enkele wetten aangepast. Dit vindt zijn oorzaak in de ratificatie van verschillende internationale verdragen, zoals het Verdrag inzake de bestrijding van de omkoping van buitenlandse ambtenaren in internationale zakelijke transacties van 1997.²⁶³ Om deze internationale verplichtingen te implementeren hervormde de regering niet het domein van corruptie maar koos zij ervoor de extraterritoriale toepassing van bestaande misdrijven uit te breiden met het actief personaliteitsbeginsel door de aanpassing van de *Anti-terrorism, Crime and Security Act* uit 2001.²⁶⁴

Section 109 van de *Anti-terrorism, Crime and Security Act* bepaalt dat een Britse onderdaan of een organisatie die haar zetel in Groot-Brittannië heeft, een misdrijf pleegt naar Engels recht en kan worden vervolgd als ze feiten plegen in het buitenland die lijken op een misdrijf dat onder corruptie zou vallen als deze op Engels grondgebied gepleegd zouden zijn. Het is derhalve niet vereist dat is voldaan aan de voorwaarde van dubbele strafbaarheid. Het feit dient niet strafbaar te zijn naar het recht van de plaats waar het is gepleegd, het is voldoende dat het een inbreuk op Engels recht is opdat Engelse rechtbanken extraterritoriale rechtsmacht kunnen uitoefenen.

Misdrijven tegen het milieu

Recentelijk hebben Engeland en Wales verschillende wetten aangepast met het doel een extraterritoriale toepassing aan misdrijven tegen het milieu die door Britten worden gepleegd te geven. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de schade die veroorzaakt wordt aan de flora en fauna van Antarctica,²⁶⁵ voor de activiteiten die in de ruimte worden geïdentificeerd en die niet geautoriseerd zijn,²⁶⁶ en voor het gebruik, de ontwikkeling of de productie van antipersoonsmijnen.²⁶⁷ De praktijkmensen waren volstrekt onbekend met rechtsmacht over deze feiten.

Terrorisme

Na de ratificatie van het kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding hebben Engeland en Wales de *Crime (International Co-operation) Act* van 2003 ingevoerd, om de verplichtingen, i.e. de uitbreiding van extraterritoriale rechtsmacht voor bepaalde misdrijven die met terroristisch oogmerk in het buitenland worden gepleegd, te implementeren. Nieuwe *Sections 63A* en *63B* werden in de *Terrorism Act* van 2000 ingevoerd.

De eerste bepaling zegt dat iedere Brit of persoon met woonplaats in Groot-Brittannië zich schuldig kan maken aan een misdrijf in Engeland en Wales als hij iets in het

²⁶³ Op dit punt, zie Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 273.

²⁶⁴ Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 273-274.

²⁶⁵ *Antarctic Act* van 1994, *Section 7*.

²⁶⁶ *Outer Space Act* van 1986, *Section 12*.

²⁶⁷ *Landmines Act* van 1998, *Section 3*.

buitenland doet dat een bepaald misdrijf zou zijn naar Engels recht indien het feit op het Engels grondgebied was gepleegd. De betrokken misdrijven zijn, o.a.: instructies of training fourneren m.b.t. de fabricatie of het gebruik van vuurwapens, explosieven, of chemische, biologische of nucleaire wapens;²⁶⁸ of de activiteiten van een terroristische organisatie leiden.²⁶⁹

De tweede bepaling zegt dat iedere Brit of persoon met woonplaats in Groot-Brittannië zich schuldig kan maken aan een misdrijf in Engeland en Wales als hij een terroristisch actie of iets met een terroristisch oogmerk in het buitenland doet dat een bepaald misdrijf zou zijn naar Engels recht indien het feit op het Engels grondgebied was gepleegd. De betrokken misdrijven zijn, o.a.: moord, verkrachting, kidnapping, valsemunterij, en brandstichting.

Ten aanzien van deze terroristische misdrijven wordt geen voorwaarde van dubbele strafbaarheid vereist. Het feit behoeft niet strafbaar te zijn in het recht van de plaats waar het is gepleegd. Het is voldoende dat het een inbreuk van Engels recht is opdat Engelse rechtbanken extraterritoriaal rechtsmacht kunnen uitoefenen. Ook hier is er rechtsmacht zowel over Britten als over gedomicilieerden.

4. Passief personaliteitsbeginsel

De invoering van het passief personaliteitsbeginsel is van nog relatief recente datum: “Een dergelijke rechtsmachaanspraak lijkt immers in strijd met de principiële Engelse opvatting over het territoriale karakter van het misdrijf”.²⁷⁰ Sommige auteurs stellen dat de *Taking of Hostages Act* van 1982, die na de ratificatie van het Internationaal Verdrag tegen het nemen van gijzelaars van 1979 door Groot-Brittannië in het Engels recht was ingevoerd, een toepassing van het passief personaliteitsbeginsel is.²⁷¹ Ze verwijzen de *Rees v. Secretary of State for the Home Department* zaak²⁷² om te bewijzen dat Groot-Brittannië, als een partij bij het verdrag, klaar stond om de op de nationaliteit van het slachtoffer gebaseerde rechtsmachtclaims te erkennen. In deze zaak had Duitsland de uitlevering van een Brits onderdaan gevraagd voor zijn deelneming in de kidnapping van een Duitser in Bolivia. Andere schrijvers keuren een dergelijke interpretatie van *Rees v. Secretary of State for the Home Department* af en verklaren dat het uitleveringverzoek dat door de *House of Lords* geaccepteerd was, niet op het passief personaliteitsbeginsel gebaseerd was, maar naar het universaliteitsbeginsel verwees.²⁷³

Sinds de inwerkingtreding van de *Crime (International Co-operation) Act* van 2003, die het kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding implementeert, is de eerste expliciete verwijzing naar het passief personaliteitsbeginsel in het Engels recht ingevoerd, met betrekking tot bepaalde

²⁶⁸ *Terrorism Act* van 2000, *Section 54*.

²⁶⁹ *Terrorism Act* van 2000, *Section 56*.

²⁷⁰ Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 118.

²⁷¹ Geoff Gilbert, “Crimes Sans Frontiers: Jurisdictional Problems in English Law”, 63 *Brit Yb Int'l L*, 1992, p. 419. Zie ook Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 118.

²⁷² *Rees v. Secretary of State for the Home Department*, [1986], 2 All ER, p. 321.

²⁷³ Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 51.

misdrijven gepleegd met een terroristisch oogmerk. Een nieuwe *Section 63C* werd daartoe in de *Terrorism Act* van 2000 ingevoerd. Deze bepaling stelt dat een persoon zich schuldig kan maken aan een misdrijf in Engeland en Wales als hij een terroristische actie of iets met een terroristisch oogmerk tegen een Brit, een persoon met woonplaats in Groot-Brittannië of een beschermd persoon in het buitenland doet en als de daad een bepaald misdrijf zou zijn in Engels recht indien het feit op het Engels grondgebied was gepleegd. De betrokken misdrijven zijn, o.a.: moord, kidnapping, en valsmunterij. Naast Britten bestaat er rechtsmacht over gedomicilieerden.

In de literatuur werd vastgesteld dat “er geen bijkomende nood is aan een algemene rechtsmachtvorm op basis van de nationaliteit van het slachtoffer”.²⁷⁴ Na 9/11 is de Engelse benadering fundamenteel veranderd en thans kunnen Engelse rechtbanken rechtsmacht uitoefenen over misdrijven waarvan de enige link met Engeland en Wales het feit is dat de slachtoffers Britse onderdanen of ingezetenen zijn, in de specifieke context van terrorisme.

5. Beschermingsbeginsel

Verschillende misdrijven kunnen de staatsveiligheid bedreigen. Dit is de reden waarom over deze misdrijven extraterritoriale is gevestigd op grond van de plicht, de trouw en de loyaliteit die de dader vis-à-vis de staat heeft.²⁷⁵ Toch zijn er bijna geen misdrijven die een extraterritoriale rechtsmacht over vreemdelingen hebben; uitgangspunt is dat alleen Britten zich schuldig kunnen maken aan strafbare feiten gepleegd tegen de staatsveiligheid. Een van de weinige voorbeelden waarover Engelse rechtbanken extraterritoriale rechtsmacht op basis van het beschermingsbeginsel kunnen uitoefenen is verraad.²⁷⁶ Sommige auteurs keuren deze benadering echter af omdat verraadzaken het concept van trouw gebruiken als alternatief voor het nationaliteitscriterium, en niet de nationaliteit als de juridische basis voor extraterritoriale rechtsmacht.²⁷⁷

De *Treason Act* van 1351 is één van de oudste wetten met een extraterritoriale rechtsmachtbepaling. Het is in de literatuur omstreden of deze wet een voorbeeld van het actief personaliteitsbeginsel is, of van het beschermingsbeginsel. De vraag of alleen Britten of ook vreemdelingen voor feiten van verraad gepleegd in het buitenland door Engelse rechtbanken konden vervolgd worden, kwam aan de orde in de zaak *Joyce v. D.P.P.*²⁷⁸

Joyce was een Amerikaan die gedurende 24 jaren op Brits grondgebied had gewoond, zonder dat hij ooit de Britse nationaliteit had verkregen. Niettemin had hij een Brits

²⁷⁴ Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 118. Zie ook Geoff Gilbert, “Crimes Sans Frontiers: Jurisdictional Problems in English Law”, 63 *Brit Yb Int'l L*, 1992, p. 419.

²⁷⁵ Julian D. M. Lew, “The Extra-territorial Criminal Jurisdiction of English Courts”, 27 *Int'l & Comp. L.Q.*, 1978, p. 186.

²⁷⁶ Geoff Gilbert, “Crimes Sans Frontiers: Jurisdictional Problems in English Law”, 63 *Brit Yb Int'l L*, 1992, p. 420-421.

²⁷⁷ Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 218-221.

²⁷⁸ *Joyce v. D.P.P.*, [1946], AC, p. 347.

paspoort gekregen op basis van valse gegevens en had hij dit paspoort in 1939 gebruikt om naar Duitsland te reizen. Tijdens de oorlog had hij propaganda tegen Groot-Brittannië op de radio uit Duitsland, vijandig land, verspreid. De vraag was of hij door Engelse rechtbanken kon worden vervolgd voor feiten van verraad die in het buitenland waren gepleegd. De *House of Lords* besloot dat een persoon die een Brits paspoort heeft de bescherming van de staat krijgt, maar dat hij ook een plicht tot loyaliteit heeft die niet verdwijnt wanneer hij het land verlaat, onafhankelijk van zijn nationaliteit. Geoff Gilbert stelt dat de wens om het beschermingsbeginsel te gebruiken in dit vonnis wordt gevonden.²⁷⁹ Het House of Lords heeft ook andere gevallen geaccepteerd waarin vreemdelingen konden worden bestraft op basis van deze extraterritoriale rechtsmacht.²⁸⁰

Sedert de Tweede wereldoorlog zijn er geen vervolgingen op basis van verraad geweest. De conclusie is derhalve dat dit misdrijf met extraterritoriale toepassing tot het verleden behoort en dat het beschermingsbeginsel geen grondslag van rechtsmacht in Engeland en Wales is.

6. Universaliteitsbeginsel

Het Engels recht heeft de extraterritoriale rechtsmacht over bepaalde misdrijven uitgebreid, hoewel deze misdrijven geen substantiële band met Engeland en Wales vertonen. Deze strafbare feiten kunnen in verschillende groepen ondergebracht worden: internationale misdrijven, misdrijven van terrorisme, en misdrijven gepleegd op zee en luchtvaartmisdrijven.

6.1. *Internationale misdrijven*

Groot-Brittannië heeft verschillende internationale verdragen geratificeerd, die er voor Engeland en Wales toe leidden dat ze bijzondere wetten moesten aanpassen om de Britse internationale verplichtingen uit te voeren. De betrokken internationale misdrijven zijn oorlogsmisdaden, genocide, misdaden tegen de mensheid en marteling.

Oorlogsmisdaden, genocide en misdaden tegen de mensheid

Hoewel vervolgingen door Engelse rechtbanken voor internationale misdrijven uiterst zeldzaam zijn geweest, hebben zij een grote symbolische betekenis. Na de ratificatie van de 1949 Verdragen van Genève heeft de Engelse wetgever de *Geneva Conventions Act* van 1957 ingevoerd. Deze wet werd veertig jaren later aangevuld met de *Geneva Conventions (Amendment) Act* van 1995 die de Britse verplichtingen die uit het 1977 Eerste Aanvullende Protocol bij de Verdragen van Genève voortvloeiden, implementeerde. De twee wetten erkennen het universaliteitsbeginsel voor de ernstige schendingen die in de verdragen en het protocol worden opgenoemd,

²⁷⁹ Geoff Gilbert, "Crimes Sans Frontiers: Jurisdictional Problems in English Law", 63 *Brit Yb Int'l L*, 1992, p. 421.

²⁸⁰ Zie o.a. Celia Hampton, *Criminal Procedure*, Sweet & Maxwell Ltd., London, 3rd ed., 1982, p. 15.

onafhankelijk van de nationaliteit van de dader en van de plaats waar het misdrijf wordt gepleegd.

Omdat de *Geneva Conventions Act* van 1957 geen terugwerkende kracht had met betrekking tot de misdaden die door de Nazi's tijdens de Tweede Wereldoorlog werden gepleegd, werd de *War Crimes Act* van 1991 ingevoerd. *Section 1* van de *War Crimes Act* 1991 bepaalt dat een persoon, onafhankelijk van zijn nationaliteit op het tijdstip van de feiten, kan worden vervolgd door Engelse rechtbanken als hij een oorlogsmisdaad tussen 1^{ste} september 1939 en 5^{de} juni 1945 heeft gepleegd op een plaats die tot Duitsland behoorde of onder de Duitse bezetting was. Vervolging kan slechts plaatsvinden indien de persoon al op 8 maart 1990 Brits onderdaan of ingezetene was of later is geworden.

Het is om drie redenen opmerkelijk dat het toepassingsgebied van de *War Crimes Act* van 1991 beperkter is dan dat van de *Geneva Conventions Act* van 1957. Ten eerste betreft de *War Crimes Act* alleen de oorlogsmisdaden die gedurende de Tweede Wereldoorlog zijn gepleegd. Ten tweede moeten de misdaden op het grondgebied onder Duitse (NB: niet Japanse!) bevoegdheid zijn gepleegd. Ten derde moet de dader een Brit of een ingezetene zijn of geworden zijn. Omdat de Tweede Wereldoorlog meer dan zestig jaren geleden heeft plaatsgevonden, zijn de daders op wie de wet van toepassing is al dood of te oud om te worden vervolgd en bestraft. Dat verklaart waarom het aantal vervolgingen door Engelse rechtbanken op basis van deze legale grondslag heel laag is.²⁸¹

Na de ratificatie van het Statuut van het Internationaal Strafhof door Groot-Brittannië hebben Engeland en Wales de *International Criminal Court Act* 2001 ingevoerd. Hoewel sommige auteurs stellen dat het universaliteitsbeginsel sterk werd uitgebreid in vergelijking met de voorafgaande wetten,²⁸² is de situatie ingewikkelder.²⁸³ *Section 51* bepaalt dat genocide, misdaden tegen de mensheid en oorlogsmisdaden strafbare feiten zijn naar Engels recht als deze misdaden in Engeland en Wales worden gepleegd of als ze in het buitenland door een Brit, een Britse ingezetene of een persoon die onder Britse militaire rechtsmacht valt worden gepleegd. Op 26 oktober 2009 keurde de *House of Lords* een wijziging van deze wet goed waardoor de aanwezigheid in Engeland reeds genoeg is voor rechtsmacht.²⁸⁴ In de *House of Lords* was het vooral Lord Carlile of Berriew, die benadrukte dat Engeland geen veilige haven mocht worden.

²⁸¹ Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 241. Hij merkt op dat tot 2003 er slechts één vervolging was die succesvol was geweest. Zie ook Luc Reydam, *Universal Jurisdiction, International and Municipal Perspectives*, Oxford University Press, 2003, p. 205.

²⁸² A. Hays Butler, "The Growing Support for Universal Jurisdiction in National Legislation", in *Universal Jurisdiction, National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, Stephen Macedo (ed.), University of Pennsylvania Press, 2004, p. 71.

²⁸³ Op dit punt, zie Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 241.

²⁸⁴ Zie verslag van het debat in de House of Lords 26 October 2009, alsmede House of Lords/ House of Commons, Joint Committee on Human Rights, Closing the Impunity Gap : UK law on genocide (and related crimes) and redress for torture victims, Twenty-fourth Report of Session 2008-09, 21 July 2009, HL Paper 153.

Aan de ene kant is het materiële toepassingsgebied veel uitgebreider dan in de voorafgaande wetten, omdat niet alleen oorlogsmisdaden maar ook genocide en misdaden tegen de mensheid onder de rechtsmachtbepalingen vallen. Bovendien is de definitie van oorlogsmisdaad uitgebreid in vergelijking met de *Geneva Conventions Act* van 1957. Andere schendingen dan ernstige schendingen alsmede misdaden die niet alleen gedurende een internationaal gewapend conflict maar ook tijdens een intern gewapend conflict werden gepleegd, vallen er thans onder.

Aan de andere kant is de rechtsmacht over internationale misdaden niet meer helemaal universeel. Extraterritoriale rechtsmacht is inderdaad beperkt tot vreemdelingen die Britse ingezetenen waren op het tijdstip van de feiten of later zijn geworden.²⁸⁵ De *Geneva Conventions Act* van 1957 is dus van uitgebreider toepassing met betrekking tot oorlogsmisdaden omdat alle daders, onafhankelijk van hun nationaliteit eronder vallen.

Marteling

Om de internationale verplichtingen voortvloeiend uit Folteringverdrag van 1984 te implementeren, hebben Engeland en Wales hun strafrecht gewijzigd en *Section 134* van de *Criminal Justice Act* van 1988 ingevoerd. Deze bepaling betreft twee gevallen. Ten eerste maakt een ambtenaar, onafhankelijk van zijn nationaliteit, zich schuldig aan marteling als hij een feit van marteling opzettelijk in Groot-Brittannië of in het buitenland pleegt in de vervulling van zijn functie. Ten tweede maakt een persoon, onafhankelijk van zijn nationaliteit, zich schuldig aan marteling als hij een feit van marteling in Groot-Brittannië of in het buitenland pleegt op het bevel of met de instemming van een ambtenaar die in de vervulling van zijn functie handelt. Engelse rechtbanken kunnen dus rechtsmacht uitoefenen over feiten van marteling die buiten het Britse grondgebied en door vreemdelingen zijn gepleegd. Er is een vervolging geweest voor marteling op grond van *Section 134* van de *Afghan Zardad*, die tot twintig jaar cel is veroordeeld.²⁸⁶ De totale kosten van de strafzaak tegen Zardad worden geraamd op drie miljoen pond.²⁸⁷

6.2. Terroristische misdrijven

Het merendeel van misdrijven die een extraterritoriale toepassing in het Engelse recht hebben gekregen zijn terroristische misdrijven of misdrijven die met een terroristisch oogmerk worden gepleegd. Vier wetten vereisen nader onderzoek.

In 1978 hebben Engeland en Wales twee wetten aangepast om de internationale verplichtingen van Groot-Brittannië te implementeren. Ten eerste werd de *Suppression of Terrorism Act* ingevoerd, na de ratificatie van het Europees Verdrag tot de bestrijding van terrorisme van 1977. *Section 4*, dat het beginsel van *aut dedere aut judicare* erkent, is niet alleen van toepassing op terroristische misdrijven maar ook

²⁸⁵ Luc Reydam, *Universal Jurisdiction, International and Municipal Perspectives*, Oxford University Press, 2003, p. 206.

²⁸⁶ Zie Memorandum submitted by the Minister of Justice, February 2009, opgenomen in Oral Evidence taken before the Joint Committee on Human Rights on Tuesday 19 May 2009, p. 38.

²⁸⁷ Zie Memorandum submitted by the Minister of Justice, February 2009, opgenomen in Oral Evidence taken before the Joint Committee on Human Rights on Tuesday 19 May 2009, p. 40.

eventueel op misdrijven die geen verband met terrorisme houden.²⁸⁸ Deze bepaling wordt niettemin weinig gebruikt. Een van de redenen is dat het openbaar ministerie in de meerderheid van gevallen toestemming moet geven vóór een vervolging volgens *Section 4* kan worden begonnen.²⁸⁹

Ten tweede werd de *Internationally Protected Persons Act* van 1978, die de internationale verplichtingen van het Verdrag inzake de voorkoming en bestraffing van misdrijven tegen internationaal beschermde personen van 1973 implementeert, aangepast. *Section 1(1)* bepaalt dat een persoon, onafhankelijk van zijn nationaliteit, door Engelse rechtbanken kan worden vervolgd als hij in het buitenland een feit pleegt dat een bepaald misdrijf zou zijn indien het feit op het Engelse grondgebied was gepleegd. De betrokken misdrijven zijn o.a.: moord, doodslag en kidnapping tegen internationaal beschermde personen. Net zoals in de context van de *Suppression of Terrorism Act* moet het openbaar ministerie toestemming geven vóór een vervolging in Engeland en Wales kan worden gestart.²⁹⁰

Na de ratificatie van het Internationaal Verdrag tegen het nemen van gijzelaars van 1979 hebben Engeland en Wales de *Taking of Hostages Act* van 1982 ingevoerd. Het verschil met de twee andere wetten is dat deze wet niet de extraterritoriale toepassing van bestaande misdrijven uitbreidt, maar ook een nieuw misdrijf schept, i.e. de gijzeling, en geeft daaraan een universele toepassing. *Section 1* bepaalt dat een persoon, onafhankelijk van zijn nationaliteit, die het strafbaar feit van gijzeling binnen het Britse grondgebied of in het buitenland pleegt, zich schuldig maakt aan een misdrijf naar Engels recht.

Tenslotte hebben Engeland en Wales in 2000 een wet aangepast naar aanleiding van de ratificatie van verschillende internationale verdragen door Groot-Brittannië, i.e. het Verdrag inzake de bestrijding van terroristische bomaanslagen van 1997 en het Internationaal Verdrag ter bestrijding van de financiering van terrorisme van 1999. In tegenstelling tot de twee laatste wetten betreft de *Terrorism Act* van 2000 misdrijven die specifiek met een terroristisch oogmerk zijn gepleegd en erkent een universele rechtsmacht daarover. *Section 62* bepaalt dat het gebruik van explosieven of van chemische of biologische wapens, onafhankelijk van de nationaliteit van de dader en van de plaats waar het misdrijf wordt gepleegd, onder de rechtsmacht van Engelse rechtbanken valt. Bovendien creëert de wet financiële misdrijven in de context van terrorisme, o.a. het gebruik van geld met terroristisch oogmerk en het witwassen van geld. *Section 63* kent een universele rechtsmacht toe over deze misdrijven.

6.3. Misdrijven gepleegd op zee en luchtvaartmisdrijven

In enkele gevallen is aan misdrijven gepleegd op zee en luchtvaartmisdrijven een universele toepassing naar Engels recht gegeven, onafhankelijk van de nationaliteit van de dader en van de plaats waar het misdrijf wordt gepleegd.

²⁸⁸ Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 259-260.

²⁸⁹ Op dit punt, zie Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 259-261.

²⁹⁰ *Internationally Protected Persons Act* van 1978, *Section 2*.

Misdrijven gepleegd op zee

Engelse rechtbanken kunnen rechtsmacht uitoefenen op basis van het universaliteitsbeginsel over drie categorieën van misdrijven die op zee worden gepleegd: piraterij, misdrijven tegen de veiligheid der schepen en misdrijven tegen het milieu.

Piraterij, een van de oudste internationale misdrijven, is het eerste misdrijf dat universele toepassing in het Engelse recht heeft gekregen.²⁹¹ Hoewel recente gevallen van piraterij in de wereld hebben plaatsgevonden, zoals in Somalië, vallen deze voorbeelden niet in het toepassingsgebied van Engels recht omdat de enige vorm van piraterij die door Engeland en Wales wordt erkend, is piraterij *jure gentium*, of piraterij in internationaal recht. De moderne definitie van piraterij *jure gentium* kan worden gevonden in het Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee van 1982, dat in Engeland en Wales van toepassing is sinds de invoering van de *Merchant Shipping and Maritime Security Act* van 1997. Artikel 101 van het verdrag bepaalt dat piraterij tegen een schip of een vliegtuig in de volle zee en buiten de rechtsmacht van een staat moet worden gepleegd. Het gevolg is dat een staat geen rechtsmacht kan uitoefenen op basis van het territorialiteitsbeginsel.²⁹² Met andere woorden zullen Engelse rechtbanken bijna nooit feiten van piraterij vervolgen en bestraffen omdat deze feiten niet in de definitie van piraterij *jure gentium* vallen als ze binnen de territoriale zee worden gepleegd.²⁹³ Er bestaat geen actief opsporingsbeleid terzake en het ontbreekt aan afspraken met de Engelse marine die voor de Somalische kust meewerkt aan de bestrijding van piraterij.

Na de ratificatie door Groot-Brittannië van internationale verdragen²⁹⁴ dienden Engeland en Wales een universele toepassing te geven aan misdrijven tegen de veiligheid der schepen die op zee worden gepleegd. *Sections* 9 tot 14 van de *Aviation and Maritime Security Act* van 1990 kennen een opsomming van misdrijven die een universele toepassing hebben gekregen, o.a.: de gijzeling van schepen en de afbraak van schepen of van booreilanden. Om vervolgingen te beginnen met betrekking tot deze misdrijven is de toestemming van het openbaar ministerie vereist.²⁹⁵

Uitgangspunt bij milieumisdrijven is dat deze alleen kunnen worden vervolgd voor nationale rechtbanken wanneer deze misdrijven in interne of in territoriale zee zijn gepleegd.²⁹⁶ Enkele uitzonderingen kunnen worden gevonden in wetten die een – soms beperkte – universele toepassing aan bepaalde misdrijven tegen het milieu erkennen, zoals de storting van olie in zee, of de storting van giftige vloeibare stoffen in zee. Deze wetten, voornamelijk de *Merchant Shipping (Prevention of Oil Pollution) Regulations* van 1996 en de *Merchant Shipping (Dangerous or Noxious Liquid Substances in Bulk) Regulations* van 1996, implementeren internationale

²⁹¹ Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 301.

²⁹² Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 305.

²⁹³ Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 306.

²⁹⁴ Het SUA-Verdrag van 1988 tot bestrijding van wederrechtelijke gedragingen tegen de Veiligheid van de Scheepvaart en zijn protocol.

²⁹⁵ *Aviation and Maritime Security Act* van 1990, *Section* 16.

²⁹⁶ Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 312.

verplichtingen uit het Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee van 1982 en het Internationaal Verdrag ter voorkoming van verontreiniging door schepen van 1973.

Luchtvaartmisdrijven

De *Aviation Security Act* van 1982 werd aangepast om de internationale verplichtingen van Groot-Brittannië te implementeren die ontstonden door de ratificatie van het Verdrag tot bestrijding van het wederrechtelijk in zijn macht brengen van luchtvaartuigen van 1970 en het Verdrag tot bestrijding van wederrechtelijke gedragingen gericht tegen de veiligheid van de burgerluchtvaart van 1971. De Engelse wet geeft een universele toepassing aan twee luchtvaartmisdrijven: de kaping van vliegtuigen en de vernieling of de bedreiging van de veiligheid van vliegtuigen.

Met betrekking tot het eerste misdrijf kunnen Engelse rechtbanken universele rechtsmacht uitoefenen, onafhankelijk van de nationaliteit van de dader, van de vlaggenstaat en van de plaats waar het vliegtuig zich bevindt.²⁹⁷ De extraterritoriale toepassing van dit misdrijf is beperkt als het vliegtuig militair is of als de opstijging en de landing in de staat waar het vliegtuig wordt ingeschreven, plaatsvinden. In deze gevallen moet de dader een Brit zijn, of moeten de feiten binnen het Britse grondgebied worden gepleegd, of moet het vliegtuig in Groot-Brittannië worden ingeschreven of door het Britse leger worden gebruikt.²⁹⁸ Over enkele misdrijven die in verband met de kaping van vliegtuigen worden gepleegd is ook universele rechtsmacht gevestigd. Deze misdrijven zijn, o.a.: moord, doodslag of opzettelijk doden.²⁹⁹

Section 2 van de *Aviation Security Act* van 1982 bepaalt dat misdrijven van vernieling of bedreiging van de veiligheid van vliegtuigen voor Engelse rechtbanken kunnen worden vervolgd op basis van het universaliteitsbeginsel, onafhankelijk van de nationaliteit van de dader, van de vlaggenstaat en van de plaats waar het misdrijf wordt gepleegd. Met betrekking tot militaire vliegtuigen is de universele toepassing van deze misdrijven beperkt en worden voorwaarden gesteld. Het misdrijf moet binnen het grondgebied van Groot-Brittannië worden gepleegd, of de dader moet een Brit zijn indien het misdrijf in het buitenland wordt gepleegd. In tegenstelling tot *Section 1* bestaat over misdrijven die in verband met de vernieling of de bedreiging van de veiligheid van vliegtuigen worden gepleegd geen universele rechtsmacht.³⁰⁰

Uit een vergelijking tussen *Sections 1* en *2* van de *Aviation Security Act* van 1982 blijkt een belangrijk verschil met betrekking tot de toepassing van de twee betrokken misdrijven. Hoewel een persoon zich niet schuldig aan kaping van een vliegtuig in Engeland en Wales kan maken indien hij aan boord van een vlucht Airfrance uit Paris naar Lyon is gegaan, kan hij toch door Engelse rechtbanken voor feiten die de veiligheid van de vlucht hebben bedreigd, vervolgd worden omdat er geen beperking met betrekking tot opstijgen en landen in *Section 2* is. Ook hier is de toestemming van

²⁹⁷ *Aviation Security Act* van 1982, *Section 1*(1).

²⁹⁸ *Aviation Security Act* van 1982, *Section 1*(2).

²⁹⁹ *Aviation Security Act* van 1982, *Section 6*(1).

³⁰⁰ Michael Hirst, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 321.

het openbaar ministerie vereist vóór vervolgingen op grond van *Sections* 1, 2 en 6 kunnen worden gestart.³⁰¹

7. Concluderende opmerkingen

De benadering van rechtsmacht in Engeland en Wales wijkt sterk af van die van de continentale landen. Om historische redenen heeft de territorialiteit de voorkeur gekregen, en dat verklaart tot op de dag van vandaag waarom er geen andere algemene rechtsmachtgrondslag dan territorialiteit in Engeland en Wales bestaat. Waar mogelijk wordt een extensieve interpretatie van de *locus delicti* gegeven, die het feit binnen Engeland en Wales brengt, aldus is een band met Engeland en Wales geschapen. De *territorial mind set* is terug te vinden in de wetgeving en nog sterker in de praktische uitvoering ervan. Daadwerkelijk wordt het actieve personaliteitsbeginsel alleen in een beperkte manier erkend, en ten aanzien van het passieve personaliteitsbeginsel en het universaliteitsbeginsel zijn uitzonderingen op territorialiteit van geval tot geval geaccepteerd.

Het dominante territorialiteitsbeginsel oefent zijn invloed uit op andere rechtsmachtbeginselen. Engeland en Wales maken gebruik, zelfs in de context van de extraterritoriale toepassing van rechtsmacht, van een criterium van “fictieve territorialiteit” om vast te stellen of Engelse rechtbanken rechtsmacht kunnen uitoefenen over feiten die in het buitenland zijn gepleegd. In de meerderheid van de gevallen is het inderdaad vereist dat de feiten strafbaar moeten zijn volgens het Engels recht indien ze op het Engels grondgebied waren gepleegd.

Voorts is opmerkelijk dat in Engeland en Wales de positie van Britse onderdanen en ingezetenen vrijwel gelijk is. Daar waar er aanvankelijk verschillen bestonden, worden deze meer en meer opgeheven. Met de meest recente wetswijziging ten aanzien van internationale misdrijven is echter het accent nog sterker gelegd op de enkele aanwezigheid van de verdachte in Engeland en Wales. De regering heeft zich verzet tegen deze uitbreiding omdat de problemen bij de vervolging van internationale misdrijven eerder van praktische aard zijn dan van juridische aard.

Een andere karakteristiek van het Engelse systeem is dat extraterritorialiteit in de praktijk niet zal worden uitgeoefend, alhoewel bepaalde feiten in theorie in het extraterritoriale toepassingsgebied van het Engelse strafrecht vallen. Men wacht af totdat er iets of iemand zich meldt met de aanwezigheid van een verdachte in Engeland en Wales, dan wel tot er een uitleveringsverzoek komt. In dat geval krijgt de uitlevering naar een staat die rechtsmacht wil uitoefenen de voorkeur en het beleid van Engeland en Wales is dus om deze buitenlandse toepassingen van rechtsmacht te erkennen. Naar Britse opvatting is voldaan aan de *aut dedere, aut judicare* verplichting door te voorzien in uitlevering en behoeft geen rechtsmacht te worden gevestigd. Het enige geval waarin vervolging in Engeland en Wales mogelijk is, is wanneer er belemmeringen voor, of geen vraag tot, uitlevering zijn. Praktische argumenten spelen in de Britse context ook een belangrijke rol. Met name het kostenaspect wordt in geen enkel ander land in de praktijk zo vaak naar voren gebracht als in Engeland en Wales. De afweging met betrekking tot kosten en baten

³⁰¹ *Aviation Security Act* van 1982, *Section* 8.

vormt in Engeland en Wales een bevestiging om primair geen rechtsmacht te vestigen danwel subsidiair er niets mee te doen.

Er is nog een belangrijk punt dat de Engelse houding ten aanzien van extraterritoriale misdrijven verklaart. Dit bestaat uit het verbod om verstekzaken te voeren. Wanneer verdachten niet in Engeland en Wales zijn kan eenvoudigweg geen opsporing starten, omdat deze niet *kan* leiden tot een redelijke kans op een veroordeling. Dat eventueel de aanwezigheid van de verdachte door middel van uitlevering kan worden verkregen is niet een aspect dat in de overwegingen wordt betrokken. Uitlevering wordt gezien als een vorm van rechtshulp die ten dienste staat van strafbare feiten die in Engeland zijn begaan, niet ter ondersteuning van een Engelse vervolging van feiten begaan buiten Engeland.

De conclusie is dat in Engeland en Wales de visie op rechtsmacht niet onder invloed van allerlei internationale verplichtingen fundamenteel is gewijzigd. Territorialiteit is toch de kern van het strafstelsel, en alle uitbreidingen van rechtsmacht om de Europese of internationale verplichtingen die een extraterritoriale toepassing van rechtsmacht vereisen te implementeren zijn meer formeel dan substantieel. Extraterritorialiteit wordt erkend alleen wanneer er geen ontkomen aan is en dan nog wordt de bestaande extraterritoriale rechtsmacht in de praktijk niet of nauwelijks uitgeoefend.

Hoofdstuk 5 Extraterritoriale rechtsmacht in Nederland

1. Inleiding

De Nederlandse bepalingen inzake (extraterritoriale) rechtsmacht zijn bij elkaar gebracht in het Wetboek van Strafrecht.³⁰² De artikelen 2-8 Sr geven de algemene regels met betrekking Nederlandse rechtsmacht. Deze bepalingen gelden voor de strafbare feiten uit het Wetboek van Strafrecht, alsmede voor die in bijzondere wetten. Bijzondere wetten kunnen tevens aanvullende rechtsmachtbepalingen bevatten, maar deze (bijv. de Opiumwet en de Sanctiewet) zijn in het kader van dit onderzoek niet systematisch onderzocht. In beginsel wordt derhalve slechts gekeken naar bepalingen uit het wetboek, alsmede naar die uit de Wet Internationale Misdrijven (WIM).³⁰³

Bij het onderzoek met betrekking tot het Nederlandse recht is als volgt te werk gegaan. In eerste instantie wordt uitgegaan van het Wetboek van Strafrecht zoals dit luidde bij zijn invoering. De rechtsmachtbeginselen worden behandeld volgens de door de wetgever gekozen volgorde. Per rechtsmachtbepaling worden de wetswijzigingen sedert de invoering onderzocht om vast te stellen wat de redenen voor het wijzigen (enigszins vooruitlopend was dat uitsluitend lineair, namelijk uitbreiding) waren. Aangezien vele rechtsmachtgrondslagen vaker werden ingevoerd en de argumenten ervoor werden herhaald zijn niet alle wijzigingen nadrukkelijk genoemd en aangehaald. Dat is slechts gebeurd wanneer een nieuw aspect aan het recht werd toegevoegd.

2. Rechtsmachtbeginselen in het Wetboek van Strafrecht

2.1. Territorialiteitsbeginsel (artikel 2 Sr)

Bereik strafbare feiten: alle strafbare feiten

Bereik daders: een ieder die in Nederland een gedraging verricht.

De strekking van artikel 2 is dat alle strafbare feiten, dat wil zeggen, misdrijven en overtredingen die in Nederland plaatsvinden, onder de Nederlandse rechtsmacht vallen. In de Memorie van Toelichting wordt dit uitgangspunt “onbetwist en onbetwistbaar” genoemd.³⁰⁴ Van begin af aan heeft de wetgever in artikel 2 uitgedrukt dat het gaat om Nederlands grondgebied, dat wil zeggen het Rijk in Europa. Die logica is ook doorgetrokken naar de artikelen 3-7 Sr. De daar gevestigde rechtsmacht heeft op gelijke voet betrekking op het buitenland als op de andere delen van het

³⁰² Zie over de voorloper van de huidige rechtsmachtregeling: C.F. Rüter en A.H.J. Swart, de toepasselijkheid van de Nederlandse strafwet, van locus delicti naar goede rechtsbedeling, in: Balkema et al, Gedenkboek Honderd Jaar Wetboek van Strafrecht, Arnhem 1986, p. 243-249.

³⁰³ Of de voorloper van de WIM: de Wet Oorlogsstrafrecht (WOS). Zie A.H. Klip, Strafrechtelijke reactie op ernstige schendingen van mensenrechten in het buitenland, in: C.H. Brants, C.Kelk en M. Moerings, Er is meer, Opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief, Gouda Quint 1996, p. 95-98.

³⁰⁴ Smidt, deel I, p. 120.

Koninkrijk. Er is nooit onderscheid gemaakt tussen het buitenland en overzeese gebiedsdelen. De koloniën hadden hun eigen Wetboeken van Strafrecht waarin eigen rechtsmachtbepalingen waren opgenomen. De Raad van State wenste deze gelijkgeschakeling afzonderlijk gemotiveerd te zien, maar dat is er niet van gekomen.

Het beperkte grondgebied van Nederland vormt niet een al te grote beperking voor het aannemen van rechtsmacht. De rechtspraak vereist een aanknopingspunt met Nederland. Niet is vereist dat alle onderdelen van de delictsomschrijving in Nederland zijn uitgevoerd.³⁰⁵ De Hoge Raad stelde recent: “Indien naast in ook buiten Nederland gelegen plaatsen kunnen gelden als plaats waar een strafbaar feit is gepleegd, is op grond van (... artikel 2 Sr) vervolging van dat strafbaar feit in Nederland mogelijk, ook ten aanzien van de van dat strafbaar feit deel uitmakende gedragingen die buiten Nederland hebben plaatsgevonden.”³⁰⁶ Zaken met een ruime interpretatie van een Nederlandse locus brengen het zelden tot cassatie.³⁰⁷

Lange tijd bleef territorialiteit het onbetwiste uitgangspunt van het Nederlandse rechtsmachtrecht. Deze periode duurde tot in de jaren negentig van de vorige eeuw. Bij de behandeling van de uitvoeringswetgeving van het Genocideverdrag betoogde de Commissie voor Justitie dat het voor het Genocideverdrag van belang is dat de rechtsmacht beperkt blijft tot het nationale territorium. Een dergelijke beperking werd als ingrijpend beschouwd, maar niet onbegrijpelijk, omdat ingrijpen van een ander land als snel kan aanvoelen als interventie.³⁰⁸ Bijna vijftig jaar later komt de regering hierop terug. Het voorontwerp van een Wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van internationale misdrijven breidt de extraterritoriale rechtsmacht met betrekking tot genocide zelfs met terugwerkende kracht uit.³⁰⁹

2.2. *Extraterritoriale rechtsmacht sedert de invoering van het wetboek tot 1 januari 2010*

2.2.1. Uitgangspunt van de wetgever

In de Memorie van Toelichting geeft de regering de grondslag voor elk van de rechtsmachtbeginselen helder en bondig aan: “In art. 3 is die grond de plaats – een nederlandsch vaartuig – waar het strafbaar feit wordt gepleegd, in art. 4 de bijzondere bescherming, verschuldigd aan de regten en instellingen, waartegen de in dat artikel genoemde strafbare feiten zijn gerigt, in art. 5 de nationaliteit van hem door of tegen

³⁰⁵ Zie bijvoorbeeld Rb. Breda, 16 oktober 2007, BB5936.

³⁰⁶ HR 2 februari 2010, NJ 2010, 89.

³⁰⁷ Zie H.D. Wolswijk, *Locus delicti en rechtsmacht*, diss. Utrecht 1998.

³⁰⁸ Kamerstukken II 1961/1962 6612 nr. 6 p. 1.

³⁰⁹ Zie persbericht 6 oktober 2009: Hirsch Ballin zet harder in op vervolging oorlogsmisdadigers. Het wetsvoorstel ging op 6 oktober 2009 in consultatie. Overigens gaat het concept-wetsvoorstel er ten onrechte vanuit dat de Uitvoeringswet genocideverdrag inwerking trad op de datum dat het Genocideverdrag voor het Koninkrijk inwerking trad: 18 september 1966. Dat is onjuist. De Uitvoeringswet genocideverdrag trad echter, in strijd met de verplichtingen uit het Genocideverdrag, eerst in werking bij Besluit van 5 oktober 1970, Stb. 1970, 481. Aangezien de Uitvoeringswet genocideverdrag eerst op 24 oktober 1970 inwerking trad, dient dat ook de datum te zijn waarover de terugwerkende kracht van de rechtsmacht zich kan uitstrekken. Het wetsvoorstel dient in die voege te worden aangepast.

wien het misdrijf is gepleegd, in art. 6 de ambtelijke betrekking van den dader, in art. 7 eindelijk het eigenaardige karakter der dáár bedoelde misdrijven.”³¹⁰

De Commissie in de Tweede Kamer “meende dat de vraag, hoever de heerschappij der Nederlandsche strafwet zich zou uitstrekken, alleen op gronden ontleend aan recht en billijkheid en aan de noodzakelijkheid om de veiligheid van de Staat te beschermen moest worden beantwoord, maar geenszins mogt getoetst worden aan het bestaan van internationale verplichtingen.”³¹¹ Als criteria werden geformuleerd dat het gaat om buitengewoon ernstige vergrijpen of dat de veiligheid van de staat in geding is.

In de Memorie van Toelichting op artikel 5 Sr wordt gesteld dat het leidend denkbeeld zou moeten zijn dat rechtsmacht wordt gevestigd over misdrijven van een zodanig gewicht dat het wenselijk is dat daarvoor ook uitlevering zal kunnen worden gevraagd en toegestaan.³¹² Het Rapport aan den Koning verwijst naar artikel 2 Uitleveringswet van 1875.³¹³ Dit artikel bevatte destijds een lijst van delicten waarvoor uitlevering mogelijk was. In elk geval geeft de regering hier een belangrijk uitgangspunt aan. Het strafwetboek dient niet de uitleveringswet te volgen maar de uitleveringswet het strafwetboek. Ook het Advies van de Raad van State duidt in die richting omdat hij verwijst naar de Uitleveringswet van 1875 en een voorbeeld geeft van een feit waarvoor geen uitlevering mogelijk is. De uiteindelijk gekozen oplossing spoort met die van de toen gebruikelijke lijsten in uitleveringsverdragen. Er was enige overeenkomst tussen de delicten waarvoor extraterritoriale rechtsmacht bestond en die waarvoor uitlevering mogelijk was.³¹⁴ Dit werd mede verklaard door de noodzakelijke afstemming van het grondwettelijke verbod op uitlevering van Nederlanders met de mogelijkheid hen voor in het buitenland gepleegde feiten te vervolgen.

Bijna een eeuw lang waren de rechtsmachtbepalingen een rustig bezit. In de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw leidde de uitbreiding van rechtsmacht tot debatten in de kamer over de noodzaak ervan.³¹⁵ De kamer verzette zich in de regel tegen uitbreiding en de regering kwam ter ondersteuning van de noodzaak veelal niet verder dan dat Nederland ertoe volkenrechtelijk verplicht was. In de jaren 90 is rechtsmacht niet een thema waarop veel discussie in het parlement plaatsvindt. De meeste verdragen met uitbreiding worden stilzwijgend goedgekeurd. De kamer heeft zijn verzet tegen uitbreiding opgegeven. Kamer en regering zitten op één lijn. Vanaf 11 september 2001 komt vanuit het parlement veelvuldig de vraag om ruimere rechtsmacht. Terughoudendheid wordt uiterst zeldzaam.³¹⁶ Het is evenzeer duidelijk dat er kamerbrede steun is voor een forse investering in opsporing en vervolging van

³¹⁰ Smidt, deel I, p. 124. Zie voorts M. Teengs Gerritsen, Jurisdiction, in: Swart and Klip, *International Criminal Law in the Netherlands*, Freiburg im Breisgau 1997, p. 49-73.

³¹¹ Smidt, deel I, p. 132.

³¹² Smidt, deel I, p. 140.

³¹³ Smidt, deel I, p. 142.

³¹⁴ In beginsel werd slechts rechtshulp verleend met betrekking tot feiten en verdachten waarover de Nederlandse strafwet zich niet uitstreckte. Zie ook Rüter en Swart, p. 269.

³¹⁵ De Raad van State legt die grens bij 1983-1984, zie Kamerstukken II, 2001/2002, 28030 (R1701), A, p. 2.

³¹⁶ Zo stelde de regering zonder nadere motivering dat uitbreiding van de rechtsmacht niet nodig was ten aanzien van de niet verplichtende bepaling van artikel 15 VN-verdrag met betrekking tot Transnationale Georganiseerde Misdad. Kamerstukken I/II, 2003/2004, 29512, A en nr. 1, p.11.

internationale misdrijven.³¹⁷ De huidige Minister van Justitie kondigt regelmatig nieuwe uitbreidingen van de rechtsmacht aan.

Na deze algemene schets van het Nederlandse rechtsmachtrecht zullen de beginselen worden besproken in de volgorde waarin zij in het wetboek zijn opgenomen. Daarbij zullen ook de sedert de invoering plaatsgevonden ontwikkelingen worden meegenomen.

2.2.2. Vlaggebeginsel (art. 3 Sr)

Bereik strafbare feiten: alle strafbare feiten

Bereik daders: een ieder

Het vlaggebeginsel doet, evenals het territorialiteitsbeginsel de werking van de strafwet uitstrekken over alle strafbare feiten die aan boord van een Nederlands vaartuig worden begaan. Dat zijn zowel misdrijven als overtredingen. De uitbreiding met schepen wordt gezien door de wetgever als een logisch uitvloeisel van artikel 2, of zoals de Engelsen het aanduiden: “ships are floating islands.”

Uit de kamerstukken blijkt dat de opnemings van artikel 3 een wijziging vormde ten opzichte van het tot dan toe bestaande recht dat een Nederlandse vaartuig interpreteerde als Nederlands grondgebied. Een afzonderlijke bepaling werd echter nodig geacht. Uit het advies van de Raad van State spreekt de wens te voorkomen dat geen rechtsmacht zou bestaan.³¹⁸ De regering ziet voor het geval Nederlandse schepen zich in buitenlandse havens bevinden, slechts ruimte voor uitoefening van het vlaggebeginsel (destijds ook wel genoemd het beginsel van exterritorialiteit) indien de locus-staat de strafrechtspleging niet of niet behoorlijk uitoefent.³¹⁹ In antwoord op vragen in de Eerste Kamer gaf de regering aan dat zij dit primaat van de havenstaat niet in de rechtsmachtbepaling zelf zou willen uitdrukken, omdat het vrij staat rechtsmacht niet te gebruiken.

Er is geen praktijk van toepassing van dit beginsel waargenomen.

2.2.3. Universaliteitsbeginsel (ongeclausuleerd) (Art. 4 Sr)

Bereik strafbare feiten: zeer diverse selectie

Bereik daders: een ieder

Artikel 4 is oorspronkelijk geformuleerd als een vorm van onbeperkte universaliteit. Bij invoering was artikel 4 beperkt tot enkele delicten, zonder voorwaarde van dubbele strafbaarheid of van aanwezigheid van de verdachte of welke voorwaarde dan ook.³²⁰ Dubbele strafbaarheid was volgens de regering niet noodzakelijk bij deze

³¹⁷ Zie bijvoorbeeld de zeer activistische houding van de kamer in het Verslag van een Algemeen Overleg van 4 november 2009, Kamerstukken II, 2009/2010, 32123 VI, nr. 18.

³¹⁸ Smidt, deel I, p. 125.

³¹⁹ Smidt, deel I, p. 126.

³²⁰ Artikel 4 verwees bij invoering in 1886 naar de misdrijven tegen de staatsveiligheid, valsemunterij en vervalsing van andere waardepapieren en slavenhandel en piraterij.

delicten. Zij stelde terzake: “De strafbaarheid van die misdrijven, waar en door wien ook gepleegd, volgens de wet van het land waar de schuldige zich bevindt, wordt algemeen aangenomen.”³²¹

De Raad van State stelde in zijn opmerkingen naar aanleiding van het wetsvoorstel de vraag, onder verwijzing naar bewijsmoeilijkheden, of universele rechtsmacht ten aanzien van de slavenhandel en zeeroof, niet te ver zou gaan.³²² De regering kwam aan de bezwaren van de Raad tegemoet door de rechtsmacht te beperken tot Nederlandse schepen.

De Tweede Kamer liet zich evenmin meteen overtuigen en wenste een forse beperking van de universele rechtsmacht. Vreemdelingen zouden alleen vervolgd moeten kunnen worden voor delicten die het karakter van hoogverraad hebben en Nederlanders slechts voor hoogverraad en misdrijven waarvoor de dubbele strafbaarheid geldt. Vreemdelingen zouden uitsluitend vervolgd kunnen worden voor feiten die vatbaar zijn voor uitlevering.

Het oorspronkelijk regeringsontwerp voorzag in een artikel dat het tweegevecht binnen het bereik van de Nederlandse strafwet bracht, ook indien buiten ‘slands gepleegd. Vereiste aanknopingspunten waren een Nederlandse partij of het feit dat partijen zich opzettelijk voor het houden van het tweegevecht naar het buitenland hebben begeven.³²³ Hierop kwam zowel van de Raad van State als van de Tweede Kamer kritiek. Daarop liet de minister het artikel vallen omdat de bedoeling reeds door artikel 5 zou worden bestreken.

In de kamer komen regelmatig discussies voor over de vraag of (on)geclausuleerde universele rechtsmacht gewenst is. Uit de gedachtewisseling valt niet op te maken of alle deelnemers in de kamer beseffen dat universele rechtsmacht in verschillende verschijningsvormen bestaat; zowel in ongeclausuleerde als in geclausuleerde vorm. De indruk bestaat dat universaliteit als één geheel wordt gezien.

De ongeclausuleerde universaliteit is thans weer te vinden in de volgende onderdelen van artikel 4:

- 1, met betrekking tot diverse staatsgevaarlijke misdrijven;
- 2, met betrekking tot opruiing en onttrekking aan de opsporing met betrekking tot de staatsgevaarlijk misdrijven van sub 1;
- 3, met betrekking tot valsemunterij;³²⁴
- 4, met betrekking tot staatschuldbrieven;³²⁵

³²¹ Smidt, deel I, p. 129.

³²² Die discussie werd in de Tweede Kamer opnieuw gevoerd naar aanleiding van een nota van het lid Lenting, zie Smidt deel I, p. 132 en 133. Uit die nota blijkt helder dat men rechtsmacht over hoogverraad en slavenhandel te ver vindt gaan. In deze nota ontbreekt echter enige aanduiding van de reden waarom rechtsmacht in casu te ver zou gaan.

³²³ Smidt, deel I, p. 145-146.

³²⁴ Welke delicten dit precies betreft is niet nader gespecificeerd. De Memorie van Toelichting bevat hierover niets. Dit roept de vraag op wat de gevolgen hiervan zijn voor nadien ingevoerde strafbare feiten in de financiële sfeer, vallen die daarmee automatisch onder de universele rechtsmacht? Zie voorts de Bijlage 4.

³²⁵ Welke delicten dit precies betreft is niet nader gespecificeerd. De Memorie van Toelichting bevat hierover niets. Dit roept de vraag op wat de gevolgen hiervan zijn voor nadien ingevoerde strafbare feiten in de financiële sfeer, vallen die daarmee automatisch onder de universele rechtsmacht? Zie voorts Bijlage 4.

- 5, met betrekking tot namaken van zegels en merken,³²⁶ kaping (zee en lucht), zich voordoen als Nederlands schip, misbruik van extraterritoriale strafvordering;
- 6, met betrekking tot meened voor een internationaal gerecht.

Opvallend is dat er met betrekking tot de ongeclausuleerde universele rechtsmacht nauwelijks misdrijven zijn toegevoegd sedert de invoering van het wetboek. Daarentegen zijn tal van misdrijven in geclausuleerde vorm toegevoegd.

De praktijk is zuinig ten aanzien van de vervolging van ongeclausuleerde universaliteit. Bij de bestrijding van piraterij voor de kust van Somalië werden gevangen genomen piraten eind december 2009 weer vrijgelaten omdat Nederland hen niet wilde vervolgen.³²⁷ Dit handelen is merkwaardig omdat het bij aangehouden piraten gaat om verdachten die op heterdaad zijn aangehouden op of bij een schip. Daarmee is het bewijs van het feit in de regel betrekkelijk eenvoudig te leveren en zijn de verdachten aangehouden. In dat licht is vrijlating van de betrokkenen, overdracht ter fine van vervolging aan Kenia of de Seychellen,³²⁸ dan wel de oproep tot een internationaal piratentribunaal, zoals bij monde van de Minister van Buitenlandse Zaken onlogisch.

De werkelijke redenen liggen schijnbaar op een niet-strafrechtelijk vlak. De vrees bestaat inmiddels dat piraten na berechting in Nederland en eventueel uitzitten van de straf niet meer kunnen worden uitgezet.³²⁹ Nederland zit momenteel met tal van zogenaamde 1f-ers in zijn maag. Deze mensen worden verdacht van betrokkenheid bij internationale misdrijven en op grond daarvan wordt hen de vluchtelingenstatus ontzegd. De verdenking is echter ontoereikend om tot vervolging over te gaan. Uitzetting is niet mogelijk omdat er geen veilig land is dat hen zou willen opnemen. Er is inmiddels een vijftiental klachten tegen Nederland aanhangig gemaakt bij het EHRM, dat in enkele gevallen al voorlopige maatregelen tegen Nederland heeft uitgevaardigd, die Nederland verbieden de betrokkene uit te zetten. Hiermee wordt tevens, zij het indirect, het belang van de opportuniteit van de vervolging van buiten Nederland gepleegde misdrijven aan de orde gesteld. De opportuniteit van vervolging wordt later afzonderlijk gethematiseerd.

³²⁶ Is dat nog afzonderlijk te rechtvaardigen in het licht van sub 3?

³²⁷ Zie Brief van de Regering aan de Tweede Kamer, Kamerstukken II, 2009/2010, 29251, nr. 131, p. 2: "Berechting in Nederland was weliswaar op zichzelf mogelijk – Nederland heeft universele rechtsmacht als het gaat om piraterij – maar lag niet in de rede omdat er – behalve de vastneming door de Nederlandse marine – geen direct Nederlands belang of aanknopingspunt bestond."

³²⁸ De EU sloot met die landen overeenkomsten. Briefwisseling tussen de Europese Unie en de Republiek der Seychellen betreffende de voorwaarden en nadere bepalingen voor de overdracht door EUNAVFOR aan de Republiek der Seychellen van personen die worden verdacht van piraterij of gewapende roofovervallen en voor de behandeling van deze personen en goederen na de overdracht, PB 2009, L 315/37; Briefwisseling tussen de Europese Unie en de regering van Kenia betreffende de voorwaarden en nadere bepalingen voor de overdracht door EUVNAVFOR aan Kenia van personen die verdacht worden van piraterij, en die worden vastgehouden door de door de Europese Unie geleide zeemacht (EUNAVFOR), alsmede van in beslag genomen goederen die in handen zijn van EUNAVFOR, en voor de behandeling van deze personen en goederen na de overdracht, PB 2009, L 79/49.

³²⁹ Zie de casus van een Congolees die wegens in Congo gepleegde foltering veroordeeld, Rb Rotterdam, 7 april 2004, AO7178. Nadat hij zijn straf had uitgezeten werd hij als ongewenst vreemdeling in Nederland aangetroffen en daarvoor veroordeeld, HR 1 december 2009, BI5627.

2.2.4. Universaliteitsbeginsel (geclausuleerd)

2.2.4.1. Algemene aspecten van rechtsmacht

Bereik strafbare feiten: zeer diverse selectie

Bereik daders: een ieder

Universele rechtsmacht in geclausuleerde vorm is in artikel 4 voor het eerst opgenomen met de uitvoering van de eerste kapingverdragen van 1968 en 1971. De rechtsmacht wordt hier geclausuleerd genoemd indien buiten het plegen van een strafbaar feit een nadere voorwaarde wordt gesteld. Er bestaan verschillende clausuleringen: dubbele strafbaarheid; verblijf verdachte in Nederland; een geweigerd uit- of overleveringsverzoek; Nederlands slachtoffer; landingsplaats vliegtuig in Nederland.³³⁰

De geclausuleerde vorm van het universaliteitsbeginsel is weer te vinden in de volgende onderdelen van artikel 4:

- 7, met betrekking tot veiligheid luchtvaart;
- 8, met betrekking tot veiligheid zeevaart;
- 9, met betrekking tot omkoping van Nederlandse ambtenaren;
- 10, met betrekking tot omkoping door Nederlandse ambtenaren;
- 11, met betrekking gijzeling om de Nederlandse regering te dwingen;
- 12, met betrekking tot diplomaten;
- 13, met betrekking tot terroristische misdrijven (Verdrag terroristische bomaanslagen, Trb. 1998, 84);
- 14, met betrekking tot terroristische misdrijven (Verdrag financiering terrorisme, Trb. 2000, 12);
- 15, met betrekking tot terroristische misdrijven als bedoeld in artikel 83;
- 16, met betrekking tot voorbereiding van terroristische misdrijven als bedoeld sub 15;
- 17, met betrekking feiten rond kernmateriaal;
- 18, met betrekking nucleair terrorisme.

De in de kamerstukken gehanteerde etiketten van universele rechtsmacht zijn, op zijn zachtst gezegd, dikwijls misleidend. Zo wordt de term “onbepaalde rechtsmacht” geplakt op geclausuleerde vormen. Deze rechtsmachtsgrondslag wordt door de regering thans *secundaire universele rechtsmacht* genoemd. Een term die, voorzover kan worden nagegaan sedert 2001 wordt gebezigd.³³¹ In de literatuur wordt die terminologie, voorzover te overzien, niet gevolgd. Zij geeft nadrukkelijk de boodschap mee dat Nederland zich terzake van deze strafbare feiten op deze grondslag niet als eerst geroepene beschouwt. Als reden voor geclausuleerde universaliteit wordt genoemd dat er nog geen sprake is van een aanvaarding van onbepaalde universaliteit. Weliswaar wordt erkend dat het niet als volledig verwerpelijk wordt beschouwd, omdat er een algemene behoefte bestaat om een bepaalde vorm van onaanvaardbaar gedrag niet onbestraft te laten.³³²

³³⁰ De wet van 26 november 2009, Stb. 2009, 525, doet enkele van deze clausules vervallen.

³³¹ Kamerstukken II, 2001/2002, 28030 (R 1701), nr. 3, p. 4.

³³² Kamerstukken II, 1985/1986, 18437, nr. 6, p. 4 en 5.

In de jaren tachtig van de vorige eeuw stelde de Minister van Justitie terzake van rechtsmacht: “Uit het voorgaande volgt ook, dat een verplichting tot het vestigen van rechtsmacht op grond van een zwak jurisdictiebeginsel als een universaliteitsbeginsel alleen maar een rechtsvaardiging (*sic*) vindt als vaststaat dat alle staten gelijkelijk belang hebben bij de bestrijding van onder de werking van dit beginsel te brengen strafbare feiten en steeds tot samenwerking bij die bestrijding bereid zullen zijn. Het valt niet te miskennen dat het sterk van de aard van zulke strafbare feiten afhangt of hiervan sprake is. Hoe meer zulke feiten doorweven zijn met politieke elementen, des te minder zal dat het geval zijn en des te minder is dan van vervolgingen op grond van een ongeclausuleerd universaliteitsbeginsel te verwachten. Wil men dan toch bewerkstelligen, dat de daders van zulke feiten althans nog zo min mogelijk de kans hebben aan een vervolging en berechting te ontkomen, dan is het doorgaans beter staten slechts te verplichten tot het overwegen van een vervolging als hun daarom door een andere staat, met sterkere jurisdictieaanspraken, uitdrukkelijk wordt verzocht of als zij die sterkere jurisdictieaanspraken niet kunnen honoreren doordat zij een verzoek om uitlevering (moeten) afwijzen. In die gevallen kan men zeggen dat de vervolgende staat de rechtsmachtaanspraken van de andere staat waarneemt en spreekt men wel van het waarnemingsbeginsel. Dit beginsel kent bij voorbeeld het Europees Verdrag tot bestrijding van terrorisme (Trb. 1977, 63).”³³³

Bij gelegenheid van de goedkeuring van de Protocollen van 1977 bij de Rode Kruisverdragen van Genève werd door de regering geconstateerd dat de vier Geneefse verdragen van 1949 partijen de verplichting opleggen om over ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht universele jurisdictie te vestigen. De verplichting tot strafbaarstelling van ernstige inbreuken vloeit rechtstreeks uit de verdragen voort. Daarmee kwam een einde aan het repressiemechanisme van volkenrechtelijk gewoonterecht in combinatie met nationale strafbaarstellingen. Degene die op bevel een oorlogsmisdrijf pleegt blijft daarvoor individueel verantwoordelijk.³³⁴ Artikelen 3 en 8 van de Wet Oorlogsstrafrecht 1952 kennen de Nederlandse rechter universele competentie toe bij schending wetten en gebruiken oorlog. Er rezen in de kamer vragen met betrekking tot de vereiste band met Nederland: 1. Beperkt artikel 85 eerste Aanvullend Protocol deze bevoegdheid? Is de Nederlandse rechter bevoegd in zaken van personen die a) ingezetene zijn van een land waarmee Nederland niet in oorlog is en die geen partij is, b) ingezetene van een land dat wel partij is, maar waarmee Nederland niet in een staat verkeerd ex artikel 2 Geneefse verdragen 1949?³³⁵

Bij de behandeling van een wetsvoorstel over ambtelijke corruptie laat de regering de Nederlandse band met het feit of dader zwaarder wegen dan de ernst van het feit op zich. Wanneer Nederlandse rechtsmacht over corruptie door niet-Nederlanders op niet-Nederlandse ambtenaren niet wordt uitgebreid, zal de vervolging hiervan dan in concreto toch worden bevorderd, bijvoorbeeld in het land van herkomst, zo werd in de kamer gevraagd? Zo ja, welke inspanningen?³³⁶ De regering zag niets in rechtsmacht over actieve corruptie door niet-Nederlanders op niet-Nederlandse ambtenaren buiten Nederlands grondgebied.

³³³ Kamerstukken II, 1983/1984, 18435 (R1259), nrs. 1-3, p. 7.

³³⁴ Kamerstukken II, 1983/1984, 18277, nr. 3, p. 42.

³³⁵ Kamerstukken II, 1984/1985, 18277, nr. 5, p. 1.

³³⁶ Kamerstukken II, 1999/2000, 26468, nr. 4, p. 4.

In 2001 kwam met betrekking tot terrorisme als reden voor universaliteit naar voren dat aldus kan worden voorkomen dat terroristen zich aan strafvervolging weten te onttrekken door te vluchten. Bovendien kon worden voorkomen dat de staat een veilige haven wordt voor daders.³³⁷ In beginsel dient men volgens de regering met universaliteit terughoudend om te gaan en kan hiervan uitsluitend worden afgeweken, indien het karakter van door een verdrag bestreken gedragen hiertoe aanleiding geeft. Het gaat hier om “offences of universal concern.” De noodzaak om universele rechtsmacht te beperken wordt beargumenteerd vanuit de zwakte van de aanspraak, het gevaar van jurisdictiegeschillen, alsmede de complexiteit van de bewijsvergaring. Deze terughoudendheid heeft bij de regering letterlijk tot 11 september 2001 geduurd.³³⁸ Nog in de oorspronkelijke Memorie van Toelichting bij de goedkeuring van het verdrag inzake de bestrijding van terroristische bomaanslagen was de regering uiterst terughoudend.³³⁹ Nadat de Raad van State in zijn Advies van 7 september 2001 de regering in overweging gaf die terughoudendheid te laten varen, ging de regering in haar Nader rapport van 1 oktober 2001 onmiddellijk overstag.³⁴⁰

De regering stelde dat ten aanzien van kapingverdragen niet voor beperking van de rechtsmacht is gekozen, vanwege de “hoge graad van mobiliteit van de objecten van het misdrijf, de willekeur waarmee de plaats van het delict kan worden gekozen en verplaatst, het ontbreken van prioritaire rechtsmachtaanspraken in gevallen waarin dergelijke aanslagen op volle zee plaatsvinden en de massaliteit en daardoor multinationaliteit van de slachtoffers.”³⁴¹ Voorts worden genoemd de internationale rechtsontwikkeling, de toenemende ernst van ernstige misdrijven en het effect ervan in de internationale verhoudingen als factoren die spreken voor een ruime rechtsmacht.³⁴² De formulering in de Memorie van Toelichting is ongekend sterk: de belangenafweging kan maar één kant uitgaan en voor terughoudendheid is geen plaats meer.³⁴³ Dat ligt echter anders ten aanzien van delicten, zoals de bescherming van VN-personeel, die geen terroristische karakter dragen.³⁴⁴

Alhoewel deze bezwaren eigenlijk onverminderd gelden ten aanzien van elke vervolging van buiten Nederland gepleegde misdrijven, ook die met een sterke aanspraak, wordt hier een nieuwe grondslag genoemd die zich richt op de verschijningsvorm van het feit. De delicten waar het over gaat (aanslagen, kapingen etc.) kenmerken zich door een “willekeur waarmee de plaats van het delict kan worden gekozen en verplaatst, het feitelijk ontbreken van prioritaire rechtsmachtaanspraken in gevallen waarin dergelijke aanslagen op volle zee

³³⁷ Kamerstukken II, 2001/2002, 28030 (R 1701), A, p. 2. Een reden ook al genoemd door de CDA-fractie in 1984. Zie Kamerstukken II, 1984/1985, 18435/18436, nr. 5, p. 3.

³³⁸ Al hoewel de regering, toen zij daar in de Eerste Kamer letterlijk naar werd gevraagd, het oorzakelijk verband in het midden liet. Kamerstukken I, 2001/2002, 28028 enz., nr. 137b, p. 2.

³³⁹ Kamerstukken II, 2001/2002, 28029 (R 1700), A.

³⁴⁰ Kamerstukken II, 2001/2002, 28029 (R 1700), B.

³⁴¹ Kamerstukken II, 2001/2002, 28030 (R 1701), A, p. 4.

³⁴² Kamerstukken II, 2001/2002, 28030 (R 1701), nr. 3, p. 6.

³⁴³ Zie ook de leden van de PvdA-fractie: “Bij misdrijven van deze ernst en aard (evenals bij oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de menselijkheid en foltering) behoort volgens deze leden ongeclausuleerde secundaire universele rechtsmacht regel te zijn!” Zie Kamerstukken II, 2001/2002, 28029 (R 1700), nr. 4, p. 6.

³⁴⁴ Kamerstukken II, 2001/2002, 28028, nr. 5, p. 5.

plaatsvinden en de massaliteit en daardoor multinationaliteit van de slachtoffers.”³⁴⁵ Ongeclausuleerde jurisdictie in verdragen over luchtpiraterij ligt derhalve besloten in het karakter van deze delicten. Ongeclausuleerde jurisdictie met betrekking tot delicten met kernmateriaal werd ongewenst geoordeeld en er wordt dan door Nederland ook een voorbehoud gemaakt. Nederland had zich er tijdens de verdragsonderhandelingen zonder succes tegen verzet.³⁴⁶

In 2007 werd de voorkeur voor geclausuleerde universele rechtsmacht als volgt gemotiveerd: “Aan de keuze voor onbeperkte secundaire universele rechtsmacht is voorafgegaan een afweging van enerzijds het belang dat een verdachte van een misdrijf dat valt onder het desbetreffende verdrag niet kan ontkomen aan vervolging en berechting en anderzijds het belang dat voorkomen wordt dat een verdragsstaat zonder primaire rechtsmacht een vergaarbak³⁴⁷ wordt van personen die niet worden vervolgd en berecht door een verdragsstaat die daartoe op grond van primaire rechtsmacht als eerste geroepen is.”³⁴⁸ Het ontbreekt aan enige verwijzing naar gevallen waar in de praktijk blijkt dat een dergelijk gevaar zich zou voordoen. In wezen wordt hier de opportuniteit van de vervolging als rechtsmachtvoorwaarde verpakt. Dit doet de vraag rijzen of, indien de opportuniteit het leidende motief is voor de uitoefening van Nederlandse rechtsmacht, dit niet zijn weerslag dient te krijgen in de beoordeling van de opportuniteit van vervolging van gedragingen waarover in beginsel rechtsmacht bestaat.

Vastgesteld moet worden dat de terughoudendheid van weleer, mede ingegeven door de wens buiten internationale brandhaarden en andere gebeurtenissen die Nederland niet aangaan te blijven, plaats heeft gemaakt voor de vrees dat ernstige misdrijven worden begaan die niet onder de werking van enige strafwet zouden kunnen vallen. Het voorkomen van negatieve rechtsmacht is het leidende beginsel geworden.³⁴⁹ Dat roept de vraag op waarom niet voor ongeclausuleerde universaliteit wordt gekozen?

Samenvattend wordt in 2007 in de Memorie van Toelichting op het wetsontwerp tot intrekking van enkele voorbehouden bij multilaterale verdragen gesteld: “Rechtsmachtaanspraken die geen aanknopingspunt hebben bij de locus delicti noch bij de nationaliteit van de dader, gaan zeer ver en zijn tegelijkertijd zeer zwak. Een gevaar van het vestigen van universele rechtsmacht is dat meer staten over hetzelfde feit op grond van verschillende rechtsmachtbeginselen rechtsmacht kunnen

³⁴⁵ Kamerstukken II, 2007/2008, 31539 (R 1865), nr. 3, p. 3. Zie echter ook al Kamerstukken II, 1989/1990, 21625, nr. 3, p. 2-3.

³⁴⁶ Kamerstukken II, 1984/1985, 18436, nr. 6, p. 1 e.v.

³⁴⁷ Over het argument van de vergaarbak werd in het verleden anders geoordeeld. In de Eerste Kamer werden de volgende vragen gesteld: 1. Kan nader worden uiteengezet waarom op p. 8 van de MvT wordt gesproken van een negatief jurisdictiegeschil waarin een staat van de hem toekomende sterkere rechtsmacht geen gebruik maakt zodat een staat met een zwakkere jurisdictie tot activering hiervan zal moeten overgaan? 2. Zal Nederland een aanzuigende werking tot vreemde personen bewerkstelligen indien het universaliteitsbeginsel niet wordt toegepast? Zie Kamerstukken I, 1986/1987, 18437, nr. 148, p. 3. De Minister verwees voor de eerste vraag terug naar de Memorie van Toelichting en antwoordde op de tweede vraag dat het niet opnemen van universaliteit geen aanzuigende werking zal hebben aangezien dit niet betekent dat de betreffende personen vrijelijk in Nederland zouden mogen verblijven. Er bestaat nog steeds een uitzettingsbevoegdheid. Zie Kamerstukken I, 1986/1987, 18437, nr. 148a.

³⁴⁸ Kamerstukken II, 2007/2008, 31539 (R 1865), nr. 3, p. 4.

³⁴⁹ “het feitelijk ontbreken van prioritaire rechtsmachtaanspraken.” Zie Kamerstukken II, 2007/2008, 31359 (R1865), nr. 3, p.3.

uitoefenen. Het gevolg hiervan is dat de betrokkene aan meervoudige vervolging en berechting kan worden onderworpen, terwijl het internationale strafrecht er juist mede op is gericht rechtsmachtverschillen te voorkomen. Daarnaast kan het vergaren van voldoende bewijs voor een succesvolle vervolging in het land zonder primaire rechtsmacht moeizaam zijn. Gelet op die bezwaren is ten aanzien van de voornoemde verdragen en protocollen bepaald dat het Koninkrijk slechts is gebonden aan de verplichting tot het uitoefenen van secundaire universele rechtsmacht voor de gevallen dat het van een partij een verzoek om uitlevering heeft ontvangen en het dit verzoek heeft afgewezen. (...) Door deze beperkte secundaire universele rechtsmacht kon naar het oordeel van de wetgever het doel van deze verdragen en protocollen, namelijk dat daders niet aan vervolging kunnen ontkomen door naar het grondgebied van een andere verdragspartij te vluchten, worden bewerkstelligd, terwijl tevens de kansen op rechtsmachtgeschillen aanzienlijk konden worden beperkt.”³⁵⁰

De vraag of een rechtsmachtbepaling geclausuleerd is of niet, kwam enkele malen aan de orde met betrekking tot artikel 5 Uitvoeringswet Folteringverdrag. In een beklagzaak tegen de Israëliëse minister Ayalon volgde het Hof 's-Gravenhage voor de uitleg van artikel 5 Uitvoeringswet Folteringverdrag de HR in Bouterse en nam een aanwezigheidsvereiste aan.³⁵¹ In de Boutersezaak ging het om een verdachte die niet aanwezig was. De slotparagraaf van het arrest Bouterse wordt gekleurd door de vaststelling van de HR dat de wetgever bij de redigering van artikel 5 van de Uitvoeringswet niet verder heeft willen gaan dan waartoe Nederland is gehouden op grond van artikel 5 van het Folteringverdrag.³⁵² In zijn Conclusie in de Boutersezaak geeft AG Keijzer in par. 123 diverse voorbeelden van bepalingen die model hebben gestaan voor het bewuste artikel 5 van het Folteringverdrag. Deze voorlopers gebruiken niet-juridische en feitelijke terminologie om de relatie tussen rechtsmacht en aanwezigheid te duiden: “present in the territory”. De HR negeert hier dat het destijds de opzet van de wetgever was om juist de interpretatiekwesties van het onduidelijk geredigeerde artikel 5 van het verdrag te vermijden. Dat was één van de redenen om artikel 5 van de Uitvoeringswet ongeclausuleerd, dat wil zeggen zonder enige (aanwezigheids-) voorwaarde, te formuleren.³⁵³ De ongeclausuleerde rechtsmachtgrondslag vormt ook de verklaring dat de aut dedere aut judicare-bepaling, die bij vergelijkbare verdragen er voor zorgt dat een geweigerd verzoek tot uitlevering meteen wordt omgezet in een aanvaard verzoek tot overdracht van strafvervolging in de zin van art. 552hh Sv bij de implementatie van het Folteringverdrag achterwege is gebleven.³⁵⁴ De lijst van artikel 552hh Sv is van belang in verband met de rechtsmachtgrondslag van artikel 4a Sr.³⁵⁵ Het Folteringverdrag van 1984 is niet op de lijst van artikel 552hh Sv opgenomen, omdat de bevoegdheid van Nederland tot strafvervolging terzake van foltering al bestond ten aanzien van een ieder, immers had de wetgever de rechtsmacht van artikel 5

³⁵⁰ Kamerstukken II, 2007/2008, 31539 (R 1865), nr. 3, p. 2.

³⁵¹ Hof 's-Gravenhage 26 oktober 2009, NJ 2010, XY. OPZ

³⁵² Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing, Trb. 1985, 69, inwerkingtreding 20 januari 1989.

³⁵³ Kamerstukken II, 1986-1987, 19617 (R 1312), nr. 8, p. 4-5. Zie ook N.J. Schrijver en J. Reijntjes in hun noot onder het Bouterse arrest NJ 2002, 559.

³⁵⁴ Zie Y.G.M. Baaijens-van Geloven, Overdracht en overname van strafvervolging, Arnhem 1996 (diss. Tilburg), p. 409-417, met name noot 3 op p. 412.

³⁵⁵ Met de beperking van de ongeclausuleerde rechtsmacht in de WIM is het gevolg daarvan voor aut dedere aut judicare niet opgemerkt. Artikel 552hh Sv had bij de invoering van de WIM dan tenminste moeten worden aangevuld met het Folteringverdrag.

Uitvoeringswet ongeclausuleerd bedoeld. Nu de rechtspraak de rechtsmacht geclausuleerd heeft gemaakt is een gat ontstaan in de verplichtingen op grond van het Folteringverdrag. Dit is voortgezet in artikel 2 WIM, dat de geclausuleerde rechtsmacht gelijkelijk tot regel verheft voor alle internationale misdrijven.

De vraag rijst of die clausulering van de rechtsmacht niet moet worden aangemerkt als een bepaling die gunstiger is voor de verdachte en niettegenstaande de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever moet worden aangemerkt als een gewijzigd inzicht in de zin van artikel 1 lid 2 Sr. Dit lijkt echter niet het geval nu de Minister van Justitie recentelijk heeft voorgesteld ten aanzien van een ander delict, genocide, de rechtsmacht met terugwerkende kracht uit te breiden, zonder dat dit zich zou verzetten tegen het legaliteitsbeginsel.³⁵⁶

Van de meeste clausules kan het feitelijk belang bij gebrek aan praktijkgevallen niet worden vastgesteld. Ten aanzien van de eis van dubbele strafbaarheid valt moeilijk voor te stellen dat deze nog een probleem zou kunnen vormen, omdat de meeste delicten ingevolge verdragen en kaderbesluiten strafbaar moeten worden gesteld door alle verdragspartijen en het gaat om zeer ruim geratificeerde verdragen. Met betrekking tot twee clausules valt iets meer te zeggen. De eerste betreft de aanwezigheidseis in Nederland. Hierop is enige praktijk, die hieronder wordt besproken. Ten tweede de vervolgingsplicht na een geweigerd uitleveringsverzoek. Hierop is weliswaar geen enkele praktijk, maar de rechtsfiguur geeft steeds aanleiding tot discussie in het parlement.

2.2.4.2. *Aanwezigheid verdachte in Nederland*

Wat betekent “bevinden” in de zin van artikel 4 Sr of artikel 2 WIM? Deze vraag stond centraal in de beklagprocedure die door het Hof ‘s-Gravenhage werd beslist.³⁵⁷ Kort voor zijn bezoek aan Nederland werd tegen de Israëliische Minister Ayalon op 16 mei 2008 aangifte gedaan wegens foltering.³⁵⁸ Nadat de Minister het land weer had verlaten besloot het Openbaar Ministerie om geen vervolging in te stellen. Daartegen richt zich het beklag dat door het Hof wordt afgewezen. Het belang van deze beslissing bestaat uit de potentiële gevolgen voor de vraag of Nederland wel of niet beschikt over rechtsmacht over feiten die buiten Nederland zijn begaan. De door het Hof gekozen lijn maakt Nederlandse rechtsmacht, die gegrond is op “het zich in Nederland bevinden” van de verdachte, tot een zuiver theoretisch concept zonder enige kans op daadwerkelijke uitoefening.

De kernvraag is wanneer is er Nederlandse rechtsmacht op de grond dat de verdachte zich in Nederland bevindt?³⁵⁹ Het Hof begint er mee te stellen dat “op zich het zich in Nederland bevinden van de verdachte voldoende grond kan zijn voor het vestigen van rechtsmacht, zonder dat daartoe aanhouding van de verdachte een noodzakelijk vereiste is.” Hierin schemert een wat onzekere visie op rechtsmacht door. Rechtsmacht zou gevestigd *kunnen* worden. Dit veronderstelt dat er een afzonderlijk

³⁵⁶ Zie persbericht 6 oktober 2009: Hirsch Ballin zet harder in op vervolging oorlogsmisdadigers.

³⁵⁷ Hof ‘s-Gravenhage, 26 oktober 2009, BK1478, NJ 2010, xy. OPZ

³⁵⁸ Over deze zaak werden kamervragen gesteld. Zie Aanhangsel Handelingen II, 2008-2009, nr. 723.

³⁵⁹ De aanwezigheidseis is sowieso relevant voor alle internationale misdrijven met uitzondering van de foltering begaan voor de inwerkingtreding van de WIM op 1 oktober 2003.

besluit (door OvJ of rechter?) zou moeten worden genomen om ten aanzien van een concrete persoon rechtsmacht te vestigen. Het Hof miskent daarmee dat rechtsmacht door de wet wordt bepaald. De rechter moet slechts vaststellen of de voorliggende situatie valt binnen de wettelijke termen.

Voor het Hof is voor de rechtsmacht relevant of de persoon als verdachte kan worden beschouwd.³⁶⁰ De beklaagde zou al tijdens zijn verblijf in Nederland als verdachte moeten worden aangemerkt. Dit komt neer op een kip-ei redenering die het onmogelijk maakt om opsporingonderzoek te doen waaruit een verdenking zou kunnen resulteren. Immers als er nog geen verdenking is, is er geen rechtsmacht en mag er niet worden opgespoord. Als er geen rechtsmacht is, kan er geen verdenking ontstaan. Het is dan ook geen wonder dat het Hof op grond van de aangifte en de toelichting daarop niet kan vaststellen dat beklaagde al tijdens zijn verblijf in Nederland als verdachte kon worden beschouwd. Die vaststelling moge juist zijn, zij mag echter niet worden gebruikt als voorwaarde voor (“het vestigen van”) rechtsmacht en dat is precies wat het Hof doet.

Niet het redelijk vermoeden van een strafbaar feit schept rechtsmacht, maar het feit dat een persoon op Nederlands grondgebied wordt aangetroffen.³⁶¹ Als de aanwezigheid in Nederland kan worden vastgesteld komt vervolgens aan de orde of die persoon waarover rechtsmacht bestaat als verdachte kan worden beschouwd. Dat hij geen verdachte is betekent niet meer dan dat, maar doet Nederlandse rechtsmacht niet wegvallen. Deze misvatting keert opnieuw terug in overweging 13 alwaar het hof eraan refereert dat het Openbaar Ministerie onvoldoende gronden had om rechtsmacht “te vestigen.” De HR sprak in Bouterse terecht van ‘de vermoedelijke dader’ en koppelde het begrippenapparaat daarmee los van zijn Nederlandse strafvorderlijke context.³⁶²

De wel relevante vraag die door het Hof niet systematisch wordt behandeld is de vraag wanneer de verdachte zich in Nederland bevindt. Wat is *bevinden* in de zin van de wet? Gaat het om een bepaald aantal uren of dagen? Het Hof stelt vast dat beklaagde wel in Nederland heeft verbleven maar niet bevonden. Het Hof gaat hierbij uit van een verkeerde lezing van de HR in Bouterse.³⁶³ In Bouterse ging het om een

³⁶⁰ De wetsgeschiedenis van de WIM heeft mogelijk aanleiding gegeven tot het misverstand. De VVD-fractie had gevraagd om vervanging van “verdachte” door “persoon”. Zonder nadere motivering wenste de regering vast te houden aan de “meer specifiek strafrechtelijke term” verdachte. Zie Kamerstukken II, 2001-2002, 28337, nr. 6, p. 26.

³⁶¹ Zie over de universele rechtsmacht voorts R. van Elst en H. van der Wilt, *Universal Jurisdiction in Criminal Cases in the Netherlands*, 79 *Revue Internationale de Droit Pénal* 2008, p. 341-378.

³⁶² Zie HR 18 september 2001, NJ 2002, 559, par. 8.5. Het arrest werd gewezen na voordracht tot cassatie in belang der wet van de beschikking van het Hof Amsterdam van 20 november 2000, waarbij de vervolging van Bouterse was bevolen.

³⁶³ In de Memorie van Toelichting op de WIM onderkent de regering het karakter van het verblijf in Nederland en de geboden haast: “Doorgaans zal het OM weinig tijd hebben om tot een vervolgingsbeslissing te komen; de persoon om wie het gaat zal immers vaak slechts kort in Nederland blijven, en de inschatting omtrent een succesvolle vervolging zal moeten worden gemaakt voordat tot zijn aanhouding kan worden overgegaan. De beslissing zal derhalve moeten worden gebaseerd op informatie waarover het OM beschikt op het moment waarop de persoon wordt aangetroffen of eventueel een aangifte tegen hem wordt gedaan. Mocht het OM na overweging van deze factoren uiteindelijk besluiten niet tot aanhouding en vervolging over te gaan, dan kan tegen die beslissing op de voet van artikel 12 Sv door belanghebbenden beklag worden gedaan bij het gerechtshof. Dit heeft bijvoorbeeld geleid tot de beschikkingen van het Hof Amsterdam in de zaak van de Decembermoorden van 3 maart en 20 november 2000 (NJ 2000, 266 en 2001, 51), en een eerdere beschikking van dit Hof

verdachte die niet vlak voor of tijdens de aangifte in Nederland aanwezig was. Dat maakt nogal verschil met deze zaak waar de potentiële verdachte in Nederland was. In de zaak Bouterse speelde de vraag of Bouterse in Nederland was geen enkele rol. Daarvoor was in elk geval als reden aanwezig dat de aangiftes die de zaak tegen Bouterse aanzwengelden niet het gevolg waren van het recentelijk signaleren van Bouterse in Nederland. Daarnaast sluit ik niet uit dat de formulering van artikel 5 van de Uitvoeringswet Folteringverdrag, waarin geen aanwezigheidseis wordt gesteld, er debet aan is geweest. Opmerkelijk is toch dat in de hele Boutersezaak niet de vraag werd gesteld of hij tussen 8 december 1982 (na het feit) en de aangifte die leidde tot de beschikking van 20 november 2000 van het Hof Amsterdam wel in Nederland was.³⁶⁴ Uit het arrest blijkt echter dat indien aan de aanwezigheidsvoorwaarde zou zijn voldaan, rechtsmacht over Bouterse zou afketsen op andere gronden.

In de Aanwijzing afdoening aangiften m.b.t. de strafbaarstellingen in de Wet internationale misdrijven,³⁶⁵ wordt gesteld dat de verdachte zich in Nederland dient te bevinden op het moment van aangifte en een eventuele positieve vervolgingsbeslissing. Eisen dat rechtsmacht eerst ontstaat bij aanhouding in Nederland maakt het opnieuw onmogelijk voordien enig opsporingsonderzoek te verrichten waaruit een verdenking zou kunnen resulteren.³⁶⁶ In dit verband is een vergelijking met de Pinochetzaak relevant. Destijds had het Hof Amsterdam wel rechtsmacht aangenomen, maar geen opportuniteit aanwezig geacht.³⁶⁷ Ook in haar rapportage aan het Committee Against Torture (het toezichthoudend orgaan bij het Folteringverdrag) repte de Nederlandse regering met geen woord van een eventuele ontbrekende rechtsmacht, maar concentreerde zich volledig op de septogonden.³⁶⁸ Het Hof Den Haag heeft onvoldoende onderscheiden dat de vraag van rechtsmacht in abstracto dient te worden beantwoord en dan pas die van verdachte in concreto. Met andere woorden, Nederland had onmiskenbaar rechtsmacht, maar het Openbaar Ministerie kon evenzeer op basis van de door klager aangeleverde gegevens inderdaad beslissen geen opsporingsonderzoek, laat staan een vervolging, te entameren.

inzake Pinochet van 4 januari 1995 (niet gepubliceerd; rekestnummer 578/94); in al deze beschikkingen nam het Hof aan, dat het OM in die folteringzaken een zekere beoordelingsruimte toekwam ten aanzien van de wenselijkheid van vervolging.”, Kamerstukken II, 2001/2002, 28337, nr. 3, p. 36.

³⁶⁴ Zo maakte hij in 1990 nog een drietal tussenlandingen op Schiphol. Kamerstukken II, 1990/1991, 20361, nr. 47, p. 2.

³⁶⁵ Staatscourant 22 december 2003, nr. 247, geldigheid verlengd tot 31 december 2011.

³⁶⁶ Rb Rotterdam, 8 februari 2005, AS5609. Zie ook A.H.J. Swart, Universaliteit, in: Iets Bijzonders, Liber Amicorum aangeboden aan Mischa Wladimiroff ter gelegenheid van zijn 30-jarig jubileum als advocaat, p. 254, noot 33. Echter, de regering noemt de aanhouding in de Memorie van Toelichting op artikel 2 WIM wel als relevant moment, zie Kamerstukken II, 2002-2002, 28337, nr. 3, p. 38.

³⁶⁷ Pinochet verbleef destijds van 27 tot en met 28 mei 1994 even in Nederland. Hof Amsterdam 4 januari 1995, rekest 578/94. Zie over de Nederlandse Pinochetzaak: M. Kamminga en M. Tijssen, Pinochet, Nederland en het Verdrag tegen Foltering, NJCM-Bulletin 1995, p. 986-995; A.H. Klip, Strafrechtelijke reactie op ernstige schendingen van mensenrechten in het buitenland, in: C.H. Brants, C.Kelk en M. Moerings, Er is meer, Opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief, Gouda Quint 1996, p. 97-106; C. Ingelse en H. van der Wilt, De zaak Pinochet, Over universele jurisdictie en Hollandse benepenheid, NJB 1996, p. 280-285; A.H. Klip, Komt er een eind aan de nationale strafvervolging van internationale misdrijven?, in: Iets Bijzonders, Liber Amicorum aangeboden aan Mischa Wladimiroff ter gelegenheid van zijn 30-jarig jubileum als advocaat, p. 266-269.

³⁶⁸ Zie Summary Record of the Public Part of the 211th Meeting, Committee Against Torture, CAT/C/Sr.211, 1 May 1995, par. 28.

Het Hof Den Haag refereert aan een argument van het Openbaar Ministerie, dat stelde, met beroep op de wetsgeschiedenis, dat de regering bij invoering van artikel 4 onder 7 Sr het tijdstip dat vervolging wordt ingesteld beslissend achtte. De vergelijking in de wetsgeschiedenis met de criteria voor de toewijzing van de bevoegde Nederlandse rechtbank door artikel 2 Sv als criterium is ongelukkig. Artikel 2 Sv vormt een bepaling die ziet op de relatieve rechtsmachttoedeling aan de rechtbanken, maar die niet constitutief is voor Nederlandse rechtsmacht. Met andere woorden, artikel 2 Sv vestigt geen rechtsmacht maar bepaalt welke rechtbank een strafbaar feit waarover op basis van het Wetboek van Strafrecht rechtsmacht bestaat moet afdoen.³⁶⁹

Het Hof begon zijn beschouwingen met verwijzing naar artikel 5 lid 2 van het Folteringverdrag waarin het zogenaamde *aut dedere, aut judicare* beginsel ligt besloten. Het gaat verder niet in op de vraag of de rechtsmacht bij zich in Nederland bevindende verdachten al dan niet afhangt van een uitleveringsverzoek.³⁷⁰ Eerder werd er al op gewezen dat zulks ook de context is waarin de regering stelde dat het verdrag “ook van toepassing is indien de vermoedelijke dader wordt aangetroffen op het grondgebied van een andere staat.”³⁷¹ In de Memorie van Toelichting op de WIM maakt de regering duidelijk dat de bepaling zowel ziet op het geval dat een uitleveringsverzoek wordt gedaan, als het geval waarin er geen verzoek is.³⁷²

Als al een éénduidige interpretatie boven komt drijven dan is dat de aanwezigheid van verdachte in Nederland zeer feitelijk moet worden gezien.³⁷³ Bij de uitvoeringswet van enkele verdragen werd er in de Memorie van Toelichting gesproken van “wanneer een persoon ... alhier wordt aangetroffen.”³⁷⁴ De interpretatie ‘rechtsmacht ontstaat door voet op Nederlandse grond’ wordt nader ondersteund door bepalingen die Nederlandse rechtsmacht uitsluiten, zoals artikel 87 van de Uitvoeringswet van het Internationaal strafhof.³⁷⁵ Model voor die bepaling stond artikel 10 Uitvoeringswet Joegoslavië-tribunaal.³⁷⁶ Dergelijke bepalingen zijn nodig in verband met eventuele Nederlandse rechtsmacht. Artikel 8 Sr belet in die gevallen dat Nederland zijn rechtsmacht gebruikt.

³⁶⁹ Kamerstukken II, 1971/1972, 11866, nr. 3, p. 5.

³⁷⁰ Voorzover ik kan overzien vormt alleen de zaak Kesbir (HR 7 mei 2004, NJ 2007, 276 en HR 15 september 2006, NJ 2007, 277) een zaak waar een Nederlandse vervolgingsplicht ontstond na weigering van de uitlevering aan Turkije.

³⁷¹ Kamerstukken II, 1971/1972, 11865 (R 859), nr. 5, p. 6, met betrekking tot het verdrag van Montreal van 23 september 1971.

³⁷² Kamerstukken II, 2001/2002, 28337, nr. 3, p. 17.

³⁷³ Dat is bijvoorbeeld ook de benadering die in Engeland wordt gekozen. Op 14 december 2009 meldde The Guardian dat een arrestatiebevel tegen voormalig Minister van Buitenlandse Zaken van Israël Tzipi Livni wegens oorlogsmisdrijven werd ingetrokken, nadat bleek dat zij haar voorgenomen reis naar Engeland had afgezegd. Enkele maanden eerder ontliep Minister van Defensie Ehud Barak een aanhouding omdat hij als minister, uitgenodigd door de Britse regering, immuniteit geniet.

³⁷⁴ Kamerstukken II, 2001/2002, 28028, nr. 3, p. 6.

³⁷⁵ Stb. 2002, 314.

³⁷⁶ Stb. 1994, 308, welk artikel van toepassing is verklaard in de Uitvoeringswet Rwanda-tribunaal, Stb. 1997, 754 en in de wet Speciaal Hof voor Sierra Leone, Stb. 2006, 315. Zie voorts artikel 10 Uitvoeringswet Libanon-tribunaal, Stb. 2009, 40. Dit heeft zijn pendant in de zetelovereenkomsten met de diverse tribunalen, voor alle personen die voet op Nederlandse bodem zetten en deelnemen aan de strafzaken voor die tribunalen.

Welke nu is de relatie tussen rechtsmacht en de bevoegdheid tot opsporen naar Nederlands recht? Welke gevolgen heeft het niet (zeker) aanwezig zijn van de verdachte in Nederland voor opsporingsactiviteiten? Naar het oordeel van het Openbaar Ministerie, zoals verwoord door het Hof, betekent het vermoeden dat een verdachte zich in Nederland bevindt, dat opsporingsactiviteiten zouden mogen plaatsvinden, inclusief het gebruik van dwangmiddelen.³⁷⁷ Baaijens heeft terzake betoogd dat “uit het feit dat strafvordering de realisatie beoogt van het (materieel) strafrecht” volgt, dat indien de Nederlandse strafwet van toepassing is, ook de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering van toepassing zijn.³⁷⁸ Ontbreekt rechtsmacht dan kunnen geen strafvorderlijke bevoegdheden worden uitgeoefend. In de Memorie van Toelichting op artikel 2 WIM stelt ook de regering: “Zonder zo'n vermoeden mogen naar het oordeel van de regering echter geen bevoegdheden worden uitgeoefend, aangezien geen reëel vooruitzicht van een vervolging hier te lande bestaat.”³⁷⁹ Daarentegen valt in de Aanwijzing te lezen dat anticiperend onderzoek mag worden verricht, doch dat dwangmiddelen daarbij zijn uitgesloten.³⁸⁰

De door Baaijens geformuleerde regel lijkt ons de juiste. Artikel 1 Sv verplicht ertoe dat strafvordering plaatsvindt op de wijze bij de wet voorzien. Daarin zou niet passen dat wordt opgespoord zonder dat Nederland rechtsmacht heeft over het feit. Er is dan simpelweg geen titel, een vervolging kan slechts leiden tot niet-ontvankelijkheid.³⁸¹ Of, zoals de Aanwijzing aangiften in het buitenland gepleegde strafbare feiten helder weergeeft: “Opsporing en vervolging zijn echter niet mogelijk indien Nederland geen rechtsmacht heeft.”³⁸² Dat is niet anders ten aanzien van situaties waarin rechtsmacht zou kunnen ontstaan, doordat de verdachte wellicht naar Nederland komt. Als dat zou mogen is het hek van de dam. Een vergelijkbare uitleg van artikel 5 lid 2 Sr zou dan een titel voor opsporing impliceren ten aanzien van alle niet-Nederlanders die misdrijven plegen, omdat nooit valt uit te sluiten dat zij ooit Nederlander zullen worden. Uitzonderingen op het uitoefenen van strafvorderlijke bevoegdheden bestaan in het geval er onderzoek nodig is om vast te stellen of Nederland rechtsmacht heeft. Een voorbeeld daarvan is andermaal de Boutersezaak. Een dergelijk onderzoek moet als rechtmatig worden beschouwd, ook al leidt het tot de conclusie dat er geen rechtsmacht is.

Vervalt Nederlandse rechtsmacht op grond van het verblijf van de verdachte door zijn vertrek uit Nederland? Het Hof stelt dat Nederland thans geen rechtsmacht bezit omdat door het Openbaar Ministerie geen nader onderzoek is gedaan. Het komt daarmee terug op het eerdere standpunt dat voor rechtsmacht geen aanhouding hoeft te worden verricht met een verwijzing naar de verdrags- en wetteksten die het

³⁷⁷ Zie ook Rb Rotterdam, 8 februari 2005, AS5609.

³⁷⁸ Zie Y.G.M. Baaijens-van Geloven, Bespiegelingen over de internationale samenwerking en het nationale straf-(proces)recht, in: G.J.M. Corstens en M.S. Groenhuijsen (red.), Rede en recht, Opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof. mr. N. Keijzer van de Katholieke Universiteit Brabant, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 353-355. Zie ook A.H. Klip, in: Klip/ Swart/ van der Wilt, Internationale en Interregionale Samenwerking in Strafzaken, III.1.1., p. 14-19, Aant. 5 (losbladige Melai-internationaal).

³⁷⁹ Kamerstukken II, 2001/2002, 28337, nr. 3, p. 38, alsmede Kamerstukken I, 2002/2003, 28337, nr. 108b, p. 3-4.

³⁸⁰ Aanwijzing afdoening aangiften m.b.t. de strafbaarstellingen in de Wet internationale misdrijven, Staatscourant 22 december 2003, nr. 247, par. 2.2.

³⁸¹ HR 11 september 1990, NJ 1991, 250.

³⁸² Aanwijzing van 14 december 2004, geldig tot 31 januari 2013, Staatscourant 2004, 254.

werkwoord *bevinden* slechts in tegenwoordige tijd gebruiken. Dit is een betrekkelijk onzinnig argument. Het hele Wetboek van Strafrecht staat vol met delictomschrijvingen in de tegenwoordige tijd: ‘hij die wegneemt/ hij die een ander van het leven berooft’. Zou het Hof moeten worden gevolgd, dan zou van strafbaarheid geen sprake meer zijn wanneer één en ander achter de rug is.

Voorzover het Hof stelt dat bestaande rechtsmacht vervalt nadat de verdachte Nederland weer verlaat, lijkt me ook dat in strijd met het recht. Dat zou betekenen dat het bestaan van Nederlandse rechtsmacht volledig in handen van de verdachte is; door ontvluchting komt er een einde aan de zaak.³⁸³ De uitspraak van het Hof Den Haag betekent dat ook na het verschijnen van de verdachte in Nederland geen onderzoek meer kan plaatsvinden als hij weer weg is, zodat ook een volgend bezoek niet tot een aanhouding kan leiden. Het standpunt van het Hof is tevens in strijd met de Memorie van Toelichting op de WIM. Hierin stelde de regering dat de bevoegdheid tot strafvorderlijk handelen behouden blijft als de verdachte het land weer verlaat.³⁸⁴ Zij herhaalt dat in de Nota naar aanleiding van het verslag. Rechtsmacht blijft ook behouden indien de verdachte Nederland weer ontvlucht zonder hier te zijn aangehouden.³⁸⁵ Dat maakt het de facto onmogelijk om rechtsmacht uit te oefenen. Of retorisch geformuleerd: voor welke situaties blijft er dan nog rechtsmacht over op basis van de diverse rechtsmachtbepalingen van artikel 4 Sr en artikel 2 WIM?

2.2.4.3. *Aut dedere, aut judicare*

De verplichting om een verdachte te berechten nadat een land een verzoek om uitlevering heeft afgewezen berust op de nog door Hugo de Groot geformuleerde regel *aut dedere, aut judicare*. De staat levert of uit, of vervolgt. Tal van verdragen bevatten deze verplichting, waarvan de achtergrond is dat uitleveringsbeletselen niet mogen leiden tot uiteindelijke straffeloosheid.

In de Nederlandse wetgeving is deze verdragsverplichting in 1985 omgezet in de artikelen 4a Sr en 552hh Sv. Artikel 552hh Sv zet een geweigerd uitleveringsverzoek om in een aanvaard verzoek tot overname van de strafvervolgung. Artikel 4a Sr verschaft de eventueel noodzakelijke rechtsmacht.³⁸⁶ De wetsgeschiedenis geeft verschillende signalen af ten aanzien van de vraag of de *aut dedere, aut judicare*

³⁸³ Zulks blijkt ook uit de wetsgeschiedenis van de invoering van artikel 4 onder 7 Sr. Op vragen van leden van de Tweede Kamer of de formulering van “bevinden” niet zou moeten worden gewijzigd antwoordde de regering: “Het zou naar de mening van ondergetekenden geen verbetering zijn wanneer men in artikel 4, onder 7°, „wanneer de verdachte zich in Nederland bevindt” zou vervangen door „indien en zodra de verdachte zich in Nederland bevindt”. De duidelijkheid zou hierdoor eerder worden geschaad dan bevorderd, terwijl het gebruik van het conditionele woord „indien” in beperkende zin uitgelegd zou kunnen worden, met name in het geval waarin een verdachte na instelling van de strafvervolgung de kans zou zien naar het buitenland te ontkomen.” Kamerstukken II, 1972, 11865 (R 859) 11866, nr. 9, Memorie van Antwoord, p. 3. Overigens kwamen de woorden “indien en zodra” wel weer terug in de Memorie van Toelichting op artikel 2 WIM, zie Kamerstukken II, 2001-2002, 28337, nr. 3, p. 38, maar ik ga er vanuit dat zulks een zuiver toeval betreft.

³⁸⁴ Kamerstukken II, 2001/2002, 28337, nr. 3, p. 38 en 2002-2003, nr. 6, p. 26.

³⁸⁵ Kamerstukken II, 2002/2003, 28337, nr. 6, p. 26.

³⁸⁶ Artikel 4a Sr heeft natuurlijk als belangrijkste betekenis dat het Nederlandse rechtsmacht scheidt indien op grond van een verdrag overdracht van strafvervolgung plaatsvindt en Nederland nog geen rechtsmacht heeft op grond van andere rechtsmachtbepalingen.

verplichting afhankelijk is van een uitleveringsverzoek,³⁸⁷ of dat Nederland ook tot vervolging kan overgaan indien een verdachte hier wordt aangetroffen, zonder dat een ander land om diens uitlevering heeft verzocht.³⁸⁸

Tijdens de goedkeuringsprocedure van het Folteringverdrag toonde de regering weinig verwachtingen te hebben ten aanzien van het nuttig effect van de aut dedere, aut judicare-verplichting. In de Memorie van Antwoord stelde zij dat de verdragsbepalingen eraan voorbij zien “dat veelal redenen om een uitlevering te weigeren tevens beletselen vormen om zelf (met vrucht) een vervolging in te stellen (bijvoorbeeld verjaring, ne bis in idem, ongenoegzaamheid der stukken, onvoldoende aanwijzing van schuld).”³⁸⁹ De praktijk heeft uitgewezen dat die verwachting is bewaarheid.³⁹⁰ Met het schrappen van een aantal Nederlandse voorbeholden in 2009 zijn ook de betreffende verdragen uit de lijst van artikel 552h Sv verwijderd. Dat betekent dat de aut dedere, aut judicare verplichting thans nog uitsluitend wordt gevonden in het verdrag en niet meer wordt ondersteund door de Nederlandse wet.

2.2.5. Afgeleide rechtsmacht (art. 4a Sr)

Bereik strafbare feiten: alle strafbare feiten

Bereik daders: een ieder

Overwegingen van goede rechtsbedeling kunnen ermee zijn gediend dat de vervolging in een ander land plaatsvindt dan waar het feit is begaan. Overdracht van strafvervolging kan de belangen van de verdachte, van getuigen of slachtoffers dienen. Artikel 4a dat honderd jaar na invoering van het wetboek werd opgenomen, verklaart de Nederlandse strafwet van toepassing na overname van de strafvervolging op grond van een verdrag. Het artikel ziet op twee soorten verdragen: verdragen inzake overdracht van strafvervolging en verdragen met een aut dedere aut judicare verplichting.³⁹¹ Wat betreft het “verdrag”, zoals bedoeld in lid 1 van artikel 4a Sr dient het te gaan om een “verdrag waarbij voor Nederland afgeleide rechtsmacht wordt gevestigd.”³⁹² Niet om een verdrag dat meer in het algemeen samenwerking in strafzaken regelt.³⁹³ Een zuivere aut dedere, aut judicare-rechtsmachtbepaling is artikel 4a, tweede lid Sr. De *ontoelaatbaarverklaarde, afgewezen of geweigerde* uitlevering of overlevering wordt aangemerkt als een grondslag voor rechtsmacht. Artikel 552hh Sv regelt dat een door Nederland geweigerd uitleveringsverzoek wordt beschouwd als een geaccepteerd verzoek tot overname van strafvervolging.

³⁸⁷ Kamerstukken II, 1979/1980, 15971, nr. 1-4, p. 16 en 21; Kamerstukken II, 1989/1990, 21625, nr. 3, p. 2-5.

³⁸⁸ Kamerstukken II, 2001/2002, 28337, nr. 3, p. 17.

³⁸⁹ Kamerstukken II, 1986/1987, 19617 (R 1312), nr. 8, p. 5. Zie voorts over aut dedere, aut judicare, A.H. Klip, Strafrechtelijke reactie op ernstige schendingen van mensenrechten in het buitenland, in: C.H. Brants, C.Kelk en M. Moerings, Er is meer, Opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief, Gouda Quint 1996, p. 98-105.

³⁹⁰ Zie bijvoorbeeld in de zaak Kesbir, HR 17 juni 2003, NJ 2007, 275 en HR 7 mei 2004, NJ 2007, 276.

³⁹¹ Zie Y.G.M. Baaijens-van Geloven, Overdracht en overname van strafvervolging, Arnhem 1996, diss. Tilburg, p. 409-417.

³⁹² HR 21 oktober 2008, NJ 2009, 108.

³⁹³ Zie voorts Klip, Internationale en interregionale samenwerking in strafzaken, III.1.1, p. 43 e.v.

De Raad van State wees er in 2001 terecht op dat artikel 4a Sr alleen rechtsmacht biedt als er een uitleveringsverzoek komt en wenste Nederlandse rechtsmacht daar niet afhankelijk van te maken. De regering hevelde daarop de rechtsgrondslag over van 4a naar 4.³⁹⁴ Voorts kondigde zij eind 2001 aan dat zij een wetsvoorstel zou voorbereiden dat strekt tot intrekking van bij eerdere terrorismeverdragen gemaakte voorbehouden.³⁹⁵ Nadat de HR de overdracht van een strafvervolgning door het Rwanda-Tribunaal onmogelijk achtte,³⁹⁶ reageerde de Minister van Justitie met een voorstel tot uitbreiding van artikel 4a Sr in dier voege dat ook rechtsmacht zal bestaan wanneer het verzoek niet afkomstig is van een staat maar van een internationaal gerecht.³⁹⁷

De rechtsmachtgrondslag van artikel 4a is de enige van alle Nederlandse strafbepalingen die afhankelijk is van een handeling van een andere staat of van een internationaal gerecht. Alle overige grondslagen betreffen éézijdige Nederlandse handelingen.

2.2.6. Actief nationaliteitsbeginsel

Bereik strafbare feiten: misdrijven

Bereik daders: Nederlanders

Met het actief nationaliteitsbeginsel wordt uitgedrukt dat de grondslag voor Nederlandse rechtsmacht is gegeven in de nationaliteit van de dader. Dat de Nederlandse nationaliteit een grond voor rechtsmacht vormt wordt aangemerkt als “voldoenden grond om de heerschappij der nederlandschen strafwet buiten het in art. 2 aangewezen gebied uit te strekken.”³⁹⁸

De eis van dubbele strafbaarheid als voorwaarde werd door de Commissie in de Tweede Kamer ondersteund met een beroep op het legaliteitsbeginsel.³⁹⁹ In de Kamer ontstond enige ophef over het feit dat Nederlanders kunnen worden vervolgd voor feiten gepleegd op vreemde schepen, terwijl vreemdelingen die feiten plegen (zo mogelijk met Nederlandse slachtoffers) of een vreemd schip niet kunnen worden vervolgd.⁴⁰⁰ Het actief personaliteitsbeginsel is in de regel beperkt tot misdrijven. In

³⁹⁴ Kamerstukken II, 2001/2002, 28028, B, p. 2. Dit standpunt had de Raad al eerder ingenomen, maar werd destijds door de Regering nadrukkelijk niet gevolgd. Zie Kamerstukken II, 1983/1984, 18436, A-B, p. 3. Overigens is dit één van de zeldzame voorbeelden waarbij naar aanleiding van discussie de rechtsmachtgrondslag werd gewijzigd.

³⁹⁵ Kamerstukken II, 2001/2002, 28028, nr. 15, p. 3. Dat voorstel is 31359 en leidde tot de Rijkswet van 21 februari 2009 houdende goedkeuring van het voornemen tot intrekking van voorbehouden bij een aantal verdragen en protocollen inzake de bestrijding van terrorisme, Stb. 2009, 128, inwerkingtreding 20 maart 2009.

³⁹⁶ HR 21 oktober 2008, NJ 2009, 108.

³⁹⁷ Zie het op 6 oktober 2009 in consultatie gebrachte Voorstel van wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van internationale misdrijven.

³⁹⁸ Smidt, deel I, p. 140.

³⁹⁹ Smidt, deel I, p. 132. Interessant is dat het Wetboek van Strafrecht voor Nederlands Indië een bepaling bevatte, die uitdrukte dat waar het Nederlands Indisch recht de doodstraf voorzag, deze slechts kon worden opgelegd, indien deze ook was voorzien in de wet van de plaats waar het feit werd begaan. Zie artikel 6. Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indië, Amsterdam 1918, p. 40.

⁴⁰⁰ Smidt, deel I, p. 136-139.

bijzondere wetten is ook wel een bevoegdheid bepaald ten aanzien van overtredingen.⁴⁰¹

De zinsnede die duidelijk maakt dat ook daar waar de dader pas na het feit Nederlander wordt er op grond van actieve personaliteit rechtsmacht bestaat lijkt te zijn gekopieerd uit het destijds bestaande Duitse wetboek.⁴⁰² Het artikel leidde niet tot enige discussie. Wel was de Kamer bezorgd dat indien men ten tijde van de naturalisatieprocedure van de vreemdeling kennis krijgt van strafbare feiten dit grond zou moeten zijn de naturalisatie te weigeren. Als rechtvaardiging voor het actief personaliteitsbeginsel komt in de literatuur de verwijzing voor naar het destijds bestaande uitleveringsrecht dat uitlevering van onderdanen verbodt.⁴⁰³ Om verdachten niet straffeloos te laten zijn, moest Nederlandse rechtsmacht via het actief personaliteitsbeginsel zijn gewaarborgd. Sinds de mogelijkheid van uitlevering van Nederlanders in 1988 is aan dit argument de kracht ontvallen. Artikel 14 Rijkswet op het Nederlanderschap legt echter ten aanzien van nieuwe Nederlanders de nadruk op intrekking van het Nederlanderschap.⁴⁰⁴

Begin jaren zestig stelde een lid van de commissie voor Justitie stelde voor artikel 5 Uitvoeringswet Genocideverdrag (het actief personaliteitsbeginsel) te schrappen, omdat Artikel VI van het verdrag is beperkt tot het territorialiteitsbeginsel. Dat is echter niet gebeurd. De regering verklaarde de beperktheid van artikel VI Genocideverdrag door de tegenwerking van de totalitaire landen met betrekking tot het universaliteitsbeginsel.⁴⁰⁵ In de Eerste Kamer kwamen opnieuw bezwaren op tegen de constructie van het actief personaliteitsbeginsel.⁴⁰⁶ Leden van de kamer merkten op dat artikel 5 Uitvoeringswet Genocideverdrag geen rekening hield met toenmalig artikel 134bis Sr, en dat het ontwerp het mogelijk maakt dat Nederlander die opruit tot genocide zonder gevolg in het buitenland vervolgbaar is, uitlokken niet in het openbaar blijft straffeloos. De regering stelt dat het Verdrag de Nederlandse strafwet uitbreidt tot feiten door Nederlanders in het buitenland begaan, indien het opruiing tot genocide in het openbaar betreft.⁴⁰⁷ Uitbreiding vindt niet plaats voor de gevallen ex artikel 134bis Sr, omdat artikel III onder c Genocideverdrag uitdrukkelijk het rechtstreeks en openbaar aanzetten tot genocide onder het bereik verdrag brengt, maar niet het aanzetten wat niet openbaar gebeurt. Over dit laatste bestaat volgens de regering geen communis opinio in volkenrecht. Artikel 5 Uitvoeringswet genocideverdrag schept een toepasselijkheid van de Nederlandse wetgeving die los staat van plaatselijke wetgeving. In vredetijd is dit beperkt tot wat volkenrechtelijk onder genocide in ruime zin wordt verstaan. Daarom is er geen vermelding van artikel 134bis Sr in uitvoeringswet. Dit heeft niet noodzakelijkerwijs tot gevolg dat de Nederlander die in het buitenland het feit onder 134bis pleegt in Nederland niet vervolgbaar zal zijn. Artikel 5 sub 2 Sr is onverminderd van toepassing.

⁴⁰¹ Zie bijvoorbeeld artikel 13 Sanctiewet 1977.

⁴⁰² Tijdens het onderzoek is geen enkel voorbeeld van toepassing van deze regel aangetroffen.

⁴⁰³ M.R. Mok en R.A.A. Duk, Toepassing van Nederlands strafrecht op buiten Nederland begane delicten, Preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging, Handelingen 1980, 110^e jaargang, p. 111.

⁴⁰⁴ De Tweede Kamer aanvaardde recentelijk een uitbreiding van de intrekkinggronden wegens het plegen van bepaalde misdrijven, zie wetsontwerp 31813.

⁴⁰⁵ Kamerstukken II, 1961/1962, 6612, nr. 6, p. 2.

⁴⁰⁶ Kamerstukken I, 1963/1964, 6612, nr. 96, p. 1.

⁴⁰⁷ Kamerstukken I, 1963/1964, 6612, nr. 96a, p. 2.

Uit deze discussie blijkt dat men destijds zocht naar een volkenrechtelijke machtiging voor extraterritoriale rechtsmacht en dat de regering vooral niet verder wilde gaan dan de verdragswetgever beoogde. Bij behandeling van de Sanctiewet 1977 wilden diverse Eerste kamerleden juist geen ruime rechtsmacht over Nederlanders die in het buitenland sanctiebepalingen schonden.⁴⁰⁸ De regering hield echter voet bij stuk, onder andere door te verwijzen naar andere gevallen van extraterritoriale rechtsmacht over overtredingen.⁴⁰⁹

In de huidige wet komt het actief personaliteitsbeginsel in twee vormen voor. Met en zonder aanvullende eis van dubbele strafbaarheid. Artikel 5 lid 1 sub 1, 3, 4 en 5 is onafhankelijk van de wet van de locus. De rechtsmacht op grond van artikel 5 lid 1 sub 2, vereist daarentegen dat de wet van het land waar het is begaan straf stelt op het feit.⁴¹⁰ De weinige rechtspraak die er op te vinden is, laat zien dat de dubbele strafbaarheid niet wordt onderzocht.⁴¹¹ Daarbij dient te worden opgemerkt dat onderzoek naar de dubbele strafbaarheid niet wordt bevorderd nu de HR sinds enige jaren niet langer vereist dat de strafrechter in zijn vonnis ervan blijk geeft dat deze te hebben onderzocht.⁴¹²

Op 5 november 2008 nam de Tweede Kamer een motie aan die de regering vroeg een actief beleid te voeren ten aanzien van opsporing en vervolging van Nederlanders die in het buitenland seks hebben met minderjarigen.⁴¹³ De Minister van Justitie staat niet afwijzend tegenover die wens, maar kon nog geen zekere aantallen van vervolgingen geven en wees vooral op de complexiteit van de bewijsgeving in strafprocedures in de betrokken landen.⁴¹⁴ Er zijn jaarlijks op Schiphol zogenaamde “actieweken kinderpornokoeriers” waarin passagiers uit bronlanden worden gecontroleerd.

2.2.7. Domiciliebeginsel (art. 5a Sr)

Bereik strafbare feiten: beperkt aantal misdrijven

Bereik daders: in Nederland gedomicilieerde vreemdelingen

Sinds 2002 bestaat het domiciliebeginsel in het Nederlandse strafrecht, waarbij rechtsmacht wordt gevestigd over in Nederland woonachtige vreemdelingen. De Memorie van Toelichting verwees betrekkelijk neutraal naar een Gemeenschappelijk Optreden als reden voor deze rechtsmachttuitbreiding.⁴¹⁵ Voorts wees de Minister van Justitie de suggesties uit de Kamer om dubbele strafbaarheid op te heffen en universaliteit te vestigen aanvankelijk van de hand, omdat internationale consensus over bestrijding van sextoerisme zou ontbreken,⁴¹⁶ waarbij de Minister van Justitie wees op gebrek aan kans op succesvolle vervolging indien opvattingen over delicten

⁴⁰⁸ Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II, 1977/1978, 14006, nr. 5 en Kamerstukken I, 1977/1978, 14006, nr. 10a, p. 7.

⁴⁰⁹ Kamerstukken I, 1978/1979, 14006, nr. 34, p. 11 en 1979/1980, 14006, nr. 18, p. 11 en 12.

⁴¹⁰ Zie één van de weinige toepassingen met betrekking tot een te late abortus in Spanje door een Nederlandse vrouw. Rb Den Haag, 31 januari 2008, BC3182.

⁴¹¹ Zie bijv. HR 25 november 2008, BF3287.

⁴¹² HR 29 april 2008, NJ 2008, 482.

⁴¹³ Kamerstukken II, 2008/2009, 31700 VI, nr. 50.

⁴¹⁴ Kamerstukken II, 2008/2009, 31700 VI, nr. 130, p. 5.

⁴¹⁵ Kamerstukken II, 2000/2001, 27745, nr. 3, p. 9-10.

⁴¹⁶ Kamerstukken II, 2000/2001, 27745, nr. 6, p. 22-23.

uiteenlopen. Uiteindelijk nam de Minister een amendement dat ertoe strekte de dubbele strafbaarheid te doen vervallen over.

Er zijn enkele pogingen in het werk gesteld om te komen tot vervolging van meisjesbesnijdenis in het buitenland, maar deze zijn alle op een vrijspraak uitgelopen. De meisjesbesnijdenis heeft bijzondere aandacht gekregen in de aanwijzing met betrekking tot kindermishandeling.⁴¹⁷ Ten aanzien van vrouwelijke genitale verminking bestaat enige betrouwbare indicatie ten aanzien van de aantallen waar het over gaat. In 2007 en 2008 zijn in negen maanden 44 meldingen die tot onderzoek leidden gedaan.⁴¹⁸

2.2.8. Passief nationaliteitsbeginsel (art. 5b Sr)

Bereik strafbare feiten: beperkt aantal misdrijven
Bereik daders: een ieder

Nederland kende tot 2009 geen algemene regeling voor rechtsmacht over feiten in het buitenland gepleegd tegen Nederlandse slachtoffers. Het oorspronkelijke regeringsontwerp van het huidige Wetboek van Strafrecht bevatte eind 19^e eeuw een bepaling waarbij rechtsmacht werd gevestigd over strafbare feiten begaan tegen of ten nadele van Nederlanders.⁴¹⁹ Deze bepaling is zonder dat het ging om het aspect van passieve nationaliteit weer uit het ontwerp verdwenen. Het bezwaar dat de regering wenste te verhelpen was de overlap tussen oorspronkelijk artikel 4 en 5.

De Nederlander die, zoals verwoord in het verslag eind 19^e eeuw, in *onbeschaafde* streken vertoeft, “weinig baat zal vinden bij de bescherming der Nederlandsche strafwet en bovendien zich vrijwillig aan de gevaren onderwerpt welke eene niet georganiseerde maatschappij meebrengt.”⁴²⁰ Voorzover het gaat om de bescherming van Nederlanders die in beschaafde streken slachtoffer worden van misdrijven, meende de Commissie dat hier vertrouwen in de betreffende landen op zijn plaats was.

Er zijn diverse gevallen waarin het verdrag de bevoegdheid geeft tot vestigen rechtsmacht op grond van het passief nationaliteitsbeginsel. Artikel 3(1c) Verdrag bescherming diplomaten vestigt rechtsmacht op grond van het passief nationaliteitsbeginsel. De regering stelde in de jaren tachtig dat het onomstreden was in het volkenrecht en vreemd aan het Nederlands recht. Ook de kamer uitte bedenkingen: 1. Kan in de toekomst nog anders gehandeld worden als het beginsel nu aanvaard wordt? 2. Aanvaarding betekent doorbraak in het Nederlands recht, wegen de gevolgen van een dergelijke doorbraak op tegen de voordelen van het verdrag? 3. Uitwerking aut dedere aut judicare kan niet door de beugel. Zwakke banden om rechtsmacht te vestigen. Dit hangt zeer sterk van de aard van de delicten af. 4. Onduidelijke bepalingen in verdrag. Poging tot amenderen is mislukt.⁴²¹ De afweging die de regering maakt op al deze punten uit het parlement is dat aan de verplichting tot

⁴¹⁷ Aanwijzing opsporing en vervolging inzake kindermishandeling, Stcrt. 2009, 116.

⁴¹⁸ Kamerstukken II, 2008/2009, 28345, nr. 77, p. 22.

⁴¹⁹ Smidt, deel I, p. 139.

⁴²⁰ Smidt, deel I, p. 132.

⁴²¹ Kamerstukken II, 1984/1985, 18437, nr. 4, p. 2-4.

vestigen rechtsmacht al wordt voldaan door de *aut dedere aut judicare* bepaling van artikel 552hh Sv.⁴²² De PvdA-fractie deelt die bedenkingen van de regering. Bovendien is de reikwijdte van de aanvaarding van het passief nationaliteitsbeginsel zeer beperkt tot een kleine kwetsbare groep van potentiële slachtoffers.⁴²³

Ruim honderd jaar na de invoering van het wetboek wordt ook voor het *commune* strafrecht het passief nationaliteitsbeginsel ingevoerd. Naar aanleiding van opmerkingen bij de goedkeuring van het verdrag inzake bescherming VN-personeel van de Raad van State ging de regering overstag en nam zij het beginsel in het wetboek op.⁴²⁴ Thans wordt het “wenselijk” geacht om Nederlanders die zich in dienst van de Verenigde Naties naar het buitenland begeven te beschermen, omdat het om landen kan gaan die geen partij zijn bij het betreffende verdrag.⁴²⁵ Dit gebeurde omdat het gaat om een zeer ernstig feit, dat diep ingrijpt, de rechtsorde geschokt is en er internationale overeenstemming is over de strafwaardigheid en waarvoor ruime rechtsmacht nodig is voor effectief strafrechtelijk optreden.⁴²⁶ Uit de gedachtenwisseling in de kamer blijkt dat van het passief nationaliteitsbeginsel een beschermende werking voor Nederlanders wordt verwacht.

Ter uitvoering van het Verdrag van de Raad van Europa inzake de bestrijding van mensenhandel is een uitbreiding van het passief nationaliteitsbeginsel in het wetboek gekomen. Bij de wet van 26 november 2009 kwam artikel 5b Sr in het wetboek.⁴²⁷ De noodzaak daartoe spreekt volgens de regering uit de ernstig geschokte rechtsorde door de samenhang met grensoverschrijdende zware georganiseerde criminaliteit. Voorts bestaat er een grote mate van internationale consensus over de vervolging van deze misdrijven. Nederland moet kiezen voor de maximale bescherming die het verdrag biedt. Er dient bescherming te worden geboden aan alle slachtoffers onder de 18 jaar voor alle zedenmisdrijven, ook buiten de scope van het verdrag.⁴²⁸ De argumenten die de regering voor de uitbreiding geeft zijn de volgende: ”Immers, ook seksuele exploitatie en seksueel misbruik van kinderen zijn zeer ernstige misdrijven die onze rechtsorde schokken. Slachtoffers van seksueel misbruik dragen de tekenen van die traumatische gebeurtenissen veelal de rest van hun leven met zich mee. Seksuele uitbuiting van kinderen gaat vaak gepaard met grensoverschrijdende zware en georganiseerde criminaliteit. Over de strafwaardigheid en de noodzaak tot strafbaarstelling en effectieve vervolging ervan bestaat een grote mate van internationale consensus. Ik ben daarom van mening dat Nederland gelet op de aard van de in het verdrag omschreven misdrijven moet kiezen voor de maximale beschermingsomvang die het Verdrag biedt. Daarmee geeft Nederland ook internationaal het belangrijke signaal af dat het ten volle aan zijn

⁴²² Kamerstukken II, 1983/1984, 18438, nr. 1-3 p. 10.

⁴²³ Kamerstukken II, 1985/1986, 18437 enz., nr. 6, p. 2.

⁴²⁴ Kamerstukken II, 2001/2002, 28028, B, p. 3. Zie voorts Kamerstukken II, 2001/2002, 27454 (R 1668), nr. 7, p. 2.

⁴²⁵ Kamerstukken II, 2001/2002, 28028, nr. 3, p. 6.

⁴²⁶ Zie bijv. ten aanzien van mensenhandel, Kamerstukken II, 2007/2008, 31429, nr. 3, p. 15-16. en nr. 6, p. 1 en 2. Voorts 30036, nr. 3, p. 32: Raad van State wilde uitbreiding en de regering ging om!

⁴²⁷ In het artikel wordt verwezen naar het op 16 mei 2005 te Warschau totstandgekomen Verdrag inzake de bestrijding van mensenhandel. Daarbij is anders dan bij de verdragen die in artikel 4 worden genoemd, geen verwijzing naar het Tractatenblad opgenomen. Ook de bij Wet van 26 november 2009, Stb. 2009, 525 ingevoerde toevoegingen in artikel 5 en 5a bevatten geen vindplaats. Deze wetstechnische inconsistentie dient te worden hersteld.

⁴²⁸ Kamerstukken II, 2008/2009, 31810, nr. 3, p. 11.

verdragsverplichtingen wenst te voldoen.⁴²⁹ In de verantwoording wordt de ernst van het feit benadrukt. Belangrijker is dat met de invoering van artikel 5b Sr er voor is gekozen het passieve nationaliteitsbeginsel een eigen grondslag te geven. Dat was bij de eerdere invoering niet gebeurd en geeft ook aan dat de wetgever verwacht dat er nog wel meer gevallen zullen volgen.

2.2.9. Nederlandse ambtenaren (art. 6 sub 1 Sr)

Bereik strafbare feiten: beperkt aantal delicten
Bereik daders: Nederlandse ambtenaren

Bij de invoering is artikel 6 eigenlijk niet toegelicht, anders dan dat het (wat merkwaardige) voorbeeld wordt gegeven van postbeambten en politiebeambten die een verdachte of veroordeelde ten behoeve van uitlevering in het buitenland begeleiden. De wet beperkt de rechtsmacht tot die misdrijven die staan genoemd in Titel XXVIII. Deze titel omvat de ambtsmisdrijven (art. 355-380).

2.2.10. Personen in dienst van in Nederland gevestigde volkenrechtelijke organisaties (art. 6 sub 2 Sr)

Bereik strafbare feiten: beperkt aantal delicten
Bereik daders: ambtenaren in dienst van een in Nederland gevestigde volkenrechtelijke organisatie

De wetgever wilde deze categorie niet beperken tot hier te lande tewerkgestelde ambtenaren, zoals de betreffende corruptieovereenkomst vergde.⁴³⁰ Een wat vreemde rechtsmachtbepaling, ingevoerd in 2000, te meer daar dit in de regel personen betreft op grond waarvan de Nederlandse rechtsmacht op de voet van artikel 8 Sr zal zijn beperkt.

2.2.11. Nederlandse schippers (art. 7 Sr)

Bereik strafbare feiten: beperkt aantal delicten
Bereik daders: schippers van Nederlandse schepen

De Nederlandse rechtsmacht terzake geldt niet alleen voor de handelingen die aan boord worden gepleegd, maar ook ten aanzien van die feiten die buiten boord worden begaan. In de Memorie van Toelichting is het artikel niet afzonderlijk toegelicht, maar is volstaan met een verwijzing naar de toelichting onder artikel 4.

⁴²⁹ Kamerstukken II, 2008/2009, 31810, nr. 3, p. 11.

⁴³⁰ Kamerstukken II, 1998/1999, 26469, nr. 3, p. 11.

2.2.12. Rechtsmacht buiten het grondgebied van enige staat om (art. 5, lid 1 sub 5 Sr)

Reeds ten tijde van de invoering van het wetboek eind 19^e eeuw trachtte het lid van de Werk een dergelijke rechtsmachtbepaling aanvaard te krijgen. Minister Modderman liet zich niet overtuigen. Waar Mok en Duk in 1980 nog stelden dat het punt, hoewel theoretisch van belang, nauwelijks enig praktisch belang vertoonde,⁴³¹ wordt dat ruim 25 jaar later anders ingeschat. Het gaat om een zeer ernstig feit, dat diep ingrijpt, ten aanzien waarvan de rechtsorde geschokt is en ten aanzien waarvan internationale overeenstemming is over de strafwaardigheid en waarvoor ruime rechtsmacht nodig is voor effectief strafrechtelijk optreden.⁴³² In wezen gaat het hier om ongeclausuleerde universaliteit, althans een universaliteit die niet afhankelijk wordt gesteld van de dubbele strafbaarheid. De bepaling bestaat niet afzonderlijk maar in combinatie met actieve nationaliteit (art. 5 Sr) en domicilie (art. 5a Sr). De reikwijdte van het beginsel is niet helemaal duidelijk. Wordt met rechtsmacht buiten die van enige staat om slechts bedoeld op territoriale rechtsmacht, of ook nop andere grondslagen? In het laatste geval kan lang onzekerheid bestaan over de vraag of Nederland rechtsmacht heeft.

2.2.13. De positie van rechtspersonen, leidinggevers en deelnemers

Nederlandse rechtspersonen vallen op dezelfde wijze onder de rechtsmacht als Nederlanders. Op vragen in de Eerste Kamer bij de uitvoering van internationale regelgeving ter bestrijding van mensensmokkel en mensenhandel, ging de Minister van Justitie nader in op de rechtsmacht over rechtspersonen en hun bestuurders.⁴³³ De buitenlandse rechtspersoon die buiten Nederland handelt valt niet onder de strafwet. Wel kan een leidinggevende aan die gedraging die Nederlander is hier worden vervolgd en bestraft.⁴³⁴ Ook voor deelnemers geldt (net als voor daders) dat hun handelen een eigen plaats heeft. Het Nederlandse recht vereist niet dat over alle daders en deelnemers aan een strafbaar feit rechtsmacht bestaat. Zo is vervolging van een medeplichtige wegens hulp aan een in het buitenland gepleegd grondfeit mogelijk, ook al ontbreekt rechtsmacht over het grondfeit en over de daders daarvan. Van Anraat werd op grond van het actief personaliteitsbeginsel vervolgd als medeplichtige aan genocide gepleegd in Irak. Hij werd vrijgesproken omdat bij hem geen oogmerk tot vernietiging van een bepaalde bevolkingsgroep kon worden bewezen.⁴³⁵

⁴³¹ M.R. Mok en R.A.A. Duk, Toepassing van Nederlands strafrecht op buiten Nederland begane delicten, Preadvis voor de Nederlandse Juristenvereniging, Handelingen 1980, 110^e jaargang, p. 93.

⁴³² Zie bijv. ten aanzien van mensenhandel, Kamerstukken II, 2007/2008, 31429, nr. 3, p. 15-16. en nr. 6, p.1 en 2. Voorts Kamerstukken II, 2004/2005, 30036, nr. 3, p. 32.

⁴³³ Kamerstukken I, 2004/2005, 29291, C, p. 2.

⁴³⁴ Zie HR 12 februari 1991, NJ 1992, 528.

⁴³⁵ HR 30 juni 2009, NJ 2009, 481.

3. Nederlandse rechtsmacht in context

3.1. *Overlap van Nederlandse rechtsmachtbepalingen*

In de Memorie van Toelichting op artikel 5 geeft de regering tweemaal aan te onderkennen dat de in artikel 5 voorziene rechtsmacht ten dele reeds wordt bestreken door artikel 4, maar wenst er desondanks aan vast te houden. Naar aanleiding van kritiek hierop uit de Kamer beperkt de regering de overlap en wordt artikel 5 vastgesteld in de vorm waarin het is ingevoerd. De overlap van rechtsmachtbepalingen in de Nederlandse context is, zo moge blijken uit Bijlage 4 van grote omvang. Met overlappende rechtsmacht wordt gedoeld op grondslagen die beide van toepassing zijn op hetzelfde feit. Een voorbeeld is dat rechtsmacht over een Nederlander die een terroristische aanslag pleegt zowel gegeven is op artikel 5 als op artikel 4 Sr.⁴³⁶ De nauwkeurige uitvoering van een verdragsbepaling is hiervoor bepalend geweest. Daarbij rijst de vraag welk doel er is om rechtsmacht in enige geclausuleerde vorm te vestigen, indien deze al onbeperkt universeel is gevestigd. Aan de verdragsverplichting was immers al, en ruimer, voldaan. Onbedoeld zou één en ander de vraag kunnen oproepen of een verdachte aanspraak zou kunnen maken op een geclausuleerde (en voor hem gunstigere) rechtsmachtbepaling.

Voorts bestaat ten aanzien van vele delicten uit het Sr een meervoudige rechtsmachtgrondslag in de zin dat strafbare feiten uit het wetboek met al dan niet afwijkende clausules onder verschillende grondslagen vallen. Artikel 350 Sr (vernietiging) is daarbij een wellicht onverwachte koploper met niet minder dan negen specifieke grondslagen. Daarnaast zijn er vele andere delicten met meer dan één grondslag. Dit verschijnsel noopt tot nadenken over de vraag of niet voor een ruimere maar transparantere grondslag moet worden gekozen.

In het wetsontwerp met betrekking tot de intrekking van voorbehouden (31391) wierp de minister enkele vragen op naar de grondslagen van rechtsmacht die nadere studie behoeven: “(1) de reikwijdte van het passieve nationaliteitsbeginsel (ten aanzien van welke strafbare feiten verdienen Nederlandse slachtoffers strafrechtelijke bescherming?), (2) de reikwijdte van het domiciliebeginsel (in hoeverre dient de positie van de niet-Nederlandse dader die in Nederland een vaste woon- of verblijfplaats heeft, gelijk te worden getrokken met de Nederlandse dader?), en (3) de omvang van de rechtsmacht voor feiten, begaan buiten de rechtsmacht van enige staat.”⁴³⁷ Het zijn deze vragen die aan de basis lagen voor het onderhavige onderzoek. Het is voor het eerst in de geschiedenis van het Nederlandse strafrecht dat de vragen zo fundamenteel en in verhouding tot elkaar worden opgeworpen.

⁴³⁶ Er is noch in de wetsgeschiedenis, noch in de rechtspraak of literatuur enige indicatie dat in een dergelijk geval de ruimere rechtsmachtbepaling, die in de regel minder clausules bevat, zou moeten worden toegepast. Het is echter wel logisch zulks te veronderstellen.

⁴³⁷ Kamerstukken II, 2007/2008, 31391, nr. 3, p. 9.

3.2. Signaleren van rechtsmachtconflicten met andere staten

Al in de Memorie van Toelichting bij de invoering van het wetboek constateert de regering dat rechtsmachtconflicten zich zouden kunnen voordoen,⁴³⁸ zonder daar op dat moment enige conclusie aan te verbinden.

Het Nederlandse recht bevat geen bepalingen over hoe om te gaan met rechtsmachtconflicten met andere staten. Wel staat de wet toe (art. 552t Sv) dat van Nederlandse vervolging wordt afgezien vanwege vervolging elders en de Nederlandse strafvervolging is overgedragen.

Bij de behandeling van het EG-fraudeverdrag werd concreet op rechtsmachtconflicten ingegaan. Indien er conflicterende jurisdictieaanspraken zijn zal er een beroep worden gedaan op artikel 6 lid 2 Fraudeverdrag. De strafvervolging zal plaatsvinden in het land waar daar de meeste aanleiding toe bestaat en de andere lidstaten kunnen onderling afspraken maken. Vervolging tegen een Europese ambtenaar is nog niet mogelijk, aangezien de huidige bepalingen enkel betrekking hebben op ambtenaren in Nederlandse dienst. Volgens het Protocol moet er rechtsmacht gevestigd worden op grond van artikel 6, echter de vervolging in concreto wordt aan de autoriteiten over gelaten.⁴³⁹

In het verleden was de terughoudendheid voor ruime Nederlandse rechtsmacht ingegeven door het laten voorgaan van sterkere aanspraken van andere landen.⁴⁴⁰ Het *aut dedere aut judicare*-beginsel wordt als een zwak jurisdictiebeginsel gezien en kan alleen effectief zijn wanneer alle betrokken staten gelijke belangen hebben. Bij de regering bestond de vrees dat het Verdrag met betrekking tot diplomatiek beschermde personen jurisdictiegeschillen tot gevolg kon hebben. Een voorstel van Nederland tot het amenderen van artikel 3 (1c) tot vestigen jurisdictie na afwijzing uitlevering werd niet gehonoreerd, en daarom is een voorbehoud bij artikel 3 (1c) gemaakt.⁴⁴¹

Opvallend is dat sinds de invoering van het Wetboek de gesignaleerde rechtsmachtproblemen door de Nederlandse regering eenzijdig worden voorkomen door de eigen rechtsmacht te beperken. De regering heeft bij elke rechtsmachtdiscussie in de kamer, en dat waren er vele, gesteld dat een uitgebreidere rechtsmacht onwenselijk is vanwege de te verwachten conflicten met andere landen. Er is geen enkele indicatie dat ooit getracht is tot gemeenschappelijke afspraken over rechtsmacht te komen.⁴⁴² Ook valt op dat er weliswaar veel over het voorkomen van rechtsmachtconflicten wordt gesproken, maar dat dit niet gebeurt aan de hand van een concrete werkelijke casus. De discussie heeft derhalve een hoog theoretisch en speculatief gehalte. Dit betreft zowel de periode van terughoudende vestiging van extraterritoriale rechtsmacht (in de vorm van secundaire rechtsmacht) als die van de huidige tijd waarin vrij gemakkelijk ruime rechtsmacht wordt gevestigd. Ondanks de veelvuldige constatering van overlappende rechtsmacht is er geen aandacht voor het regelen van rechtsmachtaanspraken tussen de verschillende staten. Toewijzing of verdeling van rechtsmacht is, zelfs binnen de EU, afwezig. Uitsluitend binnen de

⁴³⁸ Smidt, deel I, p. 125 en 127.

⁴³⁹ Kamerstukken II, 1999/2000, 26468, nr. 5, p. 6-7.

⁴⁴⁰ Kamerstukken II, 1983/1984, 18437, nr. 3, p. 7.

⁴⁴¹ Het betreffende voorbehoud is in 2009 ingetrokken.

⁴⁴² Al is de noodzaak daartoe ooit wel onderkend. Zie Kamerstukken II, 1979/1980, 15971, nr. 5, p. 1 e.v.

Raad van Europa is, met het verdrag inzake overdracht van strafvervolgving van 1972 iets gedaan aan de gevolgen van overlappende rechtsmacht, maar ook dat verdrag voorziet niet in het voorkomen van overlappende rechtsmacht.

De jarenlange angst voor rechtsmachtconflicten is in geen enkele mate bewaarheid. Er is geen aanwijzing dat het bestaan van meervoudige rechtsmacht tot enig praktisch probleem heeft geleid. Wel zijn er aanwijzingen dat meervoudige ongeclausuleerde rechtsmacht met een zwakke link leidt tot inertie (cq omstandereffect/ why me?).⁴⁴³ Het benoemen van rechtsmacht als secundair stimuleert niet bepaald een actieve houding, maar één van afwachten.

4. Beperking van rechtsmacht

De artikelen 3-7 Sr breiden Nederlandse rechtsmacht buiten de Nederlandse grenzen uit. Aangenomen wordt dat het volkenrecht Nederlandse rechtsmacht kan beperken. Dit is neergelegd in artikel 8 Sr. Artikel 8 Sr vormt een inperking van de rechtsmacht van zowel binnen Nederland als daarbuiten gepleegde feiten. Artikel 8 Sr heeft derhalve betrekking op zowel artikel 2 als de artikelen 3-7 Sr, alsmede rechtsmachtbepalingen in bijzondere wetten. Bij invoering van het artikel werd vooral gedacht wat men destijds noemde de “extritorialiteit”.⁴⁴⁴ Strikt genomen is een bepaling als artikel 8 Sr overbodig, omdat het volkenrecht ook zonder een dergelijke bepaling voor zou gaan. Naast de beperking van de materiële rechtsmacht kan het volkenrecht ook de feitelijke uitoefening van toegelaten (al dan niet tijdelijk) rechtsmacht beperken. Dergelijke beperkingen vloeien voort uit verdragen, bijvoorbeeld het Weens verdrag inzake diplomatiek verkeer, het verdrag inzake Consulaire betrekkingen of uit status of forces agreements. Daarnaast heeft het Internationaal gerechtshof uit het volkenrecht regels afgeleid met betrekking tot de strafvorderlijke aspecten van de uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht over bepaalde personen. Dit zijn allemaal regels van algemene gelding, voor Nederland en voor andere landen.

Voorts komen beperkingen van rechtsmacht voor in Nederlandse voorbeholden bij verdragen. Deze voorbeholden gaan alle over rechtsmacht op een andere grondslag dan territorialiteit. Zo heeft Nederland bij het Verdrag en het protocol inzake strafrechtelijke bestrijding van corruptie een voorbehoud gemaakt. Rechtsmacht kan slechts worden uitgeoefend in de volgende gevallen: Indien het feit geheel of gedeeltelijk op Nederlands grondgebied wordt gepleegd of ten aanzien van Nederlandse ambtenaren of Nederlanders met betrekking tot de feiten die vallen onder artikel 2 van het verdrag voor zover de wet van het land daarop straf heeft gesteld of ten aanzien van de artikelen 3 en 4 voor Nederlanders en Nederlandse ambtenaren voor zover de het land daarop straf heeft gezet. Voorts bepaalt het voorbehoud ten aanzien van Nederlanders dat er rechtsmacht bestaat voor zover daarop door het land straf is gesteld en bestaat rechtsmacht over personen in de openbare dienst van een in Nederland gevestigde instelling of orgaan van de EG.

⁴⁴³ Zie A. Beijer, A. Klip, M. Oomen, M. van der Spek, *Opsporing van oorlogsmisdrijven*, Kluwer Deventer 2002.

⁴⁴⁴ Smidt, deel I, p. 147. Zie voorts J.H. Tasset, *de volkenrechtelijke uitzonderingen van Art. 8 wetboek van strafrecht*, Diss. UvA 1892.

Rechtsvergelijkend gezien valt Nederland op met zijn voorbehouden inzake extraterritoriale rechtsmacht. Waar Nederland systematisch bij multilaterale verdragen met betrekking tot bepaalde misdrijven voorbehouden heeft gemaakt, wordt dit door andere staten uiterst zelden gedaan.⁴⁴⁵ Van de andere drie landen die in het onderzoek werden betrokken zijn nauwelijks vergelijkbare voorbehouden bekend. Ook andere staten maken bij de binding aan een multilateraal verdrag zelden een voorbehoud met betrekking tot rechtsmacht.⁴⁴⁶ Het beleid van Nederland met betrekking tot dergelijke voorbehouden is recentelijk gewijzigd. Begin 2009 werden de Nederlandse voorbehouden bij een vijftal verdragen die internationale misdrijven tegengaan ingetrokken.⁴⁴⁷ Sinds de inwerkingtreding van de betreffende Rijkswet is slechts een beperkt aantal voorbehouden met betrekking tot rechtsmacht overgebleven. Als reden voor de voorbehouden werd destijds vaak genoemd dat dit een middel was om rechtsmachtconflicten met andere staten te voorkomen. Dat dit risico nu toch wordt genomen betekent dat of de reële kans op rechtsmachtconflicten thans lager wordt ingeschat óf dat de regering op andere wijze met rechtsmachtconflicten dan door voorkoming wenst om te gaan.

5. Wettelijk kader voor opsporing van feiten in het buitenland begaan

Al in de Memorie van Toelichting bij het wetboek toonde de regering zich bewust van de complicaties die vervolging van buiten Nederland gepleegde feiten met zich zouden kunnen brengen. De vraag of van de bevoegdheid tot vervolgen, zo stelde de regering gebruik zou moeten worden gemaakt, zal in elk voorkomend geval worden getoetst aan de belangen van internationale aard. Vastgesteld kan worden dat in geen enkel geval de uitbreiding van Nederlandse rechtsmacht heeft geleid tot specifieke op de opsporing en vervolging van buiten Nederland gepleegde feiten gerichte toewijzing van personen en middelen.

Ook opsporingstechnisch is nooit voorzien in een regeling van opsporing in het buitenland. Weliswaar werd artikel 539a Sv in 1967 ingevoerd en vormt dit thans de rechtsgrondslag voor elke opsporingsactiviteit van Nederlandse opsporingsambtenaren buiten Nederland. Echter, artikel 539a was oorspronkelijk bedoeld voor de opsporing op zee en buiten het gebied van de eigen rechtbank, waartoe opsporingsambtenaren destijds beperkt waren.

Het enige verdrag dat uitdrukkelijk is gericht op extraterritoriale strafvordering is het Caraïbisch verdrag met betrekking tot drugstransport op zee. Voor het overige zijn er geen verdragen die opsporing over de grens coherent regelen. Wel verdragen die in ad hoc-opsporing voorzien, zoals achtervolging en observatie over de grens. Iets structureler is de regeling van de gemeenschappelijke onderzoeksteams (art. 552qa e.v. Sv). Artikel 539a Sv voorziet in een machtiging naar Nederlands recht om zonder

⁴⁴⁵ Dat werd op vragen van de VVD-fractie bij de goedkeuring van het Protocol bij het verdrag van Montreal geconstateerd. Zie Kamerstukken II, 1992/1993, 23228, nr. 4, p. 2 en nr. 5, p. 2.

⁴⁴⁶ Een uitzondering hierop vormt het Verdrag (van 27 januari 1999, Trb. 2000, 130) en Protocol (van 15 mei 2003, Trb. 2004, 226) inzake strafrechtelijke bestrijding van corruptie, waarbij vele staten voorbehouden hebben gemaakt met betrekking tot rechtsmacht.

⁴⁴⁷ Zie Rijkswet van 21 februari 2009, Stb. 2009, 128, inwerkingtreding 20 maart 2009.

toepassing van dwangmiddelen en met volkenrechtelijke machtiging over de grens actief te zijn.⁴⁴⁸

6. Praktijk van de vervolging van misdrijven buiten Nederland gepleegd

Internationale misdrijven

In de praktijk van misdrijven met een buitenlandse locus valt een onderscheid te maken tussen internationale misdrijven en andere. Ten aanzien van de eerste is sprake van een heldere infrastructuur. Zaken komen in de regel binnen bij het Landelijk Parket via de IND,⁴⁴⁹ die dossiers van asielzoekers voorlegt, ten aanzien waarvan het vermoeden bestaat dat zij betrokken waren bij het plegen van internationale misdrijven. Landelijk parket en KLPD gaan vervolgens verder met het onderzoek naar een mogelijke strafvervolging. In de WIM zijn de rechtbank en Hof Den Haag exclusief bevoegd gemaakt over deze misdrijven te oordelen. Dit werkt gunstig ten behoeve van vorming en behoud van expertise. Het OM brengt jaarlijks enkele zaken aan.

Respondenten missen een duidelijke lijn in de rechtsmachtregels. De aanknopingspunten die worden veelal gezocht in aanwezigheid van de verdachte op het grondgebied maken rechtsmacht afhankelijk van het gaan en staan van de verdachte. De vaststelling van de verblijfplaats leidt tot problemen. Als oplossing wordt hierbij aangedragen dat, zodra iemand asiel aanvraagt, hieruit wordt geconcludeerd dat iemand hiermee aangeeft in Nederland te willen verblijven en er derhalve rechtsmacht ontstaat over deze ingezetene. Dit zou anders moeten zijn. Rechtsmacht moet er gewoon zijn, of niet zijn maar het moet geen keuze zijn om dat ad-hoc te bepalen. Rechtsmacht is de basis van strafvordering en niet andersom. De aanwijzing opsporing internationale misdrijven van het College PG's biedt de mogelijkheid om snel actie te ondernemen om duidelijkheid te scheppen in deze materie. Bij sommige respondenten bestaat de vrees dat een ruimere (en ongeclausuleerdere) rechtsmacht zou kunnen leiden tot meer beklagzaken (ex artikel 12 Sv). Genoemde respondenten achten het onwenselijk dat in veel gevallen de vervolging wordt bevolen.

Andere misdrijven

De delicten genoemd in 5a Sr mogen van de respondenten uitgebreid worden omdat de bestaande keuze als onlogisch wordt ervaren. Vergelijkbare delicten vallen niet onder 5a Sr. Sommige respondenten storen zich aan de discrepantie tussen artikel 5 en 5a, mensenhandel wordt slechts bij 5 genoemd en niet bij 5a. De ratio ontgaat menigeen. De principiële grondgedachte moet de boventoon voeren, niet het delict dat eraan ten grondslag ligt.

Respondenten tonen zich over het algemeen tevreden met de mogelijkheden tot uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht. Europol en Eurojust worden genoemd als organisaties die faciliterend werken. Er moet hierbij worden aangetekend dat respondenten tonen moeite te hebben de bevoegdheid tot extraterritoriale opsporing te onderscheiden van extraterritoriale rechtsmacht. Er is ruime ervaring met

⁴⁴⁸ Zie voorts Klip, IISS, III.5.1 p. 1-26.

⁴⁴⁹ Niet altijd. Van Anraat viel op door een interview met Netwerk. NGO's doen wel eens aangifte, hetgeen kan leiden tot opsporingsonderzoek.

extraterritoriale opsporing, doch deze betreft vrijwel altijd strafbare feiten met een locus in Nederland. De extraterritoriale opsporing heeft zelden betrekking op strafbare feiten die ook volledig in het buitenland zijn begaan.

Misdrijven met een buitenlandse locus die niet onder de WIM vallen worden niet of nauwelijks vervolgd. Er is geen specifieke eenheid belast met de vervolging ervan. Wel zijn er sommige aandachtsterreinen, zoals kinderporno en genitale verminking, maar deze hebben nog niet geleid tot een structuur die zich richt op opsporing en vervolging. Er zijn wel gevallen van vervolging van feiten gepleegd buiten Nederland, maar dit betreffen eerder toevallige vondsten. De verdachte heeft het bewijs zelf mee in de koffer, de zaak wordt aangebracht door een buitenlandse autoriteit cq overgedragen. Respondenten in de praktijk ervaren dit niet als een probleem. Er liggen voldoende feiten op de plank en het opsporingsonderzoek naar feiten die in het buitenland zijn begaan is tijdrovender en kent meer complicaties en afbreukrisico's.

Uit de gesprekken in de praktijk is geen enkele indicatie gekomen dat er enige significante praktijk van opsporing en vervolging van commune feiten met locus buiten Nederland is. Gezien de sleutelposities die de respondenten innemen in de internationale samenwerking en het feit dat in de gepubliceerde rechtspraak slechts een handjevol zaken voorkomt is hieruit de conclusie getrokken dat er in Nederland nauwelijks tot geen praktijk op feiten met een locus buiten Nederland is. Deze conclusie heeft onderzoekers zelf verrast, vooral in het licht van het in theorie grote aantal strafbare feiten waarover Nederlandse rechtsmacht bestaat.⁴⁵⁰ Juist omdat er theoretisch vele gevallen zouden moeten zijn, had dat ons inziens uit het praktijkonderzoek naar voren dienen te komen. De verklaring kan dan geen andere zijn dan dat er geen noemenswaardige praktijk terzake is.⁴⁵¹

7. Conclusie Nederland

Als rode draad in de discussie in Nederland loopt de vraag of het wel opportuun is om in Nederland te vervolgen als het feit niet hier is gepleegd. Vastgesteld moet worden dat rechtsmachtbepalingen en beleid van vervolging zo zijn geconstrueerd dat in de meeste gevallen geen opportuniteit wordt aangenomen. Bij de goedkeuring van het Verdrag inzake de bestrijding van terroristische bomaanslagen heeft Nederland een verklaring afgelegd waarvan de Nederlandse vertaling als volgt luidt: "Het Koninkrijk der Nederlanden begrijpt onder artikel 8, eerste lid, het recht van de bevoegde gerechtelijke autoriteiten te besluiten een persoon waarvan wordt vermoed dat hij een dergelijk strafbaar feit heeft gepleegd niet te vervolgen, indien, naar het oordeel van de bevoegde gerechtelijke autoriteiten uit zwaarwegende procesrechtelijke overwegingen blijkt dat effectieve vervolging onmogelijk zal zijn."

Er wordt in de kamerstukken vooral gewezen naar gronden waarop Nederland niet als eerst geroepene in beeld zou komen. Ook in gevallen waarin Nederland de verdachten letterlijk aan boord heeft, worden wegen gezocht en gevonden om niet te vervolgen.

⁴⁵⁰ Overigens is het beeld van de vier onderzochte landen op dit punt volledig identiek. Ook in de andere drie landen blijkt niet van enige specifieke praktijk ten aanzien van feiten met een buitenlandse locus.

⁴⁵¹ Grotere zekerheid hieromtrent zou kunnen worden verkregen door alle officieren van justitie in Nederland terzake te bevragen.

Een uitzondering vormt de systematische behandeling van 1fers. Dit leidt tot de constatering dat slechts daar waar er aantoonbare politieke druk is vanuit de kamer, deze ook leidt tot een merkbare praktijk. Waar die politieke druk afwezig is (piraterij) komt er geen Nederlandse vervolging. Het vermijden van een aanknopingspunt met een feit dat in het buitenland is begaan staat in schril contrast met het geringe aanknopingspunt met een locus in Nederland, waardoor in de rechtspraak rechtsmacht wordt gevonden op grond van artikel 2 Sr.⁴⁵²

Meer specifiek kwam één en ander aan de orde in de beslissing van het Hof 's-Gravenhage in de beklagprocedure tegen een Israëliische minister. In die beslissing wordt helder dat het Hof een opportunitedsreden voor de vervolging verwacht met een grondslag voor rechtsmacht. Toegegeven moet worden dat de wetgever het de rechter ook niet gemakkelijk heeft gemaakt. Daarvoor zijn diverse factoren aan te wijzen. Ten eerste bevatten diverse Nederlandse rechtsmachtbepalingen voor de opportuniteit relevante clausules (verdachte die zich in Nederland bevindt/ vliegtuig dat in Nederland landt etc). Ten tweede gaat het er in de beklagprocedure ook om de opportuniteitsafweging van het Openbaar Ministerie te toetsen. Ten derde geven wet, rechtspraak, aanwijzingen en wetsgeschiedenis verschillende boodschappen af voor wat betreft de interpretatie van aanwezigheid. In dat verband lijken met name artikel 4 Sr en artikel 2 WIM aan herziening toe. Het plaatsen van een aanwezigheidsvereiste in de rechtsmachtbepaling leidde bij elke invoering tot een lange discussie in de Kamer en voorts tot het indienen van amendementen ten tijde van de WIM.⁴⁵³ Ook het Hof Den Haag worstelt onmiskenbaar met de betekenis. De wetgever zou er verstandig aan doen de opportuniteitsgrond aanwezigheid van de verdachte te plaatsen waar hij hoort en wel in artikel 167 Sv.⁴⁵⁴ Dat voorkomt dat over de vraag of Nederlandse rechtsmacht heeft veel discussie kan ontstaan, scheidt de mogelijkheid van anticiperende opsporing en behoudt de vrijheid bij een afwezige verdachte niet tot vervolging over te gaan. De gelegenheden waar in Nederland wordt gediscussieerd over de vraag of de vervolging van buitenlands gepleegde misdrijven opportuun is, is deze theoretisch (bij de goedkeuring van verdragen, uitmondend in clausuleringen) of in de praktijk van vervolging van internationale misdrijven. De opportuniteit bij commune misdrijven komt niet ter sprake.

De beslissing van het Haagse Hof spoort in het geheel niet met de in de politiek heersende wens om rechtsmacht uit te breiden en beperkende voorwaarden af te schaffen. De visie van de wetgever op de extraterritoriale rechtsmacht is sedert 11 september 2001 fundamenteel gewijzigd.⁴⁵⁵ Recentelijk nog werden de Nederlandse voorbehouden bij een vijftal verdragen die internationale misdrijven tegengaan bij Rijkswet ingetrokken.⁴⁵⁶ De vijf verdragen zijn alle verdragen die staan opgesomd in het lijstje van artikel 552hh Sv. Door het intrekken van de voorbehouden is Nederland voor de uitoefening van rechtsmacht niet meer afhankelijk van een ander land dat een uitleveringsverzoek doet en kan het zelfstandig van start als een verdachte in

⁴⁵² Zie H.D. Wolswijk, Locus delicti en rechtsmacht, diss. Utrecht 1998.

⁴⁵³ Zie voor de amendementen Kamerstukken II, 2002-2003, 28337, nrs. 11 (van Oven) en 17 (de Wit). Beide amendementen werden verworpen, Handelingen II, 18 december 2002, 35-2664.

⁴⁵⁴ Opsporingsonderzoek terzake van in het buitenland gepleegde feiten kan er toe leiden dat de goede rechtsbedeling verlangt dat van vervolging in Nederland wordt afgezien ten gunste van een ander land. Zie bijvoorbeeld de Nederlandse medewerking aan berechting in Argentinië van Transaviapiloot Julio P. voor feiten begaan in Argentinië. Voorzieningenrechter Rb Den Haag, 18 december 2009, BK7001.

⁴⁵⁵ Zie par. 2.2.1.

⁴⁵⁶ Zie Rijkswet van 21 februari 2009, Stb. 2009, 128, inwerkingtreding 20 maart 2009.

Nederland wordt aangetroffen.⁴⁵⁷ Deze Rijkswet zal geen effect ressorteren als de interpretatie van de aanwezigheidseis die het Hof Den Haag introduceerde wordt gehandhaafd. Nog recenter is het Voorontwerp van een wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van internationale misdrijven, dat de extraterritoriale rechtsmacht met betrekking tot genocide zelfs met terugwerkende kracht uitbreidt.⁴⁵⁸ Hieruit spreekt de wens van de wetgever om daadwerkelijk iets met die extraterritoriale rechtsmacht te doen, niet dat deze rechtsmacht wordt ontkend. Bij wet van 26 november 2009 werd de rechtsmacht opnieuw verruimd, onder meer met een nieuwe rechtsmachtgrondslag: passieve nationaliteit. Bij de behandeling van de Justitiebegroting 2010 kondigde de Minister van Justitie aan rechtsmacht over polygamie in het buitenland te willen vestigen.⁴⁵⁹

In een periode van veertig jaar zijn de opvattingen van de Nederlandse wetgever fundamenteel gewijzigd. Waar men aan het begin van de jaren zeventig nog uiterst terughoudend was met het vestigen van rechtsmacht buiten Nederland is er anno 2010 een indrukwekkend aantal (meest in geclausuleerde vorm) rechtsmachtbepalingen in het wetboek opgenomen. In geen enkel van de onderzochte landen hebben zo veel wetswijzigingen op het gebied van de rechtsmacht plaatsgevonden als in Nederland. Van elke nieuwe rechtsmachtgrondslag die na 1886 werd opgenomen voor één of enkele strafbare feiten zijn naderhand verdere uitbreidingen gekomen voor andere strafbare feiten.

Het hieruit thans resulterend beeld van de Nederlandse bepalingen kan als betrekkelijk chaotisch worden gekenschetst. Weliswaar is langdurig en systematisch gekozen om niet meer rechtsmacht te scheppen dan waartoe verdragen verplichtten. De uitbreidingen ter uitvoering van verdragen nadien hebben zijn gevormd naar het daarvoor gekozen model. Daarbij is niet de vraag gesteld of aan de verdragsverplichting kan worden voldaan zonder dat de in het verdrag genoemde specifieke situaties die tot een verplichting leiden, in de wettelijke rechtsmachtbepaling dient te worden opgenomen. Een van de nadelen van zeer precies omschreven rechtsmachtgrondslagen is dat een situatie over het hoofd kan worden gezien.⁴⁶⁰ Een ander nadeel is dat de rechtsmachtbepalingen moeilijk leesbaar zijn. In de loop der jaren zijn in de rechtsmachtbepalingen strafverzwarende omstandigheden opgenomen,⁴⁶¹ en worden de rechtsmachtbepalingen verder vervuild met bestanddelen van de delictomschrijving.⁴⁶² Voorts is verhouding tussen de

⁴⁵⁷ Die beperkende voorwaarde moet worden geschrappt, aldus de Minister: “Nederland zal dus rechtsmacht hebben al op het moment dat de verdachte zich op Nederlands grondgebied bevindt, dus ook wanneer geen verzoek om uitlevering is gedaan. Die rechtsmacht zal worden gegrond op artikel 4 Sr.” Zie Kamerstukken II, 2008/2009, 31539 (R 1865), nr. 6, p. 2.

⁴⁵⁸ Zie persbericht 6 oktober 2009: Hirsch Ballin zet harder in op vervolging oorlogsmisdadigers. Het wetsvoorstel voor een Wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van internationale misdrijven ging op 6 oktober 2009 in consultatie.

⁴⁵⁹ Kamerstukken II, 2009/2010, 32123 VI, nr. 83, p.6.

⁴⁶⁰ Zo constateerde de Minister van Justitie ten aanzien van rechtsmacht over actieve corruptie en fraude dat situaties ten onrechte niet waren afgedekt. Zie kamerstukken I, 2000/2001, 26468 (R 1637) en 26469, nr. 13a, p. 3.

⁴⁶¹ Onder andere de verwijzingen naar artikel 354.

⁴⁶² Onder andere artikel 5 lid 1 sub 3 Sr met betrekking tot artikel 300 of artikel 4 sub 11 met betrekking tot artikel 282a Sr. Dit verschijnsel noopt tot een meer algemeen theoretische vraag: kan rechtsmacht over de grens uit de delictomschrijving voortvloeien? Zie bijvoorbeeld initiatiefwetsvoorstel 30491 met betrekking tot artikel 279 Sr. En vice versa: kunnen rechtsmachtbepalingen bestanddelen bevatten?

diverse rechtsmachtbeginselen uit het oog verloren, omdat men er impliciet vanuit is gegaan dat de verdragsverplichting volledig in de rechtsmachtbepaling moest worden opgenomen. Nederland heeft voorts opportuniteitsafwegingen als voorwaarden voor rechtsmacht geformuleerd. Dit bemoeilijkt, zo niet sluit uit, de opsporing en aanhouding van verdachten van buiten Nederland gepleegde delicten in ernstige mate.

De Nederlandse rechtsmachtbepalingen geven dubbele boodschappen af. Enerzijds kunnen ze als defensief en angstig worden aangemerkt. Ze geven eerder de indruk dat de bedoeling is dat ze niet worden gebruikt dan dat ze werkelijk tot toepassing leiden. Anderzijds kan het feit dat tientallen wetwijzigingen steeds een uitbreiding brachten worden gezien als een signaal dat Nederland wenste af te geven. Er is een grote kloof tussen Nederlandse extraterritoriale rechtsmacht in theorie en die in de praktijk van opsporing en vervolging. De kamer hecht groot politiek gewicht aan de opsporing en vervolging van internationale misdrijven, de Minister van Justitie rapporteert jaarlijks over de stand van zaken: “Nederland heeft ervoor gekozen internationaal voorop te lopen in de opsporing en vervolging van internationale misdrijven.”⁴⁶³ Nieuwe bepalingen, zoals de artikelen 5a en 5b ogen wat impulsief. De kloof tussen politieke uitingen en verwachtingen van de afgelopen jaren enerzijds en de praktijk anderzijds is zeer groot. De forse uitbreiding van rechtsmacht heeft niet geleid tot meer praktijk. Veel respondenten stellen dat ze bezig zijn met feiten buiten Nederland gepleegd, maar het gaat vrijwel steeds om zaken met een aanknopingspunt in Nederland.

Feitelijk wordt er nauwelijks gebruik gemaakt van de bestaande rechtsmacht. Met uitzondering van de 1f-ers, die systematisch worden onderzocht, zijn de overige gevallen toevalstreffers. In de buitenlandse literatuur valt Nederland de laatste jaren positief op in de zin dat voor de opsporing en vervolging een structuur is gecreëerd.⁴⁶⁴ Dit succes is reëel en laat zien dat structureel investeren in zaken van extraterritoriale rechtsmacht resultaten op kunnen leveren. Bovendien laten de ervaringen met internationale misdrijven zien dat infrastructuur belangrijker is dan de precieze formulering van de rechtsmachtbepalingen. Met de komst van de WIM zijn de rechtsmachtbepalingen ingeperkt, maar dit heeft niet geleid tot een reductie van zaken die vrijwel alle nog betrekking hebben op overtredingen van de WOS. De verklaring daarvoor is dat de praktijk ook ten aanzien van de WOS al geen gebruik maakte van de ongeclausuleerde universele rechtsmacht.

⁴⁶³ Kamerstukken II, 2007/2008, 31200 VI, nr. 193, p. 4.

⁴⁶⁴ Zie bijvoorbeeld Wolfgang Kaleck, *From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008*, 30 *Michigan Journal of International Law* 2009, p. 962.

Hoofdstuk 6 Extraterritoriale rechtsmacht in internationaal recht

1. Inleiding

In dit hoofdstuk staat centraal wat de internationale rechtspraak stelt ten aanzien van extraterritoriale rechtsmacht. De focus ligt bij het Internationaal Gerechtshof. Er is niet getracht een alomvattend overzicht van de volledige literatuur te geven. Uit dit overzicht kunnen conclusies worden getrokken voor wat betreft de vraag of vestiging van extraterritoriale rechtsmacht volkenrechtelijk toelaatbaar is, alsmede de mogelijkheden die rechtsmacht ook uit te oefenen door middel van opsporing en vervolging.

In het internationale recht vallen twee benaderingen van rechtsmacht te constateren. Ten eerste de opvatting dat staten rechtsmacht kunnen uitoefenen zolang als er geen verbod bestaat. Ten tweede de visie dat staten geen rechtsmacht kunnen uitoefenen tenzij er een toestemming bestaat.⁴⁶⁵ De eerste benadering is door het Permanent Hof van Internationale Justitie in de *Lotus* zaak aangenomen, maar vele staten en bronnen in de doctrine verkiezen de tweede. Niettemin is het moeilijk vast te stellen welke benadering de voorrang heeft. In de praktijk zullen staten gebruik maken van de benadering die hun belangen het beste dient.⁴⁶⁶ Als een staat zijn rechtsmacht wil uitoefenen, zal hij de eerste benadering kiezen; als hij de uitoefening van rechtsmacht door een ander staat wil voorkomen, zal hij de tweede aanvoeren. Deze twee benaderingen keren terug in meer recente zaken van het Internationaal Gerechtshof, voornamelijk in de *Yerodia* zaak.

2. De Lotus zaak

De *Lotus* zaak is de eerste zaak waar een internationaal hof de omstandigheden waarin een staat rechtsmacht kon uitoefenen volgens de regels van internationaal recht diende te bepalen.⁴⁶⁷ Op 2 augustus 1926 had een ernstige botsing plaatsgevonden op volle zee tussen een Frans schip, de *Lotus*, en een Turks vaartuig, de *Boz-Kourt*, met het gevolg dat acht Turkse zeemannen waren overleden. De Turkse autoriteiten hadden besloten een Franse luitenant die ze voor de botsing verantwoordelijk hielden te arresteren en te vervolgen.⁴⁶⁸ Frankrijk was sterk gekant tegen de vervolging, en stelde dat deze in strijd was met de beginselen van international recht. De twee staten kwamen overeen om hun dispuut voor te leggen aan het Permanent Internationaal Gerechtshof in Den Haag.⁴⁶⁹

⁴⁶⁵ Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford Monographs in International Law, Oxford, 2008, p. 21; R. Van Elst & A. Orié, "Strafmachtrecht", in *Handboek Internationaal Strafrecht*, Kluwer, Deventer, 2008, p. 43.

⁴⁶⁶ Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford Monographs in International Law, Oxford, 2008, p. 21.

⁴⁶⁷ PCIJ, *SS Lotus* (France v. Turkey), 1927, PCIJ Reports, Series A, No 10. Over deze zaak, zie o.a. R. Van Elst & A. Orié, "Strafmachtrecht", in *Handboek Internationaal Strafrecht*, Kluwer, Deventer, 2008, p. 43-44.

⁴⁶⁸ PCIJ, *SS Lotus* (France v. Turkey), 1927, PCIJ Reports, Series A, No 10, p. 10-11.

⁴⁶⁹ PCIJ, *SS Lotus* (France v. Turkey), 1927, PCIJ Reports, Series A, No 10, p. 11-12.

Het hof diende de vraag te beantwoorden of de beginselen van internationaal recht beletten dat Turkije, op grond van zijn wetgeving, een vervolging tegen de luitenant Demons entameerde.⁴⁷⁰ In deze context maakte het hof een belangrijk onderscheid tussen twee vormen van rechtsmacht: de “wetgevende bevoegdheid-vestigen van rechtsmacht”,⁴⁷¹ of *jurisdiction to prescribe* in het Engels, en de “uitvoerende bevoegdheid-uitoefenen van rechtsmacht”,⁴⁷² of *jurisdiction to enforce*.

Met betrekking tot de *jurisdiction to enforce* stelde het hof dat:

the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that – failing the existence of a permissive rule to the contrary – it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention.⁴⁷³

Daarentegen verklaarde het hof dat de *jurisdiction to prescribe* extraterritoriaal kon worden uitgeoefend:

It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases. But this is certainly not the case under international law as it stands at present. Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion, which is only limited in certain cases by prohibitive rules; as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable.⁴⁷⁴

Het hof vond de rechtvaardiging hiervoor in het feit dat de internationale rechtsorde uit onafhankelijke staten bestaat.⁴⁷⁵ Hieruit leidde het twee consequenties af. Aan de ene kant kunnen staten buiten hun grondgebied het naleven van regels niet afdwingen omdat ze dan in strijd met het principe van soevereine gelijkheid van de naties zouden

⁴⁷⁰ PCIJ, *SS Lotus* (France v. Turkey), 1927, PCIJ Reports, Series A, No 10, p. 15.

⁴⁷¹ Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 11. Zie ook R. Van Elst & A. Orie, “Strafmachtrecht”, in *Handboek Internationaal Strafrecht*, Kluwer, Deventer, 2008, p. 30, die de woorden “wetgevende rechtsmacht” gebruiken.

⁴⁷² Tom Vander Beken, *Forumkeuze in het internationaal strafrecht*, Maklu, Antwerpen, 1999, p. 11. Zie ook R. Van Elst & A. Orie, “Strafmachtrecht”, in *Handboek Internationaal Strafrecht*, Kluwer, Deventer, 2008, p. 30, die de woorden “uitvoerende rechtsmacht” gebruiken.

⁴⁷³ PCIJ, *SS Lotus* (France v. Turkey), 1927, PCIJ Reports, Series A, No 10, p. 18-19.

⁴⁷⁴ PCIJ, *SS Lotus* (France v. Turkey), 1927, PCIJ Reports, Series A, No 10, p. 19.

⁴⁷⁵ PCIJ, *SS Lotus* (France v. Turkey), 1927, PCIJ Reports, Series A, No 10, p. 18.

handelen.⁴⁷⁶ Rechtsmacht, in de betekenis *jurisdiction to enforce*, is dus territoriaal. Aan de andere kant kunnen staten regels die van toepassing zijn op mensen, bezittingen of acties buiten hun grondgebied uitvaardigen, omdat “[r]estrictions upon the independence of States cannot ... be presumed”.⁴⁷⁷ Rechtsmacht, in de betekenis *jurisdiction to prescribe*, kan dus extraterritoriaal zijn. Het hof concludeerde dat “[t]he territoriality of criminal law, therefore, is not an absolute principle of international law and by no means coincides with territorial sovereignty”.⁴⁷⁸ Deze conclusie beschrijft de twee betekenissen van rechtsmacht en laat het verschil dat tussen hen bestaat, zien. Cryer stelt dat om uit het volkenrechtelijk gewoonterecht af te leiden dat extraterritoriale rechtsmacht toelaatbaar is, er minder praktijk nodig is, dan om vast te stellen dat zulks verplicht zou zijn.⁴⁷⁹

3. Het internationale gewoonterecht

De beoordeling van het Permanent Hof van Internationale Justitie in de *Lotus* zaak is regelmatig door de doctrine afgekeurd. De stelling is dan dat het vestigen van extraterritoriaal rechtsmacht verboden is volgens de internationale gewoonte die op grond van de praktijk van de staten gebaseerd wordt, behalve het bestaan van een toestemming.⁴⁸⁰ Deze benadering bevordert territoriale rechtsmacht en ziet dit als de fundamentele regel van de internationale rechtsorde. Dus is de extraterritoriale uitoefening van rechtsmacht geen gevolg van het territorialiteitsbeginsel, maar er een uitzondering op. Ryngaert merkt op dat de twee benaderingen – van het Permanent Hof van Internationale Justitie in de *Lotus* zaak en de benadering die op de praktijk van de staten wordt gebaseerd – beide verwijzen naar het principe van soevereiniteit: “The former view, however, takes the perspective of the prescribing State, emphasizing its absolute sovereign right of unilaterally exercising jurisdiction, whereas the latter view takes the perspective of the State feeling the adverse effects of the jurisdictional assertions of the prescribing State, a view emphasizing notions of reciprocity that are necessary for any viable concept of sovereignty”.⁴⁸¹ De recente jurisprudentie van het Internationaal Gerechtshof beschrijft de actuele afwijkingen met betrekking tot welke van deze twee concepties in internationaal recht moet overwegen. In angelsaksische literatuur wordt minder onderscheid gemaakt tussen *jurisdiction to prescribe* en *jurisdiction to enforce*. Dit kan worden verklaard doo het traditionele belang van het territorialiteitsbeginsel, dat zowel voor rechtsmacht als voor strafvordering geldt.

⁴⁷⁶ Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford Monographs in International Law, Oxford, 2008, p. 23.

⁴⁷⁷ PCIJ, *SS Lotus* (France v. Turkey), 1927, PCIJ Reports, Series A, No 10, p. 18.

⁴⁷⁸ PCIJ, *SS Lotus* (France v. Turkey), 1927, PCIJ Reports, Series A, No 10, p. 20.

⁴⁷⁹ Robert Cryer, *Prosecuting International Crimes*, Cambridge University Press 2005, p. 89.

⁴⁸⁰ Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford Monographs in International Law, Oxford, 2008, p. 27.

⁴⁸¹ Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford Monographs in International Law, Oxford, 2008, p. 29.

4. De Yerodia zaak

De beslissing van het Internationaal Gerechtshof in de *Yerodia* zaak⁴⁸² werd met groot ongeduld afgewacht, omdat het de eerste keer sinds de *Lotus* zaak was dat een internationaal hof de kwestie van extraterritoriale rechtsmacht zou bekijken.⁴⁸³

In deze zaak had een Belgische onderzoeksrechter een arrestatiebevel uitgevaardigd tegen Abdulaye Yerodia Ndombasi die op dat moment Minister van Buitenlandse Zaken in de Democratische Republiek Congo (DRC) was.⁴⁸⁴ Yerodia werd beschuldigd van oorlogsmisdaden en misdaden tegen de mensheid gepleegd tegen de Tutsi's tijdens een intern conflict in de DRC in 1998.⁴⁸⁵ België claimde daarover rechtsmacht in de Genocidewet van 1993 (gewijzigd in 1999) die universele rechtsmacht voor deze internationale misdrijven gaf.

Hoewel de vraag van de toepassing van extraterritoriale rechtsmacht de kern van het probleem in de *Yerodia* zaak was, besloot het hof deze vraag niet te behandelen.⁴⁸⁶ Dit kan worden verklaard door het feit dat Congo in zijn rekest aanvankelijk beweerde dat (1) de toepassing van universele rechtsmacht in strijd met internationaal recht was, en (2) dat een minister van buitenlandse zaken in functie door een immuniteit was beschermd.⁴⁸⁷ Maar Congo liet de vraag van rechtsmacht in zijn slotconclusie vallen.⁴⁸⁸ Gegeven het adagium dat het Hof *non ultra petita* mocht beslissen, stelde het dat dit “nonetheless cannot preclude the Court from addressing certain legal points in its reasoning”.⁴⁸⁹ Alhoewel het hof aspecten van de vraag of de Belgische universele rechtsmacht met internationaal recht verenigbaar is, behandelen. Toch besloot het dat niet te doen. Het Hof vatte het Congolese verzoek op als een uitnodiging om over de immuniteiten te debatteren.⁴⁹⁰ Niettegenstaande de

⁴⁸² ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 3.

⁴⁸³ David Turns, “Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo V Belgium): The International Court of Justice’s Failure to Take a Stand on Universal Jurisdiction”, 3 *Melb. J. Int’l L.*, 2002, p. 383; Marc Henzelin, “La Compétence pénale Universelle: Une Question non Résolue par l’Arrêt Yerodia”, *R.G.D.I.P.*, Vol. 4, 2002, p. 820.

⁴⁸⁴ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 9.

⁴⁸⁵ Ernst Hirsch Ballin, “Yerodia: Rechtsmacht, immuniteit en vervolgingsbeleid”, *Ars Aequi* 51, 2002, 10, p. 741; David Turns, “Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo V Belgium): The International Court of Justice’s Failure to Take a Stand on Universal Jurisdiction”, 3 *Melb. J. Int’l L.*, 2002, p. 384.

⁴⁸⁶ Op dit punt, zie o.a. Antonio Cassese, “When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium* Case”, *E.J.I.L.*, 2002, p. 855-856; Mark Summers, “The International Court of Justice’s Decision in *Congo v. Belgium*: How Has It Affected the Development of a Principle of Universal Jurisdiction That Would Obligate all States to Prosecute War Criminals?”, 21 *B.U. Int’l L.J.*, 2003, p. 68; David Turns, “Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo V Belgium): The International Court of Justice’s Failure to Take a Stand on Universal Jurisdiction”, 3 *Melb. J. Int’l L.*, 2002, p. 386.

⁴⁸⁷ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 10.

⁴⁸⁸ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 11.

⁴⁸⁹ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 19.

⁴⁹⁰ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 19. Zie voorts over immuniteiten Helmut Kreicker, *Völkerrechtliche Exemtionen*,

meerderheid gaven verschillende rechters hun zienswijze op universele rechtsmacht en extraterritoriale rechtsmacht in het algemeen in *separate* en *dissenting opinions*.⁴⁹¹ Drie *opinions* zullen nu worden besproken.

De president van het hof, Gilbert Guillaume, in zijn *separate opinion*, maakte een historische analyse van de toepassing van extraterritoriale rechtsmacht, en merkte op dat “[o]rdinarily, States are without jurisdiction over crimes committed abroad as between foreigners”.⁴⁹² Hij aanvaardde alleen maar een uitzondering, namelijk piraterij, die door de internationale gewoonte was erkend. Bovendien verklaarde rechter Guillaume dat universele rechtsmacht *in absentia* niet in internationale verdragen erkend was.⁴⁹³ In wezen verwacht hij hier *jurisdiction to prescribe* en *jurisdiction to enforce*. Uiteindelijk stelde hij dat de beoordeling van het Permanent Hof van Internationale Justitie in de *Lotus* zaak niet overtuigend was en dat het territorialiteitsbeginsel sterker was geworden sinds de aanvaarding van het Handvest van de Verenigde Naties.⁴⁹⁴ Dus waren de toepassingen van extraterritoriale rechtsmacht in verdragen of de internationale gewoonte uitzonderingen op het territorialiteitsbeginsel. Zoals blijkt uit de legislatieve praktijk van de staten die rechtsmacht uitbreiden is de positie van de rechter Guillaume veeleer traditioneel. Hij concludeerde dat:

States primarily exercise their criminal jurisdiction on their own territory. In classic international law, they normally have jurisdiction in respect of an offence committed abroad only if the offender, or at least the victim, is of their nationality, or if the crime threatens their internal or external security. Additionally, they may exercise jurisdiction in cases of piracy and in the situations of subsidiary universal jurisdiction provided for by various conventions if the offender is, present on their territory. But apart from these cases, international law does not accept universal jurisdiction; still less does it accept universal jurisdiction in *absentia*.⁴⁹⁵

In hun *joint separate opinion* stelden de rechters Higgins, Kooijmans en Buergenthal een andere zienswijze op extraterritoriale rechtsmacht voor. Ten eerste merkten ze op dat het hof de vraag of België universele rechtsmacht kon uitoefenen, zou moeten

Grundlagen und Grenzen völkerrechtlicher Immunitäten und ihre Wirkungen im Strafrecht, Band 1 und 2, Max Planck Institut Freiburg im Breisgau 2007.

⁴⁹¹ Voor een discussie van deze *opinions*, zie o.a. Antonio Cassese, “When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium* Case”, E.J.I.L., 2002, p. 855-858; Marc Henzelin, “La Compétence pénale Universelle: Une Question non Résolue par l’Arrêt Yerodia”, R.G.D.I.P., Vol. 4, 2002, p. 831-832 en 837-843; Ernst Hirsch Ballin, “Yerodia: Rechtsmacht, immuniteit en vervolgingsbeleid”, *Ars Aequi* 51, 2002, 10, p. 743-747; Mark Summers, “The International Court of Justice’s Decision in *Congo v. Belgium*: How Has It Affected the Development of a Principle of Universal Jurisdiction That Would Obligate all States to Prosecute War Criminals?”, 21 B.U. Int’l L.J., 2003, p. 92-96; David Turns, “Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo V Belgium): The International Court of Justice’s Failure to Take a Stand on Universal Jurisdiction”, 3 Melb. J. Int’l L., 2002, p. 388-395.

⁴⁹² ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 37.

⁴⁹³ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 40.

⁴⁹⁴ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 43.

⁴⁹⁵ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 43-44.

beantwoorden.⁴⁹⁶ Ten tweede verklaarden ze, met betrekking tot de universele rechtsmacht, en in tegenstelling tot de rechter Guillaume, dat:

[t]hat there is no established practice in which State exercise universal jurisdiction, properly so called, is undeniable (...) This does not indicate, however, that such exercise would be unlawful (...) In short, national legislation and case law – that is, State practice – is neutral as to exercise of universal jurisdiction.⁴⁹⁷

Ze voegden daaraan toe dat het uitgangspunt van de *Lotus* zaak gelijkenis vertoond met “the high water mark of laissez-faire in international relations, and an era that has been significantly overtaken by other tendencies”.⁴⁹⁸ Toch dachten ze dat een evolutie kon worden vastgesteld met betrekking tot de geboorte van een principe van internationale recht dat een universele toepassing van rechtsmacht over internationale misdaden zoals misdaden tegen de mensheid toestemde.⁴⁹⁹

Ten derde bespraken de rechters van de minderheid de legaliteit van het universaliteitsbeginsel *in absentia*. Volgens hen is de aanwezigheid van de verdachte op het grondgebied geen prealabele voorwaarde voor een staat die universele rechtsmacht wil uitoefenen. Ze herhaalden de stelregel van de *Lotus*-zaak:

[t]he only prohibitive rule (...) is that criminal jurisdiction should not be exercised, without permission, within the territory of another State. The Belgian arrest warrant envisaged the arrest of Mr. Yerodia in Belgium, or the possibility of his arrest in third States at the discretion of the States concerned. This would in principle seem to violate no existing prohibiting rule of international law.⁵⁰⁰

Ze concludeerden dat staten op eigen initiatief “pure” universele rechtsmacht konden uitoefenen, zolang ze maar regels van internationaal recht respecteerden, zoals de internationale immuniteiten van de verdachte en het ernstige karakter van de misdrijven.⁵⁰¹

Christine van den Wyngaert, de Belgische *ad hoc*-rechter, schreef een *dissenting opinion* waarin ze haar zienswijze presenteerde. Ze vond dat een verschil moest worden gemaakt tussen *jurisdiction to prescribe* en *jurisdiction to enforce*. Aldus kon worden bepaald dat de uitvaarding van het arrestatiebevel tegen Mr. Yerodia niet in strijd met regels van rechtsmacht kwam.⁵⁰² Om dat aan te tonen refereerde ze aan de

⁴⁹⁶ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 68.

⁴⁹⁷ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 76.

⁴⁹⁸ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 78.

⁴⁹⁹ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 79.

⁵⁰⁰ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 79. Zie ook *ibid.*, p. 80.

⁵⁰¹ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 80-81.

⁵⁰² ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 168.

Lotus zaak. Ze stelde dat het principe in *Lotus* misschien te liberaal was maar zelfs met een restrictiever interpretatie van de *Lotus*-regels staat het internationale recht een extraterritoriale rechtsmacht over internationale misdrijven toe.⁵⁰³

Met betrekking tot het universaliteitsbeginsel *in absentia* merkte ze op dat geen verbod kon worden gevonden in internationale verdragen noch in de internationale gewoonte⁵⁰⁴ en dat het vereiste van de aanwezigheid van de verdachte op het grondgebied van een staat dat in verschillende nationale wetgevingen bestond, was “not necessarily the expression of an *opinio juris* to the effect that this is a requirement under international law”.⁵⁰⁵ Ze concludeerde dat de Belgische Genocidewet:

giving effect to the principle of universal jurisdiction regarding war crimes and crimes against humanity, is not contrary to international law. International law does not prohibit States from asserting prescriptive jurisdiction of this kind. On the contrary, international law permits and even encourages States to assert this form of jurisdiction in order to ensure that suspects of war crimes and crimes against humanity do not find safe havens.⁵⁰⁶

Vervolgens besprak van den Wyngaert de uitvaardiging van het arrestatiebevel en verklaarde ze dat België geen inbreuk op het internationale recht had gepleegd omdat het arrestatiebevel nooit was uitgevoerd.⁵⁰⁷ Volgens Christine van den Wyngaert valt dus de uitvaardiging van het arrestatiebevel in het toepassingsgebied van de *jurisdiction to prescribe*. De circulatie van het arrestatiebevel is iets anders omdat dit in het toepassingsgebied van de *jurisdiction to enforce* valt. Niettemin was het principe van de *Lotus* zaak gerespecteerd omdat het Belgische arrestatiebevel een pure interne actie was, zonder extraterritoriaal effect.⁵⁰⁸

5. Conclusie

De vraag die aan het einde van deze beschouwing over de volkenrechtelijke invloed op extraterritoriale rechtsmacht opkomt is de volgende: zijn de uitgangspunten van de *Lotus* zaak nog van toepassing in deze dagen? De *separate* en *dissenting opinions* in de *Yerodia* zaak hebben een aanvang gemaakt met zoeken naar een evenwicht tussen de strijd tegen straffeloosheid en het respect voor de soevereiniteit.⁵⁰⁹ De rechters zijn

⁵⁰³ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 169.

⁵⁰⁴ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 170.

⁵⁰⁵ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 171.

⁵⁰⁶ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 176-177.

⁵⁰⁷ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 178.

⁵⁰⁸ ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 2002, ICJ Reports 2002, p. 180-182.

⁵⁰⁹ Op dit punt, zie Marc Henzelin, “La Compétence pénale Universelle: Une Question non Résolue par l’Arrêt Yerodia”, R.G.D.I.P., Vol. 4, 2002, p. 839-843; Mark Summers, “The International Court of Justice’s Decision in *Congo v. Belgium*: How Has It Affected the Development of a Principle of

het eens met het feit dat er nog geen gewoonterecht van universele rechtsmacht bestaat dat staten verplicht internationale misdaden te vervolgen. Toch hebben ze verschillende zienswijzen met betrekking tot de vraag of staten opzettelijk universele rechtsmacht kunnen uitoefenen, voornamelijk *in absentia*.

Volgens de benadering van rechter Guillaume kan een staat geen onderzoek beginnen zolang de verdachte niet aanwezig is op zijn grondgebied. Volgens de neutrale benadering van rechters Higgins, Kooijmans en Buergenthal kan een staat ernstige internationale misdaden onderzoeken en de plegers beschuldigen, maar kan die staat geen gevolg geven aan een aanhoudingsbevel in strijd met de territorialiteit van een andere staat. De progressieve benadering van rechter van den Wyngaert leidt tot dezelfde conclusie, en dus is de uitvaardiging van een arrestatiebevel niet *a priori* in strijd met internationaal recht.

De conclusie is dat het nog niet duidelijk of de veronderstelling van vrijheid die uit de *Lotus* zaak bestond nog van toepassing is, of dat de internationale gemeenschap deze veronderstelling heeft weergelegd. Zelfs tussen de rechters van het Internationaal Gerechtshof is er geen overeenstemming. Maar dat zal misschien veranderen in de context van een zaak die recentelijk voor het Internationaal Gerechtshof was gebracht. In de *Republic of the Congo v. France* beweert de Republiek van Congo dat de erkenning en de uitoefening van universele rechtsmacht door Frankrijk in strijd is met het principe van soevereine gelijkheid van de naties dat in het Handvest van de Verenigde Naties erkend wordt.⁵¹⁰ Als de Republiek van Congo, in tegenstelling tot in de *Yerodia* zaak, deze vraag niet in zijn slotconclusie laat vallen, zal het Internationaal Gerechtshof de gelegenheid hebben om te beslissen welke vormen van extraterritoriale rechtsmacht in overeenstemming met het internationale recht kunnen worden geacht.

Concreet betekent één en ander dat uit het volkenrecht geen verbod kan worden afgeleid tot het vestigen van extraterritoriale rechtsmacht. Er is geen indicatie dat dit afhankelijk zou zijn van de vraag op welk rechtsmachtbeginsel die rechtsmacht is gevestigd. Wat betreft de bevoegdheid met deze extraterritoriale rechtsmacht ook daadwerkelijk iets te doen, is helder dat het merkbaar extraterritoriaal optreden buiten eigen grondgebied niet onomstreden is.

Universal Jurisdiction That Would Obligate all States to Prosecute War Criminals?”, 21 B.U. Int’l L.J., 2003, p. 98-99.

⁵¹⁰ ICJ, *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, Application instituting proceedings, 11 April 2003, p. 3.

Hoofdstuk 7 **Conclusies en aanbevelingen**

Par. 1. Inleiding

1. Inleiding

Nu een inzicht is verworven over de extraterritoriale rechtsmacht in de vier onderzochte landen, alsmede de volkenrechtelijke betekenis van extraterritoriale rechtsmacht kan de balans worden opgemaakt. Welke conclusies en aanbevelingen kunnen uit het onderzoek aan de hand van de eerder gestelde vragen worden getrokken? De bevindingen zullen in thematische vorm worden gerangschikt. Zij zullen worden gevolgd door aanbevelingen die zijn toegesneden op de Nederlandse situatie. Na presentatie van een aantal algemene bevindingen, die volgen uit het rechtsvergelijkend onderzoek, worden enkele aanbevelingen gedaan. De aanbevelingen vallen in de verschillende categorieën uiteen. Als eerste enkele aanbevelingen die betrekking hebben op de huidige Nederlandse rechtsmachtregeling, maar ook relevant zijn voor eventuele alternatieve scenario's. Twee alternatieve scenario's worden aangeboden. Eén ten aanzien van feiten gepleegd binnen de Europese Unie en één ten aanzien van feiten begaan buiten de Europese Unie. Voorafgaand aan de presentatie van de scenario's gaan enkele conclusies en aanbevelingen die voor beide rechtsmachtscenario's gelding hebben. Tenslotte enkele losse aanbevelingen die niet gebonden zijn aan een bepaald scenario. Voor elke aanbeveling is ook een nadeel te geformuleerd, zodat een afgewogen beeld wordt gerealiseerd.

2. Aanleiding voor het onderzoek

Het onderzoek vond zijn aanleiding in de wens van het Ministerie inzicht te verkrijgen in de reikwijdte van de drie jongste loten aan de stam van de rechtsmachtbeginselen: het passieve nationaliteitsbeginsel, het domiciliebeginsel en de rechtsmacht buiten de rechtsmacht van elke staat om. Al in de onderzoeksopzet was besloten deze drie beginselen niet geïsoleerd te bezien, maar in de context van alle rechtsmachtbeginselen. Het rechtsvergelijkend onderzoek toont aan dat een contextuele benadering gewenst is, omdat er verschillende afwegingen gemaakt moeten worden. Het gaat zowel om de vraag welke feiten passen bij een bepaald beginsel, als om de vraag of een rechtsmachtbeginsel van beperkte aard niet zou kunnen of moeten worden "opgeslokt" door een beginsel met een groter bereik.

3. Rechtsvergelijking

Het onderzoek is rechtsvergelijkend uitgevoerd. De meerwaarde daarvan is dat deze methode inzicht geeft in de wijze waarop andere landen in theorie en praktijk omgaan met in wezen dezelfde problemen. Zonder de rechtsvergelijking hadden vele conclusies niet kunnen worden getrokken en hadden vele aanbevelingen niet kunnen worden gedaan. De rechtsvergelijking heeft ertoe gedwongen na te denken over de

verklaring van het feit dat in theorie tussen de vier onderzochte landen grote verschillen bestaan op het stuk van de rechtsmacht, maar dat deze in de praktijk betrekkelijk gering blijken te zijn. In dit slothoofdstuk worden de conclusies en aanbevelingen op de Nederlandse situatie toegesneden gepresenteerd.

Het rechtsvergelijkend onderzoek heeft een catalogus aan indicatoren opgeleverd die voor of tegen het vestigen van rechtsmacht over feiten in het buitenland spreken. Uit het gezamenlijk onderzoek van de vier onderzochte landen komen de volgende indicatoren naar voren.

Indicatoren voor extraterritoriale rechtsmacht:

- de ernst van het feit
- verdachte ontkomt niet aan berechting
- staat wordt geen safe haven
- verschijningsvorm van het delict
- slachtoffer is onderdaan of ingezetene
- dader is onderdaan of ingezetene
- het verdrag verplicht ertoe
- voorkomen dat geen staat rechtsmacht zal hebben
- het gaat om delicten van universeel belang
- de strafbare feiten zijn een hot item in de media
- dader wordt berecht in eigen land
- slachtoffer ziet berechting in eigen land
- slachtoffer kan van de locusstaat geen bestraffing verwachten
- mobiliteit van de objecten van het misdrijf
- massaliteit en multinationaliteit van de slachtoffers

Indicatoren tegen extraterritoriale rechtsmacht:

- andere staten zijn bevoegd
- bewijsgaring is moeilijk
- eigen aanknopingspunt is zwak
- mogelijke rechtsmachtconflicten
- delict is geen ernstig feit
- buitenland kan één en ander als inmenging aanmerken
- wens zo buiten internationale brandhaarden te blijven
- een andere staat is van nature bevoegd: it is not your case
- het verdrag verplicht er niet toe
- verstekprocedures zijn ongewenst
- na berechting blijf je met onuitzetbaren zitten
- schadelijk voor zakelijke belangen
- passieve nationaliteit is een uitdrukking van wantrouwen
- opsporing is duur en arbeidsintensief

4. Het praktijkonderzoek

Het onderzoek is in de loop van 2009 uitgebreid van een zuiver literatuuronderzoek naar een component met praktischelement. Het praktijkonderzoek, dat bestond uit

interviews,⁵¹¹ heeft een duidelijke meerwaarde voor het rapport. De geselecteerde gesprekspartners zijn werkzaam bij politie en justitie en belast met opsporing en vervolging van internationale misdrijven of met de internationale samenwerking in strafzaken. Zonder het praktijkgedeelte zouden enkele conclusies en aanbevelingen anders luiden. De waarde van het praktijkgedeelte komt op twee punten met name tot uitdrukking: 1) in alle landen moet een scherp onderscheid worden gemaakt tussen de internationale misdrijven en andere misdrijven; 2) er is op andere misdrijven dan internationale misdrijven geen significante praktijk.

Ten aanzien van de commune delicten was het buitengewoon moeilijk gesprekspartners te vinden die ervaring hadden met strafbare feiten met een exclusief buitenlandse locus. Wel bleek er grote ervaring met commune delicten met een aanknopingspunt naar eigen grondgebied, die tevens allerlei grensoverschrijdende aspecten bevatten.⁵¹² In alle onderzochte landen wordt voor delicten die worden begaan met moderne technologie (internet/ telebanking/ telecommunicatie) snel een aanknopingspunt gevonden, dat kan bestaan uit een computer, een server, een zendmast of een satelliet op eigen grondgebied of in (mede)eigendom.⁵¹³ De ervaring in veel gesprekken was dat respondenten aanvankelijk dachten met feiten met een locus buiten eigen land bezig te zijn, terwijl na doorvragen bleek dat het ging om feiten met een aanknopingspunt op eigen grondgebied. De belevingswereld van misdrijven met een zuivere locus in het buitenland lijkt ook in Nederland aanzienlijk groter dan de werkelijkheid.

5. De structuur van de Nederlandse rechtsmachtbepalingen

Van Elst en Orie stellen dat de reikwijdte van het Nederlandse strafrecht de laatste jaren weinig systematisch doordacht wordt uitgebreid.⁵¹⁴ Die opvatting wordt onderschreven. De samengestelde rechtsmachtregeling kan worden gekenschetst als weinig transparant en grotendeels een resultante van het één op één uitvoeren van verdragsverplichtingen in rechtsmachtbepalingen. De redenen voor de keuzes voor het ene of het andere rechtsmachtbeginsel zijn daardoor niet zichtbaar. Toch is het niet zo dat elke structuur in het Nederlandse rechtsmachtrecht ontbreekt, al spoort het beeld dat naar voren komt wellicht niet geheel met de tot dusver gebruikelijke visie en indelingen.⁵¹⁵ Van alle rechtsmachtbeginselen kan worden gezegd dat zij een band of aanknopingspunt met Nederland vereisen, met uitzondering van het onbeperkte universaliteitsbeginsel. Deze aanknopingspunten zijn al dan niet in combinatie met andere:

- dader-gerelateerd;
- verzoek-gerelateerd;

⁵¹¹ Bij het onderzoek kon geen gebruik worden gemaakt van cijfermateriaal. Statische gegevens over bijv. aantallen strafbare feiten met een locus buiten het eigen land worden in geen enkel land bijgehouden.

⁵¹² Eurojust bleek, gezien zijn huidige praktijk, als gesprekspartner niet relevant, omdat deze dienst zich thans specifiek bezighoudt met strafbare feiten die twee of meer lidstaten betreffen.

⁵¹³ Om die reden spelen allerlei cybercrimedelicten geen rol in het onderzoek. Zie voorts C.B. van der Net, Grenzen stellen op het internet, Diss. Leiden 2000.

⁵¹⁴ R. van Elst en A.M.M. Orie, in: Handboek Internationaal strafrecht, (red. E. van Sliedregt), 2008, p.60.

⁵¹⁵ Zie bijvoorbeeld G.A.M. Strijards, Internationaal strafrecht strafmachtsrecht, Arnhem 1984, p. 97-105.

- slachtoffer-gerelateerd;
- feit-gerelateerd;
- gerelateerd aan de aanwezigheid van verdachte.

Par. 2. Conclusies en aanbevelingen, niet gebonden aan enig scenario

In deze paragraaf worden conclusies en aanbevelingen behandeld die voor beide rechtsmachtscenario's die in de paragrafen 3 en 4 volgen van toepassing zijn.

1. De ratio van rechtsmacht – de hoofdvraag van het onderzoek

Het gaat bij de uitoefening van rechtsmacht buiten het eigen grondgebied om de bescherming van belangen. In dit opzicht verschilt de rechtsmacht buiten eigen land niet van die van over het eigen grondgebied. Waar rechtsmacht over feiten op eigen grondgebied als vanzelfsprekend wordt aangemerkt, is dit niet het geval buiten de grenzen. De vanzelfsprekendheid van rechtsmacht over het eigen grondgebied vindt zijn verklaring in de soevereiniteit van staten. Elke staat is onbegrensd bevoegd zijn wetgeving naar eigen goeddunken in te richten. Buiten eigen land is dat niet vanzelfsprekend. Daar is er vanwege de soevereiniteit van andere staten behoefte aan een rechtvaardiging.

Uit het rechtsvergelijkend onderzoek komt naar voren dat het bij de bepaling van extraterritoriale rechtsmacht in wezen gaat om twee factoren: een band met het feit en de ernst van het feit. Daarmee is antwoord gegeven op de hoofdvraag: wat is de grondslag voor rechtsmacht buiten het eigen land gepleegde misdrijven? Deze bestaat uit een combinatie van de band met het feit en de ernst van het feit.⁵¹⁶ Alle vier onderzochte landen maken hiervan met dezelfde techniek gebruik, zij het dat zij een verschillend soortelijk gewicht toekennen aan de relevante factoren. Deze twee factoren zijn cumulatief en werken als communicerende vaten. Als de band met het feit (bijv. uitgedrukt door dader) redelijk is, hoeft het feit minder zwaar te zijn om rechtsmacht te vestigen. Als het feit buitensporig ernstig is, bijvoorbeeld een oorlogsmisdrijf, dan behoeft er in het geheel geen band met het feit als zodanig te zijn om rechtsmacht te vestigen. Alle rechtsmachtbeginselen (m.u.v. onbeperkte universaliteit) zijn in essentie verschijningsvormen van de band met het feit. Dat geldt het sterkst voor het territorialiteitsbeginsel, waarvan de band reeds is toegelicht.⁵¹⁷ De ernst van het feit doet er dan niet toe. Voor het onbeperkte universaliteitsbeginsel ligt het exact omgekeerd: er is eigenlijk geen band met het feit.⁵¹⁸ Dat betekent dat het

⁵¹⁶ Eerdere studies gingen uit van een relevant aanknopingspunt. Dat wordt hier op zich onderschreven, maar differentieert te weinig. Zie bijv. "the meaningful contact", Iain Cameron, *The protective principle of international criminal jurisdiction*, Dartmouth 1994, p. 327-337.

⁵¹⁷ In de onderzoeksvraagstelling werd de vraag opgeworpen welke locus-delicti-regels worden gehanteerd. Dit is een vraag die slechts relevant is met betrekking tot rechtsmachtbeginselen waar de locus het onderscheidend criterium vormt. Dit is slechts het geval met het territorialiteitsbeginsel en de rechtsmacht buiten enige staat om. Alleen de laatste categorie betreft extraterritoriale rechtsmacht. In geen van de landen is ook maar van één praktijkgeval van een buiten de rechtsmacht van enige staat om gepleegd misdrijf gebleken, zodat ook dit geen andere behandeling behoeft.

⁵¹⁸ Zie in het bijzonder Caeiro, die stelt dat extraterritoriale rechtsmacht gerechtvaardigd wordt door de verantwoordelijkheid die een staat heeft voor de vrede en veiligheid van de eigen samenleving. Pedro

enkel zijn rechtvaardiging kan vinden bij zeer ernstige strafbare feiten, waar bovendien volkenrechtelijke overeenstemming over bestaat.

Tussen deze twee extremen (territorialiteit en onbeperkte universaliteit) liggen de andere rechtsmachtbeginselen. De beperkte universaliteit is een rechtsmachtbeginsel waarbij voorwaarden worden gesteld of *clausules* zijn aangebracht. In de regel duiden zij aan dat de band met het feit niet vanzelfsprekend is, maar een zeer specifieke rechtvaardiging behoeft. Bij het actief personaliteitsbeginsel is de band met eigen onderdanen redelijk, maar is het logisch een beperking aan te brengen ten aanzien van de zwaarte van de delicten. Het is een rechtspolitieke afweging hoe sterk de verschillende rechtsmachtbeginselen ten opzichte van elkaar zijn in te schalen.⁵¹⁹

Het is evenzeer een rechtspolitieke afweging welke strafbare feiten ernstig genoeg zijn om zich te kwalificeren voor één van de beginselen. Het gaat er vooral om dat de juiste balans tussen de twee communicerende factoren wordt gevonden.⁵²⁰ Het Ontwerp van een Benelux-verdrag omtrent de werking van de strafwet naar tijd en plaats koos er in de jaren zeventig voor om het actief personaliteitsbeginsel zowel ten aanzien van misdrijven als overtredingen te laten werken. Het ligt ons inziens voor de hand scherper te selecteren uit misdrijven van een bepaalde ernst en over overtredingen in beginsel geen rechtsmacht te vestigen, tenzij het gaat om een gedraging die zich vooral buiten Nederland voordoet, maar dan zou de band met Nederland bijzonder sterk moeten zijn. Er is in het bijzonder in Nederland een zeer opvallende en recente tendens merkbaar om de ernst van het feit meer gewicht toe te kennen (zedendelicten/ besnijdenis/ polygamie). Afwegingen waarbij de ernst van het feit als dominante factor wordt gehanteerd, roepen uiteindelijk *in extremis* de vraag op waarom niet het gehele Nederlands strafrecht universeel van toepassing zou zijn.

Wanneer Nederland tegen dat licht wordt gehouden valt op dat die rechtspolitieke afweging bij de totstandkoming van het wetboek zeker aanwezig was, al was zij destijds niet zo expliciet toegelicht. Dat kon ook moeilijk, omdat de wetgever van toen een veel beperkter spectrum voor ogen had en extraterritoriale rechtsmacht vooral definieerde als de zeldzame uitzondering op het beginsel dat rechtsmacht territoriaal is. Thans moet worden vastgesteld dat de balans van 1886 behoorlijk is verstoord. Kijkend naar de andere drie landen kan worden vastgesteld dat Engeland en Wales de ooit als common law gekozen balans tussen territorialiteit en ernst van het feit vrijwel ongewijzigd hebben gehandhaafd. De aanvulling die Engeland heeft gedaan vormt een verbijzondering van de territorialiteitsband (fictieve territorialiteit) bij zeer ernstige feiten: als de dader van zeer ernstige internationale misdrijven in Engeland of Wales wordt aangetroffen. Ook Duitsland heeft de oorspronkelijke keuzes gehandhaafd en de Duitse rechtsmachtregeling is nauwelijks aangetast in zijn structuur. Dat heeft Duitsland gedaan door daar waar verdragsverplichtingen de structuur van de rechtsmachtbepalingen zouden aantasten te kiezen voor ruimere rechtsmachtbepalingen dan waartoe het verdrag verplicht of gebruik te maken van de

Caeiro, Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do estado: o caso português, Diss. Coimbra 2007, p. 210.

⁵¹⁹ De door de Raad van Europa in 1990 uitgebrachte studie over extraterritoriale rechtsmacht kan hiervoor richtinggevend zijn. Zie *Extraterritorial criminal jurisdiction*, Report of European Committee on Crime Problems, Council of Europe Strasbourg 1990.

⁵²⁰ Voor de meer wiskundig onderlegden: er kan ook worden gesproken van de coördinaten van de assen waarop (extraterritoriale) rechtsmacht berust. Op de ene as staat dan de band met het feit en op de andere de ernst van het feit.

verwijstechniek bij implementatie. Nederland heeft een andere methode gehanteerd en consequent gebruik gemaakt van de vertaaltechniek al zijn verdragsverplichtingen steeds nauwkeurig in de rechtsmachtbepalingen neergelegd.⁵²¹

Aanbeveling 1 (de grondslag voor rechtsmacht)

Aanbevolen wordt om de rechtsmachtbepalingen zo in te richten dat de juiste balans wordt gevonden tussen de band met het feit en de ernst van het feit.

Concreet zou dat kunnen betekenen dat per delict uit het wetboek wordt nagegaan of rechtsmacht is gerechtvaardigd. De vragen zijn dan bijvoorbeeld: 1. Is het feit moord (art. 289 Sr), gezien de sterkte van de band uitgedrukt door het actief personaliteitsbeginsel, zwaar genoeg om er buiten Nederland rechtsmacht over te vestigen? 2. Is het feit moord (art. 289 Sr), gezien de sterkte van de band uitgedrukt door het passief personaliteitsbeginsel, zwaar genoeg om er buiten Nederland rechtsmacht over te vestigen? 3. Is het feit verduistering (art. 321 Sr), gezien de sterkte van de band uitgedrukt door het actief personaliteitsbeginsel, zwaar genoeg om er buiten Nederland rechtsmacht over te vestigen? 4. Is het feit verduistering (art. 321 Sr), gezien de sterkte van de band uitgedrukt door het passief personaliteitsbeginsel, zwaar genoeg om er buiten Nederland rechtsmacht over te vestigen? En zo verder voor alle delicten en rechtsmachtbeginselen. Welke balans tussen band en feit het juiste evenwicht vormt, is een politieke afweging. Hetzelfde geldt voor de vraag of de ene band sterker of zwakker is dan de andere, ook daarvoor zijn geen objectiveerbare criteria vast te stellen. Dat is normatief.⁵²² Een nadeel van elke herschikking van de rechtsmachtbepalingen is dat het onderzoek weinig indicatie geeft dat de huidige rechtsmachtbepalingen positief of negatief hun invloed uitoefenen op de praktijk.

2. Voor welke feiten dient er extraterritoriale rechtsmacht te zijn?

Er is geen objectieve blueprint te maken en delicten te classificeren voor bepaalde rechtsmachtgrondslagen. Al eerder werd vastgesteld dat rechtsmacht over in het buitenland gepleegde feiten (anders dan die in Nederland gepleegd) een zekere ernst veronderstelt. Gezien zowel praktische als juridische problemen lijkt een beperking tot misdrijven en daarbinnen een minimumgrens van een strafbedreiging van 3 jaar reëel. De praktische problemen bestaan eruit dat Nederland, indien het geen locusstaat is, laat weet krijgt van het feit en de bewijsgaring complexer is. Overtredingen en misdrijven tot 3 jaar hebben bovendien een korte verjaringstermijn die een daadwerkelijke uitoefening van de rechtsmacht niet reëel maakt. De verjaringstermijnen van artikel 70 Sr en de strafbedreiging van de individuele strafbare feiten zijn indicatief voor de inschaling van de ernst van de feiten.

Voor het overige is het verstandig per misdrijf uit het wetboek na te gaan of het feit in combinatie met een bepaalde rechtsmachtgrondslag ook buiten Nederland onder de rechtsmacht dient te vallen. Daarbij dient men zich de vraag te stellen welke behoefte

⁵²¹ Zie over de verschillende wetgevingstechnieken bij de implementatie van supranationale normen André Klip, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Intersentia Antwerpen 2009, p. 204-207.

⁵²² Het eerder genoemde rapport van de Raad van Europa is hiervoor zeer bruikbaar. *Extraterritorial criminal jurisdiction*, Report of European Committee on Crime Problems, Council of Europe Strasbourg 1990

er voor zuiver extraterritoriale rechtsmacht boven op het snel gevonden aanknopingspunt met Nederland dat rechtsmacht op grond van artikel 2 Sr geeft. Tenslotte moet worden vastgesteld dat er met betrekking tot extraterritoriale rechtsmacht veel theorie en symboliek, maar betrekkelijk weinig praktijk is. Dit relativiseert de discussie over de inrichting van de rechtsmachtbeginselen sterk. Ook al spreekt uit elke rechtsmachtbeginsel een zekere behartiging van belangen, deze blijft zuiver symbolisch wanneer er niet (proactief) opgespoord wordt. Anders geformuleerd: niet de structuur van de rechtsmachtbepaling zelf, maar een infrastructuur, capaciteit en de wil er iets mee te doen, zullen in eerste instantie een verandering te weeg kunnen brengen.

Aanbeveling 2 (beperking naar ernst van het feit)

Geen rechtsmacht over overtredingen en misdrijven die slechts met een maximumstraf van 3 jaar worden bedreigd. De strafbedreiging en verjaring dient de keuze voor delicten mede te bepalen.

3. Het belang van de infrastructuur

Meer nog dan de aard en structuur van de rechtsmachtbepalingen verklaart de afwezigheid van een infrastructuur het ontbreken van vervolging van feiten buiten Nederland in de praktijk. Anders geformuleerd, omdat er weinig praktijk is, dringen de tekortkomingen van de rechtsmachtregeling zich niet op als probleem. In dat opzicht moet ook weer niet al te veel van een eventuele herziening van de rechtsmachtbepalingen worden verwacht, als er geen grotere capaciteit beschikbaar is om er iets mee te doen. Ondanks de grote verschillen in wetgeving tussen de vier landen, lijkt de praktijk van opsporing en vervolging betrekkelijk weinig verschillen te laten zien. Wat betreft de commune delicten wordt in geen van de vier landen systematisch opsporingsonderzoek verricht. Men handelt af wat op de weg komt. Meer activiteit bestaat ten aanzien van de internationale misdrijven, waar de Nederlandse praktijk voorop loopt, gevolgd door Duitsland en België, met Engeland als hekkensluiter. De verwachtingen ten aanzien van de uitbreiding van rechtsmacht waren en zijn in Nederland zeer hoog gespannen en gespeend van werkelijkheidszin. Dit is ook het geval in België. De kloof tussen wetgeving en praktijk is gering in Duitsland en Engeland en Wales.

Er is geen enkele indicatie dat de uitbreidingen van rechtsmacht over commune delicten in de Nederlandse praktijk enig merkbaar resultaat heeft opgeleverd. De oorzaken hiervan zijn meer van praktische dan van wetgevende aard. Het feit heeft zich per definitie in het buitenland voorgedaan, de autoriteiten zullen steeds pas na enige tijd (mogelijk zelfs pas na jaren) nadat het feit zich voordeed er kennis van krijgen. Deze twee factoren bemoeilijken de bewijsverzameling buitengewoon sterk. Als het gaat om de vraag of een vervolging opportuun is, staan feiten die in het buitenland gepleegd zijn, meteen al op achterstand. Voor de praktijk van alle dag geldt dat in het buitenland gepleegde feiten concurreren met hier ten lande gepleegde feiten en dat dan de kans op vervolgingssucces eerder ligt bij feiten die hier zijn begaan. Hieraan is feitelijk, noch juridisch iets te doen. Het is echter een omstandigheid waarmee bij de inrichting van de rechtsmachtbepalingen onvoldoende rekening wordt gehouden en nog minder ten aanzien van de inrichting van de infrastructuur voor opsporing en vervolging. Kamer en regering onderkennen niet

altijd dat de moeite om feiten in het buitenland gepleegd in Nederland te vervolgen een substantiële extra inspanning vergt. De verwachtingen ten aanzien van extraterritoriale rechtsmacht zijn te hoog gespannen. Bovendien reduceert het beginsel van wederzijdse erkenning de extraterritoriale rechtsmacht substantieel, doordat de staat met extraterritoriale rechtsmacht er feitelijk niet meer aan te pas komt. De locusstaat zal in de regel als eerste kennis krijgen van het feit, als hij vervolgens overlevering vraagt van een gevluchte verdachte, dwingt hij af dat een andere lidstaat geen zinvolle opsporing kan aanvangen. Dit kan eveneens als reden worden gezien rechtsmacht binnen de Europese Unie te beperken.

Uit de successen van de aanpak van internationale misdrijven (er worden zaken aangebracht en er zijn veroordelingen) valt te leren dat de opsporing en vervolging in de praktijk heel wel mogelijk is, maar dat deze een zekere infrastructuur verlangen en dat voor deze feiten een grote extra inspanning moet worden gedaan, die ten koste gaat van de handhavingscapaciteit voor delicten gepleegd op eigen grondgebied. Gegeven het feit dat er meer strafbare feiten worden begaan, dan de justitieketen kan afwikkelen, is het een rechtspolitieke keuze waarop wordt ingezet. Net zoals ten aanzien van de internationale misdrijven is het mogelijk ook ten aanzien van andere misdrijven units op te richten.⁵²³ Indien men dat doet, zal dat ongetwijfeld vruchten afwerpen. Indien men tevreden is met het huidige handhavingsniveau van feiten met een locus buiten Nederland, zal een andere structuur van de rechtsmachtbepaling geen noemenswaardige verandering te weeg kunnen brengen. Komt daarentegen meer handhavingscapaciteit beschikbaar, dan zal dit ook bij de huidige rechtsmachtregeling tot meer aangebrachte zaken leiden. Een ruime rechtsmacht scheidt de verwachting dat er gehandhaafd wordt. Het onderzoek kan niet leiden tot enige aanbeveling of er meer of minder middelen ter beschikking dienen te worden gesteld voor de afwikkeling van feiten buiten eigen land. Dat is een rechtspolitieke afweging. Wel lijkt het verstandig de omvang van de rechtsmacht op de infrastructuur af te stemmen.

Aanbeveling 3 (het belang van infrastructuur)

Aanbevolen wordt de rechtsmachtbepalingen af te stemmen op de daarvoor beschikbare capaciteit van opsporing, vervolging en berechting. Evenzeer dient de capaciteit van opsporing, vervolging en berechting te worden afgestemd op de omvang van de Nederlandse strafwet.

4. De verhouding tussen de rechtsmachtbeginselen

Er is in Nederland nauwelijks aandacht voor de verhouding tussen de verschillende rechtsmachtbeginselen. De totstandkomingsgeschiedenis van de verschillende bepalingen laat slechts zien om welke reden er voor is gekozen het ene of het andere beginsel te hanteren. Dit wordt er door verklaard dat men verdragsverplichtingen slechts via één van de beschikbare methoden uitvoerde. Dit kreeg in Nederland steeds meer het karakter van een invuloefening, waarbij de ooit gemaakte keuze om alle aspecten van de verdragsverplichtingen in de rechtsmachtbepalingen op te nemen, nauwgezet werd nageleefd. Dit ontnam het zicht aan de werking van de verschillende beginselen en het onderlinge verband. Nederland heeft de verdragen zo geïnterpreteerd als dat deze er toe verplichtten alles wat met rechtsmacht samenhangt

⁵²³ Zie ook Beijer et al, p. 71-74.

in de nationale strafbepalingen op te nemen. Het rechtsvergelijkend onderzoek geeft aan dat er ook andere methoden zijn om aan de verdragsverplichtingen te voldoen en dat niet elke verplichting in de Nederlandse rechtsmachtbepaling moet zijn terug te vinden. Minimumnormen uit het verdrag zijn daarbij als maximumnormen gelezen. Scherp gesteld: er is geen behoefte aan een actief of passief personaliteitsbeginsel als het delict onder universaliteit wordt gebracht. Wanneer dat per beginsel en strafbaar feit meer wordt doordacht, zal dit een betere rechtspolitieke afweging bevorderen. Waar Nederland bij de uitvoering van verdragsverplichtingen consequent voor de meest beperkte uitbreiding koos, heeft België dikwijls een ruimere grondslag genomen dan strikt noodzakelijk uit het verdrag voortvloeit. De afweging waarom een delict onder welk beginsel zou moeten worden gebracht zou de wetgever zichtbaar moeten maken. Nadeel van deze aanbeveling zou kunnen zijn dat het rechtsmachtstelsel als geheel zou moeten worden herzien.

Aanbeveling 4 (contextuele benadering rechtsmacht)

De wetgever dient zich meer rekenschap te geven van de onderlinge verhouding tussen de rechtsmachtbeginselen. Aan verdragsverplichtingen kan ook op andere wijze worden voldaan, dan door verdragsteksten in de rechtsmachtbepalingen op te nemen.

In Hoofdstuk 5 en Bijlage 4 werd een overlap van de Nederlandse rechtsmachtbepalingen geconstateerd. Zo is bijvoorbeeld rechtsmacht over Nederlanders die een misdrijf waarover artikel 4 Sr rechtsmacht geeft, ook te baseren op artikel 5 Sr. Om de keuzes voor elk van de rechtsmachtgrondslagen doordachter en overtuigender te maken, kan het nuttig zijn een dergelijke overlap te vermijden. Daarnaast zijn er artikelen met meervoudige grondslagen. Om toch te kunnen voldoen aan verdragsverplichtingen kan worden overwogen een schakelbepaling met verwijzing naar het verdrag op te nemen (zie tevens aanbeveling 15). Voorbeeld is rechtsmacht over vernieling in de context van een specifiek grondfeit als een terroristisch misdrijf. Nadeel van deze aanbeveling is dat minder recht wordt gedaan aan de symbolische waarde van een bepaalde rechtsmachtgrondslag.

Aanbeveling 5 (individuele keuzes voor rechtsmachtbepalingen)

Voor alle rechtsmachtbeginselen geldt dat individueel per rechtsmachtbeginsel moet worden afgewogen welke strafbare feiten uit het Nederlands wetboek bij deze band met het feit rechtspolitiek gerechtvaardigd zijn. Bij beginselen van beperkte reikwijdte, zoals actief en passief personaliteit, zouden delicten die reeds onder universaliteit vallen niet opnieuw moeten worden opgenomen. Hiervan mag voor alle rechtsmachtgrondslagen een fundamentele keuze worden verwacht.

Par. 3. Alternatief scenario voor rechtsmacht over feiten gepleegd in de Europese Unie

Gezien het verschil in de rechtsregels die van toepassing zijn op feiten die binnen de Europese Unie zijn begaan en daarbuiten, is het gerechtvaardigd een onderscheid aan te brengen tussen twee scenario's van rechtsmacht. Een voor feiten gepleegd in een andere lidstaat van de Europese Unie (par.3) en één voor feiten gepleegd buiten de Europese Unie (par. 4). De aanbevelingen zijn geclusterd per scenario. Daarmee is uitgedrukt dat zij idealiter cumulatief worden overgenomen. De aanbevelingen van

het scenario voor de Unie sluiten, met uitzondering van het actief personaliteitsbeginsel en het domiciliebeginsel, niet goed aan op de situatie buiten de Unie.

1. Rechtsmachtconflicten en dubbele opsporing

Wat betreft de rechtsmachtconflicten kan worden vastgesteld dat deze theoretisch aan de orde van de dag zouden moeten zijn. De praktijk toont geen gevallen waarin een aanwezige overlap van rechtsmacht leidt tot problemen tussen twee of meer staten. Desalniettemin wordt overlap als probleem ervaren. Nederland heeft steeds de mogelijke conflicten met andere landen opgevoerd als reden om geen verdere uitbreiding van rechtsmacht te aanvaarden, en ook de Europese Unie onderkent dit als een probleem, blijkens artikel 82 VWEU, dat oproept om maatregelen ter voorkoming en oplossing van rechtsmachtconflicten te nemen.⁵²⁴ Aan het voorkomen van rechtsmachtconflicten is wetgevend nog geen aandacht besteed. Wel valt meer aandacht voor het oplossen of reguleren van overlappende rechtsmacht vast te stellen. Daarbij zou Eurojust in de toekomst ook ten aanzien van strafbare feiten met maar één locus delicti een belangrijke rol kunnen vervullen.⁵²⁵ Anderzijds kan men stellen dat als die rechtsmachtconflicten toch niet zo snel een werkelijk probleem vormen, er best iets meer risico zou kunnen worden genomen en kan worden gekozen voor een ruimere rechtsmachtbepaling. Er is geen indicatie dat rechtsmachtconflicten buiten het verband van de Europese Unie, zoals bij internationale misdrijven, als probleem wordt erkend.

In strijd met de bepalingen uit het verdrag heeft de Europese Unie tot dusver in alle strafrechtelijke instrumenten juist meer rechtsmachtconflicten geschapen door steeds te verplichten tot het vestigen van extraterritoriale rechtsmacht. Dat bergt het risico in zich dat staten daarop opsporingsactiviteiten zullen gaan ondernemen. Dat wordt in zekere mate gecorrigeerd door de ne bis in idem-bepaling van artikel 54 Schengen en tevens artikel 50 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Dit beginsel werkt als een middel dat overlappende rechtsmacht reguleert. Nadeel van de ne bis-bepaling is echter dat zij eerst actief wordt wanneer één staat met een onherroepelijke beslissing het feit heeft afgedaan. Zij voorkomt derhalve niet dat verschillende staten gelijktijdig energie in de zaak stoppen. Er zijn geen cijfers bekend die inzicht geven in de aantallen gevallen waarin opsporingsautoriteiten kennis krijgen van het feit dat in het buitenland ook aan de zaak wordt gewerkt en men in goede overeenstemming besluit dat één van de twee de zaak doet. Er is dan geen rechtsmachtconflict, maar het betekent wel dat twee keer opsporingscapaciteit is gebruikt. Voor dit soort gevallen lijkt het raadzaam rechtsmacht te reduceren. In het licht van de toegenomen gemeenschappelijke belangen en het wederzijds vertrouwen tussen de landen van de Europese Unie wordt de rechtvaardiging van rechtsmacht over de grens binnen de Europese Unie steeds zwakker. Van elk belang dat binnen de EU bescherming over de grens behoeft, kan worden gezegd dat er een andere EU-lidstaat is op wiens

⁵²⁴ Ook al in de voorloper art. 31 EU. De vraag rijst of artikel 82 daarbij doelt op maatregelen van wetgevende aard of maatregelen in de praktijk. Gezien de context van artikel 82 dat het mandaat voor wetgeving door de EU bepaalt, ligt het onzes inziens het eerste voor de hand.

⁵²⁵ Recentelijk werd een nieuw kaderbesluit aanvaard, dat de thematiek betreft. Zie Kaderbesluit 2009/948/JBZ van de Raad van 30 november 2009 over het voorkomen en beslechten van geschillen over de uitoefening van rechtsmacht bij strafprocedures, PB L 328 van 15.12.2009, blz. 42–47.

grondgebied het feit is gepleegd en waarin het vertrouwen bestaat dat deze er op de juiste wijze op zal reageren.⁵²⁶ Staten houden net als 125 jaar geleden vast aan een eenzijdige inrichting van hun rechtsmacht, terwijl anders dan toen er een uitgesproken vertrouwen bestaat dat andere landen de te beschermen belangen inderdaad kunnen beschermen. Rekeninghoudend met een toenemende praktijk als gevolg van toenemende intensiteit van de samenwerking in de Europese Unie, leidt dat tot de aanbeveling 6. Nadeel van het overnemen van onderstaande aanbeveling is dat de zelfstandige mogelijkheid rechtsmacht uit te oefenen drastsich zal worden ingeperkt.

Aanbeveling 6 (beperking van rechtsmachtconflicten)

Aanbevolen wordt ten aanzien van rechtsmacht over feiten gepleegd in andere Unielanden een beperking van de extraterritoriale rechtsmacht aan te brengen. Als verder gelegen doelstellingen dient in het licht van de wederzijdse erkenning een Europese rechtsmachtregeling in overweging te worden genomen.

1.1. Actieve personaliteit/ nationaliteit

Het beginsel had ooit een tweeledige rechtvaardiging. De onderdaan werd er zo aan herinnerd dat hij zich ook in het buitenland aan de nationale strafwet diende te houden (Treuepflicht). Daarnaast diende het ter voorkoming van uitlevering aan het buitenland. Om eigen onderdanen te beschermen tegen vreemde juridicties werd er voor gezorgd dat zij in eigen land konden worden vervolgd. Lang geleden kon alleen worden vervolgd voor feiten waarvoor uitlevering mogelijk was en alleen uitgeleverd worden voor feiten waarover Nederland geen rechtsmacht had.

De indruk bestaat dat die Treuepflicht thans niet meer zo sterk wordt ervaren en dat aan de bescherming tegen uitlevering de grondslag is ontvallen, nu eigen onderdanen worden uitgeleverd voor feiten elders begaan. Dit geldt in het bijzonder voor de Europese Unie en doet de vraag rijzen welke rechtvaardiging er dan nog is voor het actieve personaliteitsbeginsel, tevens in het licht van een vrijwel afwezige praktijk in alle vier onderzochte landen. Deze zou nog steeds kunnen bestaan uit overwegingen van goede rechtsbedeling die er voor spreken dat onderdanen in eigen land en in de eigen taal worden berecht. Dat zou echter een actief wervend beleid voor overdracht van strafvervolgning vergen, of bijvoorbeeld in Europa de afspraak dat de lidstaten strafzaken tegen vreemde onderdanen aanbieden bij de betrokken staat. Hiervan is niet gebleken. Binnen de Unie wordt het actief nationaliteitsbeginsel de facto ondergraven doordat onderdanen worden overgeleverd door de eigen staat en daar niet meer worden vervolgd. De theoretische rechtvaardiging en signaalfunctie van de actieve nationaliteit is momenteel zwak, zij wordt niet geleefd. Deze stand van zaken roept de vraag op voor welke specifieke delicten aan vervolging van eigen onderdanen boven overlevering en vervolging elders de voorkeur moet worden gegeven. Nadeel van het overnemen van de aanbeveling zou kunnen zijn dat zij verwachting oproept ten aanzien van de handhaving van feiten waarover met behulp van actieve personaliteit rechtsmacht bestaat.

⁵²⁶ Zie ook de spiegelbeeldige situatie, waarin kaderbesluiten over strafrechtelijke samenwerking de clause bevatten dat samenwerking mag worden geweigerd indien het feit volledig is gepleegd op het grondgebied van de aangezochte staat. Dit “bevoordeelt” rechtsmacht op grond van territorialiteit boven andere rechtsmachtbeginselen. Wederzijdse erkenning vormt een niet te onderschatten versterking van het territorialiteitsbeginsel.

Aanbeveling 7 (actief personaliteitsbeginsel)

Indien men het beginsel wenst te handhaven, wordt in overweging gegeven de feiten waarop het actief personaliteitsbeginsel betrekking zou moeten hebben opnieuw in onderzoek te nemen.

1.2. Domicilie

Wat hierboven is gesteld ten aanzien van actieve nationaliteit geldt evenzeer voor de gedomicilieerden. De rechtvaardiging bestaat er uit dat ook van hier te lande wonende of verblijvende vreemdelingen wordt verwacht dat zij zich buiten Nederland aan bepaalde Nederlandse normen houden. Aan hen wordt een Treueplicht met een nieuwe dimensie opgelegd: als Nederlandse ingezetene moeten zij in het buitenland geaccepteerde normen (besnijdenis/ polygamie) ook in het buitenland achterwege laten. In de Nederlandse wetgeving zijn de delicten ten aanzien waarvan het beginsel thans geldt nogal arbitrair bepaald. Er is enige daadwerkelijke praktijk ten aanzien van cultuurbepaalde delicten (meisjesbesnijdenis). De rechtvaardiging moet als uiterst zwak worden aangemerkt. Als het er om gaat bepaalde delicten te kunnen bestraffen die wel in het buitenland, maar niet in Nederland voorkomen, zoals meisjesbesnijdenis, dan zou het voor de hand liggen om dat feit onder het universele rechtsmachtbeginsel in de vorm van het beschermingsbeginsel te brengen. Domicilie zou dan in de opportuniteit kunnen meetellen. Daarentegen zouden zeer specifieke rechtsmachtbepalingen, zoals artikel 5a, bij gebrek aan een reële kans op vervolging in de locusstaat, nadrukkelijker dan meer algemeen geformuleerde bepalingen kunnen indiceren dat Nederland het land is dat moet vervolgen. Hiermee dient in de beschikbare capaciteit, al dan niet na succesvolle artikel 12 Sv-procedures rekening te worden gehouden.

1.3. Gelijke rechtsmacht over Nederlanders en ingezetenen

Het gemaakte onderscheid voor wat betreft de rechtsmacht over Nederlanders en hier woonachtige vreemdelingen kan gezien de voor beide aangegeven rechtvaardiging, niet worden aanvaard. Het onderscheid in rechtsmachtgrondslag tussen Nederlanders en vreemdelingen die hier te lande hun woonplaats hebben dient te worden opgeheven. Deze gedachte lag ook al ten grondslag aan artikel 7 van het Ontwerp van een Benelux-verdrag omtrent de werking van de strafwet naar tijd en plaats.⁵²⁷ Het onderscheid leidt tot rechtsongelijkheid en tot feitelijke niet-vervolging van vreemdelingen voor in het buitenland gepleegde strafbare feiten waarover geen Nederlandse rechtsmacht bestaat. Als voor beide geldt dat zij zich vanwege hun band met Nederland ook in het buitenland dienen te houden aan de Nederlandse wet, valt niet in te zien waarom dat voor vreemdelingen slechts voor een select aantal delicten geldt. Of de keuze van de delicten voor gedomicilieerden verkrijgt een betere onderbouwing,⁵²⁸ die zal moeten aangegeven waarom juist vreemdelingen zich aan deze Nederlandse strafbepaling dienen te houden of vreemdelingen worden als

⁵²⁷ Zie DD 1976, p. 510-523. De zorg over gelijke behandeling van Nederlanders en ingezetenen was overigens nog ouder en kwam al bij invoering van het wetboek ter sprake, zie voorts hoofdstuk 5.

⁵²⁸ Retorisch geformuleerd: Waarom grijpt de Nederlandse strafwet in als de hier woonachtige vreemdeling zijn dochter in het buitenland laat besnijden, maar niet wanneer hij haar daar vermoordt?

Nederlandse ingezetenen gelijk gesteld met Nederlanders. Ook Europese ontwikkelingen die geleidelijk aan alle onderscheiden tussen eigen onderdanen en andere EU-onderdanen opheffen vragen een gelijkstelling voor wat betreft de rechtsmachtbepaling.⁵²⁹ De gelijkstelling van onderdanen en ingezetenen is nogal Brits. Niet onvermeld mag blijven dat in Engeland en Wales ook ten aanzien van onderdanen ingezetenschap wordt vereist, maar eigenlijk vloeit dit voort uit de eis van territorialiteit. Dat roept de vraag op of niet ingezetenschap, meer nog dan nationaliteit de band met de dader uitdrukt en vestigt.⁵³⁰ Nadeel zou kunnen zijn dat elk strafrechtelijk onderscheid tussen Nederlanders en vreemdelingen daarmee onmogelijk wordt.

Aanbeveling 8 (domiciliebeginsel en beginsel van ingezetenschap)

De afzonderlijke rechtvaardiging van domicilie is zo zwak dat schrapping overwogen dient te worden. Het ligt voor de hand om alle ingezetenen gelijk te behandelen en over dezelfde feiten rechtsmacht te hebben. In overweging dient te worden genomen actief personaliteit en domicilie samen te voegen tot een beginsel van actief Nederlands ingezetenschap.

1.4. Afgeleide rechtsmacht

De afgeleide rechtsmacht vindt zijn rechtvaardiging erin dat de goede rechtsbedeling gediend kan zijn met de overdracht van de zaak naar een ander land. Het beginsel heeft een sterke volkenrechtelijke machtiging en leidt niet tot conflicten omdat het uitgaat van een verzoek, waaruit bij aanvaarding overeenstemming tussen de betrokken staten spreekt. Binnen de Europese Unie wordt onderhandeld over een Richtlijn inzake overdracht van strafvervolging.⁵³¹

Het beginsel aut dedere, aut judicare is een variant op het beginsel van afgeleide rechtsmacht. Er is geen aantoonbare praktijk van toepassing van het beginsel. Engeland en Wales voldoen aan de volkenrechtelijke verplichting door te zorgen dat steeds kan worden uitgeleverd, niet doordat rechtsmacht wordt gevestigd. Nadeel zou kunnen zijn dat in- en uitgaand verkeer niet op elkaar zijn afgestemd, zodat er capaciteitsproblemen kunnen ontstaan.

Aanbeveling 9 (afgeleide rechtsmacht)

Aanbevolen wordt in de Europese Unie afgeleide rechtsmacht en overdracht van strafvervolging prominenter te hanteren ten faveure van rechtsmachtbeginselen die geen overleg met andere lidstaten vereisen.

⁵²⁹ Zie bijvoorbeeld HvJ, 6 oktober 2009, Europees aanhoudingsbevel tegen Wolzenburg, C-123/08.

⁵³⁰ Opnieuw retorisch: welke band heeft Nederland met een Nederlander die al 30 jaar in het buitenland woont en daar een misdrijf begaat? De Britten hebben over een Brit, die in het buitenland een misdrijf begaat geen rechtsmacht.

⁵³¹ Zie Proposal for a Council Framework Decision on the transfer of proceedings in criminal matters, 14133/09, Brussels 7 October 2009.

2. Dubbele strafbaarheid

De eis van dubbele strafbaarheid drukt in wezen uit dat de band met het feit niet onvoorwaardelijk en zeker niet exclusief is, er is een andere staat, de locusstaat, met een sterkere band. Ten aanzien van de meeste feiten die buiten Nederland worden begaan, geldt dat er een staat met een sterkere band is. De vraag is derhalve of dubbele strafbaarheid nog wel een afzonderlijk bestaansrecht heeft en of de rechtvaardiging voor vestiging van rechtsmacht niet eerder wordt uitgedrukt door de specifieke feiten waarvoor deze wordt gehanteerd. Nadeel van het opheffen van dubbele strafbaarheid is, is dat niet meer volledig recht wordt gedaan aan het legaliteitsbeginsel. Binnen de Europese Unie moet echter worden geconstateerd dat dit beginsel van dubbele strafbaarheid aan kracht inboet. Overwogen zou kunnen worden of het wederzijds vertrouwen in de lidstaten van de EU niet zodanig is, dat het vertrouwen bestaat dat lidstaten wederzijds geen rechtsmacht zullen vestigen over feiten die indruisen tegen de rechtsorde van de locusstaat. Nadeel van het volledig schrappen van het vereiste van de dubbele strafbaarheid is dat deze ook een rechtvaardiging kent vanuit het legaliteitsbeginsel.

Aanbeveling 10 (dubbele strafbaarheid)

Overwogen dient te worden het vereiste van dubbele strafbaarheid te doen vervallen.

Par. 4. Alternatief scenario voor rechtsmacht over feiten gepleegd buiten de Europese Unie

De stand van de Europese integratie rechtvaardigt een aparte behandeling van feiten binnen de Unie begaan. Terzake van feiten begaan buiten de Europese Unie is een ander regiem aangewezen, omdat minder kan worden vertrouwd op landen buiten de Europese Unie en omdat er minder gemeenschappelijke belangen zijn. De aanbevelingen zijn geclusterd, dat betekent dat zij idealiter gezamenlijk worden overgenomen. Voor sommigen is dat ook essentieel: een ruimere rechtsmacht, die uit de aanbevelingen 14, 15 en 16 zou voortvloeien kan ons inziens niet zonder een ruimere discretionaire bevoegdheid van het Openbaar Ministerie, zoals neergelegd in aanbeveling 18.

1. De band met het feit

Wat betreft de band met het feit valt op dat vooral in de Nederlandse regeling en in mindere mate in de Belgische, voorwaarden in de rechtsmachtbepaling worden opgenomen die betrekking hebben op een volkenrechtelijke machtiging en/ of uitdrukken dat vervolging niet opportuun is, indien niet aan de voorwaarde is voldaan. Het gaat dan om feiten en omstandigheden die zich nà het plegen van het feit hebben voorgedaan. Bijvoorbeeld dat de verdachte zich in Nederland bevindt, dat een uitleveringsverzoek is gedaan of het vliegtuig in Nederland landt.⁵³² In essentie zijn dit voorwaarden die niet de band met het gepleegde feit als zodanig uitdrukken, maar

⁵³² In Engeland en Wales daarentegen wordt zo'n voorwaarde gezien als deelsluitmakend van de delictomschrijving.

voorwaarden die relevant zijn voor de opportuniteit van de vervolging. Zij drukken ten aanzien van zeer ernstige feiten uit waarom het aangewezen zou zijn dat Nederland de vervolging ter hand zou nemen. Met het gepleegde feit als zodanig hebben zij niets te maken. Het gaat hier echter wel degelijk om voorwaarden die relevant zijn voor de uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht, doch zij dienen niet constitutief te zijn voor de rechtsmacht. In dit opzicht is van belang te zien dat Duitsland dergelijke voorwaarden vrijwel niet in de rechtsmachtbepalingen heeft opgenomen. Duitsland heeft hierin geen volkenrechtelijke problemen gezien en andere staten hebben zich er niet aan gestoord.

De geclausuleerde rechtsmachtbepalingen van artikel 4 Sr voldoen formeel aan de verdragsrechtelijke verplichtingen. Zij laten echter daadwerkelijke vervolging tot een zeer theoretische kwestie verworden, omdat het vrijwel valt uit te sluiten dat bij het aantreffen van een verdachte op Nederlands grondgebied, zonder voorafgaand opsporingsonderzoek ineens voldoende bewijs zal zijn voor een aanhouding. Om aan de verdragsverplichtingen te voldoen is het niet noodzakelijk dat alle elementen van die verdragsverplichting ook in de rechtsmachtbepaling zijn opgenomen. De aanwezigheid van de verdachte dient als opportuniteitsvoorwaarde te gelden. Nadeel van een ruimer geformuleerde rechtsmachtbepaling zou kunnen zijn dat niet-vervolgen steeds een beslissing van het OM wordt.

Aanbeveling 11 (de inhoud van de rechtsmachtbepaling)

Aanbevolen wordt om in de rechtsmachtbepalingen uitsluitend voorwaarden op te nemen die een band met het feit ten tijde van het feit uitdrukken. Later intredende voorwaarden, zoals de aanwezigheid van de verdachte in Nederland, moeten worden aangemerkt als voor de opportuniteit van de vervolging relevante voorwaarden.

2. Volkenrechtelijke machtiging voor extraterritoriale rechtsmacht

Hierboven is al verklaard waarom de soevereiniteitsgedachte als uitgangspunt van rechtsmacht geldt. Dat betekent dat elke vorm van uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht een volkenrechtelijke rechtvaardiging dient te hebben, deze wordt gevonden in het evenwicht tussen band met en ernst van het feit. De meeste staten, en Nederland behoort daar zeker toe, breiden thans de rechtsmacht uit, wanneer een verdrag of een kaderbesluit daartoe oproept. Op het eerste gezicht schuilt hierin een volkenrechtelijke machtiging. Deze moet echter als relatief worden aangemerkt afhankelijk van het aantal landen dat zich aan de betreffende gemeenschappelijke regeling heeft verbonden. Concreet komt de vraag op hoe hard de volkenrechtelijke machtiging tot het vestigen van extraterritoriale rechtsmacht moet worden gezien wanneer deze zijn grond heeft in een Kaderbesluit dat slechts voor 27 EU-lidstaten geldt en waaraan de rest van de wereld niet kan deelnemen.⁵³³ Evenzeer geldt dat ten aanzien van feiten die zijn gepleegd in een land dat juist geen partij bij het multilateraal verdrag is. Bij de keuze voor het domiciliebeginsel ten aanzien van sextoerisme met minderjarigen kwam de vraag op of universaliteit niet eerder was aangewezen. De Minister van Justitie wees dit af met een beroep op de ontbrekende internationale consensus.⁵³⁴ Al hoewel rechtsmachtbeginselen voor bepaalde delicten

⁵³³ Al moet worden erkend dat dit aspect in de discussie over rechtsmacht niet wordt opgemerkt.

⁵³⁴ Kamerstukken II, 2000/2001, 27745, nr. 6, p. 22-23.

niet afhankelijk zijn van een internationale consensus, kan deze de volkenrechtelijke machtiging wel versterken. Nadeel van het steeds meenemen van volkenrechtelijke consensus kan zijn dat Nederland niets zou kunnen doen indien Nederlandse of Europese opvattingen niet wereldwijd worden gedeeld.

Aanbeveling 12 (de volkenrechtelijke machtiging)

Aanbevolen wordt het evenwicht tussen band met het feit en de ernst van het feit mede te zien in het licht van de volkenrechtelijke machtiging voor het vestigen van rechtsmacht.

3. Volkenrechtelijke machtiging voor extraterritoriale strafvordering

Er is sprake van een zekere dichotomie ten aanzien van wat het volkenrecht met rechtsmacht over de grens toelaat. Niet-juridisch geformuleerd mag een staat best zijn materiële normen over de rest van de wereld uitstrekken (jurisdiction to prescribe), maar moet hij flink oppassen wanneer hij daar daadwerkelijk iets mee wil doen (jurisdiction to enforce). Een volkenrechtelijke machtiging voor het vestigen van rechtsmacht staat niet gelijk aan een volkenrechtelijke machtiging voor extraterritoriale strafvordering, zelfs niet als het gaat om strafvordering ten behoeve van feiten waarover de rechtsmacht niet ter discussie staat, zoals op eigen grondgebied gepleegde feiten. De “Belgische toestanden” tonen dat een land in de problemen kan komen, wanneer het met extraterritoriale rechtsmacht iets doet. Er zijn talloze andere landen met ruime rechtsmacht, zoals Duitsland. Die kwamen niet in problemen omdat ze de uitoefening daarvan beheersbaar hielden. Dit gegeven roept ook meer existentiële vragen naar het bestaansrecht van extraterritoriale rechtsmacht op. Kijkend naar de praktijk van vervolging van buiten eigen land gepleegde feiten zien we dat deze plaatsvindt bij internationale misdrijven, waarbij de locusstaat niets kan of niets wil doen. Er is in geen van de vier landen beleid om bijvoorbeeld feiten gepleegd door eigen onderdanen, die de locusstaat wil vervolgen, actief over te nemen. Feitelijk betekent dit dat onverminderd voorrang wordt gegeven aan de staat wiens rechtsorde in eerste instantie is geschonden: de staat op wiens grondgebied het feit werd gepleegd. Vele rechtsmachtgrondslagen hebben daarom vooral een symbolisch karakter. Nadeel van het onder alle omstandigheden rekening houden met eventuele volkenrechtelijke of diplomatieke consequenties kan zijn dat zulks leidt tot de facto straffeloosheid.

Aanbeveling 13 (de opportuniteit van extraterritoriale strafvordering)

Aanbevolen wordt slechts dan ten aanzien van feiten buiten eigen land gepleegd op te sporen (cq te vervolgen), indien deze in het licht van de omstandigheden van het concrete geval, na het feit voorgevallen omstandigheden inbegrepen, (mede volkenrechtelijk) opportuun is.

4. De rechtsmachtbeginselen nader beschouwd

Van alle beginselen kan worden gezegd dat de klassieke rechtvaardigingsgronden die de wetgever bij de invoering aanvoerde en welke thans in de literatuur nog steeds als rechtvaardiging worden aangevoerd op papier onverminderd bestaan. De praktijk roept twijfels op ten aanzien van de vraag of de beoogde belangenbehartiging wordt

waargemaakt. In deze subparagraaf worden de voorkomende beginselen afzonderlijk geanalyseerd. Er is bij de typering van de beginselen niet naar gestreefd een algemeen aanvaarde definitie van de rechtsmachtbeginselen te formuleren. De onderzochte landen verschillen op onderdelen in naamgeving en reikwijdte.

4.1. *Onbepaalde universaliteit*

Dit beginsel vindt zijn toepassing ten aanzien van zeer ernstige feiten, waarbij er geen Nederlandse band met het feit ten tijde van het plegen hoeft te zijn. De rechtvaardiging bestaat eruit dat het gaat om de bescherming van wereldwijd onderschreven normen, die bovendien veelal zijn vastgelegd in een verdrag. Duitsland (en in beperktere mate België) heeft in zijn rechtsmachtregeling de verdragsbasis zo opgenomen dat zowel is gewaarborgd dat verdragsverplichtingen worden nagekomen, als dat wordt voorkomen dat bij elk nieuw verdrag de wet weer moet worden gewijzigd. Alternatief is het opnemen van de delicten waarvoor universele rechtsmacht bestaat in een wetbepaling. Een ander oplossing is, om net als bijvoorbeeld artikel 51a Uitleveringswet, bij elke ratificatie een verdrag aan de lijst toe te voegen. Nadeel van beide laatste alternatieven is dat zij nog steeds bij elk nieuw verdrag verlangen dat de bedoelingen van de wetgever expliciet kenbaar zijn, tenminste in een Memorie van Toelichting..

Aanbeveling 14 (onbepaalde universaliteit)

Aanbevolen wordt het beginsel van onbepaalde universaliteit herkenbaar toe te passen ten aanzien van de ernstigste strafbare feiten, die volkenrechtelijk gelegitimeerd zijn. Bijvoorbeeld door een verdrag of door bescherming van het Nederlands staatsbestel.

Aanbeveling 15 (directe verwijzing naar verdrag)

Aanbevolen wordt een rechtsmachtbepaling op te nemen die rechtsmacht doet vestigen over door een verdrag, kaderbesluit of richtlijn bestreken delicten.

4.2. *Beperkte universaliteit*

Dit beginsel vindt in zijn huidige vorm toepassing ten aanzien van zeer ernstige feiten, waarbij een bepaalde band met Nederland ten tijde van het delict dient te bestaan. Voorwaarden voor de uitoefening van rechtsmacht die betrekking hebben op feiten of omstandigheden die zich na het plegen van het feit voor hebben gedaan, passen hier eigenlijk niet in. Het beschermingsbeginsel kan gelden als een variant van de beperkte universaliteit. Het gaat om strafbare feiten waarover het betreffende land vanwege hun verschijningsvorm voor rechtsmacht moet hebben. In het huidige recht zijn de gevallen sub 1-6 van artikel 4 Sr daar voorbeelden van. Nadeel van deze aanbeveling is dat niet-vervolgen een beslissing van het OM kan vergen.

Aanbeveling 16 (beperkte universaliteit)

Overwogen dient te worden of beperkte universaliteit (of “secundaire onbepaalde universele rechtsmacht”) als rechtsmachtbeginsel niet dient te verdwijnen. De belangen die met de beperkingen worden beschermd kunnen beter worden gediend met ruimere mogelijkheden voor het OM de opportuniteit van de vervolging af te wegen.

De aanbevelingen met betrekking tot het actief personaliteitsbeginsel **Aanbeveling 7** en het domiciliebeginsel **Aanbeveling 8** hebben mutatis mutandis betrekking op de situatie van feiten gepleegd buiten de Europese Unie.

4.3. *Passieve nationaliteit*

Het beginsel beoogt eigen onderdanen te beschermen tegen delicten in het buitenland. Uit de landen die dit beginsel al jaren kennen (Duitsland en België) meldt de praktijk dat het zijn beschermingsfunctie in het geheel niet kan waarmaken. Desondanks werkt men in België thans aan een wetsvoorstel om passieve nationaliteit voor een aantal delicten uit te breiden, al spreekt uit de onderbouwing wel dat de symbolische betekenis van een (naar verwachting verstek-) procedure wel wordt onderkend. Men wil vooral symbolisch iets doen ten opzichte van slachtoffers en nabestaanden in de wetenschap dat het zeer onwaarschijnlijk is dat daders ooit terecht zullen staan, laat staan dat een opgelegde straf ten uitvoer gelegd kan worden.

Wat betreft de werking van het passieve nationaliteitsbeginsel zijn de verschillen tussen Duitsland en Nederland bijzonder goed zichtbaar. Duitsland kent het beginsel ten aanzien van alle delicten en kon zo moeiteloos verdragsverplichtingen nakomen. Nederland heeft niet fundamenteel nagedacht over de vraag of Nederlanders tegen strafbare feiten 's buitenlands moeten worden beschermd. Gevolg is een wat onsamenhangende bescherming van Nederlanders, die de vraag oproept waarom het ene delict wel en de meeste andere niet onder passieve nationaliteit vallen. De verklaring daarvoor is dat de passieve nationaliteit uitsluitend is ingevoerd ter uitvoering van een verdrag. Als gevolg daarvan is ook het passieve domiciliebeginsel ingevoerd. Bij de meisjesbesnijdenis heeft de wetgever er voor gekozen de band met de dader belangrijker te achten dan de band met het slachtoffer. Dit had ook anders uit kunnen vallen.⁵³⁵ Indien een ruimer rechtsmachtbeginsel wordt gehanteerd, voldoet Nederland ook aan de verdragsverplichting. Nadeel van het laten vallen van passieve nationaliteit is dat ook de symbolische bescherming niet wordt gegeven.

Aanbeveling 17 (passief nationaliteitsbeginsel)

De rechtvaardiging van het passieve nationaliteitsbeginsel is zo zwak dat het slechts zou moeten worden gehanteerd bij zeer ernstige feiten of vanwege de bijzondere verschijningsvormen van het delict. Dat roept dan tevens de vraag op of dan niet eerder een ruimer rechtsmachtbeginsel aangewezen zou zijn.

5. De praktijk van vervolging van buiten Nederland gepleegde feiten

Op grond van de rechtsvergelijking lijken de in Nederland geconstateerde problemen met betrekking tot extraterritoriale rechtsmacht over internationale misdrijven vooral van intern Nederlandse aard. De redenen daarvoor zijn de volgende. Nederland

⁵³⁵ Gevolg is dat bijvoorbeeld dat de in Nederland zonder zijn gezin wonende vader, die in het land van afkomst zijn dochter laten besnijden onder de Nederlandse strafwet valt, ook al is die dochter nooit in Nederland geweest en zal zij er nooit komen, terwijl de vader die in het land van afkomst achterbleef, en zijn in Nederland wonende dochter tijdens een verblijf in het buitenland liet besnijden, niet de Nederlandse wet overtreedt.

vermengde rechtsmachtgrondslagen met opportuniteitsoverwegingen. Er vond geen gedachtenvorming plaats over welke belangen beginselen beogen te beschermen, wel werd (politieke) verantwoordelijkheid genomen (voorkomen van gaten in de rechtsmacht) en voldaan aan verdragsverplichtingen. Bij de twee fundamentele wendingen in de visie op extraterritoriale rechtsmacht (van afhoudend naar voorzichtig-meegaand naar volledig omarmend) is niet nagedacht over de structurele consequenties van die ommezwaai voor wat betreft de rechtsmachtbeginselen en de gevolgen daarvan voor de praktijk.

Duitsland en België veranderden specifiek voor de extraterritoriale rechtsmacht een fundamenteel strafprocesueel aspect van hun systeem. Duitsland hanteert opportuniteit in plaats van legaliteit. België heeft de rol van de burgerlijke partij drastisch gekortwiekt in het internationale verkeer. Engeland & Wales en Nederland hebben daarentegen geen fundamentele wijzigingen van hun stelsel aangebracht. Voor Engeland & Wales wringt dat niet aangezien er nauwelijks uitbreiding van rechtsmacht plaatsvond en er voorts in de praktijk uitsluitend reactief mee wordt omgegaan. In Nederland is dat wel problematisch omdat het verwachtingspatroon ten opzichte van in het buitenland gepleegde feiten niet afwijkt ten opzichte van die in Nederland zijn gepleegd.

Zowel bij de wetgever als in de Nederlandse praktijk valt de vrees te constateren dat een ruime en ongeclausuleerde rechtsmacht over buiten Nederland gepleegde feiten leidt tot overbelasting van het apparaat, politiek ongewenste vervolgingen, disproportionele aandacht voor feiten buiten Nederland en beklagprocedures die leiden tot een bevel vervolging.

Deze bezwaren zijn reëel. Zuiver opsporingstechnisch gezien gaat het bij buiten Nederland gepleegde feiten om onderzoek dat per definitie moeilijker en kostbaarder is en waarbij het afbreukrisico groter is. Ten aanzien van alle delicten, maar internationale misdrijven in het bijzonder, speelt voorts een risico van diplomatieke/politieke irritatie. Tot dusver heeft de wetgever deze belangen willen dienen door het opnemen van (aanwezigheids-) voorwaarden in de rechtsmachtbepalingen. Nadeel daarvan is dat zij ook in geval de opportuniteit zich niet verzet tegen vervolging (of met vervolging zelfs nadrukkelijk een Nederlands belang gediend zou zijn), elke redelijke kans op vervolging ontnemt, omdat geen opsporing kon plaatsvinden voor de aanwezigheid van de verdachte. Aangezien het voorwaarden betreft die de opportuniteit van de vervolging uitdrukken, kunnen zij beter een plaats krijgen in de strafvorderlijke regeling omtrent opportuniteit. Zowel België als Duitsland hebben dit ook gedaan en laten zien dat een ruime rechtsmacht niet vereist dat deze steeds wordt gebruikt. Deze landen hebben de procedures waarmee belanghebbenden kunnen opkomen tegen niet-vervolging voor deze specifieke feiten zo beperkt, dat er nauwelijks nog mogelijkheden zijn dat de rechter een beslissing van het Openbaar Ministerie om niet te vervolgen overruled. Ook Nederland zou de bevoegdheden van het Openbaar Ministerie om niet te vervolgen kunnen verruimen onder gelijktijdige beperking van de mogelijkheden om alsnog een bevel tot vervolging op grond van artikel 12 Sv te geven. Nadeel van het niet uitbreiden van de gronden van afzien van vervolging zou kunnen zijn dat het OM vaker dan gewenst tot vervolging van weinig kansrijke zaken zou moeten overgaan.

Aanbeveling 18 (ruime opportuniteit)

Aanbevolen wordt in artikel 167 Sv aanvullende gronden voor het afzien van vervolging op te nemen in het geval het gaat om feiten die buiten Nederland zijn gepleegd.

Par. 5. Overige aanbevelingen

De twee resterende aanbevelingen zijn niet zozeer gekoppeld aan een bepaald scenario.

1. Andere voorwaarden dan opportuniteitsvoorwaarden

Sommige Nederlandse rechtsmachtbepalingen bevatten naast de elementen die de band met het feit uitdrukken en de voorwaarden die zich na het feit hebben voorgedaan (en als opportuniteitsvoorwaarden moeten worden aangemerkt) nog enkele andere voorwaarden. Uit het onderzoek naar het Nederlandse recht bleek dat er rechtsmachtbepalingen zijn met bestanddelen van de delictsomschrijving en bepalingen die rechtsmacht vestigen over strafverzwarende omstandigheden.

De bezwaren hiertegen zijn van meer dan zuiver dogmatische aard. Het opnemen van bestanddelen roept de vraag op of daarmee de rechtsmachtbepaling niet toch vallen onder het verbod van terugwerkende kracht. Het soms vermelden van strafverzwarende omstandigheden in de rechtsmachtbepalingen roept in het licht van de situatie dat de meeste strafverzwarende omstandigheden niet in rechtsmachtbepalingen voorkomen de vraag op of de laatste dan niet van toepassing zouden zijn. Welke is nu de strafbepaling die aan de burger indiceert welke gedraging verboden is in de zin van artikel 7 EVRM? Nadeel van het overnemen van de aanbeveling is dat de rechtsmachtbepalingen er systematisch op moeten worden gefilterd en een en ander leidt tot wetwijziging en voorts zou het kunnen zijn dat de vraag opkomt hoe dient te worden omgegaan met rechtsmachtige bestanddelen in delictsomschrijving.

Aanbeveling 19 (inhoud van de rechtsmachtbepaling)

Bestanddelen van de delictsomschrijving, alsmede strafverzwarende omstandigheden, en andere voorwaarden voor strafbaarheid, dienen niet in de rechtsmachtbepalingen voor te komen.

2. Extraterritoriale strafvordering

Er is een grote kloof tussen de reikwijdte van de rechtsmacht en de mogelijkheid daar strafvorderlijk adequaat op te reageren. Deze kloof verklaart in beperkte mate de geringe praktijk van vervolging van feiten over de grens. Een staat kan in de regel geen opsporingsteam sturen naar de plaats van het delict. Wat betreft het strafvorderlijk instrumentarium heeft de praktijk behoefte om onderzoek zelf in het buitenland te doen, omdat dit zowel praktisch en efficiënt is, als dat daarmee de bruikbaarheid in de strafzaak is gegarandeerd. Volkenrechtelijk vergt zo iets overleg met het buitenland. Opvallend is dat het Nederlandse recht in de vorm van artikel 539a Sv een beperkte regeling kent hoe de strafvordering van buiten Nederland

gepleegde feiten ter hand moet worden genomen. Indien er tot meer extraterritoriale opsporing van feiten buiten Nederland wordt overgegaan, lijkt op termijn een aan de tijd aangepaste regeling aangewezen. Nadeel van deze aanbeveling is dat de praktijk kennelijk zijn weg weet te vinden in een betrekkelijk ongeregelde situatie. Dat roept de vraag op, of het praktisch gezien wel zo noodzakelijk is.

Aanbeveling 20 (een regeling voor de extraterritoriale strafvordering)

In overweging dient te worden genomen, de regeling van de extraterritoriale strafvordering in artikel 539a Sv aan te passen aan de behoefte van de praktijk.

Leesvervangende samenvatting

In het kader van de Nederlandse goedkeuringsprocedure van het Verdrag inzake de bestrijding van mensenhandel van de Raad van Europa van 16 mei 2005 rees in de discussie tussen kamer en regering de vraag welke reikwijdte drie rechtsmachtbeginselen (passieve nationaliteitsbeginsel, domiciliebeginsel en buiten de rechtsmacht van enige staat beginsel) hebben. Dit onderzoek heeft ten doel deze vraag ruimer te analyseren en de volgende probleemstelling te antwoorden: **Wat is de grondslag van rechtsmacht over buiten het eigen land gepleegde misdrijven?**

Na bestudering van de rechtsstelsels van vier landen (België, Duitsland, Engeland en Wales en Nederland) en van het volkenrecht, presenteert het onderzoek praktische aanbevelingen met het oog op het verbeteren van Nederlandse benadering van rechtsmacht over extraterritoriale misdrijven. Per land is onderzocht ten aanzien van welke delicten landen op welke grondslag rechtsmacht vestigen. Welke redenen zijn er om een bepaald beginsel van rechtsmacht te kiezen en niet een ander met betrekking tot bepaalde misdrijven? Welke belangen beogen landen te beschermen om de reikwijdte van rechtsmacht uit te breiden over buiten Nederland gepleegde feiten? Praktijkinterviews in de vier landen hebben het onderzoek aangevuld en inzicht gegeven in de praktische gevolgen van het vestigen van extraterritoriale rechtsmacht voor de opsporing en vervolging.

Hoofdstuk 2 bestudeert de extraterritoriale rechtsmacht in België. Het land kent verschillende beginselen van extraterritoriale rechtsmacht: het beschermingsbeginsel, het actief personaliteitsbeginsel, het passief personaliteitsbeginsel en het universaliteitsbeginsel. Terwijl enkele beginselen van algemene toepassing zijn (actief personaliteitsbeginsel, passief personaliteitsbeginsel en universaliteitsbeginsel ten aanzien van het volkenrechtelijke beginsel *aut dedere aut judicare*), worden andere beperkt tot bepaalde categorieën van misdrijven. De rechtsmachtbepalingen zijn niet coherent, en het komt vaak voor dat een bepaald misdrijf binnen de termen van meer dan een beginsel valt, zoals in Nederland. De meerderheid van rechtsmachtsuitbreidingen zijn het resultaat van internationale en Europese verplichtingen. Daarnaast zijn er gevallen waarin België niet wenste machteloos te blijven in bijzondere situaties en verder wilde gaan dan zijn internationale verplichtingen. In een enkel geval beperkte België de reikwijdte van extraterritoriale rechtsmacht onder internationaal druk. Deze beperking betrof oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de mensheid en genocide, waar het universaliteitsbeginsel door de beginselen van actief- en passiefpersonaliteit werd vervangen. Aan de procedurele kant moet aan bepaalde voorwaarden zijn voldaan voor de uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht, zoals de aanwezigheid van de verdachte op Belgisch grondgebied en de dubbele strafbaarheid. Bovendien werd een bijzonderheid in het Belgische strafprocesrecht, de burgerlijke partijstelling waardoor vervolgingen kunnen worden gestart, recentelijk gewijzigd. Met betrekking tot internationale misdrijven en ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht is nu een beslissing van de federale procureur vereist. De praktijk is tevreden over de bestaande infrastructuur en de beschikbare middelen voor de uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht. Uit de interviews blijkt echter dat vervolging van feiten buiten België in de regel weinig terechtkomt, behalve voor internationale misdrijven zoals genocide.

Hoofdstuk 3 onderzoekt extraterritoriale rechtsmacht in Duitsland. Het land, dat over een zeer ruime rechtsmacht beschikt, kent de volgende rechtsmachtbeginselen: het universaliteitsbeginsel, het actief personaliteitsbeginsel en het passief personaliteitsbeginsel. Het universaliteitsbeginsel, dat een leidend beginsel is in Duitsland, betreft veel meer strafbare feiten dan in de andere onderzochte landen. De grondslagen voor universele rechtsmacht zijn de bescherming van Duitse en universele rechtsgoederen. De coherente structuur van het strafwetboek, in tegenstelling tot de chaotische situatie voornamelijk in Nederland maar ook in België, heeft als resultaat dat de verschillende beginselen op een meer sporadische basis dan in Nederland en België overlappen. Bovendien heeft de algemene benadering van rechtsmacht, in tegenstelling tot het *ad hoc* antwoord in de andere landen, als voordeel dat de ratificatie door Duitsland van internationale of Europese verdragen bijna geen wijziging van nationale rechtsmachtbepalingen heeft vereist. De voorwaarde van dubbele strafbaarheid heeft in Duitsland slechts geringe betekenis. Aan de procedurele kant heeft Duitsland gekozen de ruime reikwijdte van rechtsmacht te compenseren met een opportunititeitsbeginsel, dat een volledige discretie aan het Openbaar Ministerie geeft om daadwerkelijk tot vervolging over te gaan over feiten buiten Duitsland. Beperking van de vervolging zijn dus niet in materiële bepalingen gezocht, maar veeleer in procedurele bepalingen. Tenslotte is de Duitse praktijk tevreden over de bestaande infrastructuur en de financiële middelen voor de uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht. Uit de interviews blijkt dat vervolging van feiten buiten Duitsland weinig voorkomt. Hierbij speelt gebruikmaking van het opportunititeitsbeginsel een belangrijke rol.

Hoofdstuk 4 kijkt naar extraterritoriale rechtsmacht in Engeland en Wales. De benadering van rechtsmacht in dit land, van *common law* traditie, wijkt sterk af van die van de drie continentale landen. Rechtbanken in Engeland en Wales kunnen alleen territoriale rechtsmacht uitoefenen, tenzij een wet, oftewel *statute*, in uitzonderlijke omstandigheden de toepassing van strafrecht expliciet heeft uitgebreid over feiten die buiten het Engels grondgebied worden gepleegd. Deze extraterritoriale rechtsmacht is veel beperkter dan in Duitsland, Nederland of België. Engeland en Wales erkent de volgende grondslagen voor rechtsmacht: het actief personaliteitsbeginsel, het passief personaliteitsbeginsel en het universaliteitsbeginsel. Terwijl het actief personaliteitsbeginsel wordt gerechtvaardigd door de functie van de dader of de aard van het feit kan de grondslag van het passief personaliteitsbeginsel en het universaliteitsbeginsel worden gevonden in de Britse internationale en Europese verplichtingen. De Engelse territoriale benadering van rechtsmacht oefent zijn invloed uit op andere rechtsmachtbeginselen, omdat een criterium van “fictieve territorialiteit” vaak wordt vereist voor de uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht. Dit criterium vereist dat het extraterritoriale feit strafbaar moet zijn volgens het Engels recht indien het op het Engels grondgebied was gepleegd. Dubbele strafbaarheid is in de regel niet vereist voor de uitoefening van rechtsmacht, behalve in uitzonderlijke omstandigheden. Daarentegen is de aanwezigheid van de verdachte op het grondgebied altijd een voorwaarde voor de vervolging. Tenslotte blijkt uit de praktijk dat Engelse vervolging van extraterritoriale misdrijven niet plaatsvindt als er een land met een sterkere claim van rechtsmacht is. Dit heeft de absolute voorkeur en uitleveringen, zelfs van Engelse onderdanen, vinden vaak plaats. Een van de enige uitzonderingen om rechtsmacht uit te oefenen betreft oorlogsmisdaden.

Hoofdstuk 5 bestudeert extraterritoriale rechtsmacht in Nederland. Het laatste onderzochte land kent de volgende rechtsmachtbeginselen: het universaliteitsbeginsel (ongeclausuleerd en geclausuleerd), het beginsel van afgeleide rechtsmacht, het actief personaliteitsbeginsel en het passief personaliteitsbeginsel. In tegenstelling tot Duitsland en België kende Nederland tot 2009 geen algemene regeling voor rechtsmacht over feiten in het buitenland gepleegd tegen Nederlandse slachtoffers. De rechtsmachtbepalingen zijn de afgelopen jaren veelvuldig aan wijzigingen onderhevig geweest, met het gevolg dat de structuur van de Nederlandse bepalingen noch transparant noch coherent is geworden. Het resultaat is dat vele misdrijven binnen de termen van meer dan één rechtsmachtbeginsel vallen. De ratificatie van een nieuw verdrag verlangt telkens weer aanvullende wijzigingen. Behalve het ongeclausuleerd universaliteitsbeginsel vereisen extraterritoriale rechtsmachtgronden verschillende voorwaarden, zoals de dubbele strafbaarheid of de aanwezigheid van de verdachte op het nationaal grondgebied. Deze voorwaarden worden gerechtvaardigd onder verwijzing naar het gevaar van jurisdictiegeschillen, evenals de complexiteit van de bewijsvergaring. Tenslotte blijkt uit het praktijkonderzoek, net als bij de andere landen, dat een belangrijk verschil bestaat tussen internationale misdrijven en andere strafbare feiten met betrekking tot de extraterritoriale uitoefening van rechtsmacht. Extraterritoriale rechtsmachtbepalingen worden weinig gebruikt.

Hoofdstuk 6 onderzoekt de invloed van het volkenrecht op de extraterritoriale rechtsmacht en constateert dat er twee benaderingen van extraterritoriale rechtsmacht bestaan. Volgens de eerste kunnen staten extraterritoriale rechtsmacht uitoefenen zolang als er geen verbod bestaat. De tweede benadering ziet de uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht als verbod tenzij er een toestemming bestaat. De eerste benadering is door het Permanent Hof van Internationale Justitie in de *Lotus* zaak in 1927 aangenomen. De meer recente jurisprudentie van het Internationale Gerechtshof heeft niet veel nieuws gebracht in het gebied van strafrechtsmacht, behalve dan de *Yerodia* zaak waarin rechters hun mening over de uitoefening van extraterritoriale rechtsmacht gaven in hun *separate* en *dissenting opinions*. Voorts is nog de *Republic of the Congo v. France* zaak aanhangig, waarin het hof dient te bepalen welke vormen van extraterritoriale rechtsmacht volkenrechtelijk gezien kunnen worden uitgeoefend.

Hoofdstuk 7 vat de bevindingen van het onderzoek samen, en doet praktische aanbevelingen met het oog op het verbeteren van Nederlandse benadering van rechtsmacht van extraterritoriale misdrijven. Deze aanbevelingen, die in vier categorieën ingedeeld zijn, zijn de volgende:

Aanbevelingen, niet gebonden aan enig scenario

1. Aanbevolen wordt om de rechtsmachtbepalingen zo in te richten dat de juiste balans wordt gevonden tussen de band met het feit en de ernst van het feit.
2. Geen rechtsmacht over overtredingen en misdrijven die slechts met een maximumstraf van 3 jaar worden bedreigd. De strafbedreiging en verjaring dient de keuze voor delicten mede te bepalen.
3. Aanbevolen wordt de rechtsmachtbepaling af te stemmen op de daarvoor beschikbare capaciteit van opsporing, vervolging en berechting. Evenzeer dient de capaciteit van opsporing, vervolging en berechting te worden afgestemd op de omvang van de Nederlandse strafwet.
4. De wetgever dient zich meer rekenschap te geven van de onderlinge verhouding tussen de rechtsmachtbeginselen. Aan verdragsverplichtingen kan

ook op andere wijze worden voldaan, dan door verdragsteksten in de rechtsmachtbepalingen op te nemen.

5. Voor alle rechtsmachtbeginselen geldt dat individueel per rechtsmachtbeginsel moet worden afgewogen welke strafbare feiten uit het Nederlands wetboek bij deze band met het feit rechtspolitek gerechtvaardigd zijn. Bij beginselen van beperkte reikwijdte, zoals actief en passief personaliteit, zouden delicten die reeds onder universaliteit vallen niet opnieuw moeten worden opgenomen. Hiervan mag voor alle rechtsmachtgrondslagen een fundamentele keuze worden verwacht.

Alternatief scenario voor rechtsmacht over feiten gepleegd in de Europese Unie

6. Aanbevolen wordt ten aanzien aan rechtsmacht over feiten gepleegd in andere Unielanden een beperking van de extraterritoriale rechtsmacht aan te brengen. Als verder gelegen doelstellingen dient in het licht van de wederzijdse erkenning een Europese rechtsmachtregeling in overweging te worden genomen.
7. Indien met het beginsel wenst te handhaven, wordt in overweging gegeven de feiten waarop het actief personaliteitsbeginsel betrekking zou moeten hebben opnieuw in onderzoek te nemen.
8. De afzonderlijke rechtvaardiging van domicilie is zo zwak dat schrapping overwogen dient te worden. Het ligt voor de hand om alle ingezetenen gelijk te behandelen en over dezelfde feiten rechtsmacht te hebben. In overweging dient te worden genomen actief personaliteit en domicilie samen te voegen tot een beginsel van actief Nederlands ingezetenschap.
9. Aanbevolen wordt in de Europese Unie afgeleide rechtsmacht en overdracht van strafvervolging prominenter te hanteren ten faveure van rechtsmachtbeginselen die geen overleg met andere lidstaten vereisen.
10. Overwogen dient te worden het vereiste van dubbele strafbaarheid te doen vervallen.

Alternatief scenario voor rechtsmacht over feiten gepleegd buiten de Europese Unie

11. Aanbevolen wordt om in de rechtsmachtbepalingen uitsluitend voorwaarden op te nemen die een band met het feit ten tijde van het feit uitdrukken. Later intredende voorwaarden, zoals de aanwezigheid van de verdachte in Nederland, moeten worden aangemerkt als voor de opportuniteit van de vervolging relevante voorwaarden.
12. Aanbevolen wordt het evenwicht tussen band met het feit en de ernst van het feit mede te zien in het licht van de volkenrechtelijke machtiging voor het vestigen van rechtsmacht.
13. Aanbevolen wordt slechts dan ten aanzien van feiten buiten eigen land gepleegd op te sporen (cq te vervolgen), indien deze in het licht van de omstandigheden van het concrete geval, na het feit voorgevallen omstandigheden inbegrepen, (mede volkenrechtelijk) opportuun is.
14. Aanbevolen wordt het beginsel van onbeperkte universaliteit herkenbaar toe te passen ten aanzien van de ernstigste strafbare feiten, die volkenrechtelijk gelegitimeerd zijn. Bijvoorbeeld door een verdrag of door bescherming van het Nederlands staatsbestel.
15. Aanbevolen wordt een rechtsmachtbepaling op te nemen die rechtsmacht doet vestigen over door een verdrag, kaderbesluit of richtlijn bestreken delicten.

16. Overwogen dient te worden of beperkte universaliteit (of “secundaire onbeperkte universele rechtsmacht”) als rechtsmachtbeginsel niet dient te verdwijnen. De belangen die met de beperkingen worden beschermd kunnen beter worden gediend met ruimere mogelijkheden voor het OM de opportuniteit van de vervolging af te wegen.
17. De rechtvaardiging van het passieve nationaliteitsbeginsel is zo zwak dat het slechts zou moeten worden gehanteerd bij zeer ernstige feiten of vanwege de bijzondere verschijningsvormen van het delict. Dat roept dan tevens de vraag op of dan niet eerder een ruimer rechtsmachtbeginsel aangewezen zou zijn.
18. Aanbevolen wordt in artikel 167 Sv aanvullende gronden voor het afzien van vervolging op te nemen in het geval het gaat om feiten die buiten Nederland zijn gepleegd.

Overige aanbevelingen

19. Bestanddelen van de delictomschrijving, alsmede strafverzwarende omstandigheden, en andere voorwaarden voor strafbaarheid, dienen niet in de rechtsmachtbepalingen voor te komen.
20. In overweging dient te worden genomen, de regeling van de extraterritoriale strafvordering in artikel 539a Sv aan te passen aan de behoefte van de praktijk.